

RODOLPHO BARRETO SAMPAO JR (ORG.)

O DIREITO PRIVADO E A PANDEMIA



EXPERT
EDITORA DIGITAL

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JR (ORG.)

A pandemia do novo coronavírus trouxe impactos profundos em nossa sociedade, desestruturando relações e situações jurídicas há muito consolidadas.

A ordem jurídica, por óbvio, não poderia ficar alheia a essa nova realidade e soluções as mais diversas começaram a ser desenhadas para se enfrentar de forma eficaz os nefastos efeitos da Covid-19. Na presente obra, os autores procuraram analisar como o Direito Privado respondeu a esses desafios.

ISBN 978-65-89904-80-9



9 786589 904809 >

 **EXPERT**
EDITORA DIGITAL

O DIREITO
PRIVADO
E A PANDEMIA



Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão:Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

JR, Rodolpho Barreto Sampao (Org.)

Título: Direito Privado e a pandemia - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.

Organizador: Rodolpho Barreto Sampao Jr.

ISBN: 978-65-89904-80-9

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito Privado 2.Pandemia 3.Corona Vírus I. I. Título.

CDD: 342

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



ORGANIZAÇÃO

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JR.

É doutor em Direito, Professor Adjunto na PUC Minas e no PPGD da Faculdade Milton Campos, membro da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG e Procurador do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO

- A ilegalidade da “lei do reembolso” à luz do direito civil e do direito do consumidor 11
Lucas Leal de Oliveira Magalhães, Marília Bengtsson Bernardes
- Os parâmetros para a utilização de dados pessoais de saúde no combate à pandemia do Covid-19 no Brasil 37
Antônio Cipriano das Neves Silva, Bruno Branco Hilário dos Santos, Gustavo Lobato Rates
- Contratos antecipados de safra em tempos de pandemia 57
Livia Sales Magnani Henriques, Sérgio Luís Alfenas Heleno
- O impacto econômico do *lockdown* nas empresas de Belo Horizonte. As consequências de uma pandemia 79
Guilherme Cota, Maria Clara Malta
- A impossibilidade da interferência jurisdicional em questões de conteúdo econômico na recuperação judicial, máxime de ofício e após o encerramento do biênio legal, ainda que em decorrência da alteração da situação da empresa em razão da pandemia da Covid-19: Estudo de caso a respeito do acórdão proferido pela 2ª câmara reservada de direito empresarial do tribunal de justiça de São Paulo 99
Jordano Fernandes, Marcos Campos de Pinho Resende
- Número de divórcios aumentou consideravelmente com a pandemia do Covid-19 117
Marcela Maria Barbosa Dell’Amore , Reinaldo Melo Saraiva

Aglomerações durante a pandemia: dever de indenizar em razão do dano social.....	133
<i>Vinicius Ribeiro Barros</i>	
A ausência de ética como pilar para a desobediência civil na vacinação contra a Covid-19.....	155
<i>Bruno Dias Vieira Marques</i>	
IGP-M e a pandemia: possibilidade de revisão judicial do índice de reajuste dos contratos de locação comercial.....	167
<i>Camila Braga da Cunha</i>	
Revisão contratual em tempos de covid-19: uma análise à luz da lei de liberdade econômica	195
<i>Clarissa Nepomuceno, Marina Soares Simizo Benedicto</i>	
O teletrabalho e a pandemia do novo coronavírus: considerações acerca da limitação da jornada de trabalho	217
<i>Lorena Alvarenga Costa, Natália Meireles Borges</i>	
Da conveniência da celebração do contrato de namoro diante o isolamento social imposto pela pandemia da COVID-19: considerações sobre sua existência, validade e eficácia.....	239
<i>Fernanda Toffanetto Gomes Lopes, Myrelle Jacob Gonçalves</i>	
A vacinação obrigatória contra o covid-19 e a autonomia da vontade.....	257
<i>Joyce Janine Figueiredo Ornelas Braz</i>	
Passaporte de vacinação no brasil: algumas questões de ordem prática	281
<i>Mário Konichi Higuchi Júnior, Vanuza Maria de Oliveira Carvalho</i>	

Os efeitos da crise da pandemia da Covid-19 no decréscimo das adoções internacionais de crianças e adolescentes no Brasil e na Itália..... 306

Isis Ribeiro Pinto, Luiza Ferreira Cândido, Paulo Tadeu Righetti Barcelos

A responsabilidade civil do médico no Brasil e os tratamentos sem comprovação de eficácia científica para a doença COVID-19..... 338

Bruna Báccara Miranda, Felipe Lécio Oliveira Cattoni Diniz, Hélder Sebastião Santos

O direito dos contratos em tempos de crise: fundamentos para a revisão e a resolução das relações contratuais 366

Rodolpho Barreto Sampaio Jr.

A ILEGALIDADE DA “LEI DO REEMBOLSO” À LUZ DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO DO CONSUMIDOR.

THE ILLEGALITY OF THE “REFUND ACT” THROUGH THE LENS OF CIVIL LAW AND CONSUMER LAW.

Lucas Leal de Oliveira Magalhães¹
Marília Bengtsson Bernardes²

RESUMO

O presente artigo estuda o conjunto de novas normas decorrentes do Poder Executivo e do Poder Legislativo nacionais, conjuntamente conhecidas como “Lei do Reembolso”, sob a luz do Direito Civil e do Direito do Consumidor. Essas novas normas dispõem sobre a desobrigação de reembolso por parte das empresas produtoras de eventos em razão de cancelamento de eventos culturais durante o período de pandemia da COVID-19, para os quais já haviam sido vendidos ingressos. Passando pela ideia de direito intertemporal e de harmonização do ordenamento jurídico, tomando como base as normas já preexistentes e constitucionalmente previstas sobre a proteção dos direitos do consumidor, o artigo analisa a ilegalidade das normas novas sobre o assunto, apontando, especialmente, que foram editadas *a posteriori*, durante a pandemia. Conclui-se positivamente acerca da impossibilidade de se acatar as novas normas quando confrontadas por esses prismas, levantando hipóteses mais equânimes e balanceadas para a solução da avença.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Direito intertemporal. Reembolso. Cancelamento de eventos culturais. Pandemia COVID-19.

1 Mestrando em Direito nas Relações Sociais e Econômicas (Faculdade de Direito Milton Campos), Bacharel em Direito (Faculdade de Direito Milton Campos), Advogado.

2 Mestranda em Direito nas Relações Sociais e Econômicas (Faculdade de Direito Milton Campos), Especialista em Direito Processual Civil (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais), Bacharel em Direito (Faculdade de Direito Milton Campos), Advogada.

ABSTRACT

This paper studies the set of new norms originating from the Executive Power and Legislative Power at national level, known collectively as “Refund Act”, under the lens of Civil Law and Consumer Law. These new norms postulate about the dispensation of refunds to be issued by event producing enterprises for already-sold tickets due to the cancellation of cultural events during the COVID-19 pandemic period. Passing through the concept of intertemporal law and of harmonization of the legal order, taking pre-existing and constitutionally stipulated norms about the protection of consumers’ rights, the paper analyses the illegality of these new norms about the subject, pointing, especially, towards the fact that they were edited after-the-fact, during the pandemic. It concludes positively regarding the impossibility of abiding by the new norms when confronted by these lenses, raising more equanimous and balanced hypothesis to solve the problem.

Keywords: Consumer law. Intertemporal law. Refund. Cultural event cancellation. COVID-19 pandemic.

1. INTRODUÇÃO

Ao fim do ano de 2019 e início do ano de 2020, o mundo começou a viver uma situação excepcional, qual seja, uma pandemia de grandes proporções, decorrente da doença causada pelo vírus Sars-CoV-2, também conhecida como COVID-19. Diante dessa situação e do crescente número de contaminações e mortes decorrentes da doença, os países ao redor do mundo se viram na necessidade de decretar medidas de segurança sanitária e distanciamento social para evitar a difusão do vírus. Assim foi, também, no Brasil, que até agosto de 2021 contabilizava mais de 19 milhões de casos e mais de 550 mil mortes.³ Medidas de restrição e de segurança sanitária foram implementadas, incluindo a proibição da realização de eventos com

³ Dados do *Center for Systems Sciences and Engineering* (Centro de Ciência de Sistemas e Engenharia) da Universidade Johns Hopkins: <https://systems.jhu.edu/tracking-covid-19/>. Acesso em 01/08/2021.

multidões, em razão do risco aumentado de contaminação pelo vírus em aglomerações.

Nesse contexto, foram sendo encontradas dificuldades em diversos setores, uma vez que as pessoas eram encorajadas a ficarem em casa, evitando lugares públicos. Desde restaurantes até mesmo o trabalho, as proibições de aglomeração afetaram o dia a dia dos brasileiros e, mais importante e objeto de estudo desse artigo, o campo empresarial no Brasil. Isso é especialmente verdade para a indústria da cultura, que se via impossibilitada de realizar shows, peças, festivais, exposições, dentre vários outros eventos, já que esses ambientes geram grandes multidões e se mostram como grande vetor em potencial para o vírus.

Nessa toada, então, que o *lobby* das empresas de entretenimento se viu diante de um grande dilema: o cancelamento de shows, festivais, peças, enfim, de eventos em geral. Isso não só em razão das medidas de restrição vigentes no Brasil, mas também em razão das medidas de restrição vigentes noutros países, tal como a comum proibição de saída e entrada de voos internacionais, impedindo eventos com artistas de outros países, além do próprio medo acerca da doença. Diante da imprevisibilidade de duração da situação de emergência sanitária, não seria possível a remarcação dos eventos com qualquer razoabilidade, tampouco garantir a sua eventual realização, haja vista que não dependiam apenas da vontade das empresas produtoras dos eventos, mas também do compromisso de artistas diversos.

Seguindo o ordenamento jurídico vigente, as empresas produtoras dos eventos seriam, portanto, obrigadas a prestar outra contraprestação aos consumidores que adquiriram ingressos para esses eventos. Tal contraprestação fica à critério do consumidor e pode incluir desde a aceitação de produto ou serviço diverso ou similar, até mesmo o reembolso. Comumente, nesses casos, se esperaria o pedido de reembolso, já que eventos culturais são amplamente dependentes dos gostos pessoais e das atrações que se pretende assistir, além da prévia marcação de data, horário e local para sua realização. Assim, as empresas da área de produção de eventos se viam diante

da possibilidade de terem que reembolsar em massa os ingressos que foram comprados para seus eventos futuros, o que poderia ser demasiado danoso ao caixa dessas empresas.

Aqui é que foi lançada uma suposta solução pelo então-Presidente da República Jair Bolsonaro, alçada através de Medida Provisória: a Medida Provisória nº 948, editada em abril de 2020, que desobrigava as empresas produtoras de eventos a reembolsar seus consumidores pelos eventos não realizados. A Medida Provisória, eventualmente convertida na Lei 14.046 em agosto de 2020, determinava que, a despeito das previsões contrárias já existentes no Código de Defesa do Consumidor, a empresa produtora permaneceria com o valor pago, devendo então remarcar o evento para data posterior e, na impossibilidade, deveria disponibilizar o valor pago pelo ingresso ao consumidor para que consumisse outros produtos ou serviços da mesma empresa. Tal crédito a ser disponibilizado ainda recebeu data de validade para ser usufruído, sob pena de perda do valor. Essa data, inclusive, precisou ser prorrogada até dezembro de 2022, novamente mediante Medida Provisória⁴ convertida em lei⁵, já que a data originalmente prevista, que acabaria sendo configurada como dezembro de 2021, sequer se mostrou apta à remarcação dos shows, já que a situação de pandemia não se afrouxou.

Na edição dessa Medida Provisória e eventual lei, no entanto, os legisladores se mostraram alheios aos princípios básicos do direito e às normas do direito do consumidor. Isso porque, sob todos os prismas do direito do consumidor ou mesmo do direito intertemporal, essa norma jamais poderia desobrigar as empresas produtoras de eventos, tampouco transferir aos consumidores todo o ônus relativo aos seus cancelamentos. Pela norma do Código de Defesa do Consumidor, a opção de como receber contraprestação por um produto ou serviço indisponível ou cancelado sem sua culpa resta com o consumidor – e incluem o direito a receber o reembolso, em espécie, do valor que pagou.

4 Medida Provisória nº 1.036 de março de 2021.

5 Lei nº 14.186 de julho de 2021.

Apesar disso, a polêmica “Lei do Reembolso” tem sido amplamente aplicada pelas empresas produtoras de eventos, até mesmo nos casos em que as atrações originais confirmaram o cancelamento permanente do evento, sem qualquer intenção de remarcação para outra data. Assim, o Poder Executivo, seguido pelo Poder Legislativo, chancelou um verdadeiro empréstimo compulsório em desfavor do consumidor, em circunstâncias inclusive demasiadamente rígidas em favor das empresas, apesar do risco inerente do empreendimento operado por elas e da excessiva onerosidade ao consumidor.

É nesse campo que o artigo, então, irá trabalhar: o campo que discorre acerca da ilegalidade das normas conjuntamente conhecidas como “Lei do Reembolso” e como não podem ser acatadas pelo Direito e seus operadores, sob pena de se legitimar a retroatividade prejudicial das leis materiais e o enfraquecimento das normas de proteção ao consumidor. Através da análise crítica da legislação vigente em contrapartida à legislação nova, com a revisão bibliográfica da doutrina jurídica pertinente, o artigo tem o objetivo de concluir positivamente acerca da ilegalidade das novas normas objeto do estudo.

2. AS NORMAS CONJUNTAMENTE CHAMADAS DE “LEI DO REEMBOLSO”

Importante que seja traçada uma breve síntese das normas chamadas conjuntamente de “Lei do Reembolso”, objeto do estudo realizado no artigo. Essa síntese é necessária para garantir a completa compreensão da pesquisa, sua linha de desenvolvimento e suas conclusões.

O que se chama aqui de “Lei do Reembolso” é, na verdade, um conjunto de normas editadas ao longo dos anos de 2020 e 2021, começando com uma Medida Provisória, pincelada pelo então-Presidente da República Jair Bolsonaro e, posteriormente, convertida em Lei Ordinária pelo Congresso Nacional. Ainda, fazem parte do conjunto outras normas advindas do Poder Executivo e do Poder

Legislativo nacionais que estabelecem ou estabeleciam o prazo de validade das medidas e créditos relativos à essas normas.

A ideia surgiu no ordenamento jurídico através da Medida Provisória nº 948, de abril de 2020, que criava a disposição de que as empresas produtoras de eventos culturais não precisariam reembolsar os consumidores em caso de cancelamento dos seus eventos, desde que garantissem a remarcação do evento ou a disponibilização de crédito para uso em outros eventos da empresa. A Medida Provisória, ao contrário da Lei Ordinária que a seguiu, ainda falava na possibilidade de “outro acordo a ser formalizado com o consumidor”, o que, no entanto, ficava inteiramente a critério de liberalidade exercida pelo empreendedor. Veja:

Art. 2º Na hipótese de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem:

I - a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados;

II - a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas; ou

III - outro acordo a ser formalizado com o consumidor. (BRASIL, 2020c).

Alternativamente, na Lei Ordinária nº 14.046, de agosto de 2020, para qual foi convertida a Medida Provisória:

Art. 2º Na hipótese de adiamento ou de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021, em decorrência da pandemia da covid-19, o prestador de serviços ou a sociedade

empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem:
I - a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos adiados; ou
II - a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos disponíveis nas respectivas empresas.
(BRASIL, 2020a)

As normas em questão também estabelecem prazo de validade para que o consumidor usufrua do crédito disponibilizado, sob pena de perda do valor. Originalmente, esse prazo foi estabelecido para “12 (doze) meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020” (BRASIL, 2020a), o que ocorreria em 31 de dezembro de 2021. A situação fática da pandemia mostrou que esse prazo não seria viável, de forma que foi novamente prorrogado o prazo para 31 de dezembro de 2022 através da Medida Provisória nº 1.036 de março de 2021, posteriormente convertida na Lei Ordinária 14.186 de julho de 2021.

Além disso, a legislação nova acerca de reembolsos no período de pandemia ainda determina o seguinte:

§ 7º Os valores referentes aos serviços de agenciamento e de intermediação já prestados, tais como taxa de conveniência e/ou de entrega, serão deduzidos do crédito a ser disponibilizado ao consumidor, nos termos do inciso II do caput deste artigo, ou do valor a que se refere o § 6º deste artigo. (BRASIL, 2020a)

Isso é: nos casos de taxa de conveniência e entrega de ingressos, muito comum na compra de bilhetes pela internet, a produtora de eventos não deve ressarcir o valor, de forma que, caso o consumidor queira adquirir novo ingresso através do crédito disponibilizado,

deverá então pagar novamente a taxa que já pagou pelo ingresso cancelado.

Traçadas essas considerações sobre a “Lei do Reembolso”, passa-se ao estudo do artigo propriamente dito, acerca da ilegalidade e inadequação da norma nova diante do ordenamento jurídico e da melhor doutrina.

3. O DIREITO INTERTEMPORAL

No estudo e na aplicação prática do Direito, podem existir situações que se enquadram no prisma de diversos textos legais. Nessas situações, se aplica a chamada solução de conflito entre normas, do campo de estudo da teoria geral do direito. Essas soluções percorrem critérios tal como a especialidade e a temporalidade de leis para solucionar aparentes conflitos entre normas de mesma hierarquia.

O Direito, em sua noção elementar, pode ser identificado como o conjunto de normas destinadas à manutenção da ordem social. Este complexo é tão mutante quanto os anseios humanos, o que causa o eterno conflito entre o já existente e a necessidade do novo (LEVADA, p. 14). Exatamente pela constância deste problema é que os aplicadores do Direito buscaram formas de solucionar o choque de lei no tempo.

Embora a solução de conflito entre normas seja amplamente uma discussão doutrinária acerca dos critérios de especialização da norma, temporalidade, *et cetera*, aspectos dessa técnica possui respaldo, também, no ordenamento jurídico, justamente no intuito de ser positivada e possuir maior força de aplicação.

Nesse sentido, cumpre ressaltar o artigo 6º do Decreto-Lei 4.657, de 1942, conhecido como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. O referido decreto-lei funciona como uma baliza legal para a interpretação, aplicação, vigência, *et cetera* das leis pátrias. Ou seja, essa norma serve como um tipo de base para se entender o resto do ordenamento jurídico.

No *caput* artigo citado, está consagrado o princípio da não-retroatividade da lei material nova diante das relações jurídicas preexistentes. Especificamente no seu parágrafo 1º, está expressa a vedação da retroatividade das novas leis materiais no caso de atos jurídicos perfeitos, ou seja, os atos já consumados. Nesses casos, deve ser aplicada a lei vigente ao tempo da relação jurídica (BRASIL, 1942). Essa é uma das questões de direito intertemporal, imperativas para a realização desse trabalho e, também, para a formulação e aplicação de novas leis.

As regras de direito intertemporal existem para resolverem os problemas decorrentes da sucessão das leis no tempo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, estabelecido jurista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Não é incomum em direito a superveniência de lei que mude o tratamento jurídico dado a determinada questão. Cabe ao direito intertemporal solucionar esse conflito, fixando o alcance de normas que se sucedem. Seu objeto é a determinação dos limites do domínio de cada uma dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto. (BARROSO, 2004, p. 38)

O princípio básico no conflito intertemporal de leis é o de que a lei material nova não atinge os fatos e relações jurídicas anteriores ao início de sua vigência, tampouco as consequências fundadas no direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Este postulado, conhecido como princípio da não-retroatividade, tem como fundamento a própria estabilidade do Direito e a busca pela manutenção da tão almejada segurança jurídica (BARROSO, 2004, p. 39).

Inclusive, nesse sentido verifique que se trata de retroatividade de lei material, ou seja, lei que disciplina questões da vida em sociedade alheias ao mero procedimento. Para esses casos, cumpre

ressaltar que a relação material é muito diferente da procedimental. Enquanto essa é uma relação que diz respeito tão-somente à maneira de postular e buscar o direito da parte, aquela diz respeito ao cerne da relação jurídica. Por esse exato motivo que é necessária a estabilidade da relação de direito material diante da lei nova. Em caso contrário, se admitira a normalização da insegurança jurídica, que deve ser evitada.

A título de exemplo, tome os casamentos firmados anteriormente aos ditames do Código Civil de 2002: nesses casos, a relação jurídica é toda manejada pelo Código Civil anterior, vigente ao tempo da configuração da relação jurídica, enquanto a maneira de postular quaisquer direitos ou deveres decorrentes dessa relação seguiria o procedimento previsto pela norma processual vigente, tal como o Código de Processo Civil de 2015, ainda que posterior ao surgimento da sociedade conjugal. Isso porque a forma de postular o direito não interfere no direito em si; o direito material já estabelecido se mantém, ainda que seja perseguido através de procedimento formal diferente.

Não deveria ser de outra forma, já que não seria razoável que uma reforma do ordenamento jurídico modificasse a relação jurídica adentrada sob outras normas, haja vista que a existência da lei material é justamente o intento de se regulamentar as relações jurídicas de forma que possam ser pautadas em um certo grau de certeza. Se fossem amplamente admitidas as mudanças bruscas por lei posterior, tal objetivo da segurança jurídica dada aos contratantes seria esvaziado de qualquer valor.

Aquele que, conhecendo a lei vigente e em conformidade com ela, livremente pactua, quis adquirir um direito e aceitou se sujeitar a todas as consequências e obrigações dos seus atos sob a égide da norma material vigente, por entender e confiar na ordem jurídica existente. Exatamente por isso que não poderia ser, por disposição de nova lei, ser privado do seu direito adquirido. Este cenário afrontaria a própria personalidade do indivíduo, por desrespeitar a manifestação de vontade dele em consonância com a lei até então em vigor (PORCHAT, 1909, p. 34).

Nas palavras de Reynaldo Porchat: “cada qual deve poder estar certo de que os negócios jurídicos que fez, conforme as leis existentes, para adquirir direitos, produzirão os seus efeitos ainda no futuro.” (PORCHAT, 1909, p. 43).

As normas que aqui chamamos, conjuntamente, de “Lei do Reembolso” demonstram que o legislador visou claramente proteger o fornecedor numa indústria demasiadamente afetada pela pandemia e as medidas de distanciamento social e segurança sanitária: a indústria de produção de eventos culturais. Essas leis se fundamentam nos princípios da preservação da empresa e da função social da empresa. A preocupação aqui, portanto, não é precipuamente o consumidor e seus direitos, mas sim a manutenção dos empreendimentos. Por um lado, é um objetivo louvável, garantindo a manutenção de empresas que tiveram sua operação atingida em excesso pela situação global. Todavia, deve-se ter cautela para que, na pressa de responder à crise setorial oriunda da pandemia, não se esqueça de conceitos básicos do direito, sobretudo do direito do consumidor.

De fato, a Lei 14.046 informa em seu artigo 2º, que ela se aplica a todos os eventos cancelados de 1º de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021, conforme a redação pelas alterações feitas pela Lei 14.186, de julho 2021. Ou seja, a lei consigna um período de 2 anos, inclusive de quatro meses anteriores à edição da Medida Provisória que lhe deu origem, nos quais ela se aplica. O próprio texto legal admite a violação do princípio da não-retroatividade da lei material nova.

Isso se mostra evidente mesmo sem considerar que o texto da norma dispõe acerca de eventos cancelados no período da pandemia. Cumpre ressaltar, aqui, que a relação jurídica que está sendo tutelada, no entanto, não é a realização do evento, mas a compra do ingresso para o referido evento. Essa compra do ingresso se opera antes mesmo da realização do evento, muitas vezes muitos meses antes da sua realização, além influírem na decisão do consumidor muitos critérios, desde a data e local de realização do evento, bem como as atrações programadas e até mesmo a vontade subjetiva do consumidor à época.

Assim, qualquer consumidor que adquiriu um ingresso para eventos futuros, relação jurídica já consolidada e aperfeiçoada à época, foi então surpreendido por um texto que não existia, editado meses depois, que lhe cassava os direitos de optar pela contraprestação diversa ou reembolso do valor despendido, todos protegidos no campo do direito do consumidor.⁶

Neste ponto, fica claro que a lei retroagiu seus efeitos para garantir a manutenção dos valores recebidos pelas empresas de produção de eventos, em detrimento dos direitos do consumidor em decidir como receberá contraprestação pelo produto ou serviço que adquiriu. Veja, consumidores que adquiriram seus ingressos desde meses até mesmo ano antes do evento e, conseqüentemente, da publicação das normas acima, foram surpreendidos pelos textos, tendo seus direitos retirados em sua totalidade e a imposição de escolhas rígidas, as quais jamais expressaram sua vontade e concordância.

No campo do Código de Defesa do Consumidor, podemos apontar que as normas pertinentes ao reembolso de ingressos durante a pandemia retiraram dos indivíduos, por exemplo, a opção de serem restituídos pelos valores pagos em razão do cancelamento de eventos, favorecendo as empresas produtoras ao desobrigá-las de reembolsá-los, em total dissonância com a ideia de que os direitos de obrigação se regem pela lei no tempo em que se constituíram (SILVA, 1998, p. 106). Nas palavras do professor Caio Mario Pereira da Silva:

Se uma lei define a responsabilidade civil, torna obrigado aquele que comete o fato gerador, nos termos da lei que vigorava ao tempo em que ocorreu; mas, ao revés, se uma lei nova cria a responsabilidade em determinadas condições anteriormente inexistentes, não pode tornar obrigado quem praticou ato não passível de tal consequência segundo a lei do tempo. Os efeitos jurídicos dos contratos regem-se pela lei do tempo em que se celebraram. (SILVA, 1998, p. 106)

⁶ Veja: artigo 35, I a III e artigo 51, II do Código de Defesa do Consumidor.

Não é compreensível – tampouco justo – que o legislador, ao instituir lei nova que cria consequências antes inexistentes, obrigue relações pretéritas. Isso sobretudo ao se considerar a extensão da situação: não se trata de mera modulação ou relativização dos direitos do consumidor, diante de uma situação excepcional, objetivando a manutenção da relação jurídica de forma justa e equânime. Na verdade, se trata de um verdadeiro atropelo dos direitos do consumidor em total favorecimento das empresas, em total desencontro ao texto vigente do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo diante da ideia de risco do empreendimento desempenhado pelas empresas em questão.

4. A NOVA NORMA SOBRE REEMBOLSOS À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Além das já citadas questões de direito intertemporal e da norma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também possuem extrema relevância ao tópico as questões pertinentes aos direitos do consumidor. Esses direitos são, em sua maioria, tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.

A princípio, cumpre apontar que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial, que trata das questões pertinentes às relações de consumo, fundado na previsão constitucional da defesa dos direitos do consumidor.⁷ A defesa do consumidor, portanto, faz parte dos direitos e garantias individuais e coletivos previstos na Constituição da República de 1988, que não podem ser reduzidos ou abolidos.⁸

Dessa forma, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor é legislação especial, de ordem principiológica e garantista, que rege as relações de consumo e as avenças decorridas dessas como um todo. Sendo assim, não pode ser ignorado pelo resto do ordenamento jurídico infraconstitucional, até mesmo em razão da sua previsão

7 Veja: artigo 5º, XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

8 Veja: artigo 60, §4º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

no rol de direitos e garantias individuais e coletivos. Pelo contrário: as demais normas devem sempre dialogar com a base do Código de Defesa do Consumidor, no almejo de se atingir a harmonia das leis no ordenamento jurídico.

Como já foi brevemente explorado em momento anterior do artigo, o Código de Defesa do Consumidor, *codex* principal do sistema de proteção ao consumidor, preceitua que a escolha da contraprestação a ser eventualmente recebida no caso de não-fornecimento de produto ou serviço nos moldes da oferta contratada resta com o consumidor. De fato, o código fala em “livre escolha” do consumidor (BRASIL, 1990). Dentre essas escolhas, aponta-se principalmente os incisos II e III, que dizem, respectivamente, “II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;” e “III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” (BRASIL, 1990). Atente, especialmente, para o vocábulo “aceitação”, ou seja, a recepção de produto ou serviço considerado equivalente jamais poderá ser imposta ao consumidor, devendo ser tomada de sua livre escolha e expressão de vontade.

No entanto, a nova “Lei do Reembolso” parte em total contramão àquilo que já é positivado no Código de Defesa do Consumidor e pacífico na jurisprudência e doutrina pátrias. A norma nova transfere ao fornecedor o direito de controlar unilateralmente a forma de contraprestação em caso de cancelamento, expressamente retirando esse direito do consumidor. Ao desobrigar as empresas de reembolsar os consumidores pelos eventos adquiridos desde que remarcados – o que já contrariaria a ideia dos termos ofertados, uma vez que, logicamente, haverá alteração da data do evento – ou, na impossibilidade de sua remarcação, a disponibilização de crédito para uso em eventos da mesma empresa.⁹

Por essa lógica, portanto, a empresa jamais precisaria reembolsar qualquer quantia ao consumidor, contrariando a norma-base do Código de Defesa do Consumidor, inclusive em afronta à

⁹ Veja: artigo 2º I e II da Lei nº 14.046 de 2020.

expressa vedação legal de que seja retirado do consumidor a opção de reembolso de quantia já paga.¹⁰ Basta que a empresa aprecie o crédito do consumidor, disponibilizando-o para que o consumidor adquira novos ingressos da mesma produtora.

Tal determinação, além de esbarrar no óbice legal do Código de Defesa do Consumidor, ainda ignora uma problemática maior, que merece pincelada: a problemática dos diversos fatores que influenciam na compra de ingressos para eventos culturais. É notório que a decisão do consumidor em participar ou não de um determinado evento de cunho cultural gira em torno não apenas de uma mera disponibilidade do evento. Influem nessa decisão diversos fatores como a data e local de realização do evento, a agenda do consumidor, até mesmo os gostos subjetivos de cada pessoa. Isso é especialmente verdade ao se considerar atrações internacionais ou cuja exibição é de menor frequência no âmbito nacional. Levando em consideração esses fatores, inclusive aliando-os ao fato de que o crédito a ser disponibilizado tem prazo de validade fixo, não se vislumbra razoabilidade em obrigar ao consumidor que adquiriu ingresso para um evento a participar de outro evento, diverso, contrariamente à sua expressa vontade. Chancela-se, nesse caso, o direito da produtora de eventos culturais de não se responsabilizar pelo risco do seu empreendimento, repassando-o inteiramente ao consumidor.

Essa obrigatoriedade expressada na “Lei do Reembolso” é um retrocesso jurídico que viola os princípios básicos do sistema de defesa do consumidor, sobretudo no que diz respeito à liberdade de escolha. Destarte, essas medidas tão explicitadas pelo Código de Defesa do Consumidor servem como proteção contra práticas agressivas e abusivas praticadas pelos agentes econômicos, resguardando os direitos do consumidor (MINAS GERAIS, 2021), que é a parte hipossuficiente na relação de consumo.¹¹ A legislação, inclusive, determina que as ações governamentais, no campo da Política Nacional das Relações de Consumo, deve ser sempre no sentido de proteger efetivamente o

10 Veja: artigo 51, II do Código de Defesa do Consumidor.

11 Veja: artigo 4º, I do Código de Defesa do Consumidor.

consumidor e a harmonia das relações de consumo¹², o que a “Lei do Reembolso” claramente contraria.

Perceba, no entanto, que o espírito incipiente da nova norma não é inteiramente em detrimento do consumidor. Na verdade, a sua base mais simples é, até mesmo, louvável: resguardar as empresas produtoras do setor de cultura, excessivamente atingidas pela situação da pandemia, enquanto garante ao consumidor o direito de manter seu ingresso para o evento remarcado para data futura, sem qualquer ônus, inclusive cobrança de novas taxas ou multas.¹³

A problemática, na verdade, não está no espírito-base da legislação, mas no excesso por ela praticado. Na preocupação de resguardar e preservar as empresas produtoras de eventos culturais e sua função social, o Presidente da República e o Congresso Nacional praticaram evidente excesso contra o consumidor, colocando sobre seus ombros coletivos todo o peso de arcar com a crise decorrente da pandemia. Tal excesso se mostra evidentemente injusto, além de, como já explanado, ilegal. Parafraseando o magistrado, jurista e professor de Direito do Consumidor Rizatto Nunnes (2021): ninguém é obrigado a consumir algo que não queira.

Embora a “Lei do Reembolso” tenha surgido em um contexto excepcional e jamais previsto, o que torna sua preocupação e objeto de tutela compreensível, a norma inverte a lógica da proteção ao consumidor, deslocando para ele todo o ônus da relação e resguardando apenas os fornecedores. Esse desequilíbrio não pode ser acatado, até mesmo por ser expressamente vedado na principiologia da defesa do consumidor e da harmonia nas relações de consumo. A preocupação em proteger as empresas da situação imprevisível e excepcional não pode, jamais, resultar no desequilíbrio da relação de consumo em total detrimento do consumidor.

Nesse aspecto, ainda que haja a necessidade, diante das repercussões da pandemia e das medidas de segurança sanitária que dela surgiram, de resguardar a preservação das empresas, agentes

12 Veja: artigo 4º, *caput*, II e III do Código de Defesa do Consumidor.

13 Veja: artigo 2º, §1º da Lei nº 14.046 de 2020.

importantes no desenvolvimento econômico do país, há, também, a necessidade de resguardar os direitos do consumidor. É imprescindível, por um lado, buscar uma solução ao problema do cancelamento em massa de eventos culturais; por outro lado, também é imprescindível que essa solução não seja equivalente a forçar o consumidor a arcar com o prejuízo ao qual ele não deu causa e, também, não têm o dever legal de suportar o risco, até mesmo porque os consumidores são afetados pelas crises geradas pela situação de pandemia da mesma forma que as empresas produtoras de eventos o são.

Para tal, o princípio do equilíbrio nas relações de consumo é imperativo na solução a ser buscada. Tal princípio, positivado no Código de Defesa do Consumidor, preconiza que deverá haver sempre o equilíbrio econômico nas relações de consumo (ALMEIDA, 2020, p. 371). Portanto, não há como abolir todo o direito de escolha e de eventual reembolso por parte do consumidor.

Inclusive, a título de ilustração sobre o desequilíbrio proporcionado pela “Lei do Reembolso”, aponta-se que o crédito a ser disponibilizado ao consumidor pela empresa tem prazo de validade até dezembro de 2022. No entanto, o dinheiro despendido pelos consumidores se encontra indisponível a eles e sob livre movimentação do caixa da empresa produtora do evento desde março de 2020, momento em que foram iniciadas as medidas de restrição em âmbito nacional pelo Decreto Legislativo nº 6 de 2020, ou até mesmo data anterior, já que muitas vezes os ingressos são adquiridos meses antes da realização do evento. Em outras palavras: o crédito a ser disponibilizado pelas empresas terá validade de aproximadamente 1 ano ou menos, enquanto o valor despendido pelos consumidores esteve indisponível a eles por aproximadamente 2 anos ou mais.

Pela ideia do princípio do equilíbrio, na verdade, a solução dada deveria perpassar pela equanimidade nas relações jurídicas. Ou seja, deveria modular os direitos e deveres de forma a criar um meio-termo entre o resguardo do fornecedor e o resguardo do consumidor, buscando melhor proteger ambas as partes diante da situação de

excepcionalidade. Assim, se atingiria o referido equilíbrio que deve ser a base da Política Nacional das Relações de Consumo.

5. CONCLUSÃO

Como foi estudado durante o desenvolvimento do artigo, não há como se acatar a obrigatoriedade expressa pela “Lei do Reembolso”, seja pelo campo do direito intertemporal, seja pelo campo da harmonização da norma com o já disposto nos princípios constitucionais de defesa do consumidor e no Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque a “Lei do Reembolso”, em sua encarnação atual, afronta a expressa determinação constitucional e legal que rege o sistema de proteção ao consumidor. A norma nova se olvida dessas bases já existentes e, num verdadeiro atropelo, abole em quase totalidade os direitos garantidos ao consumidor em favor de resguardar as empresas com quem eles contrataram. No campo do direito do consumidor, a situação criada pela “Lei do Reembolso” é demasiadamente desequilibrada e contrária à base legal do microsistema, inclusive repassando o direito de escolha do consumidor ao fornecedor e, também, o risco do empreendimento do fornecedor ao consumidor. Trata-se, portanto, de uma completa inversão dos valores já estabelecidos que regem o sistema de proteção ao consumidor. Já no campo do direito intertemporal, a legislação padece de flagrante óbice legal, uma vez que se trata de lei material nova, editada e publicada após a consolidação da relação jurídica, que busca então tutelá-la. De acordo com a expressa determinação legal acerca da vigência e aplicabilidade das leis brasileiras, a situação é uma aberração jurídica que não deve ser aceita.

A “Lei do Reembolso”, portanto, é uma norma que padece de diversos vícios, especialmente a sua contrariedade à expressa determinação legal em mais de um dos campos de tutela do ordenamento jurídico, demonstrando flagrante ilegalidade frente à harmonização das leis.

O que se verifica nessa situação é, na verdade, uma pressa e preocupação dos poderes Executivo e Legislativo federais em responder à uma possível – e plausível – crise econômica que atingiria as empresas, de forma que a solução dada é inadequada ao ordenamento jurídico. O resguardo dado às empresas produtoras de evento, nesse caso, se deu em total descaso e sucateio da proteção ao consumidor, garantia constitucionalmente prevista. O repasse de todo o ônus da situação excepcional ao consumidor, dando todo o bônus aos fornecedores, cria um desequilíbrio excessivo na harmonia das relações de consumo, que deve ser o princípio mais básico a ser almejado na busca pela manutenção do sistema econômico de consumo, como já preceituam as legislações especiais vigentes que tutelam o assunto.

Nesse sentido, por exemplo, é sabido que o cancelamento de eventos é risco do empreendimento exercido pelas empresas, não cabendo ao consumidor arcar com as imprevisibilidades na realização do evento, que não lhe dizem respeito. Na verdade, esse risco resta inteiramente com a empresa que desempenha tal empreendimento, que tem o dever e a capacidade de se planejar para lidar com essas situações. Até aqui, não há dúvidas que o cancelamento dos eventos, desde que não tenha ocorrido por culpa do consumidor, é risco inerente ao empreendimento e deve ser arcado pelo empreendedor. No entanto, o contexto pandêmico escancara outro ponto a ser analisado, diante da sua dimensão e imprevisibilidade. Como já foi explorado, esse contexto, a teoria da imprevisão e a teoria da preservação da empresa não podem ser utilizados para agasalhar medidas contrárias aos direitos do consumidor, ainda mais quando contrárias à teoria geral do direito, no que diz respeito à irretroatividade da lei material nova, e ao conjunto das leis do consumo em geral, blindando a empresa de forma desproporcional e impedindo – na verdade, sequer contemplando – a busca por um equilíbrio adequado.

Lado outro, é importante ressaltar que não se busca com esse estudo o completo desmonte da preocupação com o sistema macroeconômico diante da excepcionalidade da pandemia. Em

realidade, o que se almeja é demonstrar o abuso e o excesso cometidos na busca por uma solução. É demonstrar o total desequilíbrio nas relações jurídicas preexistentes. Nesse campo, ficaram bem ilustrados os excessos que acometem a “Lei do Reembolso” e o porquê que tal legislação não deve ser acatada ou aplicada pelos aplicadores do Direito, até mesmo por contrariar o microsistema de defesa do consumidor, padecendo da mais evidente ilegalidade.

A relação jurídica do consumo, nos moldes atuais, se fosse representada como uma balança, penderia para o lado dos fornecedores, pois a lei garante direitos antes não existentes em detrimento dos consumidores, inclusive, como se fosse os únicos afetados pela quarentena. Se estes consumidores fossem analisados pormenorizados, seria facilmente perceptível que também sofreram as consequências da quarentena. Inclusive, cumpre apontar que, não fosse a situação de pandemia, não haveria a preocupação em alterar *a posteriori* todo um ordenamento jurídico material para preservar a empresa que eventualmente viesse a sofrer sob o peso da concretização do risco do seu empreendimento.

Nesse diapasão é que se levantam alternativas à solução atropelada que foi dada pelo legislador. Se sabe que um dos maiores princípios que regem o direito nessas situações de avença é a busca, sempre que possível, pela situação mais equânime. Pode-se dizer, portanto, que a verdadeira justiça está na possibilidade de resguardar, na medida do possível, os interesses de todas as partes envolvidas. Por esse caminho, portanto, entende-se que a solução mais equânime ao problema que se busca tutelar não é o resguardo total dos fornecedores, tampouco dos consumidores, mas um meio-termo capaz de levar à satisfação suficiente de ambos.

A título de exemplo, se traça a hipótese do resguardo dado pelo espírito-base da “Lei do Reembolso”, como já se disse: aquela hipótese que garante ao consumidor o direito de utilizar-se do seu ingresso já adquirido para um evento remarcado, sem que isso lhe incorra o pagamento de novas taxas ou de quaisquer multas. Por óbvio que, dada a opção e a possibilidade, o consumidor que já adquiriu um

ingresso para um evento cultural irá optar por comparecer a ele – ou mesmo a outro evento, se for de seu interesse. Nesses casos, a hipótese garantiria o direito do consumidor em frequentar o evento em data futura e manteria à disposição da empresa o capital que já lhe foi adiantado. No entanto, é importante apontar que a palavra-chave dessa hipótese é a “opção”. A opção do consumidor é o principal critério do microssistema de defesa do consumidor à essas situações. Assim sendo, deve ser, também, o principal critério da solução excepcional trazida.

Ao traçar a hipótese de usufruir de seu ingresso em data futura, seja para o evento originalmente contratado ou para outro evento, a solução busca criar circunstâncias propícias para que nenhuma das partes envolvidas seja demasiadamente afetada pela excepcionalidade da pandemia, sem, contudo, dilapidar o direito já preestabelecido do consumidor. Nessa hipótese mantem-se o direito de opção com o consumidor, como o deve ser, inclusive o direito de optar pelo reembolso. No entanto, cria-se a circunstância ideal para que o consumidor opte pela manutenção do seu ingresso, sem reembolso. Assim, usufruirá dele em data futura os consumidores que assim quiserem, enquanto os que não quiserem ou puderem receberão, então, seu reembolso.

Assim, portanto, se atinge uma solução equânime, dividindo-se os ônus para um lado e para outro. É o ideal quando se fala em modulação de direitos, já que a completa inversão dos valores, como foi feito pela “Lei do Reembolso”, jamais poderá ser considerada “modulação” e sim um flagrante abuso de poder normativo em atendimento aos interesses de poucos *versus* o interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de; LENZA, Pedro (Org.). **Direito do consumidor esquemático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, v. 90, n. 1, pp. 33-68, dez. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/issue/view/995>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988, n. 191-A, Imprensa Nacional, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de setembro de 1942, n. 209, Imprensa Nacional, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de setembro de 1990, n. 176, Imprensa Nacional, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 de jul. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.046**. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de agosto de 2020, n. 163, Imprensa Nacional, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14046.htm. Acesso em: 23 de jul. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.186**. Altera a Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, para dispor sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da covid-19 nos setores de turismo e de cultura. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de julho de 2020, n. 133, Imprensa Nacional, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14186.htm. Acesso em: 23 de jul. de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 948**. Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e 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 do coronavírus (covid-19). **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 de abril de 2020, n. 68-A, Imprensa Nacional, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.036**. Altera a Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020, para dispor sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da covid-19 nos setores de turismo e de cultura. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 de março de 2021, n. 52, Imprensa Nacional, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1036.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

CAPEZ, Fernando. O reembolso nos shows e eventos cancelados não foi cancelado. **Consultor Jurídico**, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-22/>

relacoes-consumo-reembolso-shows-eventos-cancelados-nao-foi-cancelado. Acesso em: 25 jul. 2021.

DONG, Ensheng; DU, Hongru; GARDNER, Lauren. *An interactive web-based dashboard to track COVID-19 in real time*. **The Lancet**, Londres, v. 20, n. 5, pp. 533-534, mai. 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(20\)30120-1/full-text](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(20)30120-1/full-text). Acesso em: 23 jul. 2021.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. **O direito intertemporal e os limites da proteção do direito adquirido**. Orientador: Prof. Dra. Daisy Gogliano. 2009. 264 p. Dissertação – Mestrado em Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112009-133339/pt-br.php>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado. **Princípios do Código do Consumidor**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/consumidor/codigo-do-consumidor/principios-do-codigo-do-consumidor/principios-do-codigo-do-consumidor.htm>. Acesso em: 25 jul. 2021.

NUNES, Rizatto. Shows cancelados: o direito ao reembolso. **Migalhas**, 18 mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/342004/shows-cancelados-o-direito-ao-reembolso>. Acesso em: 25 jul. 2021.

PORCHAT, Reynaldo. **Da retroactividade das Leis Civis**. 1. ed. São Paulo: Duprat, 1909.

SILVA, Caio Mario Pereira. **Instituições de Direito Civil**, v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 29, n. 61,

pp. 135-160, jan./jul. 2005. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22172910-rpge-61livro.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

OS PARÂMETROS PARA A UTILIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS DE SAÚDE NO COMBATE À PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL

THE PARAMETERS FOR THE USE OF PERSONAL HEALTH DATA TO FIGHT THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL.

Antônio Cipriano das Neves Silva¹

Bruno Branco Hilário dos Santos²

Gustavo Lobato Rates³

Resumo

A pesquisa analisa os fundamentos da suspensão da MP 954/2020 e do julgamento da ADI 6387 pelo STF e suas consequências na proteção dos dados pessoais de saúde no contexto de combate a pandemia do COVID-19 no Brasil. Para tanto, apresenta as especificidades da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), do Regulamento Sanitário Internacional promulgado pelo Decreto 10.212/2020 e da Nota Técnica 38 do IPEA. Por meio dedutivo e de pesquisa bibliográfica, restou concluir que existem critérios para se utilizar dados pessoais sensíveis no combate a pandemia no Brasil, garantindo a privacidade dos titulares de dados sem prejuízo do uso da tecnologia e da inovação.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais (LGPD); MP 954/2020; COVID-19; ADI 6387; Nota técnica IPEA nº 38.

Abstract

The research analyzes the grounds for the suspension of MP 954/2020 and the judgment of ADI 6387 by the STF and its consequences for the protection of personal health data in the context of combating

1 Bacharel em Direito. Especialista em Direito Público. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos.

2 Bacharel em Direito. Especialista em Compliance. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos.

3 Bacharel em Direito. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos.

the COVID-19 pandemic in Brazil. To this end, it presents the specifics of the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD), the International Health Regulation, promulgated by Decree 10.212/2020 and Technical Note 38 of IPEA. Through deductive and bibliographic research, it remained to be concluded that there are criteria for using sensitive personal data in the fight against the pandemic in Brazil, guaranteeing the privacy of data subjects without prejudice to the use of technology and innovation.

Keywords: General Law for the Protection of Personal Data (LGPD); MP 954/2020; COVID-19; ADI 6387; IPEA Technical Note N^o. 38.

INTRODUÇÃO

No início da pandemia, em 17/04/2020, o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro editou a Medida Provisória (MP) 954 que, como principal intento, visava facilitar a coleta de dados à distância pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para produção estatística e trazia as seguintes razões:

Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n^o 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. (BRASIL, 2020)

Todavia, a mencionada MP causou controvérsia, em especial, pelo trazido neste ponto:

Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

§ 1º Os dados de que trata o caput serão utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. (BRASIL, 2020).

De imediato, algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas, sendo elas 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido da Social-Democracia Brasileira, Partido Socialista Brasileiro, Partido Socialismo e Liberdade e Partido Comunista do Brasil, respectivamente.

No dia 20/04/2020, a Ministra Rosa Weber foi sorteada como relatora da ADI 6387 e, por prevenção, foram-lhe distribuídas as demais Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima mencionadas, nos termos do artigo 77-B, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que assim determina:

Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 34/2009). (BRASIL, 2020)

Ainda no dia 20/04/2020, a relatora proferiu despacho no qual resumiu as objeções presentes na ADI 6387 em face da Medida Provisória 954 e determinou a requisição de informações por parte do IBGE e da Agência Nacional de Telecomunicações no que se refere ao

compartilhamento de dados e à produção estatística, no prazo de 48 horas.

Após as partes se manifestarem conforme determinado pela relatora, no dia 24/04/2020, a Ministra Rosa Weber decidiu pela concessão de Medida Cautelar nos autos da ADI 6387, suspendendo a eficácia da Medida Provisória 954, sob a seguinte fundamentação:

Nesse contexto, e a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia. (BRASIL, 2020).

Contudo, tratava-se de decisão monocrática, precária, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual o presidente do Tribunal à época, Ministro Dias Toffoli, incluiu o feito no calendário de julgamentos do plenário da Corte, datando para 06/05/2020.

1. O JULGAMENTO DA ADI 6387

Na data de 06/05/2020, foi iniciado o julgamento que referendaria a Medida Cautelar concedida nos autos da ADI 6387, qual seja, a suspensão da eficácia da Medida Provisória 954. Naquela ocasião, porém, apenas a Ministra Relatora Rosa Weber votou, no sentido de

referendar a Medida Cautelar por ela deferida em 24/04/2020, tendo sido o julgamento adiado para o dia seguinte.

Retomado o julgamento no dia 07/05/2020, votaram os demais ministros. Os Ministros Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Dias Toffoli acompanharam a Ministra Rosa Weber em sua relatoria, sendo a única divergência proveniente do voto do Ministro Marco Aurélio Mello.

A Ministra Rosa Weber, ao acrescentar fundamentos ao seu voto que referendaria a suspensão da eficácia da MP 954, assim assentou:

Nesse contexto, não bastasse a coleta de dados se revelar excessiva, repito, ao permitir que, pelo prazo de trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, os dados coletados ainda sejam utilizados para a produção estatística oficial, o art. 4º, parágrafo único, da MP nº 954/2020 permite a conservação dos dados pessoais, pelo ente público, por tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada, que é a de dar suporte à produção estatística oficial “durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19)”. (BRASIL, 2020).

Ao acompanhar a Ministra Relatora, o Ministro Edson Fachin fez a seguinte observação:

A Medida Provisória nº 954/2020 intervém fortemente na esfera nuclear da configuração da vida privada. Uma intervenção dessa natureza só seria possível com o reforço das garantias de natureza procedimental. Apenas um incremento do conjunto de filtros e salvaguardas relativos aos dados dos usuários dos

serviços de telefonia poderia, a priori, justificar tal ingerência. (BRASIL, 2020).

O Ministro Luís Roberto Barroso trouxe ao julgamento importante reflexão constitucional, também com o intento de seguir a relatora:

No outro prato dessa balança, estão os direitos constitucionais elencados no art. 5º da Constituição, X e XII, notadamente o direito à intimidade e à vida privada, genericamente identificados com o direito de privacidade, que é o direito que toda pessoa tem de ter uma esfera da sua vida que não seja acessível, quer ao Estado, quer a outras pessoas, salvo, eventualmente, por vontade própria. (BRASIL, 2020).

Portanto, nove ministros concluíram pela necessidade de referendar a medida cautelar que suspendia a eficácia da Medida Provisória 954. O entendimento prevalecente foi no sentido de que o texto da referida MP violava o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados.

Dos participantes do julgamento, aposentaram-se os Ministros Celso de Mello, que seguiu a relatora, e Marco Aurélio Mello, que divergiu da relatora. Por conseguinte, conclui-se que a jurisprudência da Suprema Corte acerca da coleta de dados da população por parte do estado está delimitada pelos oito ministros que permanecem na corte e entenderam pela incompatibilidade da normativa trazida pela MP 954 e a Constituição Federal.

O julgamento do STF que suspendeu, em medida cautelar, a eficácia da MP 954 não pode ser visto como apenas mais um dos balanceamentos constitucionais feitos pela Suprema Corte de nosso país. O julgado, ainda que indiretamente, estabeleceu diretrizes a serem seguidas pelo Estado no que se refere à coleta de dados dos cidadãos. De início, o referendo pelo pleno tem sua eficácia limitada

à legislação debatida, todavia, seus efeitos, ainda que não vinculantes, podem e serão sentidos nas legislações e decisões futuras.

2. A NOTA TÉCNICA IPEA N°38

A partir da decisão supramencionada do STF, o IPEA produziu a Nota Técnica n° 38, intitulada “O USO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO PARA O ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19”, através da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (DIEST). Tratou do tema da seguinte maneira:

[...] No caso brasileiro, a situação ganhou visibilidade com a edição da MP n° 954, de 2020, que previa, entre outras ações, a obrigatoriedade de compartilhamento de dados pessoais (como nome, número de telefone e endereço) em poder das operadoras de serviços telefônicos, mediante requisição do poder público. Os dados seriam fornecidos apenas durante o período de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus e seriam utilizados “exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial”. Visto com desconfiança, o ato normativo foi objeto de vários questionamentos judiciais, até que teve sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), para prevenir “danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel”.

[...] Uma preocupação a ser endereçada é a garantia de que o acesso aos dados se limite ao menor número de informações possíveis e que não haja possibilidade de vazamentos. Esse tipo de precaução não é seguida pelas experiências internacionais de tipo centralizadas, mas seriam obrigatórias caso fossem implementadas no Brasil. No uso de dados pessoais para aplicações, a anonimização da coleta de

dados deve ser uma premissa, não sendo necessária a vinculação de dados pessoais como o número do celular, o endereço do usuário, entre outros. A adoção de aplicativos auxiliares no combate à pandemia precisa respeitar os direitos expressos na legislação sobre o tema. Assim sendo, as experiências “descentralizadas” seriam modelos mais adequados à nossa realidade do que as “centralizadas”.

Nesse sentido, atendendo ao princípio da prevenção e segurança dos dados, conforme a lei brasileira exige, o processamento também precisa ser, sempre que possível, descentralizado. Para isso, é preciso lançar mão de tecnologias com privacidade *by design*, como por exemplo, o *bluetooth*, em que os aparelhos conversam entre si, sem precisar de um agente centralizando os dados e mantendo a maior parte das informações fragmentada nos celulares e não em uma base de dados única.

Quando excepcionalmente houver a necessidade de processamento centralizado, isso deve ocorrer de modo criptografado, sendo importante haver justificativa quando algum nível de centralidade é adotado. Quem gerencia o sistema determina o que o algoritmo deve fazer com os dados, mas o gerente não deve ter acesso a eles.” (POMPEU et al., p. 11, 2020).

A título informativo, a nota supra diferencia as duas formas, centralizada e descentralizada, disponíveis para utilização da Tecnologia da Informação para o combate à pandemia:

[...] uma estratégia “centralizada”, na qual o governo acessa os dados pessoais dos cidadãos sem o seu consentimento (modelo chinês); e uma abordagem “descentralizada”, na qual os cidadãos permitem o acesso a seus celulares pelas autoridades de maneira que elas possam identificar a localização dos indivíduos, assim como os contatos por eles mantidos em períodos recentes (modelo de Singapura). Os

países europeus, em geral, estão adotando o segundo modelo. (POMPEU et al., p. 11, 2020).

Desta maneira, em análise combinada das diretrizes emanadas do julgamento da Medida Cautelar na ADI 6387 pelo pleno do STF, que suspendeu a eficácia da MP 954, e a pormenorizada nota técnica nº 38 do IPEA, a conclusão é no sentido de que não cabem no ordenamento jurídico pátrio legislações que possuam em seu âmago uma vertente eminentemente centralizada de coleta de dados, ou seja, que prescindam do consentimento do cidadão.

Portanto, o legislador brasileiro deve atentar-se ao modelo descentralizado de coleta de dados, em que há pleno consentimento do cidadão e que, por óbvio, não iria encontrar obstáculos na jurisprudência formada pelo Supremo Tribunal Federal, já que a restrição foi feita em face de atabalhoado modelo centralizado que, como já explicitado, vem sendo amplamente rejeitado pelas grandes potências democráticas.

Como ressaltado pelos ministros da Suprema Corte, não existe óbice para a coleta de dados, contudo, o formato adotado pela supramencionada MP é temerário, já que procedimentalmente é nebuloso e atinge direitos constitucionalmente assegurados.

A partir das informações expostas, quais sejam, as garantias fundamentais em jogo e os meios apropriados para coleta de informações em tempos de pandemia, deve-se concluir que o fato definidor aqui a ser analisado não é o cerceamento à coleta de informações necessárias para a elaboração profícua de políticas públicas, mas, sim, quais são aqueles meios que se encaixam no ordenamento jurídico pátrio.

3. AS DIRETRIZES OMS/RSI

A Organização Mundial da Saúde – OMS, citada no julgamento do STF, enquanto uma agência internacional que tem o domínio da

agenda mundial para assuntos sanitários, cumprindo sua atribuição de promover e estimular a cooperação internacional e aconselhar os países em questões de saúde, editou o Regulamento Sanitário Internacional - RSI, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 10.212/2020 (texto revisado), com a missão de estabelecer os direitos e obrigações dos países relacionados à divulgação de eventos de saúde pública, e definir os procedimentos que a OMS deve seguir em seu trabalho técnico-científico para defender a saúde pública global.

Além deste papel de gerir um repositório de dados, estatísticas, estudos e relatórios em saúde, a OMS, através de seu RSI, informa, orienta, e norteia toda a comunidade mundial em temas pertinentes a eventos de saúde pública, e não seria diferente no tocante ao uso de dados pessoais sanitários. Neste cenário pandêmico, a organização teve papel de destaque, uma vez que expediu diversas orientações técnicas eficazes e demonstrou boas práticas para diversas nações no combate a pandemia.

Segundo o sítio virtual do Supremo Tribunal Federal:

Ao aderir à corrente pelo afastamento da MP, o ministro Gilmar Mendes lembrou que a Organização Mundial da Saúde (OMS), no seu regulamento sanitário internacional, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 10.212/2020, afasta a possibilidade de processamentos de dados desnecessários e incompatíveis com o propósito de avaliação e manejo dos riscos à saúde. Também acompanharam a relatora, os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e o presidente do STF, ministro Dias Toffoli. (BRASIL, 2020).

O RSI, em seu artigo 45, sobre o tratamento de dados pessoais, elenca requisitos que devem ser observados, sendo eles:

1. As informações de saúde coletadas ou recebidas por um Estado Parte de outro Estado Parte ou da OMS, consoante este Regulamento, referentes a pessoas identificadas ou identificáveis, deverão ser mantidas em sigilo e processadas anonimamente, conforme exigido pela legislação nacional.

2. Não obstante o Parágrafo 1º, os Estados Partes poderão revelar e processar dados pessoais quando isso for essencial para os fins de avaliação e manejo de um risco para a saúde pública, no entanto os Estados Partes, em conformidade com a legislação nacional, e a OMS devem garantir que os dados pessoais sejam:

- (a) processados de modo justo e legal, e sem outros processamentos desnecessários e incompatíveis com tal propósito;
- (b) adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito;
- (c) acurados e, quando necessário, mantidos atualizados; todas as medidas razoáveis deverão ser tomadas a fim de garantir que dados imprecisos ou incompletos sejam apagados ou retificados; e
- (d) conservados apenas pelo tempo necessário. (BRASIL, 2020).

Ao citar a OMS e o RSI, o STF, atinente à proteção de dados, estratifica alguns parâmetros que devem ser observados quando do manejo de dados pessoais, que podem ser resumidos em: serem necessários, adequados, relevantes e compatíveis à finalidade da sua coleta e pelo prazo estritamente necessário; processados anonimamente, quando possível; e serem mantidos sigilosamente, com toda segurança de acesso que requerer.

Tem-se então, da união dos parâmetros pelo STF em seu julgamento, e do artigo 45 do RSI, balizas que se aliarão a outros normativos nacionais sobre proteção de dados, para fixar requisitos, cautelas na utilização de dados pessoais, que, de forma relativizadas, observarão os princípios da intimidade, da vida privada, entre outros princípios constitucionais, e satisfarão às reais necessidades estatais

no desenvolvimento de políticas públicas de combate à pandemia da COVID-19.

Sobre o uso de tecnologia da informação e dados pessoais sanitários no controle da pandemia da COVID-19, algumas nações apresentam experiências que deram, e ainda dão, resultados eficientes e que observam todo o elenco de requisitos expostos no RSI e também em outras legislações sobre o uso e proteção de dados, minorando o potencial risco à privacidade individual.

Uma das experiências exitosas, foi a que possibilita monitorar geograficamente o trânsito das pessoas e, por conseguinte a transmissão do vírus. O aplicativo *Cornona100m*, utilizado pelo governo da Coreia do Sul, identificava possíveis transmissores do coronavírus num raio de 100m, teve ampla e rápida aceitação pelos usuários⁴.

Outra experiência de sucesso e que se preocupou com a privacidade dos usuários, foi em Singapura, onde um aplicativo do governo identificava contatos físicos mantidos pelo usuário nos últimos 14 dias com outras pessoas, mas para acesso a estas pessoas pelo Ministério da Saúde, o usuário permitia de forma prévia, caso infectado. Esta tecnologia foi aprovada por 70% da população (POMPEU et al. 2020).

O ponto em comum entre estas experiências internacionais exitosas reside no fato de que, para o uso das tecnologias que acessavam dados, havia consentimento prévio por parte do usuário, estratégia que se coaduna com a nota técnica n° 38 do IPEA, no sentido de que não cabe no ordenamento jurídico pátrio legislações que possuam em seu âmago uma vertente eminentemente centralizada de coleta de dados, ou seja, que prescindam do consentimento do cidadão.

4 SANTIRSO, Jaime. Coreia do Sul: contra o coronavírus, tecnologia. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-15/coreia-do-sul-contra-o-coronavirus-tecnologia.html>>. Acesso em 08 de set. 2021.

4. A LGPD

O objetivo da LGPD é a proteção de dados pessoais. Para tal, apresenta disposições a respeito do tratamento de dados de saúde, dados esses classificados como sensíveis e tutelados de forma diferenciada. O tratamento desses dados pessoais sensíveis, inscreve-se em aspectos específicos de compartilhamento restrito e limitação a finalidades específicas de caráter mais protetivo.

Existem bons argumentos para justificar que uma legislação de proteção de dados pessoais atribua um regime especial aos dados de saúde; por certo, este tem potencialmente maior risco de uso para fins discriminatórios. Numa pandemia, ainda mais, uma vez que existe muita desinformação sobre o tema.

Esse regime jurídico próprio existente na LGPD é aplicável a todo e qualquer tratamento de dados de saúde, incidindo em toda forma de uso, ou seja, em toda operação feita com dados pessoais, como: coleta, produção, classificação, arquivamento, eliminação (art. 5º, X), independente se via meios digitais ou físicos.

Nesse cenário, é imprescindível a observância dos princípios fundamentais da LGPD para a realização dessas atividades que podem ser vistos no Quadro 1, a seguir:

Quadro 1 – Princípios da LGPD⁵

Princípios	Definição
Finalidade:	Propósitos legítimos específicos e explícitos na realização do tratamento inicial sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.
Adequação	Compatível com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.

5 BRASIL. Ministério da Cidadania. Princípios da LGPD. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/lgpd/principios-da-lgpd>>. Acesso em 13 set. 2021.

Necessidade:	Utilizar apenas os dados necessários (tratamento ao mínimo para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados).
Livre Acesso	Acesso ao tratamento e à integralidade dos dados com garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integridade de seus dados pessoais.
Qualidade	Dados claros, exatos, atualizados e relevantes de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.
Transparência	Dados claros e precisos ao titular com garantia e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.
Segurança	Processos e técnicas para proteção de dados com a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.
Prevenção	Adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.
Não Discriminação	Não utilizar de dados para fins discriminatório, abusivos ou ilícitos.
Responsabilização e Prestação de Contas:	Prestar contas do cumprimento da legislação com a demonstração do agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Percebe-se que os princípios apresentados; formam um sistema, que consolida avanços de proteção de dados com viés mais pragmático, com o objetivo de orientar ao tratamento limitado dos dados sensíveis e sempre para propósitos específicos e explícitos ao titular, evitando uma coleta para uso indiscriminado.

Entretanto, embora fundamental e importante tal regime, é ingênuo afirmar que sua aplicação apenas na categoria de dado sensível é suficiente, uma vez que, a carga de sensibilidade de dados de saúde e o seu alto potencial de dano ou de vazamento de dados exige ainda outras salvaguardas técnicas previstas na LGPD. Deve-se ponderar que a classificação especial deve ser acompanhada de medidas de segurança da informação capazes de reduzir a probabilidade e/ou o impacto de um incidente de segurança.

A utilização de dados pessoais sensíveis deve ainda observar as bases legais previstas na LGPD que, de forma complementar aos princípios, autorizam o uso de dados sensíveis divididos em uma abordagem com e sem consentimento, ou seja, em uma abordagem centralizada ou descentralizada.

Em ambas, o ponto de destaque é a proteção à autodeterminação informativa (que consiste no poder do indivíduo de definir e inspecionar como seus dados pessoais são utilizados). No Brasil, a autodeterminação informativa se destaca no artigo 2º, inciso II, da LGPD como um dos fundamentos da proteção dos dados pessoais. Fato é que a autodeterminação informativa não pode ser compreendida como uma garantia absoluta, entretanto, é um meio de lhe conferir o gerenciamento mínimo dos titulares de dados a exposição social.

No art.18 da LGPD, a autodeterminação informativa apresenta diversos direitos conferidos ao titular como a confirmação da existência do tratamento, acesso aos dados, correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a Lei, dentre outros.

Nesse sentido, a LGPD, como outras legislações de privacidade, tutela a proteção dos dados como um direito positivo, no qual a transparência deve ser plena, ao ponto de colocar o titular como verdadeiro protagonista de suas preferências. Por esse motivo, hipóteses de tratamento de dados sensíveis sem consentimento, serão objeto de maior atenção da recente Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão federal que tem como finalidade editar

normas e fiscalizar procedimentos que envolvem a proteção de dados pessoais, objeto de regulação complementar.

De outro lado, para o tratamento de dados pessoais sensíveis de forma descentralizada, ou seja, com base no consentimento dos titulares, a LGPD apresenta uma aplicação de consentimento não genérico, para finalidades específicas, manifestado de forma transparente, clara e inequívoca, sob pena de nulidade dessa manifestação de vontade. Tais prerrogativas aglutinam-se na tendência de uso descentralizado que enseja uma manifestação inequívoca do titular para determinada finalidade.

A natureza do consentimento é personalíssima, na qual não pode pairar qualquer tipo de vício, sendo ela dada para um fim concreto e fruto da autodeterminação informativa. Um exemplo prático de consentimento e abordagem descentralizada é a coleta de dados orientada a uma ação positiva de habilitação e aceite do usuário do *bluetooth* para fragmentar a base de dados de saúde em celulares.

Ainda, para situações em que existem dificuldades práticas para a coleta do consentimento, a LGPD sugere a adoção de meios técnicos razoáveis para a perda de associação direta ou indireta de um dado a um indivíduo, como a técnica da anonimização prevista no art. 5, XI da LGPD⁶. Compreende-se que não se tem motivos para sacrificar a privacidade para utilizar tecnologia. É fato o uso pode impactar em maior custo, mas a privacidade não pode estar sujeita apenas a essa variável.

Nesse sentido, um dos avanços da LGPD foi delimitar o compartilhamento desses dados sensíveis referentes à saúde, desde que exista aos titulares de dados algum benefício atrelado. Outro ponto que merece destaque da LGPD é a vedação do uso desses dados para seleção de riscos na contratação de saúde suplementar. Assim, sempre deverá ser verificado o objetivo de compartilhamento de dados de saúde, com a finalidade de verificar se o titular dos dados

6 Art. 5, inciso XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

será beneficiado de alguma forma. A coleta e uso de dados na saúde fomenta uma evolução que não pode ser ignorada e a consolidação disso tem permitido novos tratamentos e soluções que são almejadas e por isso nossa preocupação em trazer amparo legal.

Nesse contexto de pandemia, reside discriminar os parâmetros para o uso correto de dados de novas iniciativas sobre uma perspectiva de preservar direitos dos titulares, seja no modelo centralizado pelo amparo de uma política pública e monitoramento da ANPD, quanto pelo formato descentralizado de uso do consentimento válido, claro e inequívoco, ancorado pelo princípio da finalidade e segurança, por meio do qual o acesso aos dados deve ficar restrito somente aos agentes que precisam usar as informações.

Casos como o da MP 954/2020 evidenciam a importância da LGPD nesse cenário, vez que harmoniza o uso de tecnologias e inovação movida a dados de saúde, sem retirar do titular de dados o protagonismo que lhe é peculiar por direito, garantindo o exercício do controle da sua privacidade e dados pessoais, conferindo segurança proporcional aos riscos às pessoas envolvidas. Como é possível observar, existem princípios e salvaguardas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados que são imprescindíveis para a conformidade das novas iniciativas de enfrentamento da COVID-19 movidas a dados pessoais.

5. CONCLUSÃO

Em que pese o uso da tecnologia no enfrentamento à pandemia apoiar com celeridade a identificação do perfil epidemiológico das regiões, características da população, sintomas, contatos, rastreamento de deslocamento (geolocalização e circulação), números de infectados, exames laboratoriais, internações, vagas em leitos, medir eficiência de isolamento ou mudar regimento sobre, número de vacinados e eficiência vacinal, dentre outros, não se pode retroceder nas reivindicações e avanços de proteção da privacidade.

Foi considerado que os princípios a serem observados pelas atividades de tratamento de dados pessoais: princípio da finalidade;

princípio da adequação; princípio da necessidade; princípio do livre acesso; princípio da qualidade dos dados; princípio da transparência; princípio da segurança; princípio da prevenção; princípio da não discriminação; e princípio da responsabilização e prestação de contas e direitos da LGPD, estão em harmonia com o RSI, e os parâmetros utilizados pelo STF, atinente à proteção de dados, e estratificam os parâmetros que devem ser observados e representam a base para a proteção dos dados de saúde no Brasil.

A tutela diferenciada do regime especial para o tratamento de dados sensíveis abordada no artigo, fundamenta-se no potencial de dano aos titulares de dados, alinhada ao direito a autodeterminação informativa justifica a opção convincente de usar dados pessoais no combate a pandemia do COVID-19 desde que de forma transparente, para finalidades específicas e limitadas, de preferência a partir de abordagens descentralizadas que garantam a proteção e privacidade dos titulares. Conclui-se que as novas iniciativas devem considerar a soma positiva de avançar na saúde com tecnologia, inovação e privacidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em 14 set. 2021.

Lei nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm>. Acesso em 14 set. 2021.

Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm>. Acesso em 14 set. 2021.

Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm>. Acesso em 10 set. 2021.

Ministério da Cidadania. **Princípios da LGPD. 2021**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cidadania/pt-br/aceso-a-informacao/lgpd/principios-da-lgpd>>. Acesso em 13 set. 2021.

POMPEU, João Cláudio Basso; SILVA, Sinvaldo Pereira da; AVELINO, Daniel Pitanguieira de; FONSECA, Igor Ferraz da. **O uso de tecnologia da informação para o enfrentamento à pandemia da COVID-19**. Nota Técnica nº 38. DIETS: Ipea, 2020.

SANTIRSO, Jaime. **Coreia do Sul: contra o coronavírus, tecnologia**. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-15/coreia-do-sul-contra-o-coronavirus-tecnologia.html>>. Acesso em 08 de set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE. 2020.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823&ori=1>>. Acesso em 10 set. 2021.

CONTRATOS ANTECIPADOS DE SAFRA EM TEMPOS DE PANDEMIA

ANTICIPATED CROP CONTRACTS IN TIMES OF PANDEMIC

*Lívia Sales Magnani Henriques¹
Sérgio Luís Alfenas Heleno²*

Resumo

O presente trabalho buscou abordar o tema dos desdobramentos gerados nos contratos antecipados de safra em razão das grandes oscilações de preços em tempos de Pandemia. O objetivo foi buscar uma segurança jurídica para assegurar o cumprimento dos contratos antecipados de safra, mesmo em época de grandes adversidades, como variações de preços no mercado de produtos agrícolas. A pesquisa foi realizada através da doutrina e jurisprudência disponibilizada pelos tribunais pátrios. Foi observada a extrema importância de respeitar a integridade dos contratos, além da necessidade de introdução de cláusulas nos contratos antecipados de safra que permitam uma maior liberdade de negociação entre as partes contratantes em momentos de oscilação do mercado.

Palavras-chave: Agronegócio. *Commodities*. Contrato Antecipado. Pandemia.

Abstract

This paper sought to address the issue of the consequences generated in anticipated harvest contracts due to major price fluctuations in times of Pandemic. The objective was to seek legal security to ensure the fulfillment of anticipated harvest contracts, even in times of great adversity, such as price variations in the agricultural products market. The research was carried

1 Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais das Faculdades Milton Campos em Nova Lima/MG. E-mail: liviamagnani@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6774-5523>.

2 Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais das Faculdades Milton Campos em Nova Lima/MG. E-mail: sergioluisheleno@gmail.com.

out through the doctrine and jurisprudence available in the Brazilian courts. The extreme importance of respecting the integrity of contracts was observed, as well as the need to introduce clauses in anticipated harvest contracts that allow greater freedom of negotiation between the contracting parties in times of market fluctuation.

Keywords: *Agribusiness. Commodities. Anticipated Contract. Pandemic.*

1. INTRODUÇÃO

Destaque no mercado internacional, o agronegócio brasileiro hoje representa uma das maiores fatias do PIB (produto interno bruto) sendo, por conseguinte, de extrema importância para o país, figurando como responsável por expressiva parcela da nossa economia.

Neste contexto, os contratos agrários, regidos tanto por normas de Direito Privado, ante a autonomia conferida às partes em equivalência de condições, quanto por normas cogentes de Direito Público, que são obrigatórias e inafastáveis, são de fundamental relevância para o desenvolvimento do setor, que, conforme reconhecido pelos Tribunais pátrios, emerge de segurança jurídica.

O escopo principal dessa pesquisa é perquirir se, ante a atual crise econômica decorrente da pandemia da COVID-19, e face a imensa variação de preços das *commodities* agrícolas, é possível a revisão dos contratos agrários pela aplicação da Teoria da Imprevisão bem como quais seriam as medidas legais mais viáveis para evitar a quebra contratual e garantir a conservação dos negócios jurídicos celebrados no agronegócio, almejando, sobretudo, atender à função social da propriedade rural.

No que tange à metodologia aplicada, utilizando o método hipotético-dedutivo, esse trabalho é calcado precipuamente em fontes bibliográficas, como livros, revistas, teses e artigos científicos, bem como na legislação pertinente, fazendo uso ainda das pesquisas quantitativa e qualitativa, segundo os dados dos institutos oficiais.

Como marco teórico, partiu-se da obra coletiva “O Direito Agrário nos 30 anos da Constituição de 1988” datada de 2018 coordenada pelo agrarista e professor Albenir Querubini por meio da qual foi possível analisar os institutos jurídicos e as questões atinentes ao tema sob uma ampla concepção para se fazer um sopesamento teórico e uma reflexão crítica acerca do problema levantado.

2. O DESENVOLVIMENTO E A IMPORTÂNCIA DO AGRONEGÓCIO PARA A ECONOMIA BRASILEIRA

Durante as décadas de 1950 e de 1960, acreditava-se que a agricultura era um fator limitador do crescimento bem como do desenvolvimento da economia brasileira. Concebia-se que a solução seria uma reforma agrária para melhor distribuição de renda e para a criação de um mercado consumidor mais amplo, no intuito de combater os tão criticados latifúndios improdutivos, muito comuns naquela época.

Quando os militares assumiram o poder, também identificaram a agricultura como limitadora do crescimento da economia. Naquela época, o café representava 50% do total das exportações brasileiras, ou seja, havia praticamente uma monocultura. Todavia, diante de tantos fatores favoráveis no Brasil como o clima, a extensão territorial e a abundância de recursos naturais, a agronomia começa a ser vista sob uma macro perspectiva e começa-se a estimular a produção de insumos alternativos, como o suco de laranja, a soja, etc.

Foram tomadas uma série de medidas importantes pelo governo militar, tidas como uma modernização conservadora da agricultura, mas sem afetar a estrutura da posse das terras, com o desiderato de fomentar a atividade agrícola: política de preços mínimos, concessão de crédito rural abundante e uma política de estoques reguladores.

Sobre a política agrícola adotada na época, Albenir Querubini³ destaca que:

“É importante reforçar que, embora a política agrícola tenha emergido na década de 1960 em meio à reestruturação fundiária do Brasil e da distribuição de terras, o setor agropecuário passou por uma gigantesca modernização e integração das etapas de suas cadeias produtivas, interligando tudo o que acontece antes, dentro e depois da porteira em um verdadeiro ecossistema produtivo e demandando que as políticas agrícolas, da mesma forma estruturarem o sistema fiscal, assistência técnica e extensão rural, seguro agrícola, sistema cooperativo, eletrificação e irrigação, habitação e titulação das propriedades”.

Neste ínterim, entrou em vigor o Estatuto da Terra em 1964, por meio da Lei 4504, de cunho extremamente intervencionista, visando sobretudo proteger os trabalhadores da terra, que, à época, eram reconhecidamente hipossuficientes, trazendo importante inovação ao consagrar o princípio da função social da propriedade rural.

Outrossim, foi editado o Decreto 59.566 em 1966 que regulamentou os contratos agrários prevendo as suas especificidades e constituindo uma série de cláusulas obrigatórias no seu bojo, abarcando, inclusive, a necessidade de proteção ambiental no seu artigo 13.

Paralelamente, em 1973 foi criada a EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, que é vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e de fundamental importância para o desenvolvimento da indústria agrícola, tendo como foco o treinamento da mão-de-obra, sendo constituída por uma multiplicidade de profissionais altamente qualificados de várias áreas, que foram os responsáveis pela chamada “revolução verde ou

³ QUERUBINI, A. et al. O Direito Agrário nos 30 anos da Constituição de 1988. 1ª edição. Londrina: Editora Thoth, 2018.

revolução do cerrado”, haja vista a larga área de terra degradada que foi transformada em sistema produtivo.

Destarte, a agricultura foi se desenvolvendo, inobstante ainda com baixa produtividade e muito dependente do governo. Nos anos 80, a crise econômica impacta diretamente o setor agrícola assim como a indústria em geral, pondo fim ao recurso subsidiado pelo governo, ou seja, acaba-se com o crédito rural ante a escassez de dinheiro público para o setor.

No início dos anos 90, com a abertura da economia, a agricultura é bastante beneficiada vez que exsurge a oportunidade de também comprar no mercado internacional, reduzindo muito o custo de cultivo, compensando, dessa forma, o fim dos subsídios, passando a integrar as principais cadeias de produção nacionais.

Neste contexto, chega-se à agricultura moderna, tal qual temos hoje, que é altamente desenvolvida tecnologicamente, produtiva e competitiva, passando-se a usar no Brasil o termo agronegócio, que foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos em 1957 na Universidade de Harvard pelos pesquisadores John Davis e Ray Goldberg com a publicação da obra “*A Concept of Agribusiness*”⁴, que o definiram como a integração das cadeias agrárias.

Sobre o uso do termo agronegócio no Brasil, Thiago da Silva Melo⁵, integrante do grupo de pesquisa de Estudos Agrários da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, salienta que:

“O termo agronegócio surge no Brasil com esse objetivo, representar a modernização da agricultura, o aumento da produtividade e com a finalidade política e ideológica de melhorar a imagem da grande propriedade no imaginário social, sempre

4 DAVIS, John H., GOLDBERG, Ray A. *A Concept of agribusiness*. Harvard University Graduate School of Business Administration, Boston, 1957.

5 MELO, T.S. A ideologia por trás do termo agronegócio. *Revista Pegada - A revista da geografia do trabalho*. V. 19, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/5708>. Acesso em 18. Ago. 2021.

associada à improdutividade, à violência e entrave ao desenvolvimento econômico do país”.

Hodiernamente, temos aproximadamente cinco milhões de agricultores no país e o Brasil está entre os cinco maiores produtores mundiais de 36 gêneros agrícolas, liderando a exportação de vários deles, como a carne e a soja, por exemplo, ocupando, destarte, posição de destaque no cenário econômico atual.

Sobre a importância do agronegócio para a economia brasileira, em encontro realizado em 29/04/2021, o presidente do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), Carlos Von Dollinger⁶, destacou que:

“É o agro e agrobusiness que, nos últimos tempos, têm sido o sustentáculo da nossa atividade econômica, dado os impactos em outros setores, como serviço e indústria, muito afetados pela pandemia”.

3. AS *COMMODITIES* AGRÍCOLAS

As *commodities* agrícolas, objetos dos contratos agrários, são os produtos comercializados *in natura* ou com baixo grau de industrialização e têm o seu preço definido pelo mercado internacional ao passo que são baseados na oferta e na demanda das ações nas bolsas de valores desses insumos, sendo da essência desse tipo de mercadoria, por conseguinte, a grande variação de valor.

Como consectário de todo o desenvolvimento do setor agrícola nos últimos anos, o Brasil passou de mero importador de insumos alimentícios básicos para a condição de um dos maiores produtores e exportadores de *commodities* agrícolas, sendo que os principais

6 DOLLINGER, C.V. Ipea apresenta dados sobre mercados e preços agropecuários. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=37909:2021-04-29-23-17-22. Acesso em Acesso em 08. Set. 2021.

produtos primários do agronegócio brasileiro são: soja, trigo, milho, café, laranja, açúcar, algodão e carne.

Segundo dados do CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil)⁷, atualmente cerca de 50% das exportações brasileiras é relativa aos produtos agrícolas e o mercado agropecuário é detentor de um terço da mão de obra brasileira. Em 2020, 26,6% do PIB brasileiro foi atinente ao agronegócio e estima-se que em 2021 esse percentual ultrapasse 30% pois só no primeiro semestre desse ano tivemos um crescimento de 9,81%.

Ademais, inobstante a crise econômica advinda da pandemia, verificou-se na última safra, uma expressiva alta no preço das *commodities* agrícolas, o que impactou diretamente no volume das exportações desses insumos, vez que, conforme dados do IPEA⁸, as exportações do agronegócio brasileiro, de 2020 para 2021, tiveram uma alta de 20,9% apenas no primeiro semestre desse ano, impulsionadas principalmente pelo preço da soja cujo valor aumentou em mais de 25,3%.

4. A AGRICULTURA 5.0

Atualmente, considerando a necessidade cada vez maior por água, alimentos e energia em todo o mundo dado o aumento da população e da expectativa de vida, ressalta-se um crescimento exponencial da demanda pelas *commodities* agrícolas.

Para suprir essa demanda e dado o protagonismo brasileiro no cenário internacional, encampa-se no país em 2021 outra revolução na seara do agronegócio, que é o desafio de implementação da Agricultura 5.0, sendo imprescindível, para tanto, uma modernização ainda maior

7 Dados disponíveis em: <https://www.cnabrazil.org.br/boletins/pib-do-agronegocio-avanca-no-trimestre-e-acumula-alta-de-9-81-no-primeiro-semester-de-2021>. Acesso em 24. Set. 2021.

8 MÁXIMO, W. Ipea: exportações do agronegócio sobem 20,9% no primeiro semestre. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-07/ipea-exportacoes-do-agronegocio-sobem-209-no-1o-semester>. Acesso em: 15. Set. 2021.

das tecnologias aplicadas no campo, que já contam hoje com várias técnicas de automação.

Calcada nos pilares da eficiência, da sustentabilidade e da disponibilidade, a Agricultura 5.0 tem como objetivo principal consolidar a agricultura de precisão, por meio da qual busca-se potencializar e modernizar ainda mais a produção agrária.

Outrossim, por meio da Agricultura 5.0, e o uso de várias das tecnologias das mais avançadas hoje no mercado, como, por exemplo, o georreferenciamento do solo, monitoramento e pulverização por drones, mapeamento por satélite, almeja-se alavancar e diversificar sobremaneira a produção das *commodities* tendo como contrapartida ainda a redução drástica dos custos e impactos ambientais.

5. O DIREITO AGRÁRIO E SUAS INTERFACES

O Direito Agrário, por conter tanto normas de ordem pública quanto normas de direito privado, tem caráter híbrido, tendo como principal objeto as atividades agrárias bem como as acessórias a elas correlatas, como o transporte e a comercialização de produtos, segundo a doutrina majoritária.

No Brasil, o Direito Agrário goza de autonomia legislativa, conferindo-se competência privativa à União, conforme imperativo legal contido no art.22, I da CR/88, bem como científica, por ser um ramo autônomo com princípios e normas próprias.

Segundo o agrarista Albenir Querubini⁹,

“O Direito Agrário surgiu da necessidade de um ramo especializado para regulamentar as relações jurídicas agrárias, sendo que seu objeto e conteúdo podem sofrer variações entre os diferentes países, conforme

9 ZIBETTI, D.W.; QUERUBINI, A. O Direito Agrário Brasileiro e sua relação com o agronegócio. DIREITO E DEMOCRACIA - Revista de Divulgação Científica e Cultural do Isulpar, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.isulpar.edu.br/revista/file/130-o-direito-agrario-brasileiro-e-a-sua-relacao-com-o-agronegocio>. Acesso em: 07. Jul. 2021.

o tipo de economia, o grau de industrialização e desenvolvimento tecnológico, a estrutura fundiária, costumes, etc.”

Em consonância com o disposto no art. 186 da Carta Magna de 1988, a função social do imóvel rural é cumprida quando atende aos seguintes requisitos: tem níveis satisfatórios de produtividade, utiliza de forma adequada os recursos naturais e preserva o meio ambiente, quando respeita as regras do Direito do Trabalho e favorece o bem-estar dos trabalhadores e de suas famílias.

Face o dirigismo estatal, ou seja, considerando a imperatividade das normas de ordem pública, no que concerne aos contratos agrários, há uma liberdade contratual mitigada vez que as leis agrárias, como o Estatuto da Terra e o Decreto 59.566, por exemplo, preveem muitas regras fixas, rígidas, que as partes devem obrigatoriamente observar na diretriz contratual.

Outrossim, analisando as decisões do STJ, fica claro que os ministros têm uma preocupação muito grande com os contratos agrários pois a segurança jurídica no campo do agronegócio tem sido cada vez mais fundamental para o desenvolvimento do setor.

No REsp 1.182.967/RS, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão¹⁰, salienta que:

“Os contratos de direito agrário são regidos tanto por elementos de direito privado como por normas de caráter público e social, de observação obrigatória e, por isso, irrenunciáveis, tendo como finalidade precípua a proteção daqueles que, pelo seu trabalho, tornam a terra produtiva e dela extraem riquezas, conferindo efetividade à função social da propriedade”.

10 STJ - REsp: 1182967, RS 2010/0038475-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/06/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2015.

6. OS CONTRATOS AGRÁRIOS E SUAS ESPECIFICIDADES

Os contratos agrários eram regulados pelo Código Civil de 1916 e passaram a ser regidos, em 1964, pelo Estatuto da Terra e pelo Decreto 59.566 em 1966, que, recepcionados pela Constituição de 1988 e inobstante carentes de uma constante atualização face a amplitude e dinamicidade do agronegócio, introduziram no sistema legislativo brasileiro alguns princípios específicos para melhor regular as relações existentes entre o proprietário da terra e o produtor agrícola, tendo como principal objetivo que seja cumprida a função social da propriedade rural, qual seja, produzir de forma sustentável.

Há contratos agrários típicos (regulados pelo Estatuto da Terra, pelo Decreto 59.566 e demais atos normativos especializados) e os atípicos (que não estão regulamentados pela legislação agrária, mas pelo Código Civil), sendo que os contratos agrários típicos mais comuns são o contrato de arrendamento rural e o contrato de parceria.

No **contrato de arrendamento rural**, que equivale ao contrato de locação, o proprietário da terra tem uma renda fixa, garantida, independentemente da produção ou do faturamento que a propriedade vai gerar, por isso o proprietário paga mais impostos, sendo um contrato mais oneroso pois não sofre riscos, visto que o risco é todo do arrendatário. É fundamental que no contrato de arrendamento seja previsto o valor do arrendamento em moeda corrente, se haverá ou não atualização monetária, foro de eleição, o prazo de vigência do contrato, qual a lavoura será objeto.

No **contrato de parceria**, em que há um compartilhamento de riscos daquela produção agrícola, o proprietário tem uma tributação significativamente inferior. Há um entendimento jurisprudencial que, em relação ao passivo trabalhista e ambiental, o proprietário da terra também concorre com esses custos. É fundamental que no contrato seja previsto o compartilhamento de riscos, prazos, se o proprietário poderá exercer com posse ou não, foro de eleição.

Nos contratos agrários, não figuram só pessoas físicas. E, como uma empresa estrangeira não pode ser proprietária de terras no Brasil

e os grandes *players* do agronegócio são empresas estrangeiras, os contratos agrários são o instrumento jurídico adequado para que elas tenham acesso à posse de terras, sendo fundamentais e muito usuais.

O agronegócio é todo sustentado em contratos agrários que garantem a posse de multinacionais às terras e a evolução econômica do ramo influenciou também nos princípios do Direito Agrário pois, o produtor da terra, que antes era hipossuficiente na relação, hoje, por ser geralmente uma grande empresa, teve essa fragilidade mitigada.

Em consonância com as diretrizes do Estatuto da Terra, o arrendatário era tido como um pequeno camponês ao passo que existia comumente uma assimetria muito grande entre ele e o proprietário. Porém, hoje, o arrendatário muitas vezes é um grande produtor rural, chegando a se sobrepor economicamente ao próprio arrendante.

Diante dessa nova realidade trazida pelo moderno e próspero agronegócio, vários precedentes persuasivos indicam uma forte tendência do STJ (Superior Tribunal de Justiça) de aplicar o Estatuto da Terra, que é excessivamente intervencionista, apenas em se tratando de partes hipossuficientes, ou seja, quando for flagrante o desequilíbrio entre os contratantes, conforme ilustra esse julgado no Resp 1.447.082/TO de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹¹:

“...quando o arrendatário é uma grande empresa, desenvolvendo o chamado agronegócio, o princípio da justiça social deixa de ter aplicabilidade, pois ausente a vulnerabilidade social que lhe é pressuposto. Tem-se no caso dos autos, portanto, uma situação em que, embora o princípio da função social seja aplicável, não o é o princípio da justiça social. Deveras, o cumprimento da função social da propriedade não parece ser fundamento suficiente para que as normas do direito privado, fundadas na autonomia da vontade, sejam substituídas pelas regras do Estatuto da Terra, marcadas por um acentuado dirigismo contratual...”

11 STJ, 3ª Turma, REsp 1447082/TO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data do Julgamento: 10/05/2016, Data da Publicação: 13/05/2016.

7. A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, instituída pela Lei 13.874 de 2019 e originária da Medida Provisória 881 do mesmo ano, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, trouxe importantes normas atinentes ao fomento do exercício da atividade econômica, regulamentando e conferindo concretude ao comando superior contido no parágrafo único do art.170 da Constituição de 1988.

Para a consecução de seus fins, a Lei de Liberdade Econômica, que se aplica aos contratos comuns regidos pelo Código Civil, ou seja, àqueles firmados entre iguais, é norteada pelos seguintes princípios: a garantia da liberdade do cidadão no exercício da atividade econômica; a boa-fé do particular perante o Poder Público; a intervenção excepcional do Estado nesse ramo e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Sobreleva-se, destarte, conforme previsão contida no art.3º da Lei 13.874/2019, a autonomia privada das partes nos contratos paritários de livre estipulação das cláusulas contratuais, respeitadas as normas de ordem pública e cogentes, privilegiando a força obrigatória dos contratos consubstanciada pela máxima “*Pacta Sunt Servanda*”.

Outrossim, por pressupor a equivalência entre os contratantes, a lei busca evitar qualquer intervenção externa nos contratos negociais, admitindo a ingerência do Estado somente em casos excepcionais, conferindo às partes, caso haja necessidade de revisão do contrato por outrem, a liberdade de preestabelecer critérios de interpretação e integração das normas pelas mesmas estipuladas, almejando, assim, não se afastar da vontade dos agentes e conferir maior segurança jurídica ao que foi avençado.

Importante inovação trazida pela Lei de Liberdade Econômica, foi a inserção do artigo 421-A no Código Civil de 2002 que ratifica a autonomia privada nos contratos simétricos e dispõe que a revisão ou resolução dos mesmos somente se dará de forma excepcional e nos limites preestabelecidos pelas partes.

8. ANÁLISE DOS CONTRATOS DE SAFRA EM TEMPOS DE PANDEMIA

No início de 2020, com o advento da Pandemia gerada pela COVID-19¹², os preços das *commodities* agrícolas começaram a sofrer grandes alterações. Típicos produtos brasileiros como café, soja, milho e carne tiveram uma alteração de valor significativo, chegando alguns a terem aumentos de mais de 100% em relação ao patamar anterior, como pode ser verificado na cotação de preços divulgado pelo Cepea¹³.

Além disso, o Brasil ao longo de 2021 está enfrentando uma grave crise hídrica, gerada dentre inúmeros fatores por um período prolongado de seca. Ocorre que esse grave problema levou a retração do agronegócio e ajudou a elevar a inflação da economia brasileira, tais fatores impactaram diretamente no preço dos típicos produtos agrícolas brasileiros.¹⁴

É sedimentado no direito brasileiro que a inflação e a crise monetária não são causas hábeis para ensejar revisões contratuais, uma vez que não são considerados fatos imprevisíveis nos termos do art.7º da lei nº 14.010 de junho de 2020.¹⁵

Destaca-se que diante desse cenário de repentina subida de preços, houve um abalo financeiro em vários segmentos. Tal situação, tendo afetado o equilíbrio contratual, trouxe novamente ao debate a questão da quebra de contratos antecipados de safra, algo já discutido

12 UNASUS. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus, de 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 20. Set. 2021.

13 Cepea. Esalq.Usp. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br>. Acesso em: 20. Set. 2021.

14 G1. Crise hídrica se agrava e vira mais um entrave para o crescimento da economia brasileira, de 01 de setembro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/crise-da-agua/noticia/2021/09/01/crise-hidrica-se-agrava-e-vira-mais-um-entrave-para-o-crescimento-da-economia-brasileira.ghtml>. Acesso em: 20. Set. 2021.

15 BRASIL. LEI Nº 14.010, DE 10 DE JUNHO DE 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). DOU de 12.6.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 20. Set. 2021.

no período entre as safras de 2002 e 2004, que ficou conhecido popularmente como “Caso da Soja Verde”, onde vários produtores judicializaram a questão, após uma significativa alteração de preço da saca da soja.

Na primeira decisão a respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ expôs o entendimento de que oscilação de preço não poderia ser considerado fato imprevisível que ensejasse a ruptura contratual, visto que os contratos de venda futura, pela sua própria natureza, estão sujeitos a oscilações de preços, conforme se verifica no julgado:

“COMERCIAL. 1. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes, se o fato que alterou o valor do produto agrícola (sua cotação no mercado internacional) não era imprevisível. 2. CEDULA DE PRODUTO RURAL. A emissão de cédula de produto rural, desviada de sua finalidade típica (a de servir como instrumento de crédito para o produtor), é nula. Recurso especial conhecido e provido em parte”.

Com a devida vênia aos nobres julgadores, parece-nos que tal solução não se mostrou suficiente para a resolução do mencionado problema, uma vez que o mesmo não foi sanado, tendo em vista que o objetivo de superação da quebra contratual pelas partes não foi atingido 15 anos após a referida decisão.

9. A TEORIA DA IMPREVISÃO E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Noutro giro, é de fundamental importância analisar os contratos antecipados de safra à luz da Teoria da Imprevisão e da onerosidade excessiva. Os contratos podem ser revisados desde que os mesmos

16 STJ - REsp: 722130 GO 2005/0017809-0, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 15/12/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/02/2006, p. 338.

sejam de execução continuada ou diferida e as circunstâncias que levaram ao acordo se modifiquem consideravelmente entre a data da contratação e da execução.

Além disso, são requisitos que referida modificação seja imprevisível e que gere um desequilíbrio entre as partes, onde uma das mesmas fique em uma situação de extrema vantagem, conforme os artigos 317 e 478 do Código Civil.¹⁷

Gustavo Tepedino¹⁸, a respeito da aplicação da Teoria da Imprevisão e da onerosidade excessiva, entende que:

“A crise financeira mundial poderia ensejar a aplicação da teoria da imprevisão, da teoria da excessiva onerosidade superveniente ou da teoria da base objetiva do negócio? X poderia, com base nessas teorias, pleitear a resolução da proposta? As teorias mencionadas têm como pressuposto de aplicação o desequilíbrio das prestações oriundo de fato superveniente. À medida que, na espécie, a crise financeira não alterou a equação contratual, a proponente não encontra guarida nessas teorias para pleitear a resolução ou a revisão da proposta. Ressalte-se que se a crise econômica, de alguma maneira, prejudicou a saúde financeira de uma das partes e, conseqüentemente, sua aptidão para cumprir o pactuado, tal circunstância não melindra a comutatividade do ajuste, a qual restou indene”.

17 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU de 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 Set. 2021.

18 TEPEDINO. G.. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <tps://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/htdocument?&src=r1&srguid=i0ad6adc50000017c230f408cf56fafd2&docgui-d=I3b1b7da06dae11e1bee400008517971a&hitguiid=I3b1b7da06dae11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=77&context=111&cru mb-action=append&crumb-label=Documento&is-DocFG=true&isFromMultiSumm=tr ue&startChunk =1&endChunk=1>. Acesso em: 18. jul. 2021.

Dessa forma, cada caso deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades, para definir se houve um desequilíbrio, não sendo a Pandemia por si só um fato gerador capaz de justificar a revisão ou até mesmo a ruptura dos contratos antecipados de safra.

10. CONSEQUÊNCIAS GERADAS PELAS QUEBRAS CONTRATUAIS

Vale ressaltar que uma das características mais marcantes para o aprimoramento e impulsionamento dos negócios é a sua segurança, ao passo que, quanto maior a confiabilidade de um determinado contrato, mais eficiente são os seus resultados.

Nesse sentido, é o entendimento de Christiane Leles Rezende e Decio Zylbersztajn¹⁹:

“Mais relevante que o número de contratos quebrados foi a repercussão gerada a partir deste fato. A maior parte dos produtores entrevistados declarou que sentiu efeito das quebras contratuais dos outros produtores. As consequências mais citadas foram a maior exigência de garantias para crédito e custeio, maior dificuldade para negociar com a empresa e a redução do volume de contratos de venda antecipada efetuados”.

Pode-se verificar que entre as safras de 2002 e 2004, no caso conhecido como “Soja Verde”, as partes que conseguiram manter seus contratos, que adimpliram, tiveram maior facilidade para celebrarem os negócios na safra seguinte.

19 REZENDE, C.L. ZYLBERSZTAJN, D. PACTA SUNT SERVANDA? O caso dos contratos de soja verde. Disponível em: https://escholarship-.org/content/qt5jg-1v63w/qt5-jglv63w_noSp-lash_46a-2f65--d575b47fa-0dffec3ae13-46bd.pdf?t=-krn6s6. Acesso em: 25. Set. 2021.

Contudo, as partes que resolveram rescindir os contratos, na safra seguinte tiveram extrema dificuldade no momento de firmar novos contratos para sua produção. O impacto de tal medida é relevante, quem rescinde os contratos sofre graves consequências, além de afetar os contratos de um modo geral, uma vez que a quebra contratual gera insegurança entre as partes que utilizam essa espécie contratual.

Christiane Leles Rezende e Decio Zylbersztajn²⁰ ponderam ainda que:

“O contrato existe para reduzir incertezas, logo, o instrumento contratual, na forma como foi praticado, mostrou-se frágil, sobretudo, devido à instabilidade do ambiente institucional. A redução do número de contratos celebrados, as novas exigências de garantias para o cumprimento do contrato e o processo de seleção de produtores são estratégias privadas adotadas para reduzir privadamente o conflito, mas estas elevam o custo da transação para os dois agentes”.

Os contratos antecipados de safra muitas vezes trazem o preço pré-fixado, tal medida tem o intuito de evitar que as grandes oscilações de preços das commodities interfiram no cumprimento do contrato. Alguns contratos preveem o adiantamento do pagamento, para se proteger das variações dos preços do mercado e para que o produtor evite o pagamento de juros, beneficiando as partes.

Contudo, com a oscilação de preço dos produtos agrícolas durante o ano de 2020 e 2021, novamente alguns produtores começam a judicializar demandas e mais uma vez, alguns produtores preferem descumprir seus contratos devido a tamanha disparada dos preços. Nesse ponto, percebe-se que as consequências negativas trazidas por

20 REZENDE, C.L. ZYLBERSZTAJN, D. Revista Direito GV. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/xM6F9gFC77psLbjWGzC6DPB/?lang=pt>. Acesso em: 25. Set. 2021.

essa conduta são conhecidas, pode-se citar uma enorme insegurança jurídica, o que leva aos negociadores a evitarem a essa espécie contratual.

Dessa maneira, é de suma importância uma solução adequada para que não ocorra novamente no Brasil, infundáveis discussões entre os contratantes e um nefasto efeito econômico para o agronegócio, além do risco da falta de credibilidade dessa espécie contratual, levar ao seu desuso.

11. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que a solução introduzida no Brasil a partir do julgado do Superior Tribunal de Justiça no caso supramencionado, não se mostrou capaz de superar o problema existente nos contratos futuros de safra.

Apesar da situação fática de 2021 ser diversa da de 2002, o problema gerado foi extremamente semelhante, qual seja, a subida repentina de preços ocasionando quebras contratuais, ações judiciais, dentre outros.

Desse modo, faz-se necessária a tomada de uma solução eficaz para que esse contrato, de extrema importância para o setor agropecuário brasileiro, não entre em desuso.

Com a redação do art. 421, Parágrafo Único e do art.421-A do Código Civil, introduzida pela Lei de Liberdade Econômica, percebe-se a presença forte do princípio da intervenção mínima e uma grande liberdade para as partes definirem contratualmente situações excepcionais que ensejaram as revisões contratuais.

Dessa maneira, é primordial que passe a constar nos contratos futuros de safra, parâmetros objetivos que justifiquem as revisões contratuais, evitando assim o descumprimento bem como os litígios judiciais.

Pode-se perceber que uma das soluções, seria a introdução de uma cláusula nos contratos futuros de safra, trazendo a previsão de que esses contratos estariam automaticamente sujeitos a uma revisão

quando houver um aumento de preço real (Valor Corrigido) do produto objeto do contrato em patamar igual ou superior a 50% em relação à média das 5 safras anteriores.

Destaca-se que tais cláusulas devem estar em consonância com as determinações legais, como por exemplo, a norma supramencionada exposta no art.7º da lei nº 14.010 de junho de 2020.

Além disso, a previsão de cláusula arbitral a essa espécie contratual, seria de fundamental importância, uma vez que traria inúmeras vantagens, como por exemplo, evitar a proposição de várias ações judiciais que culminariam em disputas prolongadas, trazendo um inevitável prejuízo para as partes.

Soma-se a isso o fato de que o juízo arbitral poderia resolver o conflito de interesses com uma melhor análise de cada caso concreto, além de conferir maior celeridade bem como trazendo soluções que beneficiariam as partes.

Com a introdução de tais medidas nos contratos de safra, a liberdade entre as partes ficará em evidência, dando uma maior segurança jurídica e confiabilidade para os contratantes, o que proporcionará, por conseguinte, um ambiente de credibilidade, impulsionando, destarte, a celebração dos contratos antecipados de safra.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24. Jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 59.566 de 14 de novembro de 1966**. Diário Oficial da União. Brasília, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm. Acesso em: 20. Ago. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Terra. Lei nº 4.504 de 30 de Novembro de 1964**. Diário Oficial da União. Brasília, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm. Acesso em 09. Set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. DOU de 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 06 Set. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 14.010, DE 10 DE JUNHO DE 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)**. DOU de 12.6.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm Acesso em: 20. Set. 2021.

Cepea. Esalq.Usp. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br>. Acesso em: 20. Set. 2021.

DAVIS, John H., GOLDBERG, Ray A. **A Concept of agribusiness**. Harvard University Graduate School of Business Administration, Boston, 1957.

DIÁRIO DO COMÉRCIO. **Contratos de produtores de grão podem ser revistos, de 22 de junho de 2021.** Disponível em: <https://diariodocomercio.com.br/agronegocio/negociacao-pode-evitar-quebra-de-contratos/> . Acesso em: 20. Set. 2021.

DOLLINGER, C.V. **Ipea apresenta dados sobre mercados e preços agropecuários.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=37909:2021-04-29-23-17-22. Acesso em 08. Set. 2021.

EXAME. **Seca no Brasil traz risco de onda de descumprimento de contratos no agro, de 04 de junho de 2021.** Disponível em: <https://exame.com/exame-agro/seca-risco-descumprimento-contratos-agronegocio/>. Acesso em: 22. Set. 2021.

G1. **Crise hídrica se agrava e vira mais um entrave para o crescimento da economia brasileira, de 01 de setembro de 2021.** Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/crise-da-agua/noticia/2021/09/01/crise-hidrica-se-agrava-e-vira-mais-um-entrave-para-o-crescimento-da-economia-brasileira.ghtml>. Acesso em: 20. Set. 2021.

LUNA, F.V.; KLEIN, H.S. **Alimentando o mundo: o surgimento da moderna economia agrícola no Brasil.** 1ª edição. São Paulo: Editora IMESP/FGV, 2020.

MARQUES, B.F. **Direito Agrário Brasileiro.** 11ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MÁXIMO, W. **Ipea: exportações do agronegócio sobem 20,9% no primeiro semestre.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-07/ipea-exportacoes-do-agronegocio-sobem-209-no-1o-semester>. Acesso em: 15. Set. 2021.

MELO, T.S. **A ideologia por trás do termo agronegócio.** Revista Pegada - A revista da geografia do trabalho. V. 19, n. 2, 2018. Disponível

em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/view/5708>. Acesso em 18. Ago. 2021.

QUERUBINI, A et al. **O Direito Agrário nos 30 anos da Constituição de 1988**. 1ª edição. Londrina: Editora Thoth, 2018.

REZENDE, C.L. ZYLBERSZTAJN, D. **PACTA SUNT SERVANDA? O caso dos contratos de soja verde**. Disponível em: https://escholarship.org/content/qt5jg1v63w/qt5jg1v63w_noSplash_46a2f65d575b47fa0dfefc3ae1346bd.pdf?t=krn6s6. Acesso em: 25. Set. 2021.

REZENDE, C.L. ZYLBERSZTAJN, D. **Revista Direito GV. Quebras contratuais e dispersão de sentenças**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/xM6F9gFC77psLbjWGzC6DPB/?lang=pt>. Acesso em: 25. Set. 2021.

UNASUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus, de 11 de março de 2020**. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 20. Set. 2021.

ZIBETTI, D.W.; QUERUBINI, A. **O Direito Agrário Brasileiro e sua relação com o agronegócio**. DIREITO E DEMOCRACIA - Revista de Divulgação Científica e Cultural do Isulpar, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.isulpar.edu.br/revista/file/130-o-direito-agrario-brasileiro-e-a-sua-relacao-com-o-agronegocio>. Acesso em: 07. Jul. 2021.

O IMPACTO ECONÔMICO DO LOCKDOWN NAS EMPRESAS DE BELO HORIZONTE. AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA PANDEMIA

THE ECONOMIC IMPACT OF LOCKDOWN ON COMPANIES IN BELO HORIZONTE. THE CONSEQUENCES OF A PANDEMIC

*Guilherme Cota¹
Maria Clara Malta²*

Resumo

O presente artigo tem como objetivo demonstrar os impactos econômicos ocasionados às empresas de Belo Horizonte devido à adoção constante do *lockdown* para o resguardar o distanciamento social entre as pessoas. Tal medida foi tomada em caráter emergencial para a diminuição da aglomeração que gera maior possibilidade de disseminação do vírus. Todavia, houve, por consequência, um desencontro de direitos fundamentais, além dos prejuízos econômicos, sobretudo àqueles comércios que não executam suas atividades por meio eletrônico. Com lojas fechadas durante vários dias, empresas fecharam as portas, decretaram falência, pessoas ficaram desempregadas, dentre outras consequências. Conclui-se que tal medida possui efeitos diretos na economia das empresas que funcionam no município de Belo Horizonte e nos direitos fundamentais, sendo responsável pelo grande número de encerramento das atividades empresariais do município.

Palavras-chave: Economia. Comercio. Belo Horizonte. Covid-19. *Lockdown*. Impacto Econômico

1 Mestrando em direito nas relações econômicas e sociais pela Faculdade Milton Campos; Pós graduando em Direito Registral e Notarial pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios; Graduado em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: Guilherme@hcadvocacia.org. OCID 0000-0002-5621-8258

2 Mestranda em direito nas relações econômicas e sociais pela Faculdade Milton Campos, pós graduada em Direito Notarial e Registral pelo CEDIN, pós graduanda em Direito Médico e Bioética pela PUC MG e-mail: mariacamalta@gmail.com

Abstract

This article aims to demonstrate the economic impacts caused to companies in Belo Horizonte due to the constant adoption of lockdown to protect the social distance between people. This measure was taken as an emergency measure to reduce the agglomeration that generates a greater possibility of virus dissemination. However, there was, as a consequence, a mismatch of fundamental rights, in addition to economic losses, especially to those businesses that do not perform their activities electronically. With stores closed for several days, companies closed their doors, declared bankruptcy, people became unemployed, among other consequences. We conclude that this measure has direct effects on the economy of the companies that operate in the city of Belo Horizonte and on fundamental rights, being responsible for a large number of closures of business activities in the city.

Keywords: Economy. Commerce. Belo Horizonte. Covid-19. *Lockdown*. Economic impact

1. INTRODUÇÃO

O coronavírus (causador da Covid-19) disseminou-se por todo o mundo, causando prejuízos incalculáveis, deixando nossa sociedade atual marcada por uma pandemia que ceifa vidas humanas aos milhares diariamente no mundo.

Além da tragédia na saúde e vida humana causada pela pandemia, seus efeitos na economia são devastadores. Onde na ausência de políticas públicas típicas de períodos de instabilidade, como em tempos de guerra, as empresas consequentemente experimentaram uma queda drástica em sua produção e naturalmente em suas vendas, os trabalhadores perderam seus empregos, ou contaram com uma brusca diminuição salarial, o sistema de saúde entrou em colapso em vários estados, afetando diretamente os níveis de emprego e produção, e também o PIB, que no Brasil teve uma estimativa de queda no ano de 2020, variando de -0,68% a -4,5%.

Quando a crise estava em seu estágio inicial, com ocorrências registradas apenas em território chinês, boa parte dos analistas pensava em uma recuperação em V, o cenário mais otimista, que tem como característica uma brusca queda e uma rápida retomada. Alguns meses após a difusão do vírus, que se torna uma pandemia, os analistas otimistas falam de uma recuperação em U, o cenário mais provável, com certa demora na retomada, ou até mesmo em L, depois de uma queda a economia numa estagnação econômica. E os mais pessimistas, pensam em I, isto é, um bom tempo em queda devido à crise financeira.³

O *lockdown* do setor produtivo no caso atual, foi, desde o início, determinado em escala global, como uma estratégia de isolamento social (quarentena) adotada pelos governos para minimizar o contágio da população e, desse modo, o número de mortos. A ideia-força é a de que a quarentena, ao achatar a curva de propagação do vírus, evitaria, em tese, o colapso do sistema de saúde. A mudança de comportamento na sociedade é evidente, e isso vai muito além das políticas de distanciamento. Em poucos dias, os compromissos, as prioridades e os interesses de habitantes do mundo inteiro mudaram radicalmente estando todos os holofotes apontados para o coronavírus e suas implicações epidemiológicas, sociais e econômicas.

Em Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, verificou-se, através de uma pesquisa qualitativa, uma queda significativa do funcionamento das empresas da cidade após a adoção do *lockdown* como medida de distanciamento social. O Município, através do Decreto 17.304 de 2020, determinou a suspensão dos alvarás de funcionamento e localização de uma série de empresas, em sua grande maioria, do setor do comércio, o que afetou drasticamente a continuidade destas.

Segundo estatísticas apresentadas pela Junta Comercial de Belo Horizonte, durante o período da pandemia, de cada 100 empresas que se constituíram no município durante o período da pandemia, mais

³ Crise e coronavírus: V, U ou W, os 3 cenários possíveis para a recuperação econômica após a pandemia de covid-19. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52445365>

da metade encerraram suas atividades no mesmo ano. A Federação do Comércio de Minas Gerais, através do Índice de Confiança do Empresário no mesmo período, demonstrou uma queda significativa da confiança do empresário quanto ao quadro econômico atual, sobretudo quanto a imprevisibilidade de funcionamento integral das atividades comerciais.

Assim, o presente estudo se debruça no objetivo de analisar os impactos econômicos decorrentes dos lockdowns decretados pelo Município de Belo Horizonte, em face das empresas que ali funcionam, buscando demonstrar a existência da relação direta das medidas de distanciamento social com tal impacto, demonstrando ainda a existência de um desencontro entre direitos fundamentais.

O método de pesquisa utilizado é o indutivo “[...] um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo que o das premissas nas quais se basearam (MARCONI; LAKATOS, 2011, p. 53)”. Além disso, onde foram usadas as técnicas de coleta de dados em sites de informações próprios além de pesquisa bibliográfica.

2. O LOCKDOWN COMO MEDIDA DE DISTANCIAMENTO SOCIAL.

Quando falamos no *Lockdown* como medida de distanciamento social, não estamos falando de algo novo em nossa sociedade. Após os ataques do 11 de setembro que ocasionou a queda das torres gêmeas, houve a determinação dada pelo EUA de um *lockdown* de três dias no espaço aéreo, desautorizando passagem de aeronaves sob aquele território. No mês de dezembro de 2005, o *lockdown* também foi uma medida adotada pelo País de Nova Gales devido a ocorrência de eventos de cunho racista em uma praia da região. Em 2008, houveram dois eventos semelhantes. O primeiro na Universidade da Colúmbia Britânica, após uma ameaça anônima, e o segundo, em uma escola

secundarista, no Canadá, após uma ameaça de arma de fogo dentro das dependências da escola. Esses são alguns exemplos de eventos históricos onde o *lockdown* foi adotado para restringir o funcionamento ou circulação de pessoas em locais específicos para que se evitasse a ocorrência de desastres.

Para se ter ideia, em abril de 2013, durante a maratona de Boston, foi determinado *lockdown* da cidade após o ataque terrorista ocorrido naquele evento, restringindo o ir e vir da população e, inclusive, a paralisação do transporte público. Mais à frente, no ano de 2015, em Bruxelas, toda a cidade entrou no mesmo sistema após ataques terroristas ocorridos em Paris.

Nota-se que tal medida é tomada quando existem eventos catastróficos, eventos estes que colocam em risco a integridade física do ser humano e da sociedade, podendo ser adotado de forma preventiva, quando há uma situação incomum ou que traga certa inconsistência no sistema, ameaçando o funcionamento da segurança e integridade das pessoas, ou de forma repressiva/emergencial, quando já existe o perigo, ou a ameaça deste é eminente.

Com o novo coronavírus não foi diferente. Uma das primeiras medidas adotadas pelos governos foi o *lockdown*. Inicialmente de forma mais rígida, fechando fronteiras, cancelando voos, bloqueando entrada e saída entre os estados e municípios, impedindo abertura total de todos e quaisquer estabelecimentos, posteriormente com certa flexibilização até que tivessem uma compreensão razoável do que estava sendo combatido, o que mesmo assim não foi suficiente para combater o avanço da pandemia. No Brasil, por exemplo, que se teve notícia “oficialmente” em março de 2020 da periculosidade do vírus e sua constante evolução, a medida do distanciamento social através do *lockdown* ainda é recomendada.

Em artigo publicado em junho de 2020 pela revista Springer Nature, bem no início da pandemia, foi analisado a eficácia do *lockdown* como medida de contenção do avanço do vírus, trazendo dados importantes acerca da evolução, e em contraponto, dados alarmantes quanto ao risco do avanço do coronavírus.

A difusão de uma nova doença infecciosa do coronavírus (COVID19) começou na China em Dezembro de 2019, quando os primeiros casos foram identificados na província de Wuhan. Desde então, COVID-19 espalhou-se rapidamente por todo o mundo. Para esta razão, a 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a COVID-19 uma pandemia. De acordo com Dados da OMS, em 12 de maio de 2020 havia mais de 4 milhões de casos confrontados, aproximadamente 280.000 confrades mortes, e pelo menos 215 países, áreas ou territórios que tinham relatado casos de infecção confrangedora. Com início em abril, os EUA observaram um rápido crescimento da COVID-19, e até 12 de maio 2020 foi o país com o maior número de confrades casos (aproximadamente 1,300,000). Em maio, a Europa e o Norte América foram os continentes mais severamente afetados, com 1,755,790 e 1,743,717 casos, respectivamente (a partir de 12 de maio 2020). Em 12 de Maio de 2020, a Espanha era a mais gravemente afetada País europeu, com mais de 224.000 casos confirmados, seguida da Rússia (221.334), do Reino Unido (219.187), da Itália (219,070) e Alemanha (169,575). É de notar que a situação está a evoluir rapidamente e a mudar continuamente (ALFANO; ERCOLANO, 2020)⁴.

4 Difusion of a novel coronavirus infectious disease (COVID19) began in China in December 2019, when the first cases were identified in the province of Wuhan. Since then, COVID-19 has spread quickly all over the world [1]. For this reason, on 11 March 2020, the World Health Organization (WHO) declared COVID-19 a pandemic. According to WHO data, on 12 May 2020 there were more than 4 million confirmed cases, approximately 280,000 confirmed deaths, and at least 215 countries, areas or territories that had reported confirmed cases of infection. Starting in April, the US observed swift growth of COVID-19, and by 12 May 2020 was the country with the highest number of confirmed cases (approximately 1,300,000). In May, Europe and North America were the most severely affected continents, with 1,755,790 and 1,743,717 cases, respectively (as of 12 May 2020). By 12 May 2020, Spain was the most badly affected European country, with over 224,000 confirmed cases, followed by Russia (221,334), the UK (219,187), Italy (219,070) and Germany (169,575). It should be noted that the situation is rapidly evolving and continuously changing.

Concluíram naquela oportunidade, através de metodologia própria que, independentemente da quantidade de habitantes, as medidas adotadas para conter o avanço do vírus foram semelhantes e, entre elas, o *lockdown* se demonstrou bastante eficaz. Quanto mais dias de confinamento e distanciamento social era imposto, menos mortes se tinha confirmação, considerando 40 dias como o maior período (quarentena) e 7 dias a menor quantidade. Algo hoje de fácil constatação, até mesmo sem levar em conta aspectos técnicos de pesquisa.

3. A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL, EM DECORRÊNCIA DO LOCKDOWN.

Com a adoção das medidas de distanciamento social através do *lockdown*, nasce o problema: A restrição de alguns direitos fundamentais. Tal reflexão é necessária pois, existe a imposição da restrição da livre locomoção do cidadão e restrição de funcionamento das atividades comerciais, relativizando o livre exercício da atividade comercial e a liberdade de locomoção em tempos de paz, ambos os direitos previstos na nossa carta magna.

A proteção do direito fundamental requer diferentes pressupostos fáticos e jurídicos considerados na norma jurídica, bem como a consequência comum, a proteção fundamental. Os direitos fundamentais e da defesa dos elementos básicos são explicitados na maneira de lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros⁸. Dentro dos direitos individuais, o direito de propriedade e o direito à proteção jurídica, são fundamentados no âmbito de proteção estritamente normativo. Desse modo, “não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais

Diante do pressuposto em relação ao âmbito da proteção do direito individual, faz uma abertura sobre “o que é efetivamente

protegido?”. No âmbito da proteção não se deve confundir a proteção efetiva e a definitiva, devendo ser garantida que determinada situação tenha sua legitimidade auferida em face de dado parâmetro constitucional. De acordo com as dimensões dos direitos de defesa, para a proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos. Portanto, quanto mais amplo for à proteção dos direitos fundamentais, mais se torna possível considerar qualquer ato do Estado como restrição. Todavia, quanto mais restrito for à proteção, menos possibilidade existirá para a configuração de um conflito determinado entre o Estado e o indivíduo.

O surto do novo coronavírus manifestou de forma devastadora no cenário global. Diante das maneiras de contágio e o período de incubação silenciosa da doença, os países representaram uma crise sanitária de difícil contenção. Além do mais, a vacina têm sido distribuída à passos lentos, fazendo com que os países tomassem medidas drásticas e emergenciais de isolamento social, com restrições aos direitos fundamentais de maneira temporária (GONÇALVES *et al.*, 2020).

Diante esse estado de calamidade, a Organização Mundial da Saúde tem trabalhado a fim de estimular a adoção do isolamento e das restrições quanto aos direitos fundamentais, atribuídas como medidas eficazes durante a crise. O contexto cabe um questionamento sobre as implicações constitucionais das medidas emergenciais impostas no Brasil a fim de combater o coronavírus, sobre os riscos de extrapolação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de direito.

O governo brasileiro alterou a Lei 13.979/2020, que assegura as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública provocada pelo coronavírus, atribuindo recomendações de isolamento para pessoas infectadas em quarentena, com novas adequações de trabalho, aprendizagem e leis comerciais.

Com os acontecimentos da crise sanitária do coronavírus, não se pode oportunizar a partir de uma construção de uma narrativa, pois o cenário atual exige uma adoção de uma “Constituição de Emergência” por meio de uma “Jurisprudência de Crise”, “a justificar a suspensão

ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem como a normalização de abusos por parte das autoridades públicas, como se a Constituição Federal de 1988 tivesse cessado a sua vigência e eficácia” (GONÇALVES *et al.*, 2020, p.100).

Esse processo entrópico social promove a crescente judicialização da política e da saúde em questão. O sistema não é autorizado a mudar ou romper o modelo, a não ser de forma coercitiva, pois ele não reconhece e não sustenta as ações fora daquilo em que é regulamentado. A judicialização é considerada o maior sintoma dessa emergência dogmática jurídica e da incontingência social, ou seja, os conflitos individuais e coletivos caracteriza hoje uma realidade do Brasil sem volta. Esse novo panorama busca em seu fundamento, a partir do artigo 2º da CF, a harmonia e a independência entre os poderes.

É sabido que o Poder Público em sua versão Social e Democrática criou um sentimento, inerente a todas as constituições sociais, de que as conquistas sociais não retroagem, ou seja, “os direitos fundamentais-sociais, as liberdades públicas, etc., sempre tendem a avançar, não se admitindo retrocesso” (GONÇALVES *et al.*, 2020, p.516).

O cenário atual nacional apresenta a evolução dos casos de coronavírus, e como medidas, com objetivo de assegurar o sistema público de saúde, implicam em ações multidisciplinares e urgentes, de modo a reduzir as convergências aos conflitos internos e externos. Com intuito de evitar os riscos de contágio, devem-se estabelecer medidas públicas efetivas e imediatas, com auxílio do poder de polícia, restringindo as liberdades individuais, regulando as práticas e os comportamentos em razão do interesse público.

É indispensável à atuação do poder Estatal para a garantia dos direitos humanos de segunda dimensão, buscando uma prestação satisfatória, com intuito de garantia as tutelas de direitos positivados no ordenamento jurídico, atribuindo os direitos fundamentais, como a vida, a saúde e a integridade física. É essencial que o sistema seja atuado como um conjunto harmônico, caracterizado como um poder único, em busca constantemente de um bem maior.

Portanto, os três Poderes o Executivo, o Legislativo e o Judiciário estão em cena, e quando há uma falha na implementação da política pública diante do Poder Judiciário, a ocorrência significa a urgência que a medida demanda, pois não pode ser aguardado todo o ciclo para a atuação do Executivo e Legislativo.

4. O IMPACTO ECONÔMICO DO LOCKDOWN NOS COMÉRCIOS DE BELO HORIZONTE

Lado outro, com tantas medidas de urgência, quase não houve tempo hábil pra sobrepesar as consequências que recairiam sob a economia. Como as restrições consistem em fechamento de estabelecimentos ou redução de horário de funcionamento, o resultado não poderia ser outro se não o prejuízo para as empresas empresários e todos os outros seguimentos. E, além disso, o primeiro decreto municipal nº 17.297 de março de 2020, que declarou oficialmente a situação anormal causada pelo coronavírus como Situação de emergência em Saúde Pública, autorizava o Município a realizar as requisições administrativas, conforme seu artigo 3º, inciso I:

Art. 3º – Para o enfrentamento da situação de emergência ora declarada, ficam estabelecidas as seguintes medidas:

I – Poderão ser requisitados bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

Tal requisição está prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXV, possibilitando a autoridade pública, no caso de iminente perigo público, à utilização da propriedade particular com posterior indenização, que é definida pela professora Maria Sylvia como ‘ato administrativo unilateral, auto executório e oneroso, consistente na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração,

para atender a necessidades coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente` (PIETRO, 2014, p. 143).

Mas o maior impacto econômico não foi em decorrência de tais aquisições, mas sim por consequência dos constantes *lockdown* realizados pelo município. Em março de 2020, foi instituído, através do decreto municipal 17.298, o Comitê de Enfrentamento à Epidemia da Covid-19, de caráter deliberativo, com competência extraordinária para acompanhar a evolução do quadro epidemiológico do novo coronavírus, além de adotar e fixar medidas de saúde pública necessárias para a prevenção e controle do contágio e o tratamento de pessoas afetadas que, de pronto, autorizou os órgãos municipais dentro de suas atribuições a instituírem o teletrabalho, suspenderem prazos, eventos públicos, feiras municipais, atividades em escolas, visitas em espaços públicos, entre outros.

Em seguida, Decreto 17.304 suspendeu por tempo indeterminado os alvarás de Localização e Funcionamento emitidos para atividades com potencial aglomeração de pessoas, especialmente para casas de shows, espetáculos, boates, casas de festas feiras, shoppings, centros de comércio, galerias, clínicas e estética, academias, bares e restaurantes, dentre outros.

Art. 1º – A partir do dia 20 de março de 2020, por tempo indeterminado, ficam suspensos os Alvarás de Localização e Funcionamento – ALFs – emitidos para realização de atividades com potencial de aglomeração de pessoas, em razão da Situação de Emergência em Saúde Pública declarada por meio do Decreto nº 17.297, de 17 de março de 2020, especialmente para:

- I – casas de shows e espetáculos de qualquer natureza;
- II – boates, danceterias, salões de dança;
- III – casas de festas e eventos;
- IV – feiras, exposições, congressos e seminários;
- V – shoppings centers, centros de comércio e galerias de lojas;
- VI – cinemas e teatros;

- VII – clubes de serviço e de lazer;
- VIII – academia, centro de ginástica e estabelecimentos de condicionamento físico;
- IX – clínicas de estética e salões de beleza;
- X – parques de diversão e parques temáticos;
- XI – bares, restaurantes e lanchonetes.

Neste primeiro momento, manteve-se apenas os serviços qualificados como essenciais como supermercados, farmácias, laboratórios, clínicas, hospitais e demais serviços de saúde⁵, e no formato *delivery*⁶, os estabelecimentos alimentícios.

Com a evolução da pandemia, o Decreto 17.328 de abril de 2020, enrijeceu mais ainda as restrições de funcionamento, agora incluindo todas as atividades comerciais, adicionando três incisos ao decreto anterior, passando a suspender, também, as autorizações para eventos em propriedades e logradouros públicos; feiras em propriedade e atividades de circos e parques de diversões. Imaginava-se que tal restrição seria de fato temporária, o que hoje, já não podemos afirmar quando o vírus irá ser contido, seja em decorrência da vacina em massa ou outro método ainda desconhecido.

Assim, o referido diploma suspendeu o funcionamento das atividades acima elencadas de forma integral, por pelo menos 2 vezes do ano de 2020, por prazo indeterminado. Imagine o impacto que tal medida ocasionou aos comércios de produtos perecíveis? E aqueles que não possuíam meios para inovar tecnologicamente seus estabelecimentos, mesmo que informais? Ou então aos feirantes e aqueles que vivem de agricultura familiar? Pois bem, o impacto foi grande.

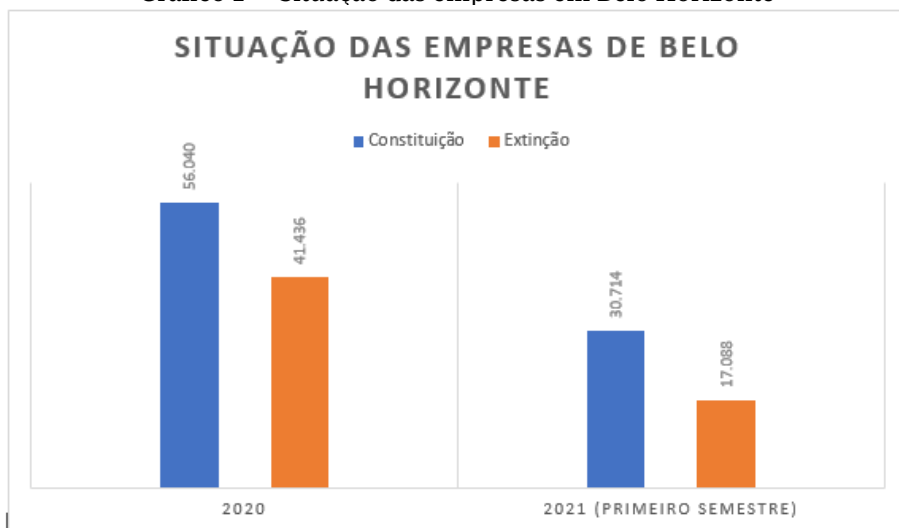
5§ 2º – A suspensão prevista neste artigo não se aplica aos supermercados, farmácias, laboratórios, clínicas, hospitais e demais serviços de saúde em funcionamento no interior de shoppings centers, centros de comércio e galerias de lojas, desde que adotadas as medidas estabelecidas pelas autoridades de saúde de prevenção ao contágio e contenção da propagação de infecção viral relativa ao COVID-19.

6Tradução livre: Entrega

Em matéria veiculada pelo Diário do Comércio, foi constatada a extinção 10.541 microempresas, 300 empresas de pequeno porte e 458 de porte normal que encerraram suas atividades de vez na capital mineira, conforme a Junta Comercial de Minas Gerais. Em termos de setores, foram extintas 3 mil operações do comércio, 800 da indústria e 7,5 mil de serviços, Para se ter uma ideia, de janeiro a maio deste exercício, foram protocolados 17.030 pedidos de extinção considerando as modalidades de empresário, Ltda, S/A, cooperativa, outros e ireli. Na mesma época do ano passado, o número chegou a 11.941. Isso significa um crescimento de 42,6% entre os períodos⁷.

Já no primeiro semestre de 2021, além da baixa quantidade de empresas constituídas em Belo Horizonte, mais da metade que assim o fazia, acabaram por fechar as portas antes mesmo de finalizar o ano, como demonstrado do gráfico abaixo

Gráfico 1 – Situação das empresas em Belo Horizonte



Fonte: Adaptado de Junta Comercial de Belo Horizonte (2021)

⁷ Pode ser encontrado em: <https://diariodocomercio.com.br/economia/bh-registra-extincao-de-11-299-empresas/>. Acesso em 03/06/2021

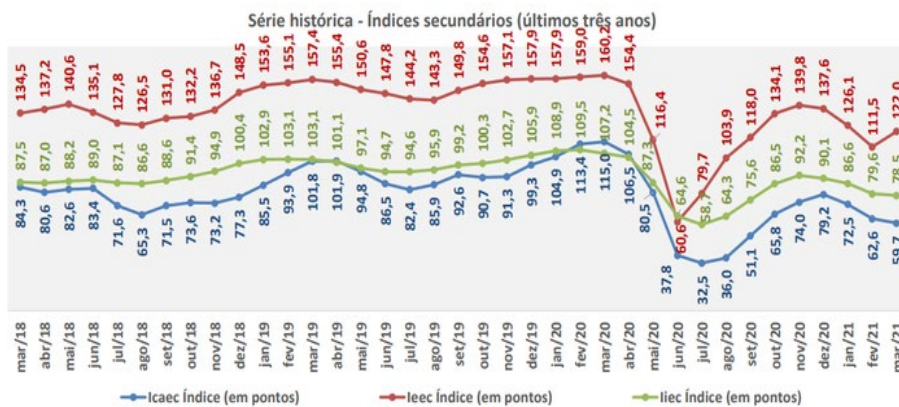
Constata-se que as medidas restritivas de 2020 e, até mesmo com aquelas que visam amenizar os impactos econômicos regulando horários específicos para funcionamento das atividades empresariais no município, são paliativas que apenas dão suporte para a manutenção das empresas e não a geração de lucro. Outrossim são os ventos em cadeia que decorrem de forma lógica com o impacto econômico negativo nas empresas de Belo Horizonte. Com o encerramento das atividades de algumas empresas ou até mesmo a diminuição do horário de funcionamento, tem-se a redução de receita e, por consequência, a impossibilidade de manter pessoal, levando assim, à demissão em massa.

A Federação do Comércio de Minas Gerais - FECOMÉRCIO/MG, divulgou em abril de 2020 o índice de confiança do empresário do comércio, onde relata que, devido às incertezas do cenário econômico causado pela paralização das atividades em decorrência do coronavírus, contribuiu para a primeira queda do IEC que, depois de 8 meses em alta, caiu de 127,5 pontos para 121,8 pontos, o que para os especialistas significa uma considerável retração.

A pesquisa do Índice de Confiança do Empresário do Comércio, tem como objetivo aferir com precisão através de indicadores, a percepção que os empresários do setor têm sobre o nível atual e futuro de propensão a investir em curto e médio prazo, sendo uma ferramenta de grande importância para os setores do varejo, fabricantes, consultorias e instituições financeiras, e se subdivide em 3 indicadores, o índice de Condições Atuais do Empresário do Comércio, que avalia por meio da percepção do empresário, a evolução das condições atuais da economia do país, do setor e das empresas, além do momento atual dos empresários; o Índice de Expectativa do Empresário do Comércio, que avalia as expectativas dos empresários por meio do que eles esperam para a economia brasileira, para o comércio e seus estabelecimentos; e o Índice de Investimento do Empresário do Comércio, que visa avaliar, por meio de planejamento para quadro de funcionários, planos de melhorias e a situação dos

estoques das empresas, traçando uma estimativa para o nível de investimento desses negócios.

Gráfico 2 – Índice de Confiança do Empresário do Comércio (Icac)



Fonte: Federação do Comércio de Minas Gerais - FECOMÉRCIO (2021)

Ao observarmos o gráfico acima, após o início da pandemia e das medidas de distanciamento social por meio do *lockdown* decretado pelo Município de Belo Horizonte, a confiança do empresário de belo horizonte caiu drasticamente, sobretudo nos meses de abril a julho de 2020, tendo uma retomada tímida neste mesmo ano e voltando a cair de dezembro de 2020 à fevereiro de 2021, onde o cenário ainda é de muita incerteza.

5.CONCLUSÃO

Os impactos econômicos da crise do coronavírus estão diretamente relacionados à determinação do isolamento social, é fato que a pandemia vem penalizando os setores da economia em intensidades diferentes. O setor mais afetado pelas regras do isolamento social foi o comércio na cidade de Belo Horizonte, onde, registrou-se a maior quarentena do Brasil. O consumo recuou drasticamente no

ano de 2020, o que gerou reflexos dramáticos na piora da renda e da confiança do consumidor.

Foi constatado no segundo semestre de 2020 o pior desempenho dos lojistas nos últimos anos, os mais prejudicados do ponto de vista da economia, são os micros, pequenos e médios empresários.

A pandemia, com todas suas consequências, agravou ainda mais a prolongada crise política e financeira que vivemos atualmente, a economia encontra-se estagnada, o desemprego está em alta, há desordem urbana, violência, inflação, exagerada carga tributária e uma burocracia que só atrapalha quem quer empreender e gerar empregos. Nunca se teve tantos moradores de rua na capital em um só período, a pobreza está em expansão, entidades sociais registraram o dobro de atendimentos nas pastorais de rua.

Não obstante as consequências econômicas e sociais sofridas, o tem-se assistido uma série de atos unilaterais de governadores e prefeitos que, sem anuência dos Parlamentos locais, vêm impondo certas maneiras de contenções severas a direitos fundamentais relacionados com a subsistência da população, como a liberdade de trabalho, a liberdade de iniciativa econômica e a liberdade de locomoção.

Essas medidas não levam em conta a real necessidade de promoção da harmonia e proteção da saúde com demais direitos fundamentais que se encontram englobados em uma dimensão quando falamos em mínimo existencial da população, direito a vida privada, direito de trabalhar afim de obter o sustento familiar e mínimo para as condições de vitalidade de um ser humano na sociedade.

É a partir dos fatos relatados acima se conclui que, milhões de brasileiros encontram-se impedidos pelo poder público local de exercer um dos mais básicos direitos do ser humano, que é o de lutar pela subsistência própria e familiar.

Circunstância essa que traduz uma incompatibilidade, sobretudo quando a ciência já deixou claro os impactos drásticos que as medidas dessa natureza traduzem não somente no que tange a autonomia dos cidadãos como também afeta a saúde física, psíquica e emocional.

Afim de tentar minimizar as consequências trazidas pelas restrições impostas, alguns setores da economia apostam em uma adaptação, tanto dos consumidores como dos comerciantes, com vendas online, serviços delivery e a substituição da loja física pela plataforma online.

É de grande importância expor que, devido a dependência direta e indireta das atividades comerciais junto a Administração Pública, a manutenção e retorno dessas atividades

Pode auxiliar na diminuição dos efeitos econômicos recessivos. É de suma importância que a sociedade tenha clara noção da quantidade e do rumo dos gastos públicos. De qualquer maneira, é de extrema necessidade impor políticas de compensação, uma vez que estas podem diminuir significativamente os efeitos da pandemia para a sociedade e principalmente os comerciantes da capital mineira, os maiores afetados na região.

O presente artigo não tem como intenção questionar a necessidade do isolamento social para proteger vidas, estas são decisões da sociedade e dos governos.

REFERÊNCIAS

ALFANO, Vincenzo; ERCOLANO, Salvatore. The Efficacy of Lockdown Against COVID-19: A Cross-Country Panel Analysis. **Springer Nature**, Switzerland, 03 junho 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40258-020-00596-3.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2020.

BELO HORIZONTE. Decreto n. 17.297, de 17 de março de 2020. Declara situação anormal, caracterizada como Situação de Emergência em Saúde Pública, no Município de Belo Horizonte em razão da necessidade de ações para conter a propagação de infecção viral, bem como de preservar a saúde da população contra o Coronavírus – COVID-19. **Diário Oficial**. Belo Horizonte, 17 de março de 2021. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1226967>. Acesso em: 3 jun. 2021.

BELO HORIZONTE. Decreto n. 17.304, de 18 de março de 2020. Determina a suspensão temporária dos Alvarás de Localização e Funcionamento e autorizações emitidos para realização de atividades com potencial de aglomeração de pessoas para enfrentamento da Situação de Emergência Pública causada pelo agente Coronavírus – COVID-19. **Diário Oficial**. Belo Horizonte, 18 de março de 2020. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1227069>. Acesso em: 3 jun. 2021.

BOSTON faces lockdown as police hunt for marathon bombing suspect: Governor Deval Patrick orders immediate shutdown of all public transport in Boston as siege continues in Watertown. **The Guardian**. 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/apr/19/boston-lockdown-police-hunt-bombing-suspect>. Acesso em: 1 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.
Acesso em: 3 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 06 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, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm#view. Acesso em: 3 jun. 2021.

FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE MINAS GERAIS - FECOMÉRCIO. **Índice de confiança do empresário**. 2021. Disponível em: <https://www.fecomerciomg.org.br/wp-content/uploads/2021/04/03.21-ICEC-BH.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

JUNTA COMERCIAL DE BELO HORIZONTE. **Estatísticas**. 2021. Disponível em: <https://jucemg.mg.gov.br/pagina/34/estatisticas#>. Acesso em: 3 jun. 2021.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 295.

LIMA, João Alberto de Oliveira, PASSOS, Edilenice, NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013, p. XI e 30.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, f. 466, 2014. 932 p.

TAKEUCHI, Craig. **Cause for UBC Lockdown still uncertain but initial posting may reveal some clues. The Georgia Straight**. 2008. Disponível em: <https://www.straight.com/article-131020/cause-for-ubc-lockdown-still-uncertain-but-initial-posting-may-reveal-some-clues>. Acesso em: 1 jun. 2021.

**A IMPOSSIBILIDADE DA INTERFERÊNCIA JURISDICIONAL
EM QUESTÕES DE CONTEÚDO ECONÔMICO NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL, MÁXIME DE OFÍCIO E APÓS
O ENCERRAMENTO DO BIÊNIO LEGAL, AINDA QUE
EM DECORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO DA
EMPRESA EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19.**

**ESTUDO DE CASO A RESPEITO DO ACÓRDÃO PROFERIDO
PELA 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

*THE IMPOSSIBILITY OF JURISDICTIONAL INTERFERENCE
IN MATTERS OF ECONOMIC CONTENT IN THE JUDICIAL
REORGANIZATION, MAXIMUM OF OFFICE AND AFTER
THE END OF THE LEGAL BIENNIUM, EVEN AS A
RESULT OF THE CHANGE IN THE SITUATION OF THE
COMPANY DUE TO THE COVID-19 PANDEMIC.*

*CASE STUDY ON THE JUDGMENT DELIVERED BY
THE 2ND RESERVED CHAMBER OF BUSINESS LAW
OF THE COURT OF JUSTICE OF SÃO PAULO*

Jordano Fernandes¹

Marcos Campos de Pinho Resende²

Resumo

O presente artigo pretende analisar, por meio da metodologia do estudo de caso, o Acórdão recentemente proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2284821-21.2020.8.26.0000, interposto por empresa em recuperação judicial em face de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações do

1 Advogado. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Endereço eletrônico: jfernandes@gc.com.br

2 Advogado. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Endereço eletrônico: marcos@mouratavares.adv.br

Foro Central Cível que indeferiu o pedido de encerramento da sua recuperação judicial mesmo após o biênio legal e determinou, de ofício, a intimação dos credores para apresentarem aditivo ao plano já aprovado, com condições mais favoráveis àquelas anteriormente homologadas, por entender que, em razão da Pandemia da COVID-19, a empresa recuperanda teria apresentado relevante aumento em seu faturamento. Assim, mediante a análise dos fundamentos do acórdão, da legislação e da doutrina aplicáveis, busca-se demonstrar a relevância e profundidade de seu conteúdo, impedindo os efeitos danosos da decisão monocrática reformada, que indevidamente interferiu nas condições econômico-financeiras do plano aprovado.

Palavras-chave: Recuperação Judicial; Encerramento; COVID-19; Interferência.

Abstract

This article intends to analyze, through the case study methodology, a recent decision handed down by the 2nd Reserved Chamber of Business Law of São Paulo's Court of Justice in the Appeal no. 2284821-21.2020.8.26.0000, filed by a company undergoing judicial reorganization in view of a decision rendered by the 2nd Bankruptcy and Reorganization Court of the Central Civil Court that rejected the request for the closure of its judicial reorganization even after the legal biennium and determined, ex officio, the creditors summons to submit an amendment to the plan already approved, with more favorable conditions than those previously approved, as he understood that, as a result of the COVID-19 pandemic, the recovering company would have presented a relevant increase in its revenue. Thus, by analyzing the grounds of the judgment, the applicable legislation and doctrine, we seek to demonstrate the relevance and depth of its content, preventing the harmful effects of the appealed monocratic decision, which unduly interfered in the economic and financial conditions of the approved plan.

Key-Words: *Judicial recovery; Closing; COVID-19; Interference*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por enfoque a análise de recente acórdão proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2284821-21.2020.8.26.0000, interposto por empresa em recuperação judicial em face de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações do Foro Central Cível que indeferiu o pedido de encerramento da recuperação judicial e determinou, de ofício, a intimação dos credores para apresentarem aditivo ao plano já aprovado, com condições mais favoráveis àquelas anteriormente homologadas, sob o entendimento de que, durante o ano de 2020, em razão da Pandemia da COVID-19, a empresa recuperanda apresentou relevante aumento em seu faturamento, tendo em vista comercializar equipamentos médicos, notadamente respiradores.

Neste contexto, elaborou-se a pergunta-problema proposta por este trabalho, qual seja: É possível a interferência do magistrado, de ofício e embasado em sua opinião particular, em questões relativas à justiça das condições econômico-financeiras do plano de recuperação judicial já aprovado pelos credores, especialmente após o encerramento do biênio legal, ainda que com fundamento nas alterações supervenientes nas condições econômicas da recuperanda em razão da Pandemia da COVID-19?

O estudo do precedente referido se justifica especialmente em razão da relevância do resultado do julgamento proferido, que reformou a decisão monocrática recorrida e impediu a prevalência de perigoso precedente.

Assim, pretende-se demonstrar, mediante a análise da legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis à espécie, o acerto do posicionamento firmado pelo órgão jurisdicional de segundo grau, impedindo a indevida intervenção judicial em matéria que não lhe compete, preservando a segurança jurídica e a observância da lei.

2. METODOLOGIA UTILIZADA

A estratégia do estudo de caso foi a metodologia escolhida para responder à pergunta-problema proposta por este trabalho, pois possibilita a investigação empírica de um caso específico e intrigante, permitindo a conclusão de que, ainda que válidas e até mesmo louváveis as intenções do julgador, não cabe a ele interferir em questões que extrapolam sua competência e jurisdição, especialmente para fins de preservação da segurança jurídica.

Segundo DE CASTRO e PASQUALETO (2017, p. 165):

No tocante à adoção da expressão “estudo de caso”, importante destacar que parte da doutrina classifica o estudo ora realizado como “análise de caso referência”, “análise de decisão judicial” ou ainda, de forma mais genérica, “pesquisa jurídico-qualitativa” (Dobinson, 2007, p. 3), referindo-se a um método particular da pesquisa em Direito, por meio do qual se analisa instrumentos jurídicos, como o é a decisão judicial. No entanto, optou-se por classificar a metodologia utilizada como “estudo de caso” graças ao caráter vanguardista e singular do objeto ora estudado, sobretudo no meio juslaboralista, o que também é admitido pela doutrina sobre metodologia da pesquisa científica (Yin, 2015, p. 4).

Tem-se, portanto, que o estudo do caso em questão revela-se relevante, sobretudo em razão da atualidade e especificidade da matéria envolvendo não só o momento excepcional vivenciado mundialmente em razão da Pandemia da COVID-19 e as consequências daí advindas, mas especialmente visando à análise crítica das decisões proferidas em Primeira e Segunda Instâncias.

3. APRESENTAÇÃO DO CASO

Por primeiro, importante transcrever a ementa que encimou o acórdão objeto do presente estudo, proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2284821-21.2020.8.26.0000³:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Decisão que indeferiu pedido de encerramento da recuperação judicial e determinou a intimação dos credores para apresentarem aditivo ao plano, com condições mais favoráveis àquelas constantes do que fora homologado, à vista do incremento da situação econômico-financeira da recuperanda Incontroverso cumprimento, dentro do biênio de supervisão judicial, das obrigações assumidas pela recuperanda no plano homologado, a impor o encerramento da recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005, arts. 61 e 63) Irrelevância da opinião particular do magistrado quanto à justiça das condições econômico-financeiras do plano de recuperação judicial Decisão reformada para decretar-se o encerramento da recuperação judicial Recurso provido.

Tal recurso foi interposto por empresa em recuperação judicial que pleiteou em suas razões a reforma integral da decisão judicial recorrida, sob a alegação de que esta teria desrespeitado o regramento previsto na Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 (“LRF”), deixando de encerrar o processo de recuperação não obstante o encerramento do biênio de supervisão legal, mesmo tendo a recuperanda cumprido regularmente as todas as obrigações por ela assumidas no plano já homologado.

Alegou a recuperanda que constitui seu objeto social a fabricação, importação, exportação e comércio de equipamentos hospitalares

³ in DJE de 14 de julho de 2021, Relator Desembargador **MAURÍCIO PESSOA**

e que, durante a pandemia do COVID-19 e a decretação de estado de calamidade pública do país, várias medidas excepcionais foram adotadas no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dentre elas a requisição feita pelo Ministério da Saúde de toda a sua produção de ventiladores pulmonares, tanto os disponíveis quanto aqueles a serem produzidos nos 180 dias posteriores.

No entanto, para que tal operação contratual se performasse, informou serem necessários vários investimentos, obtidos junto a diversas instituições financeiras, bem como outras várias providências, ajustes e compromissos, operacionais e negociais, tudo sob a supervisão da administradora judicial e do próprio juízo falimentar.

Continuando a narrativa recursal, a recuperanda apontou que os números, o passivo confrontado com o ativo e as perspectivas futuras não recomendavam nenhuma alteração no plano negociado e em seu cumprimento, devendo, além de prevalecer a autonomia da vontade das partes, ser reconhecida a higidez do plano aprovado pelos credores e homologado judicialmente.

Neste contexto, invocou em sua defesa as manifestações tanto da Administradora Judicial quanto do Ministério Público, que opinaram de forma favorável ao encerramento da recuperação, razão pela qual seria vedado ao juízo determinar de ofício que os credores apresentassem modificativo do plano já anteriormente aprovado, posto que tal determinação de ofício, e após o encerramento do biênio legal, careceria de amparo legal e jurisprudencial.

Assim, insurgiu-se pleiteando a reforma integral da decisão monocrática sob o fundamento de que o juízo da recuperação judicial inovou na aplicação do direito e aplicando entendimento diverso aos comandos dos artigos 35, I, 'a', 47, 53, 61 e 63 da Lei 11.101/2005 ("LRF").

Analisando os documentados apresentados, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a recuperanda cumpriu e vinha cumprindo regularmente o plano de recuperação, inexistindo óbice ao encerramento da recuperação, eis que transcorrido o prazo e realizados os pagamentos devidos.

De acordo com a turma julgadora, mesmo na hipótese de incremento no faturamento da recuperanda – que teria apresentado melhor condição econômica do que quando teve seu plano aprovado – eventuais propostas de renegociação poderiam ter sido apresentadas pelos credores ou pela própria devedora, jamais pelo julgador, na medida em que não é dado ao juízo da recuperação adentrar na discussão quanto à viabilidade econômica do plano, cumprindo-lhe, tão somente, analisar a legalidade de suas cláusulas.

Assim, acatou o fundamento do recurso de não ser possível que o juízo obrigue as partes a renegociarem, considerando que sua fundamentação é apenas econômica e não legal. A viabilidade e as condições econômicas do plano, desde que dentro da legalidade, são de atribuição dos credores e não do juízo.

Neste sentido, merece destaque o seguinte trecho do parecer apresentado pela Procuradoria Geral de Justiça⁴ nos autos do agravo:

Não é possível que o juízo obrigue as partes a renegociarem, considerando que sua fundamentação é apenas econômica e não legal. A viabilidade e as condições econômicas do plano, desde que dentro da legalidade, são de atribuição dos credores e não do juízo.

Ademais, determinar que os credores elaborem um plano não parece razoável, eis que eles mesmos votarão e poderão aprovar aquele plano feito por si próprios. Como dito, o plano deve ser negociado entre as partes, por isso sua elaboração cabe à recuperanda e a aprovação aos credores. Assim, com razão o agravante, não sendo possível a determinação judicial de que os credores elaborem aditivo, considerando ainda que já transcorreu o prazo de supervisão judicial e cabe agora a análise, de acordo com o previsto em lei, do encerramento da recuperação.

4 Agravo de Instrumento n.º 2284821-21.2020.8.26.0000 - fl.113

Outrossim, em relação ao prazo para encerramento do período de supervisão judicial, assim se manifestou o eminente Desembargador Relator MAURÍCIO PESSOA, seguido na íntegra pelos demais membros da Turma julgadora⁵:

Em que pese o respeitável entendimento do D. Juízo de origem, o inconformismo prospera.

Isso porque, de acordo com os artigos 61 e 63 da Lei nº 11.101/2005, cumpridas as obrigações do plano de recuperação judicial vencidas no prazo de dois anos de supervisão judicial, “o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial”.

Na doutrina a respeito do tema, Marcelo Barbosa Sacramone ensina que “o empresário devedor ficará sob fiscalização judicial pelo período de dois anos após a concessão de sua recuperação judicial. Caso tenham sido cumpridas as obrigações vencidas no referido período, o processo de recuperação judicial deverá ser encerrado, ainda que remanesçam obrigações a serem vencidas posteriormente” (Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência, 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021, e-book grifos não constantes do original).

Vale dizer: nos termos da legislação aplicável, esgotado o biênio de supervisão judicial e verificado o devido cumprimento do plano homologado, o D. Juízo recuperacional deve encerrar a recuperação judicial, ainda que subsistam obrigações a vencer.

Acrescenta-se que, nessas condições, o encerramento é a medida que se impõe, independentemente da opinião particular do magistrado quanto à conveniência e oportunidade do encerramento, até porque não compete ao julgador divagar a respeito da justiça das condições econômico-financeiras das obrigações pactuadas no plano recuperacional.

5 Agravo de Instrumento n.º 2284821-21.2020.8.26.0000 - fl.127

Assim, com base em tais jurídicos fundamentos, a Turma Julgadora deu provimento ao recurso interposto para reformar a r. decisão recorrida e, por conseguinte, decretar o encerramento da recuperação judicial ante o cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação judicial no biênio de fiscalização judicial, determinando ainda ao juízo de origem a apuração e determinação das demais providências previstas no artigo 63 da LRF.

4. ANÁLISE JURÍDICA DO ACÓRDÃO OBJETO DO ESTUDO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Como bem lembrado por GUIMARÃES (2017, p. 695) “uma empresa em dificuldade não põe em risco apenas a atividade econômica organizada que exerce, mas toda a coletividade” e foi, justamente, enaltecendo a importância da atividade empresarial que, com a promulgação da LRF, o legislador instaurou um novo regime para os processos de falência e inaugurou, com o fim da concordata, o instituto da recuperação de empresas (judicial e extrajudicial).

A LRF alterou o tratamento dado às empresas endividadas, homenageando a preservação da atividade empresária e estimulando que as soluções para a crise econômico-financeira fossem discutidas entre o devedor e seus credores, de modo que o plano de recuperação judicial (como no caso em estudo) ou extrajudicial deveria refletir o resultado dessas discussões. A possibilidade de revisão pelo poder judiciário ficou restrita apenas às hipóteses de serem verificadas ilegalidades no plano, a esse respeito anotou MUNHOZ (2007, p. 194-199):

Para a aprovação do plano, a lei brasileira preocupou-se apenas em dividir os credores em classes e definir um quórum mínimo de deliberação (art. 45 da Lei 11.101/2005). A única válvula de escape, que permite ao juiz conceder a recuperação a despeito de sua eventual rejeição por uma classe de credores, encontra-se no

art. 58 da Lei 11.101/2005, que, no entanto, em vez de basear-se em princípios e requisitos semelhantes ao *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* ou *fair and equitable*, parte exclusivamente da obtenção de determinado número de votos na assembléia geral (art. 58, § 1.º, I a III, da Lei 11.101/2005), acrescidos apenas da exigência de tratamento uniforme nas relações horizontais da classe que rejeitou o plano. Na prática, portanto, o art. 58, § 1.º, da Lei 11.101/2005 encerra quase que um quórum alternativo para a aprovação do plano em relação ao quórum estabelecido no art. 45 da Lei 11.101/2005, com o agravante de que, no sistema daquele dispositivo, não há nenhuma proteção à *absolute priority rule*.

Entendimento compartilhado por TOMAZETTE (2017, p.239) para quem:

Pela própria natureza contratual da recuperação judicial, é natural concluir que a decisão da assembleia de credores será soberana, isto é, não cabe ao juiz, a princípio, ir contra a vontade dos credores. Se estes aprovaram o plano de recuperação judicial, não caberia ao juiz rejeitá-lo. Da mesma forma, se eles não aceitaram o plano, nem na forma alternativa, o juiz não poderia, a princípio, decidir pela aprovação do plano. Dentro dessa concepção se imporia ao juiz um papel meramente homologatório da decisão dos credores, não lhe cabendo uma intervenção mais ativa dentro do sistema brasileiro. Alberto Camiña Moreira chega a afirmar que não é o juiz que concede a recuperação judicial, mas os credores, cabendo ao juiz apenas a homologação dessa manifestação de vontade.

Analisando-se os fundamentos do acórdão estudado, denota-se tratar de importante precedente, que, ao rever a decisão de primeira

instância que obrigava a rediscussão do plano de recuperação, corrigiu os equívocos apontados na decisão recorrida, restabelecendo a segurança jurídica que, de acordo com CANOTILHO, deve ser compreendida a partir da ideia de que todos os indivíduos têm o direito de poder confiar nos atos e decisões públicas incidentes sobre seus direitos, com base em normas jurídicas vigentes e válidas, das quais se aguardam efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

No caso em análise, mesmo que se justifique a decisão recorrida na autonomia e independência do magistrado, este não pode se desvincular da lei e dos precedentes judiciais, sob pena de sua atuação configurar ativismo judicial e vulnerar o sistema racional de distribuição da justiça.

Nas palavras de RAMOS (2010. p. 129), ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, que atribui, institucionalmente, ao Poder Judiciário a função de atuar resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Monica Medeiros Gaspar de Souza (2017. p. 165-166) classifica como decisionismo a prática jurídica realizada a partir de argumentos da política, da moral ou quando o Direito é substituído pelas convicções pessoais do magistrado, cujas decisões são proferidas sem a necessária fundamentação legal e explicitação dos fundamentos de sua compreensão.

Segundo SAVARIS (2011, p. 302), é necessário reconhecer que o ato judicial decisório não corresponde à mera aplicação da lei, mas à realização do Direito. Mas o atuar judicante deve ser tarefa comprometida com o atendimento aos postulados e premissas de realização de justiça no caso concreto.

Na teoria de DWORKIN (2002) o conceito do direito como integridade, um dos pilares de seus estudos, a aceitar a discricionariedade de uma decisão judicial é aceitar que um juiz legisle um novo Direito, independentemente da coerência desse com

uma corrente de princípios, criando um precedente jurisprudencial fundamentado em sua própria consciência, fato que acarretaria um indesejável quadro de insegurança jurídica.

Por si só, o ativismo judicial e o decisionismo, por mais respeitável que seja a intenção do magistrado, devem ser evitados a todo custo e – tratando-se de casos envolvendo discussões relativas ao direito concursal que, essencial e necessariamente, envolvem interesses múltiplos –, essa necessidade fica ainda mais premente.

O plano de recuperação judicial tem natureza de negócio jurídico, que decorre da manifestação de vontade negocial das partes, submetendo-se às regras e princípios de direito contratual, que devem ser conjugados com as normas jurídicas do direito concursal.

Assim é que, como bem assentado no acórdão, a validade do plano de soerguimento depende, na forma do artigo 104 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (“CCB”), de sua celebração por agentes capazes, da licitude de seu objeto e de ser respeitada a forma prescrita em lei que, no caso, é aquela contida no artigo 53 da LRF que, então, previa que, além de respeitar o prazo legal e conter a discriminação dos meios de recuperação, o plano devia ser apresentado pelo devedor, cabendo aos credores sua aprovação ou rejeição e, na hipótese de serem preenchidos os requisitos de validade e não havendo qualquer ilegalidade, ao juízo caberia a sua homologação, com a consequente concessão da recuperação judicial.

Concedida a recuperação, cumpridas as obrigações do plano vencidas no prazo de dois anos de supervisão, nos termos dos artigos 61 e 63 da LRF, deverá ser decretado o seu encerramento, independente de remanescerem obrigações a vencer.

Hamid Bidine⁶, em parecer solicitado pela devedora e mencionado no acórdão, tratou sobre a impossibilidade de “[o] juízo da recuperação (...) substituir os credores e impor à recuperanda modificações por ela rejeitadas”:

6 Agravo de Instrumento n.º 2284821-21.2020.8.26.0000 - fls.61-62

35. A r. decisão que originou esta consulta, considerou que era princípio de justiça pura e ideal rever o plano aprovado e cumprido, uma vez que condições econômicas da recuperanda tiveram melhora sensível, de modo que havia de beneficiar também os credores.

36. Ainda que, por mera hipótese, se pudesse admitir a ocorrência destes fatos, exclusivamente os credores é que poderiam perseguir a vantagem econômica, se ela de fato existir e demonstrados os requisitos legais para tanto. No entanto, não é possível que o juízo da recuperação possa substituir os credores e impor à recuperanda modificações por ela rejeitadas.

37. Além de não haver respaldo de direito positivo que possa sustentar tal decisão, outro impedimento maior e mais específico aqui se impõe ao juízo recuperacional. A ele não se conferem poderes para examinar aspectos de natureza econômica do plano e das relações comerciais da recuperanda, competindo-lhe apenas e tão somente examinar aspectos quanto à legalidade do plano, que foi aprovado pela soberania da assembleia geral de credores e que foi religiosamente cumprido pela recuperanda.

38. A r. decisão, como se pode ver, guia-se por fundamentos de ordem econômica, que podem ou não estar corretas. No entanto, mesmo que estivessem corretas, ainda assim este aspecto não poderia ser apreciado e decidido pelo juízo recuperacional, que não tem poderes para examinar a recomposição do patrimônio de credores que compareceram à AGC e que concordaram com o plano. Com escusas pela insistência, questões econômicas são resolvidas pelos credores ao votar na AGC, não podendo ser alteradas por qualquer decisão jurisdicional.

Tal opinião restou compartilhada pela Procuradoria Geral da Justiça que, em parecer também mencionado no acórdão, consignou que “não [seria] possível que o juízo [obrigasse] as partes

a renegociarem, considerando que a sua fundamentação [era] apenas econômica e não legal”.

As recentes alterações da LRF impulsionadas pela crise econômico-financeira decorrente da pandemia do Covid-19 – mais especificamente a controversa nova redação do artigo 56, §4º -, passaram prever a possibilidade de, rejeitado o plano apresentado pelo devedor, os credores apresentarem plano alternativo. No entanto, seja como for, em absolutamente nenhum cenário, atual ou posterior à alteração legislativa, seria possível a imposição, pelo Poder Judiciário, de as partes deliberarem novo plano de recuperação.

Além de todos os óbices legais e processuais apontados no acórdão e nos mencionados pareceres, com o pronto encerramento da discussão, questões de absoluta relevância acabaram sem respostas.

O que ocorreria se os credores resistissem à apresentação de plano alternativo? O juízo decidiria pela quebra da devedora? Imporia multa a quem descumprisse sua determinação? Ou apresentaria ele mesmo um modificativo ao plano? E se fossem apresentadas alterações ao plano que viessem a ser descumpridas pela devedora? Seria decretada a sua falência? Seria a devedora obrigada ao cumprimento de um plano ao qual não anuiu? E, ainda em exercício hipotético, em um cenário de quebra, poderiam, futuramente, os administradores da devedora virem a ser responsabilizados pelas obrigações da – eventual – falida?

5. CONCLUSÃO

Mesmo que se reconheçam como válidas e louváveis as intenções do juízo de primeiro grau, não se pode ignorar que a ele não caberia interferir em questões relacionadas aos aspectos econômicos do plano, sua justeza ou conveniência e nem, muito menos, existiria qualquer justificativa para legitimar a resistência ao encerramento da recuperação judicial que, por sua vez, como visto ao longo deste estudo, depende, unicamente, do preenchimento de

requisitos objetivos (cumprimento das obrigações do plano no biênio de fiscalização judicial).

A assinalada busca por aquilo que se chamou de equilíbrio na relação negocial firmada entre credores e a devedora, acabou por violar dispositivos expressos na LRF, além de negar vigência às regras e princípios do direito contratual ao interferir em questões de viabilidade econômica do plano aprovado, homologado e regularmente cumprido no biênio de supervisão legal. Hipótese que, como destacado no acórdão, impunha o encerramento da recuperação “independentemente da opinião particular do magistrado quanto à conveniência e oportunidade do encerramento, até porque não compete ao julgador divagar a respeito da justiça das condições econômico-financeiras das obrigações pactuadas no plano recuperacional”.

Verificado o despropositado ativismo judicial, mesmo que alicerçado em situação excepcional (provocada pela pandemia do Covid-19), é possível concluir que veio em muito boa hora a intervenção do Tribunal bandeirante para reformar a decisão de primeiro grau e determinar o encerramento da recuperação judicial, garantindo segurança jurídica e estrito cumprimento da lei.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 257.

DE CASTRO, Janaína Vieira; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Estudo de caso sobre a decisão judicial que proibiu o pagamento de salário por produção na indústria de cana-de-açúcar do interior paulista. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 4, n. 1, 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUIMARÃES, Márcio Souza. A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito das Empresas em Dificuldades. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, J. Horácio H. Rezende (coord.) Temas de Direito da Insolvência – Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: IASP, 2017, p. 695.

MUNHOZ, Eduardo Secchi, Anotações sobre os limites do poder jurisdicional da apreciação do plano de recuperação judicial, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 10, vol. 36, abril/junho de 2007 p. 194-199.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

SAVARIS, José Antônio. A aplicação do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência de custeio – o argumento alakazam! Curitiba: Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil), v. 10, 2011, p. 302

SOUZA, Mônica Medeiros Gaspar de. A Retórica Principialista: O uso dos princípios de Direito como fórmulas de redundância na Prática Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 165-166.

TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3 - 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2017. p. 239).

NÚMERO DE DIVÓRCIOS AUMENTOU CONSIDERAVELMENTE COM A PANDEMIA DO COVID-19

THE NUMBER OF DIVORCES INCREASED SIGNIFICANTLY WITH THE COVID-19 PANDEMIC

*Marcela Maria Barbosa Dell'Amore
Reinaldo Melo Saraiva*

RESUMO

O presente Artigo Jurídico tem como objetivo a análise do aumento do número de divórcios na pandemia do covid-19. Primeiramente mostra os números de divórcios que ocorreram no Brasil desde o começo da pandemia do covid-19 com dados do IBGE, IBDEFAM, ONU, OMS. Consideram as causas, motivos e razões que levaram o número de divórcios aumentarem consideravelmente na pandemia e como a Covid-19 afetou não só a saúde, economia como a vida íntima e a rotina dos brasileiros. Mais adiante apresenta os recursos e as soluções que o Direito de Família e a Psicologia Jurídica dão para os casais que estão enfrentando crise no relacionamento.

Palavras-chave: Pandemia. Aumento. Divórcios. Causas. Motivos. Razões. Soluções. Direito de Família. Psicologia Jurídica.

ABSTRACT

This Legal Article aims to analyze the increase in the number of divorces in the covid-19 pandemic. First, it shows the numbers of divorces that have occurred in Brazil since the beginning of the covid-19 pandemic with data from IBGE, IBDEFAM, ONU, OMS. They consider the causes, reasons and reasons that led the number of divorces to increase considerably in the pandemic and how Covid-19 affected not only the health, economy, but also the intimate life and routine of Brazilians. Further on, it presents the resources and solutions that Family Law and Legal Psychology provide for couples who are facing relationship crisis.

Keywords: Pandemic. Increase. Divorces. Causes. Reasons. Reasons. Solutions. Family right. Juridical Psychology.

INTRODUÇÃO

O número de Divórcios cresceu consideravelmente no Brasil com a Pandemia do Covid-19. Hoje, no país, um em cada três casamentos terminam em divórcio.

Qual o motivo do aumento de número de casos de divórcios no país? Quais as causas que levam um casal a se divorciar? Quais são as consequências jurídicas do divórcio?

Conviver, pelo Dicionário Aurélio é “viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade. Ter convivência. Habituar-se aos poucos, com serenidade a um mal de qualquer natureza.”

Conviver no Dicionário é mais simples do que no dia a dia. A convivência diária entre pessoas e casais quase sempre é marcada por atritos, discussões e modos de pensar diferentes.

A arte de conviver não é tão fácil como se pensa.

Traições, dívidas, vícios, falta de comunicação, rotina e a interferência indevida de familiares podem levar um casamento ao fim. Dividir, além das tarefas domésticas, a criação dos filhos e o estresse cotidiano, estão entre as maiores causas que levam um casal ao divórcio.

A Pandemia do Corona Vírus mudou consideravelmente a rotina das pessoas, e a quarentena desfez muitos lares. A convivência diária na mesma casa sobrecarregou física e emocionalmente muitas famílias brasileiras. Ficar isolado aumentou a intensidade dos problemas existentes.

Os casamentos estão sendo “empurrados com a barriga” e todas as frustrações e brigas “jogadas para debaixo do tapete” e as conversas mais profundas são negligenciadas.

O pico da procura por divórcio acelerou em um momento que precisamos muito uns dos outros (psicológica e financeiramente).

Entre os principais motivos para esse aumento no número de divórcios estão as transformações socioeconômicas da sociedade e das famílias e as mudanças na Constituição e Código Civil, que tornaram o processo de dissolução do casamento mais simples e rápido.

Há uma tendência de que os casamentos sejam cada vez mais curtos no âmbito do Brasil e do Mundo.

1. NÚMERO DE DIVÓRCIOS AUMENTA ESPANTOSAMENTE, NO BRASIL, COM A PANDEMIA DO COVID-19

Em 14 de julho de 2010 foi publicada a Emenda Constitucional nº 66 a Constituição da República de 1988, em que suprimiu no parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos para que houvesse o divórcio. Isto significa, que com a Emenda Constitucional nº 66 o divórcio passou a ser direto no Brasil.

Em 1984, as dissoluções representavam cerca de 10% do universo de casamentos, com 93.300 divórcios. Essa correlação saltou para 31,4% em 2016, com 1,1 milhão de matrimônios e 344.000 separações. Somente entre os meses de maio e junho deste ano, o número de divórcios consensuais realizados pelos cartórios de notas, aumentou em 18,7%.

O desgaste nas relações quebrou vínculos e as solicitações de divórcio litigioso, por exemplo, cresceu 54% entre maio e julho de 2020.

Cada pessoa é única. Mesmo irmãos, irmãos gêmeos, aqueles que vêm de uma mesma família e receberam a mesma criação, são diferentes e possuem a sua própria forma de agir, pensar e enxergar a vida de uma maneira distinta. Um ser humano nunca será igual ao outro. E é exatamente daí que surgem as divergências, pelo fato de cada um ter o seu ponto de vista e pensamentos diferentes sobre um mesmo assunto.

Os brasileiros estão se casando menos e se divorciando mais, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira. Fato é que a busca por

escritórios especializados em divórcio cresceu, em 2020, entre os meses de abril a julho, 177% se comparada com o mesmo período do ano anterior. E segundo um levantamento do Google, a pesquisa por “divórcio online gratuito” aumentou quase 10 mil % (sim, 10 mil por cento).

Manter um casamento infeliz dá muito trabalho. E isso é o que a quarentena escancarou. Casamento infeliz só serve para indivíduos que passam a maior parte do tempo fora de casa, longe do outro e fingindo que há muitas coisas mais importantes para fazer do que tentar melhorar uma relação de carinho e sinceridade.

O Brasil registrou um dos maiores índices de divórcios no país nos últimos anos, 373.216 divórcios, o que representa um aumento de 8,3% em relação ao ano de 2016 (344.526 divórcios). Os dados foram divulgados em dezembro de 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (IBGE, 2020).

Conforme a pesquisa do IBGE a taxa geral de divórcio (número de divórcios em relação à população de 20 anos ou mais de idade) aumentou de 2,38 divórcios para cada mil pessoas, em 2016, para 2,48% em 2017.

A pandemia da covid-19 levou ao aumento no número de divórcios. No segundo semestre do ano passado, os cartórios brasileiros registraram recorde no número de divórcios, com 43,8 mil processos, segundo dados do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF). O número foi 15% maior em relação ao mesmo período de 2019.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de divórcios no País cresceu 75% em cinco anos e, no meio do ano passado, o total de divórcios saltou para 7,4 mil apenas em julho, um aumento de 260% em cima da média de meses anteriores.

Em 2007, a média de duração de um casamento civil poderia ser estimada em 17 anos. Dez anos depois, o tempo médio entre a data do casamento e a data da sentença ou escritura do divórcio caiu para 14 anos, segundo as Estatísticas do Registro Civil 2017, do IBGE. (IBGE, 2020)

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a pesquisa mostra que entre 2016 e 2017 o número de uniões registradas diminuiu 2,3% e o número de divórcios aumentou 8,3%. (PEREIRA, 2016, p. 24).

Este é o segundo ano consecutivo com aumento do número de divórcios e diminuição de casamentos. “A proporção é de três casamentos para cada divórcio”. (IBDEFAM, 2021).

Como discorre Rodolfo Pamplona Filho, “o divórcio, diretamente concedido, atende com recomendável imediatidade e plena eficiência aos anseios de quem pretende se livrar de uma relação afetiva falida”. (FILHO, 2017, p. 1316).

Ao realizar uma análise, foi possível perceber que, em números absolutos, os divórcios consensuais passaram de 4.471 casos no mês de maio, para 5.306 em junho de 2020. Sem mencionar os divórcios litigiosos que foram distribuídos perante as Varas de Família nos Tribunais de Justiça dos Estados Brasileiros.

Na ocasião, 15 unidades da Federação registraram crescimento no número de divórcios, sendo o Amazonas (30%), Distrito Federal (8,5%), Espírito Santo (18,4%), Goiás (33,8%), Minas Gerais (13,5%), Mato Grosso do Sul (3,1%), Mato Grosso (14,9%), Paraná (21,8%), Rondônia (31,2%), Roraima (100%), Rio Grande do Sul (7,8%), Santa Catarina (28,3%), Sergipe (40,9), Tocantins (5,3%) e São Paulo (19%). (IBGE, 2021).

O avanço da legislação, que permitiu o divórcio em cartório e retirou o prazo de separação, é um dos motivos para o crescimento das rupturas. Segundo o Ministro Moura Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Com a edição da EC66/2010, a nova redação do artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, eliminou os prazos à concessão do divórcio e afastou a necessidade de arguição de culpa, presente na separação, não mais adentrando nas causas do fim da união, deixando de expor desnecessária e vexatoriamente a intimidade do casal, persistindo

essa questão apenas na esfera patrimonial quando da quantificação dos alimentos. Criou-se, dessa forma, nova figura totalmente dissociada do divórcio anterior. Isso porque, consoante à nova redação, o divórcio passou a ser efetivamente direto. A novel figura passa ser voltada para o futuro. Passa a ter vez no direito de família a intervenção mínima do Estado, como deve ser. Vale lembrar que, na ação de divórcio consensual direto, não há causa de pedir, inexistência de os autores declinarem o fundamento do pedido, cuidando-se de simples exercício de um direito potestativo. Entretanto, a interpretação de todos esses dispositivos infraconstitucionais deverá observar a nova ordem constitucional e a ela se adequar, seja por meio de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, seja como da interpretação conforme a constituição ou, como no caso em comento, pela interpretação sistemática dos artigos. (STJ, Resp 1.483.841/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, publicado em 17/03/2015). (RIBEIRO, 2015)

As mulheres, são as que mais solicitam a ruptura do casamento. Esse dado pode ser confirmado por pesquisa realizada por Féres-Carneiro (2003), em uma amostra incluindo homens e mulheres das camadas médias da população do Rio de Janeiro. Por meio de entrevistas a autora evidenciou que a decisão de se separar é, na grande maioria dos casos, uma decisão das mulheres, sendo que os homens confirmaram esse resultado em suas percepções.

Outro aspecto ressaltado é o de que, mesmo que a decisão de separação seja predominantemente feminina, são as mulheres que tomam a maior parte das iniciativas de diálogo, buscando alternativas para o relacionamento. (FÉRES-CARNEIRO, 2003, p. 367-374)

2. CAUSAS QUE LEVARAM OS DIVÓRCIOS AUMENTAREM CONSIDERAVELMENTE EM MEIO À PANDEMIA DO COVID-19

O isolamento social trouxe uma nova realidade para a rotina de muitas pessoas. Para casais que dividem o mesmo teto, a mudança acabou prejudicando o relacionamento.

Quando ascendentes, descendentes e pessoas afins se encontram dentro de uma residência, geralmente um apartamento de 2 ou 3 quartos, entre 70 a 90 metros quadrados, que é o mais comum no Brasil, o dia inteiro, percebemos como as questões que enfrentamos no dia a dia são complexas, como a família possui diversos pontos de vista, e como temos dentro de nós pré-conceitos tão arraigados, que nem sequer notamos mais. O simples deixar a roupa jogada pelo chão ou a toalha molhada na cama se transforma em uma fúria irreal e uma explosão de cólera.

Lidar com o home office dos genitores, as aulas on line das crianças e enfrentamento da crise dentro de casa não é simples. Isso, sem contar com o desemprego, a falta de dinheiro e as contas todas chegando mês a mês e se acumulando.

A falta de amor, o desprezo, desdém e a falta de sintonia entre os casais ganharam força e ficaram impossíveis de “engolir”.

A sobrecarga física e emocional imposta na convivência integral entre os parceiros pode gerar muitos conflitos. O confinamento devido à pandemia maximizou divergências que existiam no relacionamento anteriormente.

As cidades de Xian, no centro da China, e de Dazhou, na província de Sichuan, reportaram números recorde de pedidos de divórcio no início de março de 2020. Em Miluo, na província de Hunan, “os funcionários nem tinham tempo para beber água” dada às compridas filas, de acordo com um relatório publicado em meados de março no site do poder local. Pedidos de divórcio na Itália, EUA, Portugal, Inglaterra, Austrália, Espanha e África do Sul cresceram 30% durante a pandemia.

Além dos divórcios, o pedido de pensão alimentícia e revisão de pensão aumentaram durante esse período. O motivo seria a grande quantidade de mães que acabaram sendo demitidas e de pais que perderam o emprego e necessitam de reorganizar a vida financeira.

O medo de se contaminar com a Covid-19, o receio de perder o emprego e a renda e a falta de atividades físicas e mentais tornaram as pessoas mais sensíveis e irritadiças nestes tempos de distanciamento social.

Muitos casais que saíam para um happy hour depois do trabalho, para diminuir o estresse e confraternizar com os amigos, com a pandemia do covid-19, passou a trabalhar em home office e com o distanciamento social não pode mais se divertirem.

Antes, o dia era quebrado pela reunião de trabalho, academia, happy hour, mas com a pandemia houve mais oportunidades de observação de si mesmo e do par, percebendo os defeitos um do outro.

Um dos fatores mais relevantes para o aumento dos índices de divórcios no país é a convivência mais intensa do casal durante a pandemia, devido à longa fase de confinamento.

Além disso, a particularidade da ocasião, que é uma pandemia, um tempo de crise, com mais estresse, medo, insegurança e incerteza, tanto referente à saúde como às questões financeiras e sociais, afetam consideravelmente o relacionamento a dois.

As situações de estresse geram, muitas vezes, irritabilidade, impaciência e intolerância. O nível de ansiedade das pessoas está mais alto que em períodos normais o que também influencia nas relações e faz com que os indivíduos enxerguem a vida com um olhar mais negativo. Ou seja, situações que em outros momentos poderiam ser facilmente relevadas, nessas circunstâncias acabam gerando brigas e discussões.

A questão do estresse do cotidiano, a divisão de tarefas dentro de casa, os filhos que necessitam de mais atenção, tudo isso tem contribuído para o distanciamento entre marido e mulher e, conseqüentemente, para o divórcio.

Setenta por cento dos pedidos de divórcio litigioso são requeridos por mulheres, segundo o IBGE, e as principais causas são: falta de participação do parceiro nas tarefas domésticas; jornadas duplas e triplas realizadas por mulheres; participação apenas das mulheres no acompanhamento das aulas remotas dos filhos e participação majoritária das mulheres na criação dos mesmos.

A Pandemia do Covid-19 também mostrou uma nova forma de infidelidade conjugal. Entre março e junho de 2020 houve um aumento de 150% (cento e cinquenta por cento) da quantidade de homens casados cadastrados em aplicativos de relacionamento.

Um dos principais questionamentos entre casais durante o período de confinamento é: a questão da convivência em si, a divisão de tarefas do lar, na maioria das vezes, os casais se viram dentro de casa e tendo que fazer coisas que não faziam, o manejo com filhos, anteriormente delegado para a escola ou babá, insegurança com a questão financeira, tanto aqueles que perderam o emprego, quanto outros que até tiveram aumento de demanda de trabalho em home office e o receio de ser demitido, detalhes da convivência, da rotina, que vieram à tona, como manias e hábitos que passaram a incomodar mais.

Desde maio do ano passado, realizar um divórcio extrajudicial está ainda mais fácil. Por conta da pandemia, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento nº 100, autorizou os cartórios de notas brasileiros a lavrar escrituras públicas à distância por meio de videoconferência. Na prática, significa que qualquer pessoa pode realizar o divórcio ou qualquer ato notarial sem sair da sua casa. As normas são permanentes e valerão mesmo quando acabar a crise da Covid-19.

Com a Pandemia, realizar um divórcio extrajudicial está mais fácil. Isto também fez com que o número de divórcios aumentasse consideravelmente. O interessado deve entrar em contato com o cartório. Para a realização do ato eletrônico, o tabelionato deverá proceder à identificação dos contratantes de forma remota, assim como suas capacidades para a realização do mesmo. A videoconferência será

conduzida pelo tabelião de notas que indicará a abertura da gravação, a data e hora de seu início, o nome por inteiro dos participantes e colhendo a manifestação de vontade das partes.

O fato dos processos serem de forma eletrônica hoje em dia e a distribuição dos processos serem feitas pelo computador, pelo advogado em sua casa ou escritório, fez com que o número de ações de divórcios litigiosos “explodisse” nos anos de 2020 e 2021.

Também, o fato das audiências de conciliação ser de forma virtual, on line, não permitiram que os casais se encontrassem para uma conversa e uma reconciliação, antes da audiência, o que era normal antes da pandemia.

Não é só o número de divórcios que aumentou com a pandemia, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) e com a ONU, houve um aumento apreciável nos casos de violência contra mulheres e meninas, além do aumento no consumo de álcool, especialmente por pessoas que têm tendências ao alcoolismo.

Segundo estudo conduzido pelo Fundo de População das Nações Unidas, houve um aumento de 20% no número de casos de violência doméstica durante as medidas de isolamento social. Em artigo publicado pela ONU Mulheres, a diretora executiva da Organização e vice-secretária geral das Nações Unidas declarou que a violência contra mulheres e meninas é uma “pandemia das sombras”, que já era um problema antes da pandemia da covid-19, mas, com o isolamento de mulheres com parceiros violentos, colocou a segurança de mulheres em situação de maior vulnerabilidade.

Para se ter uma ideia, antes da existência do coronavírus, 243 milhões de mulheres e meninas, entre 15 e 49 anos, sofreram algum tipo de violência. Depois do isolamento, alguns países, como Argentina, Canadá, França, Alemanha, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos, já registraram aumento de pedidos de ajuda, na Austrália, esse número chega a 40% (quarenta por cento).

A professora do Departamento de Medicina Preventiva e Social da Faculdade de Medicina da UFMG e coordenadora do programa

Para Elas, Elza Machado, (UFMG, 2020), destaca como o contexto da pandemia pode influenciar nos casos de violência doméstica.

“Primeiro, porque estamos todos confinados e sofrendo dentro de casa. Segundo, porque, com o isolamento, muita gente parou de trabalhar e não tem o salário garantido e está com a própria sobrevivência comprometida. Também há lugares em que as acomodações são pequenas e todo mundo fica confinado junto. Então, realmente há a criação de um ambiente para o agressor ficar mais nervoso, mais irritado, com os problemas se avolumando, com o medo e a angústia”.

Como a Pandemia do Covid-19 afetou não só a saúde, economia como a vida íntima e a rotina dos Brasileiros.

3. RECURSOS E SOLUÇÕES QUE O DIREITO DE FAMÍLIA E A PSICOLOGIA JURÍDICA DÃO PARA OS CASAIS QUE ESTÃO ENFRENTANDO CRISE NO RELACIONAMENTO.

As pessoas devem entender que arrumar tempo para uma conversa em que se coloquem todos os problemas na mesa resolve muito mais do que divórcios e separações que machucam e não é nada simples e fácil, mesmo que consensual.

Nem toda conversa leva a uma separação. O que se pretende com as chamadas DR's (discutir relações) é justamente a ideia de colocar nossos incômodos, as queixas e as insatisfações com o parceiro ou parceira e resolver questões, ao invés de empurrar a coisa para “embaixo do tapete”, lugar onde elas crescem, embolam e ganham contornos terríveis.

Falar pode aliviar dores aflitivas e sofrimentos angustiantes.

Quando o casal cansa de tentar e deixa de acreditar que a situação pode ser diferente, o divórcio passa a ser uma escolha muito forte.

No entanto, se o marido e a mulher, ou os companheiros estão passando por uma crise, mas ainda acreditam que seja possível superar os obstáculos, reverter a situação, podem, com algumas mudanças, melhorar a convivência.

A terapia de casal pode ser uma ótima opção para recuperar a alegria e cumplicidade do matrimônio e fazer florescer novamente o amor e a cumplicidade que estavam escondidos com os problemas do dia a dia.

Com ajuda profissional, é possível estabelecer uma comunicação tranquila, sincera e conversar com o parceiro de forma empática. Essas atitudes fazem muita diferença no relacionamento e contribuem para encontrar o equilíbrio.

É importante dizer que o diálogo é um grande aliado dos casais, ainda mais no período de pandemia. Dialogar e tentar entender o outro são ações fundamentais para enfrentar os problemas gerados pelo convívio em excesso.

Conduzida por um psicólogo ou terapeuta, a terapia de casal se configura como um espaço neutro, de sigilo e respeito onde os companheiros são acolhidos em suas queixas e demandas afetivas. Além disso, eles têm a oportunidade de desabafar e expressar suas preocupações sobre o que estão vivendo.

O especialista atua como facilitador e mediador do diálogo, e tem a função de ajudar, com cautela, a identificar padrões previamente estabelecidos e pontos de discussão existentes, ampliar a visão do casal e conversar sobre a resolução das questões apresentadas, buscando colocar o relacionamento de volta aos trilhos e encontrar saídas para os impasses.

O foco da terapia de casal é trabalhar para descobrir o motivo de as coisas estarem indo mal no relacionamento e procurar modos de melhorar a situação. Favorece a estabilidade, promove o diálogo e desenvolve novas formas de se relacionar.

As vantagens da terapia de casal são inúmeras, pois auxilia no convívio saudável junto às qualidades e aos defeitos do cônjuge; desenvolve tolerância, empatia, respeito e flexibilidade entre o casal;

melhora a comunicação, tornando-a mais clara e assertiva; evita brigas e discussões desnecessárias; supera as dificuldades da rotina no casamento; resolve questões relacionadas à afetividade e dependência emocional; recupera o interesse um pelo outro e, conseqüentemente, melhora a vida sexual; facilita a definição de papéis, esclarecendo a responsabilidade que cada um tem no relacionamento e na relação com os filhos; negocia e equilibra as diferenças individuais dentro do matrimônio; evidenciam quais são as expectativas de ambos para a relação; contribui para um entendimento mais apurado sobre o parceiro; muda a dinâmica do casamento, deixando o dia a dia mais suave e leve.

É preciso esclarecer que o resultado com a terapia de casal só é possível de ser alcançado se ambas as partes estiverem preparadas para mudar, superar divergências e viver em harmonia como marido e mulher.

O relacionamento “perfeito” é o sonho de consumo de qualquer casal. Porém, é preciso aceitar que, na vida real, problemas existem, e sempre existirão, mas deve-se saber lidar com eles de maneira positiva, com leveza, muito diálogo e tolerância.

Obstáculos existem para serem superados e não é qualquer conflito que será capaz de desfazer a família e romper o afeto, amor e admiração que um sente pelo outro.

CONCLUSÃO

Segundo um levantamento do Instituto Brasileiro de Direito de Família a busca por consultoria de advogados de família para divórcios cresceu 117% em comparação ao ano de 2019. Não há como negar: além de mexer com todos os aspectos de nossas vidas, economia, saúde física e mental a pandemia também conseguiu afetar os relacionamentos.

A convivência tem uma grande culpa no aumento de números de separações. Especialmente para casais que trabalhavam fora e agora estão em home office. É muito difícil passar o tempo todo junto.

Conviver com a morte muito de perto faz com que a maioria das pessoas repense suas vidas. As prioridades estão mudando, algumas coisas que eram toleráveis passaram a não ser mais. Muito casal que já não estava feliz, só precisava desse último pontapé para afirmar que a relação deixou de ser uma prioridade em sua vida.

Há quem diga que boa parte desses casais vai se arrepender quando o mundo voltar ao “normal” e desejarão retomar o relacionamento. Alguns casais, inclusive, já se arrependeram ainda no meio do processo e perceberam que estavam passando apenas por uma crise passageira devido ao estresse, mas que, na verdade, queriam continuar juntos.

Estamos vivendo uma realidade muito diferente. Passar por um divórcio é algo muito difícil e é ainda mais difícil na pandemia. Por isso, os casais devem ter em mente que as pessoas estão fragilizadas e o mundo está muito frio e distante.

Portanto, para as pessoas que querem se divorciar, pensar e refletir é muito importante, para tomar a decisão correta e ter em mente que problemas de relacionamento todos os casais têm. Necessita-se ser maduro o suficiente para não se divorciar apenas por um estresse passageiro ou por situações que não durará para sempre.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jorge Augusto Paes de. **Direito das Famílias e das Sucessões**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informações e documentação: referências: elaboração. Rio Janeiro. 2020.

A REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDEFAM/SÍNTESE, n. 24, p. 136-156, jun-jul. 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

FACULDADE DE MEDICINA DA UFMG. Sobem casos de violência doméstica e consumo de álcool na quarentena. Disponível em: <https://www.medicina.ufmg.br/alcool-e-violencia-domestica-organizacoes-internacionais-manifestam-preocupacao-sobre-aumento-de-casos/>. Acesso em 21 de Julho de 2021.

FÉRES-CARNEIRO, T. **Separação: O Doloroso Processo de Dissolução da Conjugalidade**. Estudos de Psicologia, V. 8, N. 3, 367-374, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 21 de Julho de 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br>. Acesso em: 21 de Julho de 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <https://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>. Acesso em: 21 de Julho de 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.483.841**. Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Relator. Ministro Moura Ribeiro, publicado em 17/03/2015.

AGLOMERAÇÕES DURANTE A PANDEMIA: DEVER DE INDENIZAR EM RAZÃO DO DANO SOCIAL

AGLOMERACIONES DURANTE LA PANDEMIA: DEBER DE INDEMNIZAR DEBIDO AL DAÑO SOCIAL

Vinicius Ribeiro Barros¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar se os promovedores de aglomerações durante a pandemia da Covid-19 causam danos sociais. Deste modo, foi desenvolvida a reflexão sociojurídica sobre o conceito de dano social, chegando-se na hipótese de que ao realizar aglomerações, o promovedor destas têm o dever de indenizar a sociedade pelos danos sociais causados. Utilizou-se a metodologia de pesquisa documental e legislativa sobre as categorias de estudo, método dedutivo e como marco teórico foi utilizado a obra do autor Antônio Junqueira de Azevedo.

PALAVRAS-CHAVE: Dano social; Indenização; Aglomerações; Covid-19; Pandemia.

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar si los promotores de aglomeraciones durante la pandemia del Covid-19 causan daño social. Así, se desarrolló la reflexión sociojurídica sobre el concepto de daño social, llegando a la hipótesis de que al realizar aglomeraciones, los promotores de estas tienen el deber de indemnizar a la sociedad por el daño social causado. Se utilizó la metodología de investigación documental y legislativa sobre las categorías de estudio, método deductivo y como marco teórico se utilizó el trabajo del autor Antônio Junqueira de Azevedo.

¹ Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado. E-mail: viniciusribeirobarros@hotmail.com.

PALABRASCLAVE: Dañosocial; indemnización; Aglomeraciones; Covid-19; Pandemia

1. INTRODUÇÃO

Viver em sociedade sempre ocasionou e ocasionará conflitos. Muitos destes surgem por conta de danos que terceiros cometem em face do patrimônio ou da moral do indivíduo. Em razão dos constantes conflitos sociais, o conceito de dano evoluiu ao longo de sua história. Em 1959, em sua brilhante obra “Tratado de Direito Privado”, Pontes de Miranda ensinou que o “dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”. Hoje, entendemos que este dano não patrimonial é o dano moral, sendo aquele que visa compensar ou reconduzir a vítima ao *statu quo* por uma lesão a um bem imaterial que ocasionou sofrimento à pessoa.

Por muito tempo estas duas modalidades de danos foram aceitas como as suficientes para englobar todos os danos existentes na sociedade. Porém, na atual conjuntura social, os danos patrimonial e moral não são suficientes para abarcar todas as lesões sociais. Pensando nisto, o autor Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 382), afirmou que quando uma atitude trouxesse diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, acarretando a diminuição da qualidade coletiva de vida e/ou do seu patrimônio moral (principalmente com respeito à segurança social), haveria o denominado dano social, sendo, então, uma nova categoria de dano, qualificada como violações a interesses e direitos difusos.

Neste sentido, e diante do ensejo social por novas categorias de dano, o Conselho da Justiça Federal, na V jornada de Direito Civil, do ano de 2011, assentou a tese de que a expressão dano do artigo 944 do Código Civil de 2002, não abrangeria somente os “danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos

legitimados para propor ações coletivas” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2011).

A partir da aceitação do dano social, foi possível requerer indenizações por atos que diminuíssem a qualidade de vida social. Assim sendo, e diante dos novos desafios trazidos pela pandemia da Covid-19, levanta-se a hipótese de que os promovedores de aglomerações durante a crise sanitária devem indenizar a sociedade pelos danos sociais causados, haja vista o risco que estes trazem à sociedade ao facilitar o aumento da chance de contágio da população.

Logo, justifica-se o trabalho na medida em que é importante que os danos causados pelos promovedores de aglomerações sejam ressarcidos, afinal, sabe-se que este vírus é mortal e pode causar enormes sequelas aos infectados. Como marco teórico se analisou a obra “Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”, do autor Antônio Junqueira de Azevedo, utilizou-se o método dedutivo quanto à análise doutrinária e a metodologia foi a de pesquisa documental e legislativa sobre as categorias de estudo.

2. O DANO SOCIAL

No direito brasileiro existem duas categorias tradicionais de dano: o dano patrimonial e o moral. O primeiro ocorre quando há uma danificação de um bem material determinado, cuja indenização visa conduzir a vítima ao estado anterior ao dano, seja por aquilo que se deixou de ganhar (lucro cessante), ou por aquilo que de fato se perdeu (dano emergente). Logo, verifica-se que o dano patrimonial sempre é quantificável, ou seja, que pode ser representado em dinheiro.

O dano moral, por sua vez, ocorre quando há uma lesão a um bem imaterial, causando sofrimento à pessoa, não sendo passível de quantificação, de forma que a indenização tem como objetivo somente a compensação pelo sofrimento causado. Este dano está fortemente atrelado à ideia de violação aos direitos da personalidade, como o direito à imagem, à intimidade e à honra. Assim, é visível que de acordo com as categorias tradicionais de dano, a indenização é

centrada somente na vítima, ao pretender compensá-la ou reconduzi-la ao *statu quo*.

Neste contexto, o professor Antônio Junqueira de Azevedo, idealizou a tese de que a indenização, além de sua função compensatória, deveria ter, ainda, a função de desestímulo quando houvesse a prática de ato doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, pois esta atitude não seria lesiva somente ao “patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população” (AZEVEDO, 2009, p. 380).

Assim, quando uma atitude trouxesse diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, acarretando a diminuição da qualidade coletiva de vida, haveria o denominado dano social, sendo, então, uma nova categoria de dano. Como exemplo desta situação, o autor cita uma empresa aérea que atrasa sistematicamente seus voos e, como consequência, diminui as expectativas de bem-estar da população, pois “é muito diferente o passageiro sair de casa confiante quando ao cumprimento dos horários de seus compromissos ou, nas mesmas condições, sair na angústia do imprevisível” (AZEVEDO, 2009, p. 381). Nesta situação, não bastaria uma mera ação individual de um consumidor, visto que o prejuízo que se está causando é para toda sociedade e a indenização da ação individual analisaria somente o seu caso concreto. Neste sentido, o Antônio Junqueira faz a seguinte explicação:

(...) a nossa tese é bem clara: a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais e por danos sociais. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro, - danos emergentes e lucros cessantes -, e os morais, - caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de

vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, são atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, são atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população. (AZEVEDO, 2009, p. 382).

A partir da explicação do autor, é possível perceber que o dano social tem características próprias que o diferem do dano material e moral. A primeira é que deve ser um ato lesivo à sociedade, comprometendo a sua segurança ou que cause reprovação por ser negativamente exemplar, não havendo dano social se houve lesão somente ao patrimônio material ou moral da vítima.

Outro aspecto importante é o fato de que a indenização do dano social possui função diversa da indenização proveniente dos danos individuais, pois se a indenização por danos patrimonial e moral visa exclusivamente a reparação do dano sofrido pela vítima, no dano social o que se objetiva é desestimular a repetição de atos que causam a diminuição da qualidade de vida da sociedade. Assim, a indenização por dano social assume duplo papel na sociedade: punitivo quando objetivar a sanção do agente por ter cometido ato ilícito (em especial quando reduzir a segurança social); e dissuasório/didático quando visar desestimular futuras condutas nocivas (de pessoas físicas e jurídicas) à sociedade como um todo. (SILVA; SCHNEIDER, SILVESTRE, 2018, p. 54)

A partir do exposto, é visível que a figura do dano social na sociedade é fundamental para desestimular e punir atos que rebaixem a qualidade de vida da comunidade, afinal, conforme o artigo 944 do Código Civil, a “indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002). Desta forma, para que o artigo supracitado seja eficaz, é de suma importância reconhecer a relevância do dano social, pois, do contrário, incorre-se no risco de não aferirem o valor correto do dano ao não verificarem corretamente a sua extensão, ou seja, se no

cálculo do montante indenizatório somente estiver presente o dano individual, a sociedade não será ressarcida pelos danos sofridos, em nítida contraposição à determinação do artigo 944 do Código Civil. Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal, ao se debruçar sobre esta questão na V jornada de Direito Civil, do ano de 2011, assetou a seguinte tese:

A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2011)

Com o enunciado 456 da V jornada de Direito Civil ficou decidido que os legitimados para propor ações indenizatórias por dano social são aqueles que possuem legitimidade para propor ações coletivas. Assim, apesar de que na obra inaugural de Antônio Junqueira, este afirme que o particular seria o “promotor público privado”, sendo o legitimado para propor a ação, essa proposição não foi acolhida pela jurisprudência brasileira. Neste contexto, atualmente, os que podem propor ação de reparação por danos sociais são os elencado no artigo 5º da lei 7.347/1985, ou seja, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federados, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e as associações destinadas à defesa de interesses difusos e coletivos.

Outro aspecto fundamental do dano social está relacionado com a sua quantificação. Como o dano social se difere de sobremaneira do patrimonial pelo fato deste ser quantificado por meio do objeto material danificado, um bom parâmetro de quantificação é o dano moral. Conforme Sérgio Calieri filho (2010, p. 98), para se aferir o *quantum* indenizatório extrapatrimonial é necessário que o julgador tenha como guia o princípio da razoabilidade. Assim, quando o magistrado fixar o valor do dano, este deve arbitrar uma quantia que:

a) seja compatível com a reprovabilidade da conduta; b) que seja de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; c) deve-se analisar a capacidade econômica do causador do dano, do ofendido e outras circunstâncias que se fizerem presentes.

Assim, é possível perceber que os principais critérios para fixar a indenização por dano moral são a culpa do ofensor, a capacidade econômica das partes, o sofrimento da vítima, a extensão do dano e a gravidade da lesão. De forma analógica, é possível pensar nos critérios para fixação do dano social. Neste sentido, é necessário refletir que nesta categoria de dano a principal vítima é a sociedade. Logo, haja vista que o ofendido e o ofensor estão inseridos na sociedade, devemos desconsiderar do cálculo o sofrimento da vítima, pois não é possível determinar quantas pessoas foram atingidas pela conduta danosa e o seu grau de sofrimento (SILVA; SCHNEIDER, SILVESTRE, 2018, p. 55).

Por sua vez, a culpa do ofensor é um critério de suma importância para aferição do dano social, devendo ser analisada a intenção do autor do dano e se este foi ocasionado por culpa, negligência, imprudência, imperícia ou dolo. Após esta análise, a verba será fixada com vistas a servir de punição pelo ato praticado ou como dissuasão, para que não haja reincidência do erro, a depender do caso concreto (CAVALIERI FILHO, 2010).

Outro aspecto relevante a ser avaliado é a capacidade econômica das partes. Neste caso, a capacidade econômica do ofensor é a de maior relevância, pois a lesão extrapola a esfera da pessoa ofendida e atinge a sociedade como um todo, havendo pouca importância para aferição do dano social a capacidade financeira da vítima.

Analisar a gravidade da lesão também é fundamental para saber o valor da indenização, pois a fixação do montante deverá ser proporcional às consequências advindas do evento danoso; afinal um ato de maior gravidade merece a imposição de um *quantum* indenizatório maior do que um evento menos grave.

O último critério a ser analisado para aferir o valor da indenização é a extensão do dano, haja vista que quanto maior a sua magnitude, maior será o valor fixado, respeitados os demais critérios. Logo, deve-se

ter em mente o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para saber o justo valor da indenização, pois uma indenização sem critérios pode perder sua capacidade dissuasória ou punitiva, seja pela fixação de um valor muito baixo ou exorbitante que pode gerar a incapacidade de pagamento ou ser causa de enriquecimento ilícito da parte adversa. (CAVALIERI FILHO, 2010).

Portanto, é possível perceber que para que haja uma indenização justa pelo dano social, é necessário que o magistrado analise a capacidade econômica das partes, a culpa do ofensor, a gravidade da lesão e a extensão do dano; levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Porém, após ser valorado o *quantum* indenizatório, qual deve ser a sua destinação?

2.1 DESTINAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL E JURISPRUDÊNCIA

De acordo com a obra inaugural de Antônio Junqueira Azevedo, a indenização deveria ser entregue à própria vítima, que foi parte no processo, pois ela que teria de fato trabalhado para obtenção do *quantum* indenizatório. Neste sentido, o autor afirma que o Ministério Público já tem muita demanda no Brasil e que certamente não teria condições de propor ações dessa natureza. Este entendimento de Azevedo tem como fundamento a ideia de que o particular atuou como um “promotor público privado”, defendendo, além de seus direitos, os da sociedade, merecendo, assim, a sua recompensa.

Porém, doutrina e a jurisprudência brasileira não adotaram o posicionamento do autor. Flavio Tartuce, ao se debruçar sobre o tema, entendeu que a destinação mais apropriada para a verba indenizatória seria para os fundos sociais, pois “se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta” (TARTUCE, 2011, p. 438).

Este mesmo entendimento teve o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao julgar uma fraude ocorrida no sistema de loterias. Neste caso, as pessoas compravam a cartela da loteria denominada “Totó Bola” acreditando que havia a possibilidade de ganhar prêmios. Contudo, era uma fraude e as chances de êxito eram inexistentes. Assim sendo, o TJRS entendeu que a loteria estava causando danos sociais por retirar as chances de vencer e decidiu que a verba indenizatória referente aos danos sociais deveria ser destinada para o fundo de defesa dos interesses difusos, previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85. Neste sentido:

(...) Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. O Direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais

valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de over compensantion. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Recurso Cível: 71001278639RS , Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 17/04/2007, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/04/2007)

O Tribunal Regional do Trabalho do Estado de Rondônia, ao analisar o recurso ordinário trabalhista 000612013063030060000061-03.2013.5.03.0063, de relatoria do desembargador Luiz Otavio Linhares Renault, verificou que se tratava de uma causa de “dumping sócio-trabalhista”. Esta prática ocorre quando empresas com o propósito de obter maiores lucros e diminuição de seus custos, colocam os seus trabalhadores em situações precárias de trabalho. Logo, ao julgar a causa, o magistrado entendeu que este fato configuraria dano social e determinou que a verba fosse revertida para o FAT (Fundo de assistência ao Trabalhador), demonstrando o atual direcionamento jurisprudencial para a destinação das verbas indenizatórias por dano social.

Em outro caso emblemático, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um Recurso Extraordinário 741868 GO, que atacava a decisão proferida Primeira Turma Julgadora Mista da 7ª Região do Tribunal de Justiça de Goiás, se posicionou de forma relevante a respeito do dano social. O recurso versava sobre constrangimentos passados por consumidores de uma empresa de telefonia móvel, como por exemplo, o cancelamento do número da linha sem a possibilidade de migração ou portabilidade. A Suprema Corte entendeu que a decisão recorrida

não merecia qualquer reparo, afirmando que seria possível destinar parte do valor da condenação à instituição pública de caráter social. Desta forma, a condenação por danos sociais serviria de complemento àquela indenização concedida à vítima em particular, em observância à repercussão social daquele comportamento negligente do fornecedor de serviço. Ao analisar a destinação desta verba, a Ministra Relatora Carmen Lúcia Rocha, decidiu que o montante deveria vir em prol da mesma sociedade afetada. Logo, a magistrada definiu que o valor fixado deveria ser revertido para um dos fundos existentes no município que tivesse cunho social ou de forma direta para entidade com o mesmo escopo (BRASIL, 2013).

A partir do exposto, é possível notar que apesar de que na obra inaugural de Antônio Junqueira Azevedo este afirme que a melhor destinação seria a entrega do valor para a própria vítima, o entendimento atual é de que a melhor destinação é para os fundos sociais, haja vista que estes têm como objetivo a melhora da qualidade geral de vida da sociedade. Porém, mesmo sendo reconhecida a importância do dano social por diversos doutrinadores e Tribunais do país, muitos ainda confundem o dano social com o dano moral coletivo. Assim sendo, o próximo tópico irá abordar a questão e demonstrar as diferenças entre os dois.

2.2 DANO COLETIVO MORAL X DANO SOCIAL

Desde a idealização do conceito de dano social, a doutrina busca diferenciá-lo dos danos morais coletivos. Conforme Flávio Tartuce (2014, p. 283), embora os conceitos sejam similares, não há como afirmar que são sinônimos, haja vista a distinção nos fundamentos e nas causas, além de englobar também as repercussões patrimoniais.

Ricardo Diego Nunes Pereira (2016), aduz que a distinção tem como fundamento a definição dos interesses transindividuais do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor. Assim sendo, o dano social seria qualificado como violações a interesses e direitos difusos,

entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível, que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (inciso I). O dano coletivo moral, por sua vez, estaria ligado às violações a interesses e direitos coletivos em sentido estrito (inciso II) ou individuais homogêneos (inciso III). Assim sendo, a diferença reside no fato de que os danos sociais são identificados como aqueles que atingem vítimas indetermináveis, enquanto o dano moral coletivo está relacionado à pessoas determinadas ou determináveis. Para esclarecer, o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor está disposto da seguinte maneira:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.
(BRASIL, 1990).

Assim, verifica-se que o dano social é aquele que está relacionado aos danos extrapatrimoniais de natureza metaindividual, que tem o propósito repressivo e/ou punitivo. Por sua vez, os danos morais coletivos são figuras correlatas aos danos sociais se associados ao propósito punitivo, mas estes estão relacionados a pessoas determinadas ou determináveis (FISBERG, 2018, p. 138).

A partir do exposto, é visível que o reconhecimento da importância do dano social é imprescindível para uma vida em sociedade, pois ele é um meio eficaz para desestimular atos que diminuam a qualidade de vida da sociedade. Por este motivo, é importante analisar se esta modalidade de dano é cabível em situações geradas no bojo da Covid-19, haja vista que em uma pandemia atos imprudentes podem gerar consequências sociais gravíssimas, tais como uma maior disseminação do vírus.

3. AGLOMERAÇÕES DURANTE A PANDEMIA E O DANO SOCIAL

No dia 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS), recebeu o seu primeiro caso de Covid-19, com origem em Wuhan, na China. Este vírus, que contém enorme poder de propagação, rapidamente chegou a todos continentes, fazendo com que as autoridades tomassem medidas para a diminuição de novos contágios; afinal, em casos críticos, este coronavírus pode ocasionar graves sequelas ou a morte do paciente. Uma das medidas de maior recomendação pelas autoridades sanitárias e que se mostrou de fundamental importância para conter a sua disseminação, foi a limitação da circulação de pessoas, como a imposição de fechamento de estabelecimentos comerciais e autorização de funcionamento somente de atividades essenciais.

Contudo, apesar de todas recomendações e imposições, muitas pessoas ignoraram a determinação de não reunião e realizaram eventos sociais com dezenas/centenas de pessoas, ocasionando aglomerações e aumentando o risco de contágio daqueles que estão presentes nos eventos e, indiretamente, da sociedade no geral, pois muitos daqueles que estiveram nestes ambientes têm a enorme probabilidade de transmitir a Covid-19 a um número indeterminável de pessoas, tendo em vista que se trata de um vírus altamente contagioso. Neste contexto, e levando em consideração que o dano social existe quando alguém diminui a qualidade de vida da sociedade, indaga-se: é possível

requerer indenização por danos sociais àqueles que promoveram aglomerações durante a pandemia?

O juízo da 1ª vara da Fazenda Pública de Vitória, ao analisar um caso de desrespeito às medidas de isolamento social, entendeu que era devido a indenização por danos sociais, pois o réu colocou em risco toda sociedade. A situação em comento diz respeito a um homem que mesmo após saber que deveria permanecer em quarentena por 10 dias devido à suspeita de contaminação do novo coronavírus e de ter assinado um “termo de consentimento livre e esclarecido”, viajou da cidade União da Vitória, interior do Estado do Paraná, para a Capital Curitiba. Em sua defesa, o acusado afirmou não ter causado danos à sociedade, sendo, na verdade uma vítima do vírus, e salientou que não poderia ser o único responsável pela transmissão da Covid-19 em sua cidade e nos demais lugares por onde transitou. Porém, o magistrado entendeu que a atitude do réu demonstrou a sua indiferença com a responsabilidade social, de forma que a sua “conduta colocou em risco toda a coletividade, incumbindo ao Poder Público a tomada de providências cabíveis de modo a inibir práticas dessa natureza”. Deste modo, condenou o cidadão ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos sociais que serão destinados ao Fundo Municipal de Saúde (Tribunal de Justiça do Paraná, 2020).

Em outro caso emblemático, o Ministério Público de Sergipe, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, ajuizou Ação Civil Pública em face da empresa Auto Aviação Modelo. Neste caso, a empresa estava descumprindo os Decretos Estadual e Municipal, além de uma recomendação do Ministério Público, para que não realizasse o transporte dos cidadãos em veículos superlotados, causando aglomeração. Neste sentido, foi requerido a indenização por danos sociais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a ser revertida em benefício da população na aquisição de equipamentos hospitalares e de proteção individual no atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS). A Promotoria, ao sustentar a sua tese do dano social esclareceu que:

Importante ressaltar que o dano social não se confunde com o dano moral coletivo, pois, enquanto neste a vítima é determinada ou passível de determinação, naquele, a vítima é indeterminada. Ao ocorrer o descumprimento dos Decretos Estadual, nº 40.567/20 e Municipal, nº 6.111/20, demonstrado o defeito na prestação do serviço pela requerida, impõem-se o dever de indenizar os prejuízos dela decorrentes, sendo equiparada ao Estado, em sede de responsabilização civil. Mais precisamente ao dano social, o pleito de compensação deriva da compreensão pela necessária repressão a conduta praticada pela empresa Auto Viação Modelo, através de seus colaboradores, motoristas e fiscais, promovendo o transporte de cidadãos em veículos superlotados, sem qualquer controle, assumindo caráter pedagógico, conforme lições pertinentes sobre o dano. Citando mais uma vez o professor supramencionado, os danos sociais “são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoas jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população” Conforma explica Flávio Tartuce, os danos sociais são difusos e a sua indenização deve ser destinada não para a vítima imediata, mas sim para um fundo de proteção, neste caso, do consumidor, ou mesmo para uma instituição de caridade, sendo esta uma aplicação da função social da responsabilidade civil. Igualmente, reconhece essa possibilidade o CDC, em seu art. 100, parágrafo único, ao reconhecer que o produto da indenização poderá ser revertido para o fundo criado pela lei nº 7347/85. Assim, a empresa Auto Viação Modelo deverá promover compensação pecuniária aos consumidores prejudicados com o transporte irregular inseguro. A reparação do dano social, representa para a população um reconhecimento pelo Direito de valores sociais essenciais, como por exemplo, a imagem do serviço,

recompondo a cidadania de todos. É o que se pede! Mais do que comprovado nos autos a necessidade de responsabilização da requerida, não só no que tange aos prejuízos sofridos pelos usuários, na seara social, conforme a Lei 7347/85, assim como, a obrigação específica de não fazer o transporte de forma irregular de passageiros, em evidente prejuízo à população administrada, em desrespeito aos Decretos Estadual e Municipal preditos, colocando em risco à saúde das pessoas, com evidente foco de contaminação do COVID-19. Outro fato que deve ser considerado, diz respeito a gravidade da lesão provocada pela prática abusiva, não prestando adequadamente os serviços de transporte seguro, em cumprimento às regras mínimas de contenção do COVID-19, provocando dano social relevante, notadamente pela repetição da prática reprovável, de conhecimento da população e propalada pela imprensa local, o que caracteriza, também, a extensão do dano e os estragos diários que produz. A tese do professor Antônio Junqueira de Azevedo, conforme já fustigado, encontra-se esquadrinhada não na indenização que visa somente a compensação da vítima pelo dano sofrido, moral ou patrimonial, já que, nesta hipótese, não se leva em consideração possíveis medidas a inibir o agente lesivo de praticar novamente atos danosos. É justamente nesse cenário que surge o dano social, onde a indenização possuirá o caráter punitivo e dissuasório do causador do dano. (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, 2020).

Conforme exposto, o dano social é aquele que atinge a sociedade como um todo, alcançando a um número indeterminável de pessoas, produzindo um rebaixamento da qualidade de vida social e de seu patrimônio moral, dando azo a uma indenização punitiva e/ou dissuasória. Assim sendo, verifica-se que se uma pessoa ou grupo promover aglomerações durante a pandemia, tais como os

promovedores de festas noturnas, donos de bares que permitem que estes fiquem lotados ou de particulares que realizam comemorações com exagerado número de pessoas, cria-se uma situação que enseja indenização por dano social.

Isto ocorre, pois conforme sabido, o ato de aglomerar consiste na ação de colocar um exacerbado número de pessoas ou coisas em um só local, de modo que não há muito espaço entre os objetos ou pessoas. Neste sentido, ao analisar que uma das maneiras mais eficazes para evitar a disseminação do vírus é o isolamento social, ou seja, que as pessoas fiquem distantes uma das outras, nota-se que se alguém promove aglomerações durante este estado de calamidade pública, esta rebaixará a qualidade de vida social ao colocar diversas pessoas em uma situação propensa para disseminação de um vírus que é mortal e que causa enormes danos àquele são acometidos pela doença. Ademais, a sociedade é fortemente afetada pelos danos inestimáveis que uma morte pode ocasionar, além dos custos materiais que uma internação por Covid-19 gera. Portanto, é visível que deve ser pleiteado indenização por danos sociais àqueles que promovem aglomerações durante a pandemia.

4. CONCLUSÃO

A partir do exposto, ficou claro que o dano social ocorre quando alguma pessoa ou grupo de pessoas, por meio de um ato doloso, gravemente culposo ou negativamente exemplar, rebaixa o nível de vida da sociedade, tanto por seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade coletiva de vida. Deste modo, a indenização por dano social tem função punitiva, quando cometido ato ilícito, e dissuasória quando objetivar desestimular futuras condutas nocivas.

Ao analisar a situação excepcional da pandemia, é notável que uma pessoa que promove aglomerações causa danos sociais, haja vista que este vírus pode causar enormes sequelas ao paciente e à sociedade. Logo, se uma das melhores medidas para diminuição da disseminação

da Covid-19 é não aglomerar, àqueles que a promovem tem o dever de indenizar a sociedade pelos enormes danos sociais causados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377-384.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- 2ª Seção. Reclamação 12.062/GO. Rel. Min. RAUL ARAÚJO. Julgamento: 12/11/2014, v. u

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 741868 GO, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 29/04/2013, Data de Publicação: DJe-083 DIVULG

03/05/2013 PUBLIC 06/05/2013). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23122223/recurso-extraordinario-re-741868-go-stf>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jul. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 1959. Tomo XXVI, p. 30.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Covid-19: após desrespeitar a quarentena, homem que contraiu a doença é condenado a pagar r\$ 15 mil de indenização por danos sociais. Comunicação – notícias. 2020. Disponível em: < https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/covid-19-apos-desrespeitar-a-quarentena-homem-que-contraiu-a-doenca-e-cond-enado-a-pagar-r-15-mil-de-indenizacao-por-danos-sociais/18-319/pop_ >. Acesso em: 29 jul. 2021

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abril 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11307>. Acesso em 29 jul. 2021.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Recurso Cível: 71001278639RS , Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 17/04/2007, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/04/2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Recurso+C%C3%AD-vel%3A+71001278639+RS>>. Acesso em: 26 de jul. 2021

SERGIPE. Ministério Público de Sergipe. Promotoria de Defesa Do Consumidor. 2020. Disponível em: < <https://www.mpse.mp.br/wp-content/uploads/2020/04/A%C3%A7%C3%A3o-Civil-P%C3%BAblica-SMTT-e-Auto-Via%C3%A7%C3%A3o-Modelo.pdf> >. Acesso em: 31 jul. 2021.

SILVA, Alcides Caetano; SCHNEIDER, Flavio Britto Azevedo; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. O dano social e a destinação da sua indenização no Brasil. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, nº 3, p. 47-74. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0061_0088.pdf. Acesso: 24 jul. 2021.

SILVA, Flávio Monteiro Tartuce. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 2.

SILVA, Flavio Monteiro Tartuce. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SILVA, Flavio Monteiro Tartuce. Reflexões sobre o Dano Social. In: Revista Trimestal de Direito Civil. V. 2. 34.ed. Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 179-201.

FISBERG. Yuri. O dano social como instituto de aperfeiçoamento do tratamento coletivo da responsabilidade civil. REVISTA JURÍDICA ESMP-SP, V.14, 2018, p. 134 – 147. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/356. Acesso em: 29 jul. 2021.

A AUSÊNCIA DE ÉTICA COMO PILAR PARA A DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19

Bruno Dias Vieira Marques

Resumo: Este artigo pretende analisar, inserido no contexto da pandemia do corona vírus, em território brasileiro, a falta de virtude de cidadãos que, sem fazerem parte de grupos prioritários ou de profissionais de saúde, utilizaram de sua influência, política ou econômica, para obter vantagem pessoal, para si ou para outrem, e antecipar a aplicação da vacina, desrespeitando critérios estabelecidos pelas autoridades técnicas competentes. O estudo terá como marco teórico o texto basilar sobre a moral para a filosofia ocidental, *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, e tem como pretensão responder o seguinte questionamento: o respeito à ordem de vacinação contra a covid pode ser garantido por meio da ética? Como possível resposta, objetiva-se concluir que o respeito às instituições deve ser entendido como um respeito à pólis – ou à sociedade brasileira, nos dias de hoje –, mas que tal respeito não será atingido se a pólis também refletir o respeito aos seus cidadãos, fomentando o acesso da sociedade a um ambiente virtuoso, como educação, saúde e cidadania.

Palavras-chave: Direito Civil; Covid; Ética; Aristóteles.

Abstract: This article intends to analyze, inserted in the context of the corona virus pandemic, in Brazilian territory, the lack of virtue of citizens who, without being part of priority groups or health professionals, used their influence, political or economic, to obtain personal advantage, for yourself or for others, and anticipate the application of the vaccine, disregarding criteria established by the competent technical authorities. The study will have as its theoretical framework the basic text on morals for Western philosophy, Aristotle's *Ethics to Nicomachus*, and its intention is to answer the following question: can respect for the vaccination order against covid be guaranteed through ethics? As a possible answer, the objective is

to conclude that respect for institutions must be understood as a respect for the polis - or for Brazilian society, today - but that such respect will not be achieved if the polis also reflects the respect for its citizens, promoting society's access to a virtuous environment, such as education, health and citizenship.

Keywords: Civil Law; Covid; Ethic; Aristotle.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento notório pela comunidade mundial que a pandemia da Covid-19, causada pelo coronavírus – conhecido cientificamente por SARS-CoV-2, descoberto em dezembro de 2019, na província de Wuhan, na China e que se alastrou para todos os continentes – abalou estruturas globais, afetando não apenas as vertentes econômicas e sanitárias, como também, vetores psicológicos e individuais e, conseqüentemente, os pilares das relações sociais em todo o mundo, impulsionados por mudanças tão significativas nos cotidianos das pessoas, que foram obrigadas, voluntária ou involuntariamente, a mudarem seus rotinas e adotarem o isolamento para impedir ainda mais a disseminação da infecção do vírus, além de terem que lidar com uma doença invisível, com alto poder de contágio e elevados índices de letalidade, despertando um medo inconsciente e onipresente.

Ainda em maio de 2021, 18 meses após a descoberta do vírus em Wuhan, não há previsão do fim da pandemia, que pode, a qualquer momento, apresentar uma nova onda, mesmo que diversos laboratórios de escala global tenham se dedicado a desenvolver e produzir vacinas em tempo recorde e muitos países começam a reduzir as medidas de controle sanitário, vislumbrando encontrar um perigoso equilíbrio no pêndulo entre os padrões sanitários e os econômicos.

O Brasil, que já foi considerando o epicentro da pandemia no mundo, somando quase meio milhão de mortes ao final de junho de 2021, além dos óbitos subnotificados, já passou por duas ondas com elevação substancial de infecções e mortes, está suscetível a uma

terceira onda, segundo Observatório Covid-19, da Fiocruz, divulgado em 13 de maio, podendo ser ainda mais fatal, em função do surgimento de novas variantes “devido à intensidade da transmissão”.

Conforme dados da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), um braço da Organização Mundial da Saúde (OMS), principal instituição sanitária global, um em cada seis pessoas infectadas pela doença “fica gravemente doente e desenvolve dificuldade de respirar”, enquanto “a maioria das pessoas (cerca de 80%) se recupera da doença sem precisar de tratamento hospitalar” e ressalta: “qualquer pessoa pode pegar a Covid-19 e ficar gravemente doente”. (OPAS. 2021).

Diante de tantas incertezas trazidas pelo cenário de vulnerabilidade que se apresenta, causando pânico e apreensão nas pessoas, sejam elas de qualquer classe social, alguns valores, antes postos como virtudes tácitas no trato do relacionamento social, se viram em xeque, e o ordenamento da tão defendida e idolatrada pólis de Aristóteles, rapidamente, foi posto à prova, onde o medo pela sobrevivência sobrepujou com veemência o interesse coletivo em busca de uma proteção individual.

Para ilustrar com exemplos tais medidas desesperadas que rompem com a estrutura civil criada desde a construção do Estado moderno – que tenta lentamente emplacar amiúde mecanismos de controle e transparência para instigar a igualdade entre seus súditos ao reduzir os privilégios e favorecimentos, comuns em modelos anteriores, como o absolutista, que enaltecia as classes nobres e o clero – pode-se perceber o elevado número de denúncias e inquéritos registrados nas instituições de controle, em um prazo tão curto, de uma desobediência cívica das pessoas que usaram de algum tipo de influência que têm, seja ela econômica ou política, para se vacinarem mesmo não estando entre os grupos definidos como prioritários pelas autoridades sanitárias, uma vez que a oferta de vacinas, ainda que em produção em larga escala, é insuficiente para a demanda.

Levantamento apurado pelo consórcio de veículos de imprensa junto às secretarias de Estado da Saúde, uma vez que o Governo Federal apenas 19% da população brasileira, aproximadamente, tomou a

primeira dose da vacina, ultrapassando o montante de 39 milhões de cidadãos, enquanto pouco mais de 19 milhões de habitantes tomaram as duas doses da vacina. (PORTAL G1, 2021).

Como símbolo da corrida ilegal, e antiética, pelas vacinas, pode-se apresentar um dado emblemático. De 17 de janeiro de 2021, dia em que a primeira vacina foi aplicada no Brasil, na enfermeira Mônica Calazans, em São Paulo, quando tomou a primeira dose, até 12 de fevereiro de 2021, data em que recebeu a segunda dose do imunizante, os institutos de Ouvidoria do Ministério Público receberam mais de mil denúncias de “fura-filas” (RICHTER, A. 2021), em uma clara demonstração que o desejo pelo bem individual sobrepuja o interesse coletivo de uma sociedade que deveria ser tida como organizada e estruturada. O dado nos mostra que, em menos de um mês, mais de mil pessoas tentaram, de alguma, forma, se beneficiar sem estar nos grupos categorizados como prioritários para se imunizar.

Mas, além do medo de contrair a doença e a luta pela sobrevivência – o que pode até ser compreensível – o que leva uma pessoa a usar de sua influência para se beneficiar e se vacinar, mesmo sabendo que pessoas mais vulneráveis, com menos imunidade e que, com grande probabilidade, têm mais chances de morrer se contraírem a doença, em função de suas comorbidades? Certamente, apenas o pânico pela morte não é uma explicação plausível, uma vez que outras dificuldades – e doenças – são encontradas no cotidiano histórico das pessoas e, nem por isso, elas rompem com as definições da sociedade civil para se sobrepujarem em detrimento de outras. E se todas as pessoas que têm fome no mundo decidissem, autonomamente, que, para a própria sobrevivência ou de suas famílias ou entes queridos, pudessem romper com os valores de uma sociedade organizada para suprir seu instinto de continuação da vida? Segundo informações da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan), no Brasil, um quinto da população não tem a quantidade suficiente de comida em casa.

“116,8 milhões de brasileiros não possuem acesso pleno e permanente a alimentos e, desse número, 43,4 milhões (20,5% da população) não contam com alimentos em quantidade suficiente em casa, enquanto 19,1 milhões (9% da população) passa fome (estado de insegurança alimentar grave)”. (FONTOURA. 2021).

No entanto, mesmo diante de um problema tão essencial e histórico para a sobrevivência, que é a fome, as pessoas que sofrem com falta de alimentos não tentam, ou não conseguem, se rebelar contra o ordenamento social. Por meio do método fenomenológico, este artigo tem como objetivo responder a seguinte pergunta-problema: por que a ética, por si só, não tem sido suficiente para preservar a integralidade da ordem de vacinação contra a Covid19 na sociedade brasileira, gerando uma crise de desobediência civil?

Apesar de esse disparate ser gritante aos olhos para o contexto brasileiro, o mesmo também acontece em escala global, uma vez que países pobres ainda não tiveram acesso às vacinas contra a Covid, enquanto países ricos se aproximam, em junho de 2021, de vacinar metade de sua população.

“Atualmente, existe um abismo na vacinação contra a Covid-19 entre países ricos e países pobres. Mais de 1,2 bilhão de doses foram aplicadas em todo mundo, sendo que 80% das aplicações foram realizadas em países de renda alta e renda média para alta, que incluem nações da Europa e também Brasil e México”. (GLOBONEWS, 2021).

A partir do marco teórico de Aristóteles, especificamente sobre a obra *Ética a Nicômaco*, pretende-se construir um raciocínio que possa responder tal questionamento, tendo como possível conclusão que o respeito às instituições deve ser entendido como um respeito à pólis – ou à sociedade brasileira, nos dias de hoje. Entretanto, desconfia-se que

tal respeito somente será atingido se a pólis também refletir o respeito aos seus cidadãos, fomentando o acesso da sociedade a um ambiente virtuoso, como educação, saúde, cidadania, e, principalmente, isonomia, além de oferecer aos seus cidadãos que romperem com a moralidade a certeza de retaliações e de mecanismos que simbolizem a “expulsão” da pólis, inexistentes em um ambiente de impunidade e, portanto, de injustiça social, que fomente ações individuais em detrimento do coletivo.

Acontece que as pessoas que têm poder para influenciar o rompimento de critérios estabelecidos para a vacinação contra o coronavírus, estão presentes nas instituições, públicas ou privadas, que ditam as diretrizes do ordenamento social, revelando que a manutenção dos padrões cívicos só é interessante se essa casta puder se manter no poder, preservando seus privilégios e contribuindo para uma estabilidade desigual entre os súditos da “pólis”.

2. UMA REFLEXÃO SOBRE ÉTICA A NICÔMACO:

Para Aristóteles, que foi o primeiro pensador que se tem registro a sistematizar a ética, no mundo ocidental, essa virtude, talvez a principal delas, consiste em ser o pensamento, a reflexão sobre a moral. Uma ciência da moral, do Ethos, que se transforma em um conjunto de valores que molda a identidade das pessoas e, conseqüentemente, da pólis. Para o filósofo, a ética pode ser traduzida como “o caminho do bem” e o bem é a finalidade de todas as coisas, pois é o principal pilar para a felicidade. De acordo com o filósofo de Estagira (Grécia), são quatro os caminhos que devem levar à felicidade: a condição material, pois é fundamental que essas condições suportem a realização das demais ações; as amizades (conceito de *philia*), que oferecem companhia, troca de experiências e uma vida não-solitária; o prazer, pois a vida precisa ser recompensada com os prazeres e satisfações dos desejos, ainda que mediados pelo não-excesso e limitados pelo equilíbrio; e a excelência intelectual, que é o fundamental basilar para a moral. Sem excelência intelectual, não há moral e, portanto, não há

ética. Dentro do pensamento aristotélico, é fundamental diferenciar os meios e os fins e, nesse caso, a excelência intelectual não é o fim. Trata-se de um importante meio para um fim que é a ética e um fim maior que é a felicidade. (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro I).

Segundo Aristóteles, é preciso que a ética seja exercida, pois não é possível separar a moral do pensamento moral, uma vez que não separação entre teoria da prática, apesar de entender que as práticas (práxis) são sempre diferentes enquanto a teoria, a sabedoria, é una.

Para Aristóteles, a moral é fundamental para uma vida de equilíbrio, para se chegar em um meio termo entre os extremos, evitando, assim, os vícios e os exageros. Segundo o filósofo, a coragem mediana seria um exemplo perfeito desse equilíbrio, pois está entre a temeridade, a ousadia, a imprudência; e a covardia (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro II).

Por essa razão, a filosofia aristotélica busca sempre aprimorar a felicidade por meio do equilíbrio, da moderação, evitando os excessos e, principalmente, conhecer a si mesmo, os seus limites para poder fazer escolhas moderadas em busca do bem, da ética e, finalmente, da felicidade. Segundo o pensador, o conhecimento leva a excelência intelectual que permite às pessoas a fazerem, a partir de critérios e princípios, as melhores escolhas. (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livros III e IV).

A obra em questão é um construção metodológica de Aristóteles, muito bem desenvolvida, que leva o leitor a concluir que o conceito de justiça não pode ser diferente que a prudência, onde ela se encontra. Portanto, não é possível haver justiça sem equilíbrio, sendo a justiça distributiva: pois ela distribui honras e penas; e corretiva: pois corrige o rumo das ações e das pessoas. “A justiça nasce da emancipação do homem”. Por esse motivo, a ética em Aristóteles é tão importante, pois ela está focada na ação do ser-humano e não no espaço que ele ocupa na sociedade. Para Aristóteles, a justiça é, portanto, uma condição fundamental para a felicidade tanto do indivíduo quanto da pólis, pois não é possível ser feliz sem justiça. Ou seja, sem ética. (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro V).

Como já mencionado, para Aristóteles, a ética é a reflexão sobre a moral. No entanto, essa reflexão é um processo evolutivo, que se inicia com o conhecimento das coisas, da natureza; das técnicas sobre as coisas; do discernimento sobre o bem e o mau; da inteligência; e, por fim, da sabedoria, que seria o acúmulo evolutivo de todos esses conhecimentos, transformando a teoria em prática. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro VI).

No seu livro VII de *Ética a Nicômaco*, Aristóteles trata da importância da moderação por meio de sua antítese, que seria a incontinência. Segundo o filósofo de Estagira, “os fundamentos dos problemas morais são devidos à incontinência”, pois influência negativa a vida do outro dentro da pólis. Segundo Aristóteles, a incontinência gera a bestialidade e resulta na perda de humanidade, pois prejudica a relação com os outros. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro VII).

Outro pilar para uma convivência em harmonia dentro da pólis, para Aristóteles, é o conceito, ou melhor, os conceitos de amizade, que o pensador dividiu em três formas, sendo: a amizade por interesse; pelo prazer que um amigo pode oferecer; pela preocupação que um amigo tem pelo bem do outro (esta última forma o filósofo nomeou de “amizade verdadeira”). Para Aristóteles, só é possível ser feliz e, portanto, justo e ético, se tiver amizades. Sendo assim, os amigos não se preocupam com justiça, pois não há necessidade de estabelecimento de regras e ordenamentos para uma convivência mútua, pois isso é feito de forma voluntária, que ele denominou como “concordia”. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livros VIII e IX).

Por fim, Aristóteles apresenta o conceito de “eudaimonia”, que é o sentimento que representa a boa disposição para uma vida feliz. Seria, portanto, o alcance da felicidade por meio da ética e da moralidade. Segundo Aristóteles, as virtudes, para se realizarem, precisam ser praticadas e, assim, evoluírem, como se fosse necessário treinar a prática da virtude para se chegar à sua plenitude. A eudaimonia, para o pensador, é o que difere os seres-humanos das bestas. (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro X).

3. CONCLUSÃO:

Diante do tema abordado e das observações e reflexões trazidas pelo texto referencial deste trabalho, *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, pode-se concluir que uma sociedade desestruturada, onde não há um compromisso com o bem público, acentua desigualdades e estimula um constante distanciamento entre as classes, impondo a um grupo uma tácita subserviência servil a fim de sustentar uma casta dominante a manter, e ampliar, acessos históricos a privilégios.

Sem a existência de um sentimento de *pólis*, os súditos não se preocupam com a formação e perpetuação de uma felicidade coletiva, que seria a base para a vida plena em comunidade naquele grupamento social. Essa realidade está ilustrada por reportagem do jornal Folha de S. Paulo publicada em abril de 2021, que mostra que as classes mais pobres, sem as mesmas condições das classes ricas, como a opção de trabalhar em teletrabalho, se infectam e, conseqüentemente, morrem mais de Covid. (CANZIAN, 2021).

A base da pirâmide, uma sociedade mais pobre, sem acesso a recursos, a uma formação decente, que lhes ofereça uma condição questionadora da própria vida, não consegue reagir às correntes invisíveis que são impostas pelo topo da pirâmide, acostumado ao modelo de recorte social formado para servir aos seus interesses, custe o que custar, inclusive de valores morais.

Para a classe dominante, o mais importante é a manutenção de um *status quo*, que preserve uma relação de atendimento de uma parcela da população a um grupo menor, porém dominante, que se beneficia mutuamente a partir de sua influência para perpetuar seus privilégios.

Apesar de não ser escancarado como modelos anteriores, como o regime de escravidão greco-romano, ou o regime monárquico-absolutista, onde classes dominantes, clero ou nobreza, esmagava os camponeses sem lhe deverem satisfações, o modelo atual é ainda mais perigoso, pois oferece uma pseudopercepção de que todos são iguais e que garantias e direitos fundamentais são acessíveis igualmente

a toda a população, o que não procede, sobretudo diante do recorte brasileiro.

Se não há um sentimento de igualdade entre os súditos, o sentimento de felicidade pleno existente no conceito de “eudaimonia” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro X), não há um compromisso moral com a pólis e a sua perpetuação e, portanto, há espaço para a formação de privilégios. Somente uma sociedade justa pode oferecer felicidade. No caso do Brasil, quanto mais distanciamento social, mais espaço para o favorecimento, para a corrupção e para a desobediência civil em prol de interesses particulares em detrimento do interesse coletivo da pólis.

O acesso ao texto aristotélico nos traz uma reflexão que a pólis, de fato, não existe e que, apesar de os mecanismos de controle terem sido construídos a partir das melhores premissas iluministas de igualdade, fraternidade e liberdade, ampliados pela construção de uma constituição garantista e da concepção dos direitos humanos, eles não são objetivados na prática, onde uma casta continua dominante e se considera no direito de cassar, quando conveniente, valores morais quando o que se está em questão é a sobrevivência individual e não a da pólis.

É nítido perceber a existência de uma inversão de valores. Ao invés de os súditos viverem em função da pólis, a pólis sustenta os súditos, porém não na sua totalidade. Apenas uma parcela privilegiada tem acesso aos benefícios que a sociedade produz.

Portanto, pode-se chegar à conclusão que ausência da ética, o exercício de uma reflexão moral, por parte da classe dominante e portadoras de privilégios, contribui para a desobediência civil, uma vez que o foco não está no coletivo e, sim, na individualidade, tornando o conceito de Justiça apenas teórico, ainda que previsto no texto constitucional, porém não materializado na práxis.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco.

CANZIAN, F. Atrás de renda e sem home office, pobres morrem mais de Covid. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/04/atras-de-renda-e-sem-home-office-pobres-morrem-mais-de-covid.shtml>> Acesso em 19/06/2021.

FONTOURA, Y. Insegurança alimentar e fome no Brasil em tempos da Covid-19: uma reflexão. Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/inseguranca-alimentar-e-fome-brasil-tempos-covid-19-reflexao>. Acesso em 23/05/2021.

G1. Brasil aplicou ao menos uma dose de vacina contra Covid em 39,2 milhões de pessoas, aponta consórcio de veículos de imprensa. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2021/05/17/brasil-aplicou-ao-menos-uma-dose-de-vacina-contracovid-em-392-milhoes-de-pessoas-aponta-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml>. Acesso em 17/05/2021.

GLOBONEWS. Vacinação contra Covid-19 reforça abismo entre países ricos e pobres. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2021/05/09/vacinacao-contracovid-19-reforca-abismo-entre-paises-ricos-e-pobres.ghtml>>. Acesso em 19/06/2021.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 17/05/2021.

RICHTER, A. Agência Brasil. MP recebe mil denúncias de “fura-fila” na vacinação contra a covid-19. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-02/mp-recebe-mil-denuncias-de-fura-fila-na-vacinacao-contracovid-19>. Publicado em

11/02/2021. Acesso em 17/05/2021.

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MINAS GERAIS. Órgãos estaduais se unem no enfrentamento ao “fura-fila” no processo de vacinação. Disponível em: <https://coronavirus.saude.mg.gov.br/noticias/250-orgaos-estaduais-se-unem-no-enfrentamento-ao-fura-fila-no-processo-de-vacinacao>. Acesso em 17/05/2021.

IGP-M E A PANDEMIA: POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DO ÍNDICE DE REAJUSTE DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL

IGP-M AND THE PANDEMIC: POSSIBILITY OF JUDICIAL REVIEW OF THE READJUSTMENT PRICE INDEX FOR COMMERCIAL LEASE AGREEMENTS

*Camila Braga da Cunha*¹

RESUMO: Um fato notório, inesperado e com alcances econômicos ainda não calculados é a pandemia por COVID-19. Neste cenário, chamou a atenção o comportamento dos índices mensuradores da inflação IGP-M e IPCA, enquanto o primeiro alcançou o valor acumulado de 32,02%, o segundo acumulou o percentual de 6,76%. Atualmente o IGP-M é o principal indicador de reajuste dos contratos de locação comerciais, questiona-se então a possibilidade de sua substituição pelo IPCA, por meio da revisão judicial dos contratos. Para tanto se analisou no primeiro tópico o motivo de utilização do IGP-M nos contratos de locação, a polêmica de sua base de cálculo e os históricos de distanciamento do IPCA. No segundo tópico se verificou as possibilidades de revisão judicial abordando as Teoria da Imprevisão, Teoria da Onerosidade Excessiva e o permissivo da Lei de Locação, bem como as mudanças advindas da Lei de Liberdade Econômica. No terceiro tópico é analisado o posicionamento jurisprudencial pré e pós pandemia a respeito da revisão judicial motivada pela inflação, as tentativas de regulamentar uniformemente a questão, seja pela ADPF 869 ou pelo Projeto de Lei n.º 1026/2021, e as possíveis consequências deste movimento uniformizador do índice. Conclui-se pela possibilidade da revisão judicial, na hipótese do art. 19 da Lei de Locação e também quando demonstrado de fato o abalo no equilíbrio

¹ Advogada. Mestra em Direito pela Faculdade Milton Campos. E-mail: camilabcunha.adv@gmail.com

do contrato, o que somente pode ser observado na casuística e não por decisões de aplicação uniforme, sob pena de insegurança jurídica e danos a economia.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia; IGP-M; Contrato de Locação; Revisão Judicial;

ABSTRACT: A notorious fact, unexpected and with economic reach not yet calculated, is the pandemic by COVID-19. In this scenario, the behavior of the inflation measuring indexes IGP-M and IPCA has called attention, while the former reached the accumulated value of 32.02, the latter accumulated the percentage of 6.10%. Currently the IGP-M is the main indicator for readjustment of commercial lease agreements. To this end, the first topic analyzed the reason for using the IGP-M in the lease contracts, the controversy of its calculation basis and the historical distancing from the IPCA. In the second topic the possibilities of judicial review were analyzed, approaching the Theory of Unforeseeability, Theory of Excessive Onerosity and the permissiveness of the Lease Law, as well as the changes resulting from the Economic Freedom Law. In the third topic, the pre- and post-pandemic jurisprudential positioning regarding the judicial revision motivated by inflation is analyzed, the attempts to uniformly regulate the issue, whether by ADPF 869 or by Bill 1026/2021, and the possible consequences of this uniform index movement. We conclude for the possibility of judicial review, in the hypothesis of article 19 of the Lease Law and also when the disturbance in the balance of the contract is actually demonstrated, which can only be observed on a case-by-case basis and not by decisions of uniform application, under penalty of legal insecurity and damage to the economy.

KEYWORDS: Pandemic; IGP-M; Lease Agreements; Judicial Review;

SUMÁRIO: *Introdução; 2 A cultura do IGP-M como índice de reajuste nos contratos de locação comercial e seu comportamento durante a pandemia de COVID-19; 3 As possibilidades de revisão judicial dos contratos*

de locação e as modificações advindas da Lei de Liberdade Econômica; 4 O cenário jurisprudencial sobre a revisão judicial de índices inflacionários, as tentativas judicial e legislativa de uniformização das decisões sobre o tema e suas possíveis consequências; 5 Conclusão; Referências bibliográficas;

1. INTRODUÇÃO

Durante a pandemia por COVID-19, em que diversas medidas restritivas foram impostas, atingindo especialmente a economia, os principais índices de mensuração da inflação brasileira se distanciaram relevantemente. O IGP-M alcançou nos doze meses posteriores à decretação do estado de calamidade o percentual acumulado de 32,02%, alavancado pelas *commodities* e pela variação cambial, enquanto o IPCA atingiu o valor de 6,76% no mesmo período.

Ocorre que o IGP-M foi eleito culturalmente como o índice de reajuste dos contratos de locação comercial, remontando está escolha ao período de hiperinflação brasileiro, com intuito de atrelar o valor dos aluguéis a um índice confiável e também a uma moeda forte.

Entretanto, no cenário de pandemia vivenciado, a aplicação do IGP-M como índice de reajuste dos contratos de locação vem sendo questionada, pelo alto valor acumulado e por sua base de cálculo não corresponder à atividade imobiliária, tendo muitos locatários buscado no judiciário sua substituição pelo IPCA. Neste contexto, o presente estudo possui como objetivo geral responder a seguinte indagação: é possível a revisão judicial para substituição do IGP-M, enquanto índice de reajuste dos contratos de locação comercial, em razão da pandemia por COVID-19?

Os objetivos específicos do presente estudo são analisar: 1) a motivação cultural do uso do IGP-M nos contratos de locação e suas principais críticas; 2) a legislação atual pátria; 3) os posicionamentos pré e pós pandemia a respeito da revisão judicial dos índices de inflação; 4) as tentativas de uniformização das decisões sobre o tema e suas possíveis consequências.

Com intuito de responder à pergunta objeto desta pesquisa, e por consequência os objetivos específicos apontados, foi escolhido o método hipotético-dedutivo.

O referencial teórico serão os artigos 113, 317, 421, 421-A, 478 e seguintes do Código Civil, e do art. 19 da Lei de Locação, avaliando a aplicabilidade para este fim da Teoria da Imprevisão, Teoria da Onerosidade Excessiva e da possibilidade de revisão de aluguéis prevista em legislação própria.

Justifica-se a presente pesquisa pela popular utilização do IGP-M como índice de reajuste do valor dos aluguéis comerciais e o comportamento que o mesmo adotou durante a pandemia, se distanciando dos demais índices de mensuração da inflação.

Avaliou-se nos tópicos da presente pesquisa o motivo do uso cultural do IGP-M como índice de reajuste dos contratos de locação, sua base de cálculos e as principais críticas à sua adoção pelo mercado imobiliário. Verificaram-se também as possibilidades de revisão dos contratos em nosso ordenamento pátrio, com destaque para o próprio permissivo da Lei de Locação e as mudanças advindas da Lei de Liberdade Econômica. Por fim, se apresentou o cenário jurisprudencial a respeito da revisão atribuída a inflação e as tentativas de substituição compulsória do índice (ADPF 869 e o Projeto de Lei n. ° 1026/2021), que se aplicadas podem gerar desequilíbrio contratual, insegurança jurídica e danos à economia.

Conclui-se que é possível a revisão do índice de reajuste dos contratos de locação comercial, desde que analisado o caso concreto, e presentes a hipótese do art. 19 da Lei de Locação ou o comprovado o desequilíbrio contratual. Neste último, para avaliação, deve ser considerada a sofisticação dos contratantes, a alocação de riscos das partes e o comportamento da atividade empresarial na pandemia, para definir se ocorreu o abalo do sinalagma pela aplicação do reajuste baseado no IGP-M ao contrato.

2. A CULTURA DO IGP-M COMO ÍNDICE DE REAJUSTE NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL E SEU COMPORTAMENTO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Se reajusta um contrato, dentre outros fatores, principalmente para que o valor da prestação devida mantenha o seu poder real de compra. Isto é necessário devido ao fenômeno da inflação, pois durante o decorrer do tempo o valor nominal da moeda não expressa a mesma capacidade de adquirir bens de quando foi pactuado. A inflação se manifesta pelo aumento de preços de bens e serviços, tendo o Brasil diversos índices para mensurar este fenômeno (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021). Assim, no campo contratual, entende-se a aplicação de reajuste econômico para manutenção do sinalagma, buscando equilíbrio entre as obrigações das partes estabelecidas no momento de pactuação do negócio jurídico.

Como existem diversos índices que mensuram a inflação no país (IPCA, IPC, IGP-M, IGP-DI, INPC), a escolha de qual estará presente no contrato é de livre estipulação das partes, que inclusive podem estabelecer outro parâmetro de reajuste diferente dos mensuradores de inflação. Por exemplo, em contratos de terceirização de mão-de-obra é muito comum que seja pactuado entre as partes o percentual de reajuste salarial da categoria profissional como o percentual de reajuste do próprio contrato.

Quanto aos contratos de locação comercial é considerado cultural o uso do IGP-M como índice de reajuste dos aluguéis. Tal prática, remonta ao período de hiperinflação brasileiro, iniciado no final da década de 1980, em que o IGP-M se traduziu em um índice confiável, atrelado à variação cambial e por ter sua data de fechamento no vigésimo dia do mês, antecipava a inflação que estava por vir (NALIN, 2021).

Em que pese o país tenha superado a hiperinflação, o IGP-M se manteve nos contratos de locação como o índice mais utilizado para balizar os reajustes dos aluguéis. O índice é calculado pelo Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas – FGV IBRE,

e mensura a “variação de preços de bens e serviços, bem como de matérias-primas na produção agrícola, industrial e construção civil. Dessa forma, o resultado do IGP-M é a média aritmética ponderada da inflação ao produtor (IPA), consumidor (IPC) e construção civil (INCC).” (FGV, 2021).

Um fato notório, inesperado e com alcances econômicos ainda não calculados é a pandemia por COVID-19, cujo estado de calamidade foi decretado no Brasil, em 20 de março de 2020, pelo Decreto Legislativo n.º 06. Observando os doze meses posteriores a decretação do estado de calamidade no país, se verifica que o IGP-M se manteve em alta por todo período, alcançando o acumulado de 32,02% em abril de 2021 (FGV, 2021). Os economistas apontam a alta do dólar e das *commodities* como os causadores da disparada do índice (NALIN, 2021).

É importante analisar também o comportamento do IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, utilizado para definir as metas de inflação do país. O IPCA é calculado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a partir da variação de preços de determinados produtos e serviços consumidos pela população. No mesmo período em que se analisou o IGP-M, se verifica que o IPCA acumulado foi de 6,76%. (IBGE, 2021a).

A diferença de variação da inflação atribuída pelos índices pode ser explicada pela base de cálculo utilizada em suas mensurações. Enquanto o IPCA utiliza o comércio e serviços destinados ao consumidor como base de cálculo (IBGE, 2021a), o IGP-M considera também a inflação no agronegócio e na construção civil, trazendo uma visão ampliada da economia.

Apesar de causar espanto o “descolamento”, como é chamado quando ocorre esta distância entre os percentuais mensurados pelos dois índices, não é um efeito exclusivo da pandemia por COVID-19. O IGP-M já se descolou do IPCA em 2002, alcançando o acumulado em dezembro de 25, 31%, enquanto o IPCA alcançou o acumulado de 12, 53%. Entretanto, também já houve períodos que o IPCA se descolou do IGP-M, como em 2005 (IGP-M 1,20% / IPCA – 5,69%), 2009 (IGP-M

1,71% / IPCA – 4,31%) e 2014 (IGP-M 3,67% / IPCA – 6,41%). (IBGE, 2021b), (FGVDados, 2021).

Contudo, não há dúvidas que o comportamento do IGP-M, entre 2020 e 2021, supera os efeitos de qualquer manifestação do passado. Neste contexto, muitos passaram a questionar a aplicabilidade do IGP-M como índice de reajuste dos aluguéis comerciais, principalmente na ocorrência pandemia por COVID-19. Estes questionamentos são fomentados pela, em tese, perda de receita dos locatários, nos períodos em que ocorreram fechamentos ou restrições das atividades impostas pelo poder público.

A crítica a utilização do índice é que os valores dos aluguéis ficam atrelados a variações de preços que não se relacionam diretamente ao negócio, como ao preço da soja. Neste sentido, é relevante a observação de Carolina Nalin:

Acontece que o indicador parece ter se tornado uma “jabuticaba brasileira”, como avaliam economistas ao se referirem a uma solução que só existe aqui no Brasil. Em nenhum outro país há um índice geral de preços como o brasileiro, que seja fruto da média ponderada de outros três índices, sendo que o de maior peso vêm justamente dos custos no atacado.[...] Na prática, reajustar contratos imobiliários ou tarifas pautadas no efeito do preço da soja, por exemplo, que ficou mais cara ao produtor, parece gerar um descolamento (NALIN, 2021).

Com o alto valor acumulado do IGP-M, nos contratos de locação passou a ser aventada a substituição deste último pelo IPCA. As manifestações desfavoráveis ao IGP-M e defendendo sua substituição, fizeram com que a própria Fundação Getúlio Vargas, por diversas vezes, esclarecesse que o IGP não foi desenvolvido para corrigir ou mensurar a inflação aplicada à aluguéis. A mesma maneira, também informou que o IPCA não seria o índice ideal de correção destes valores, pois este índice beneficiaria o inquilino e não observaria critérios como a

valorização do imóvel, prejudicando o proprietário. A solução para o reajuste dos contratos de locação seria a criação de um índice próprio para mercado imobiliário, o que não há perspectiva a curto e médio prazo. (NALIN, 2021).

Diante deste cenário de alta acumulada do IGP-M, muitos locatários comerciais buscaram no judiciário a revisão do índice de reajuste estabelecido em seus contratos, cuja possibilidade passa a ser analisada no próximo tópico.

3. AS POSSIBILIDADES DE REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO E AS MODIFICAÇÕES ADVINDAS DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA.

Antes de adentrar ao estudo das possibilidades de revisão judicial do contrato, é necessário observar que o IGP-M, enquanto índice de reajuste estabelecido pelas partes, fomenta o reequilíbrio do contrato.

Conforme tópico anterior, o fenômeno da inflação corroí o poder real de compra da moeda, razão pela qual se reajustam os contratos, de modo que ao longo do tempo eles possam reestabelecer o equilíbrio do sinalagma contratual. Neste sentido, a cláusula de reajuste não possui uma essência de impor onerosidade ao contrato, mas sim de reequilíbrio financeiro-econômico, pois o aumento do valor da prestação é meramente nominal, indicando o mesmo poder real de compra estabelecido no momento da pactuação. Esta natureza de reequilíbrio financeiro-econômico das cláusulas de reajuste é muito bem discutida na seara dos contratos administrativos, em que já existe firme entendimento do Tribunal de Contas da União que a não aplicabilidade do reajuste ocasiona o enriquecimento ilícito e ofende o princípio da boa-fé objetiva, sendo desnecessária sua previsão em edital para sua aplicação (FORTINI, 2021).

O que pode ser questionado, então, não é a aplicação de reajuste ao contrato de locação, mas sim se a revisão judicial poderia alterar o índice ou estabelecer outro percentual de reajuste, diferente do pactuado pelas partes. Neste contexto é necessário analisar as

alterações advindas da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. ° 13.874 de 2019), principalmente quanto a intervenção judicial nos contratos, para melhor elucidação da questão.

A Lei de Liberdade Econômica acrescentou ao art. 421, do Código Civil, o parágrafo único, que estabeleceu: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, e repete no inciso III, do art. 421-A, que “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”, buscando dar protagonismo aos termos negociados pelas partes. Conforme Paula Forgioni (2019, p. 393), a revisão excepcional do contrato é necessária, pois “se o sistema admitir a revisão contratual ou a liberação do vínculo por qualquer simples percalço, ruirão a obrigatoriedade dos contratos e restará prejudicado o fluxo de relações econômicas”.

Neste cenário de excepcionalidade e limitação da revisão judicial dos contratos, apresenta o caput do art. 421-A, a presunção relativa de paridade e simetria dos termos. Os termos simétrico e paritário, segundo Leonardo, Prado e Rodrigues Jr, devem ser entendidos como sinônimos (2019, p. 319). Presume-se, então, que os contratos são fruto de relações equilibradas, desde a fase pré-contratual até sua extinção, não existindo a preponderância de interesses de uma das partes. (FORGIONI, 2019, p.374). Contudo, conforme ressalva Paula Forgioni (2019, p. 374), as assimetrias nos contratos empresariais são aferidas pelo grau de dependência econômica, que somente pode ser analisada no caso concreto e que não se trata de uma isenção ao cumprimento do contrato, mas de um reconhecimento como mais propensos as situações de ilícito.

O caput do art. 421-A, ressalva desta presunção de simetria e paridade os contratos advindos de regimes jurídicos previstos em lei especial, tal qual a Lei de Locação (Lei n. ° 8.245/1991) (LEONARDO et al., 2019, p. 320). Entretanto, quanto aos contratos de locação comercial, a própria jurisprudência construiu em algumas hipóteses a presunção de simetria e paridade deste contrato. Como exemplo desta construção jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça possui

firme posicionamento que nos contratos de locação em shopping center, os contratantes estão em situação de igualdade, não ocorrendo a sobreposição de interesses:

10. Os ajustes locatícios, notadamente aqueles firmados para a locação de espaço em shopping center, não constituem mero contratos de adesão, pois são de livre estipulação/comutativo entre os contratantes, sem a preponderância de um sobre o outro, onde tanto locador como locatário estão livres para pactuarem as cláusulas contratuais que melhor assistam às suas necessidades. (STJ, 2016, on-line)

Também é importante observar o inciso II, do art. 421-A, que garante o respeito a alocação de riscos definidos pelas partes. A alocação de riscos presume primeiramente exercício de projeção do futuro, realizado pelos contratantes, afim de considerar possíveis riscos, tais como riscos típicos do negócio, previsíveis e imprevisíveis. Neste cenário, as partes se utilizam do contrato para prever a divisão destes riscos e responsabilidades. (FORGIONI, 2019, p. 374). Ressalta Paula Forgioni. (2019, p. 391), a existência de riscos imponderáveis e extraordinários, que ultrapassa qualquer *ratio* dos contratantes e atrai para si a aplicabilidade do art. 478 do Código Civil, quando gerador de onerosidade excessiva à uma das partes.

A variação inflacionária jamais foi considerada um risco imprevisível as partes. Antes da pandemia por Covid-19, o cenário jurisprudencial era pacífico no sentido de ser impossível alegar a variação inflacionária como fundamento a revisar judicialmente o contrato. A posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) era firme no sentido que a inflação não poderia ser uma condição imprevisível às partes, tendo no acórdão do Recurso Especial Nº 744.446 - DF (2005/0066286-7), de relatoria do Ministro Humberto Martins, a expressa afirmação de que “não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária,

de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ” (STJ, 2008, on-line).

Entretanto a situação ora discutida é a maior variação do índice IGP-M dos últimos tempos, durante uma crise pandêmica que já supera um ano, com diversas medidas restritivas impostas pelo Poder Público, que podem afetar as atividades empresariais. Não se trata, portanto, apenas da variação do IGP-M sozinho, mas um cenário que se traduz em um “combo” de situações prejudiciais as atividades econômicas, que não poderia ser previsto ou meramente ponderado por qualquer contratante.

Outro fator advindo da Lei de Liberdade Econômica que deve ser ponderado quanto à avaliação da revisão judicial do IGP-M, é a nova disposição do art. 113, II, que estabelece que a interpretação dos negócios jurídicos deve corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo do negócio. Conforme lições de Paula Forgioni (2019, p. 379), deverão ser consideradas “as regras usuais, observando o mercado em que se emprega aquele tipo de pacto, ou seja, a prática mercantil existente no mesmo setor da economia”. Conforme já observado, a inserção do IGP-M como índice de reajuste dos contratos de locação é prática reiterada do mercado imobiliário, razão pela qual existe tanto alvoroço em volta de seus atuais percentuais, sendo uma característica que deve ser considerada em eventual revisão judicial dos contratos.

Após estas breves observações, as três principais hipóteses de revisão judicial do índice de reajuste do contrato de aluguéis são à Teoria da Imprevisão, prevista no art. 317 do Código Civil, a Teoria da Onerosidade Excessiva prevista no art. 478 e seguintes do mesmo diploma legal e a revisão judicial de aluguéis estabelecida na Lei de Locação.

A Teoria da Imprevisão, está prescrita no artigo 317 do Código Civil, que 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. O ponto central desta teoria é a alteração expressiva das prestações, que abala o sinalagma pretendido no momento de formação do pacto, desde que motivado por fato imprevisível.

Apenas a título de curiosidade, a redação original do dispositivo que deu origem ao art. 317, tratava sobre a possibilidade do juiz corrigir o valor da prestação devida se ocorresse a desvalorização da moeda (PEREIRA, 2020, p. 386). Em contraponto, o que se busca com o presente artigo é justamente avaliar se o art. 317 pode ser utilizado para justificar a não aplicação de índice de correção, dada a sua redação ampla.

Já a Teoria da Onerosidade Excessiva está prevista nos artigos 478 a 480 do Código Civil, firmada em texto bem similar ao do art. 317 do Código Civil, acrescentando, porém, a necessidade de extrema vantagem a uma das partes:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Neste artigo se observa a similaridade com os requisitos do art. 317, quais sejam, a prestação se tornar onerosa por acontecimentos

extraordinários e imprevisíveis. Entretanto, esta prestação onerosa deve obrigatoriamente refletir em extrema vantagem para a outra parte. Outro aspecto que difere do art. 317, e que no art. 478 é possibilitado ao devedor requerer a resolução do contrato.

Além das diferenças já apontadas, Fábio Queiroz Pereira (2020, p. 387) distingue os dois dispositivos quanto a sua abrangência de aplicação. Segundo o autor, o art. 478 e seguintes, teriam sua aplicação restrita ao âmbito dos contratos, enquanto o art. 317 pode ser aplicado a outras espécies de negócios jurídicos, já que está previsto no Código Civil na parte geral das obrigações.

Trazendo a Teoria da Imprevisão e a Teoria da Onerosidade Excessiva, para o contexto do reajuste de aluguéis pelo índice IGP-M, o primeiro questionamento é se o desequilíbrio contratual poderia vir da cláusula de reajuste, que têm por sua natureza manter o equilíbrio do contrato? E a resposta é sim! Conforme já afirmado, o reajuste, por si só, não onera qualquer contrato, apenas reestabelece o poder originário de compra. Entretanto, com a ocorrência das restrições de atividades econômicas no cenário da pandemia, o reajuste pode se traduzir em onerosidade excessiva ao locatário, que no mesmo período teve o uso do imóvel locado restrito e conseqüentemente suas receitas diminuídas.

Entretanto, a aplicação do índice poderia ser considerada uma extrema vantagem ao locador? A resposta também é sim! Quando esta aplicação ultrapassar a finalidade de reequilíbrio do contrato e propiciar o aumento real do poder de compra da prestação. Isto pode ser verificado, por exemplo, quando o valor de mercado do metro quadrado, os custos e riscos assumidos pelo locador forem reajustados em índices extremamente inferiores, como o IPCA, não reajustados ou diminuídos. Neste cenário é importante observar a queda do valor do metro quadrado para locações comerciais durante a pandemia, que em fevereiro de 2021 alcançou o menor patamar desde 2014, (SARINGER, 2021).

Por fim, o aumento do IGP-M, em patamares superiores à 30%, durante uma pandemia, em que ocorreram restrições as atividades

econômicas, pode ser considerado fato imprevisível? Sim, pois conforme Fábio Queiroz Pereira (2020, p. 388), é fato imprevisível aquilo que não pode ser ponderado, segundo a *ratio* das partes, no momento de pactuação do contrato:

Uma crise pandêmica, como a atualmente vivenciada, poderia ser previsível para um epidemiologista, mas não revela o mesmo caráter para um sujeito comum que contrata, por exemplo, uma locação ou uma compra e venda de um bem futuro. Assim, o aludido fato poderá materializar uma alteração de circunstâncias a ser ponderada, intentando a feitura de um exercício revisional.

É importante ressaltar que apenas “*em tese*” estão presentes os três requisitos para possibilitar a revisão judicial, sendo necessários serem verificados em cada caso concreto. Isto porque, as demais cláusulas e condições do contrato, como as alocações de risco, devem ser analisadas conjuntamente para definir a necessidade de intervenção judicial no contrato.

Por fim, é importante analisar o reajuste dos contratos de locação pelo IGP-M à luz da Lei de Locação. Primeiramente, retomase que o motivo histórico de utilização do IGP-M era atrelar o reajuste do aluguel a um índice confiável e uma moeda forte, já que o índice é sensível às variações cambiais, conforme ocorre agora. Será, então, que a aplicação do IGP-M estaria em desconformidade com o art. 17 da Lei de Locação, que estipula ser “livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo”?

Não, pois a variação cambial não é diretamente aplicada ao IGP-M, mas sim sobre alguns produtos e serviços que fazem parte da análise. Tal fato também ocorre com o IPCA, que possui em sua base de cálculo os combustíveis cujo preço do barril é calculado em moeda estrangeira, refletindo no índice. Neste sentido, a vedação do art. 17

são para as precificações ou indexações diretas no valor do aluguel. Ademais, o próprio art. 18 da mesma Lei, que estabelece ser lícito as partes inserirem cláusula de reajuste, não impõe nenhuma restrição à base de cálculo deste reajuste, o que permitiria a utilização de índices calculados sobre produtos e serviços sensíveis à variação cambial.

A Lei de Locação também estabelece à possibilidade revisão do valor dos aluguéis em seu art. 19: “Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”.

Para ser suscitada a revisão judicial dos aluguéis, seja por solicitação do locador ou do locatário, é necessário o cumprimento do requisito temporal de três anos do contrato de locação ou último instrumento que firmou o valor dos aluguéis. O segundo requisito é que o valor do aluguel esteja defasado quanto ao preço de mercado, neste aspecto é necessário comprovar a discrepância de valores, não sendo relevantes o mero descontentamento com os valores ou a situação financeira de uma das partes. Também é imperativo que a locação objeto da ação revisional não esteja em cumprimento de prazo para desocupação do imóvel, conforme previsto no art. 68, §1º da Lei n.º 8.245/1991. Por fim, na hipótese do locatário requerer a ação revisional dos aluguéis, ele ficará obrigado a arcar no curso do processo, com o valor de aluguéis provisórios arbitrados ao menos em 80% do valor do aluguel vigente, conforme art. 68, II, b, da referida lei.

Chama a atenção ao presente estudo, o disposto no art. 69, § 1º da Lei de Locação, que dispõe:

Art. 69. O aluguel fixado na sentença retroage à citação, e as diferenças devidas durante a ação de revisão, descontados os alugueres provisórios satisfeitos, serão pagas corrigidas, exigíveis a partir do trânsito em julgado da decisão que fixar o novo aluguel.

§ 1º Se pedido pelo locador, ou sublocador, a sentença poderá estabelecer periodicidade de reajustamento

do aluguel diversa daquela prevista no contrato revisando, bem como adotar outro indexador para reajustamento do aluguel.

Pelo disposto no §1º, do art. 69, da Lei de Locação, somente é legítimo para requerer a substituição do indexador de reajuste do contrato de locação, no bojo da ação revisional de aluguéis, o locador ou sublocador. Neste sentido, em primeira análise da intenção do legislador, não é permitido ao locatário em ação revisional de aluguéis discutir a periodicidade e o indexador de reajuste, o que retira a possibilidade de a ação revisional ser utilizada para balizar a substituição do IGP-M por outro índice.

Entretanto, após a aplicação do reajuste, ao locatário permaneceria a possibilidade de acionamento do judiciário, desde que o novo valor do aluguel se encontre discrepante com o mercado e, concomitantemente estejam presentes os demais requisitos do art. 19 e art. 68, II, b da Lei de Locação.

Estabelecidas as hipóteses para a revisão judicial da aplicação do IGP-M como índice de reajuste do contrato, segue-se com a análise do cenário jurisprudencial, as tentativas judiciais e legislativas de uniformização das decisões sobre o tema e suas possíveis consequências.

4. O CENÁRIO JURISPRUDENCIAL SOBRE A REVISÃO JUDICIAL DE ÍNDICES INFLACIONÁRIOS, AS TENTATIVAS JUDICIAL E LEGISLATIVA DE UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES SOBRE O TEMA E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS.

Conforme já demonstrado, o cenário jurisprudencial antes da pandemia era de impossibilidade de se alegar a inflação para solicitar a revisão judicial dos contratos. Contudo, em razão do “descolamento” do IGP-M em comparação ao IPCA e de todo cenário econômico da pandemia, os tribunais estão sendo instados a afirmar ou se reposicionar, quanto a possibilidade de revisão judicial do índice

de reajuste dos contratos de locação comercial. Não se encontrou nenhum posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, quanto a alteração do índice inflacionário.

Analisando as sentenças do Tribunal de Justiça de São Paulo publicadas entre 01/03/2021 à 30/06/2021, majoritariamente os pedidos de substituição do IGP-M foram julgados improcedentes, aos principais argumentos de: a) respeito à autonomia e a alocação de riscos realizadas pelas partes; b) não comprovação do desequilíbrio financeiro do locatário; c) a realização de ações por parte do locador que atenuaram os prejuízos; d) que a pandemia teve efeitos negativos sob ambas as partes, não podendo o contrato ser alterado para trazer benefícios a apenas uma delas. As poucas ações julgadas procedentes no referido período, determinaram a troca pelo IPCA ou estabeleceram outro percentual de reajuste, se fundamentaram em comprovada queda de faturamento pelo locatário, o alto descolamento do índice em referência ao IPCA e mitigar os prejuízos do locatário. Tomando por parâmetro o mesmo tribunal, quanto as decisões em sede de recurso de apelação, não é possível ainda indicar qual a tendência jurisprudencial, dado que existem decisões em ambos sentidos:

Locação. Ação de despejo com pedido cumulado de cobrança. Substituição do índice contratual de reajuste do aluguel (IGP-M) pelo agora indicado pela devedora (IPCA). Evocação da pandemia por COVID-19. Descabimento. Índice indicado no contrato que não era desautorizado pelo direito positivo e adveio da vontade das partes, tendo elas com isso tomado para si o risco de no futuro outro índice vir a se mostrar mais benéfico ou, ao contrário, desvantajoso. Devedora que, ademais, nem indica o relevante desequilíbrio contratual que haveria com a aplicação do índice eleito. Recurso não provido. (TJSP, 2021 a, on-line)

APELAÇÃO – AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL – RECURSO DA AUTORA – LOCAÇÃO COMERCIAL – REVISÃO DO ALUGUEL – FLEXIBILIZAÇÃO DA

EXIGÊNCIA DE TRÊS ANOS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO – PANDEMIA – TEORIA DA IMPREVISÃO – DESCABIMENTO – PROVAS DEMONSTRANDO A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA – SUBSTITUIÇÃO DO IGP-M – CABIMENTO – ÍNDICE DESPROPORCIONAL NA CONJUNTURA ATUAL 1 – Deve ser flexibilizado o requisito de três anos de contrato exigido para a propositura da ação revisional de aluguel (Lei n. 8.245/91, art. 19), considerando o contexto extraordinário de pandemia. 2 - O pedido de redução de aluguel não é mera consequência lógica da pandemia, dependendo de prova da asfixia financeira e da alteração do sinalagma contratual genético (CC, art. 317). Provas demonstrando a capacidade da empresa, que já ostenta faturamento próximo ao do período pré-crise. 3 – Abusividade conjuntural do índice IGP-M como reajuste de contratos locativos, uma vez que seus fatores econômicos se mostram totalmente dissociados do escopo de mera recomposição do poder aquisitivo, alcançando feição próxima da especulação cambial. Substituição para o IPCA, índice mais adequado racionalmente aos propósitos do reajuste. Precedente. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP, 2021b, on-line)

Em uma tentativa de unificar as decisões, o Partido Social Democrático (PSD) ingressou com a ADPF n. ° 869, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), buscando que se estabeleça para todos os contratos de locação o reajuste baseado no IPCA em substituição ao IGP-M e ao IGP-DI, e de forma subsidiária, a referida substituição apenas durante o período de pandemia, declarando a inconstitucionalidade das decisões judiciais que determinarem de forma diversa.

A ação sustenta que as decisões proferidas pelos tribunais de justiça mantendo o IGP-M como índice de reajuste do contrato, no valor acumulado em que se encontra, afronta dentre outros preceitos fundamentais a função social da empresa, a medida em que “os

interesses do titular da propriedade imobiliária não podem prevalecer unilateralmente sobre a continuidade das atividades empresariais que abriga” e da livre concorrência, a medida em que aqueles que obtiverem a troca do índice de reajuste terão maior vantagem sobre aqueles que tiveram seus contratos mantidos (STF, 2021, on-line).

O argumento principal que a ação justifica a inadequação do IGP-M é sua maior sensibilidade à taxa de câmbio e custos relacionados a produção agrícola, o que economicamente não se correlaciona com o mercado imobiliário. Apresenta como comparativo para deferimento da medida, a decisão da própria Corte que julgou inconstitucional a TR “por considerar que o índice não recompunha as perdas inflacionárias e determinou a utilização do IPCA em substituição, por efetivamente refletir a inflação” (STF, 2021, on-line).

A ADPF 869/DF foi julgada pelo Ministro Alexandre de Moraes, que negou seguimento a referida ação. A decisão, que ainda é passível de recurso, estabeleceu que a substituição do IGP-M pelo IPCA pode ocorrer pelas vias recursais adequadas, não sendo cabível a ADPF enquanto não esgotadas as demais possibilidades, em respeito ao princípio da subsidiariedade.

Ao lado das tentativas judiciais, também ocorre a atuação legislativa com o mesmo intuito. Com o objetivo direto de substituição do IGP-M pelo IPCA, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 1026/2021, de autoria do Deputado Vinícius de Carvalho, tem o objetivo de revogar o art. 17 da Lei n.º 8.245/1991, que estabelece a liberdade das partes em estabelecer o índice de reajuste e incluir o parágrafo único do art. 18 do mesmo diploma legal com o seguinte teor:

Parágrafo único. O índice de reajuste previsto nos contratos de locação residencial e comercial não poderá ser superior ao índice oficial de inflação do País medido pelo IPCA (Índice de Preço ao Consumidor Amplo), ou outro que venha substituí-lo em caso de sua extinção. É permitida a cobrança de valor acima do índice convencionado, desde que

com anuência do locatário.”(CONGRESSO NACIONAL, 2021, p. 1)

Se aprovado, a nova redação obrigaria que os índices de reajustes fixados em contrato fossem iguais ou menores que o IPCA. A possibilidade de reajuste em índice superior ao IPCA dependeria de anuência do locatário, entendendo que esta anuência deve ocorrer a cada novo reajuste, não podendo ser pactuada em contrato.

Em que pese os argumentos apresentados na ADPF n.º 869 e a possibilidade legislativa de alteração dos índices, é temeroso os efeitos de eventual procedência da ação ou criação da já citada lei. As alterações pretendidas acarretarão a desconsideração de todas as premissas relacionadas a negociação de contratos e a excepcionalidade de suas revisões, contidas nos art. 113, art. 421 e art. 421-A todos do Código Civil, principalmente a alocação de riscos das partes. Neste contexto, é pertinente o enunciado 439 da V Jornada de Direito Civil: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato”. (CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA, 2021).

Realizar uma intervenção geral e indiscriminada em todos os contratos de locação comercial, conforme pretendido na ADPF 869 e no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 1026/2021, podem trazer efeitos prejudiciais ao próprio mercado imobiliário. Pondera neste sentido, o parecer da Subsecretaria de Política Macroeconômica do Ministério da Economia, apresentado pela Advocacia Geral ao STF no bojo da ADPF 869, alertando que a troca compulsória do IGP-M pelo IPCA pode ter como consequências insegurança jurídica, aumento de juros e quebras de contratos, trazendo maiores danos à economia (STF, 2021, on-line).

Não é possível admitir de forma genérica que todos os contratos de locação cujo índice de reajuste é o IGP-M têm a presença da onerosidade excessiva e da extrema vantagem ao locador. Tais

aspectos devem ser verificados em cada caso, sob pena da intervenção judicial ser o fator de desequilíbrio do contrato. Observa-se a ação revisional de contrato movida por Sherwinwilliams do Brasil Indústria e Comércio Ltda, empresa multinacional fabricante de materiais para pintura, em que se requeria a substituição do IGP-M como índice de reajuste do contrato de locação de sua planta fabril. O pedido foi julgado improcedente, pois a requerente não sofreu prejuízos durante a pandemia, mas sim um aumento de 9% em suas receitas. Também restou configurado seu poder de negociação, ao obter descontos e carências nos primeiros cinco anos de contrato e, ponderou-se que o IGP-M, por ter em sua base de cálculo a construção civil, se relaciona com as atividades desenvolvidas pela autora, não sendo sua aplicação configurada desequilíbrio contratual. (TJSP, 2021c, on-line).

Outro ponto que deve ser ponderado sobre a substituição genérica e compulsória do IGP-M pelo IPCA é que a decisão se basearia na situação atual dos índices, mas nada impede que no futuro o IPCA tenha maior valor que IGP-M, conforme já ocorreu no passado, suscitando novas discussões e pedidos de intervenção sobre o índice.

As primeiras decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a substituição IGP-M pelo IPCA nos contratos de locação comercial em razão da pandemia demonstram uma tendência na manutenção dos termos pactuados pelas partes. As bases para a referida manutenção são a ausência de demonstração de danos e o respeito a alocação de riscos das partes. Destaca-se os trechos da decisão do ARES 2144767, de Relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti:

[...] entender que o Poder judiciário poderia intervir na relação econômica das partes e modificar o índice de correção livremente pactuado por elas seria o mesmo que ferir o princípio basilar da Lei de Liberdade Econômica que consagra a segurança jurídica nas relações privadas. Com isso, não se pode alterar um índice que reflete a inflação em um contrato de longo prazo – como é o caso em questão – simplesmente

porque em um determinado ano, referido índice foi supostamente desfavorável a uma das partes.

Assim, os instrumentos processuais ou projetos de lei que buscam estabelecer soluções genéricas para o índice de reajuste dos contratos de locação, podem além de desequilibrá-los, por desconsiderar as suas circunstâncias individuais, trazer maior insegurança jurídica. Efeito reflexos de eventuais da adoção das citadas medidas genéricas seriam os danos à economia, já que os negócios imobiliários poderão se sujeitar a maiores custos, juros e condições mais difíceis de pactuação em razão da ausência de livre pactuação dos índices de reajuste.

5. CONCLUSÃO

O IGP-M alcançou seu maior valor acumulado durante a pandemia por COVID-19. Por se tratar do índice mais utilizado para reajuste dos contratos de locação, é questionada sua aplicação neste período, em que ocorreram restrições às atividades comerciais.

É possível requerer a revisão judicial do contrato para substituição do referido índice, desde que presentes no caso concreto os elementos que caracterizem o desequilíbrio contratual, previstos nos art. 317 e art. 478 e seguintes, ambos do Código Civil, ou a hipótese prevista no art. 19 da Lei de Locação. Não é possível alegar apenas a pandemia de forma genérica ou o atual percentual do IGP-M para justificar a revisão judicial, deve-se demonstrar a onerosidade excessiva (art. 317 e art. 478), a extrema vantagem ao locador (art. 478) ou a alteração do preço de mercado (art. 19 da Lei de Locação).

A jurisprudência pré-pandemia do Superior Tribunal de Justiça era pacífica no sentido de que a inflação não é fator imprevisível para fomentar a revisão judicial dos contratos. As primeiras decisões relacionadas à substituição do IGP-M pelo IPCA, demonstram a intenção do referido tribunal em prestigiar os termos dos contratos estabelecidos pelas partes. Também infere-se das manifestações sobre

o tema, que o STJ exigirá a efetiva demonstração do dano sofrido para que seja avaliada a possível intervenção judicial.

Existem, atualmente, tentativas de compulsoriamente substituir o IGP-M pelo IPCA, como índice de reajuste de todos os contratos de locação. Pode-se citar como exemplos destas tentativas a ADPF 869, cuja a decisão do Ministro Alexandre de Moraes por seu não seguimento ainda é passível de recurso e o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 1026/2021. Contudo, se realizada a intervenção proposta, de forma genérica e compulsória, pode-se trazer insegurança jurídica e efeitos econômicos ao segmento de locação imobiliária, tais como aumento de custos, juros e maiores dificuldades de negociação.

Conclui-se que a substituição do IGP-M por outro índice de reajuste a ser aplicado nos contratos de locação, por meio da revisão judicial, deve ser analisada em cada caso concreto, considerando a sofisticação das partes, a alocação de riscos e comprovação dos requisitos de desequilíbrio contratual.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é inflação?**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/oqueinflacao>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n.º 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n.º 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 01 ago. 2021.

CONGRESSO NACIONAL. **Projeto de Lei n.º 1.026/2020**. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0qdcz5jp0v7451ehj0lsgwx8vz16843173.node0?codteor=1979535&filename=PL+1026/2021>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n.º 439. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/344>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

FGV. **IGP-M: RESULTADOS 2021**. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/igp-m-resultados-2021>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

FGV DADOS. **Série Histórica IGP-M Mensal**. Disponível em: <<http://www14.fgv.br/fgvdados20/visualizaconsulta.aspx>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios jurídicos II: Alteração do art. 113 do Código Civil: Art. 7º. *In*: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz (org.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 363-394.

FORTINI, Cristiana. **Contratos de prestação continuada na nova Lei de Licitações e Contratos**. 08 abril. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/interesse-publico-contratos-prestacao-continuada-lei-licitacoes>>. Acesso em 04 ago. 2021.

IBGE. **INDICADORES IBGE - Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor IPCA e INPC**. Abril de 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/236/inpc_ipca_2021_abr.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021a.

IBGE. **IPCA – Séries Históricas**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplio.html?=&t=series-historicas>>. Acesso em: 01 ago. 2021b.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukaschek; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A DO Código Civil: Art. 7º. *In*: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto;

RODRIGUES JR., Otávio Luiz (org.). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 309-326.

NALIN, Carolina. **Como o IGP-M “jabuticaba” brasileira se tornou um fardo para inquilinos e empresas**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/como-igp-jabuticaba-brasileira-heranca-da-hiperinflacao-virou-um-fardo-para-inquilinos-empresas-24990862>> . Acesso em: 01 ago. 2021

PEREIRA, Fábio Queiroz. **Os instrumentos de revisão contratual do Código Civil brasileiro e seu uso no contexto da pandemia de coronavírus**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 25, p. 381-398, jul./set. 2020.

SAMPAIO JR. Rodolpho. **O direito dos contratos em tempos de crise**. 15 mai. 2020. Disponível em: <https://www.iamg.org.br/Noticias/Materia/90/Artigo_-_O_direito_dos_contratos_em_tempos_de_crise>. Acesso em 01 ago. 2021.

SARINGUER, Giuliana. **Com a pandemia preço de aluguéis de salas comerciais voltam ao menor patamar da história**. 18 abri. 2021. Disponível em: < <https://6minutos.uol.com.br/economia/com-pandemia-preco-do-aluguel-de-salas-comerciais-volta-para-o-menor-patamar-da-historia/>> Acesso em: 01 ago. 2021

STF. AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 869 - NÚMERO ÚNICO: 0058177-33.2021.1.00.0000. Relator: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES. Protocolado em: 20 jul. 2021. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6223861>>. Acesso em 15 ago. 2021.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 744.446 – DF 2005/0066286-7. Relator: MINISTRO HUMBERTO MARTINS. DJe: 05/05/2008. 2016. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/>>

mediado/?componente=ATC&sequencial=3891304&num_registro=200500662867&data=20080505&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 15 ago. 2021

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.535.727 – RS 2015/0130632-3. Relator: MINISTRO MARCO BUZZI. DJe: 20/06/2016. 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60967866&num_registro=201501306323&data=20160620&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 15 ago. 2021

STJ. RECURSO ESPECIAL: AREsp 2144767 – SP (2022/0171215-9). Relatora: MINISTRO MARIA ISABEL GALLOTTI. DJe: 08/09/2022. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=162716402&num_registro=202201712159&data=20220908&tipo=0 Acesso em: 01 out. 2022

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL 1005135-45.2020.8.26.0011; RELATOR (A): ARANTES THEODORO; DJe: 22/05/2021. 2021a. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=4D28B-C1AD7695ECBE71C822F45EBA4B5.cjsg1>> Acesso em: 15 ago. 2021

TJSP; APELAÇÃO CÍVEL 1023541-07.2020.8.26.0564; RELATOR (A): MARIA LÚCIA PIZZOTTI; DJe: 02/06/2021. 2021b. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 15 ago. 2021

TJSP. SENTENÇA: Processo Digital n.º 1123032-21.2020.8.26.0100. JUÍZA TAMARA HOCHEGREB MATOS. DJe: 23/03/2021. 2021c. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=2S001CO390000&cdForo=100&cdDoc=86888563&cdServico=800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5JM&ticket=u6wyX3vUGJRpEfQlBeEv3so7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZb-NOKN4F0xYudKlvYxpETonjZaedjGK6pf1ZIJElur%2Bk8m8uHYKEq9v->

nBjqSA7flGRkiQ6YRolbKx32UfUDOhZ3yiACdK2lj0Hk3LCIm4FhG-
JYh02mKvzeHq0hpJY5%2BK7c%2F3ZYBZBcWKff%2Fa1DBMNTp-
35JHgk02YP7OmA%3D%3D> Acesso em: 15 ago. 2021

REVISÃO CONTRATUAL EM TEMPOS DE COVID-19: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

CONTRACT REVIEW IN TIMES OF COVID-19:
AN ANALYSIS BASED ON THE LAW OF ECONOMIC FREEDOM

Clarissa Nepomuceno
Marina Soares Simizo Benedicto

Resumo: A Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019 - foi promulgada em setembro de 2019 com o objetivo de fomentar os negócios no Brasil. Todavia, seis meses após o início da sua vigência, foi reconhecida a pandemia de Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde, causando grandes impactos para as relações empresariais. Como forma de propiciar um ambiente favorável ao desenvolvimento dos negócios e tentar reduzir os impactos da pandemia na economia brasileira, o Governo Federal editou uma série de medidas excepcionais que autorizam a revisão e renegociação dos contratos celebrados em momento anterior. Assim, considerando que o cenário de pandemia já ultrapassa um ano, o presente artigo busca analisar a revisão de contratos como medida circunstancial e atípica em tempos de calamidade à luz da Lei de Liberdade Econômica. A metodologia utilizada para tanto foi o método dedutivo, realizando-se o exame de normas, doutrinas e jurisprudência, assim como foi utilizada a *pesquisa bibliográfica*, constituída de livros e artigos científicos e a *pesquisa documental*. Ao final, concluiu-se que somente se mostra possível a discussão da revisão ou resolução contratual em virtude da pandemia de Covid-19 se, à época do início da pandemia, o contrato a ser discutido estava em dia, bem como se as obrigações não se tornaram apenas mais onerosas, e sim impossíveis de cumprir, a fim de se promover uma vedação ao oportunismo e evitar que a pandemia funcione como causa automática de desequilíbrio para toda e qualquer avença.

Palavras-chave: Lei da Liberdade Econômica. Revisão Contratual. Covid-19.

ABSTRACT: The Economic Freedom Act – nº 13.874/2019 - was enacted in September of 2019 with the objective of promoting business in Brazil. However, six months after its implementation, the Covid-19 pandemic was recognized by the World Health Organization, causing great impacts on business relations. In order to provide a better environment for business development and try to reduce the impacts of the pandemic on the Brazilian economy, the Federal Government issued a series of exceptional measures that authorize the review and renegotiation of contracts signed at a previous time. Thus, considering that the pandemic scenario is already over a year old, this article seeks to analyze contract review as a circumstantial and atypical measure in times of calamity based on the Economic Freedom Act. The methodology used for this was the deductive method, with the examination of norms, doctrines and jurisprudence, as well as bibliographical research, consisting of books and scientific articles, and documentary research. In the end, it was concluded that it is only possible to discuss contract review or contract resolution due to the Covid-19 pandemic if, at the time of the beginning of the pandemic, the contract to be discussed was up to date, as well as if the obligations have not become just more onerous, but impossible to comply with, in order to promote a barrier to opportunism and prevent the pandemic from acting as an automatic cause of imbalance for any and all agreements.

Keywords: Economic Freedom Act. Contract Review. Covid-19.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a Lei de Liberdade Econômica, com suas alterações que restringiram a atuação do Estado sobre atividades econômicas, e a revisão contratual em razão da Pandemia de Covid-19, com vistas a encontrar o limite para tanto.

O que se pretende no presente artigo, por meio do exame da Lei 13.847/2019 e da revisão contratual motivada pela Pandemia de Covid-19, é verificar se somente é possível a discussão da revisão ou resolução contratual nos casos em que, à época do início da pandemia, o contrato a ser discutido estava em dia, bem como se as obrigações não se tornaram apenas mais onerosas, e sim impossíveis de se cumprir, a fim de se promover uma vedação ao oportunismo e evitar que a pandemia funcione como causa automática de desequilíbrio para toda e qualquer avença.

Com efeito, em que pese ter sido publicada a Lei da Liberdade Econômica, com vistas a facilitar a atividade negocial no Brasil e garantir a segurança jurídica, foi reconhecida a pandemia de Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde, afetando todos os setores da sociedade, inclusive as relações empresariais. Assim, o presente estudo se justifica na medida em que o cenário de pandemia já ultrapassa um ano e a revisão de contratos, como medida circunstancial e atípica, não pode mais ser encarada como imediatamente aplicável em tempos de Covid-19.

Para tanto, foram adotadas a Lei de Liberdade Econômica e o Código Civil como referencial teórico e foi utilizado o método dedutivo de pesquisa e de raciocínio como metodologia na exploração deste artigo, realizando-se um estudo na vertente jurídico-dogmática, com reflexão sobre normas e ensinamentos doutrinários aplicáveis ao tema, buscando uma melhor compreensão do problema e uma solução eficaz para a questão.

1. O CONTEXTO DA PROMULGAÇÃO DA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS PRINCIPAIS IMPACTOS NO DIREITO PRIVADO

A Lei da Liberdade Econômica foi aprovada em setembro de 2019, com o principal objetivo de desburocratizar e simplificar processos para empresas e empreendedores, com a flexibilização de leis trabalhistas e separação dos patrimônios dos sócios de empresas

das dívidas da pessoa jurídica, além de proibir que bens de um mesmo grupo empresarial sejam usados para quitar débitos de uma das empresas. A Lei instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado e estabelece parâmetros para a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

O advento da Lei da Liberdade Econômica implicou na alteração de diversos artigos do Código Civil, especialmente os relativos aos contratos. Tais alterações promoveram o surgimento de um novo regime jurídico contratual bastante diverso do que até existia (BUNAZAR, 2019, p.1.555).

Uma das importantes alterações do Código Civil refere-se à forma de interpretação dos negócios jurídicos, conforme observa-se no artigo 113 do referido diploma legal (BRASIL, 2002), a saber:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações

disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Importante destacar que as mudanças introduzidas pela Lei 13.847/19 no artigo 113 do Código Civil deram mais liberdade às partes, permitindo a elas determinar a interpretação do negócio jurídico sem referência aos usos do local da celebração, ou que os usos a serem considerados sejam os praticados em praça diversa daquela em que ocorreu a celebração da avença (BUNAZAR, 2019, p.1.557).

Assim, verifica-se que o parágrafo 1º do art. 113 do Código Civil deve ser aplicado subsidiariamente nos casos em que partes não estipularem regras específicas de interpretação (BUNAZAR, 2019, p.1.558).

Outra significativa alteração no Código Civil brasileiro foi a do artigo 421. Nesse sentido, explica Maurício Bunazar (BUNAZAR, 2019, p.1.561) que:

Realmente, a liberdade de contratar é corolário da autonomia privada, não da função social; a função social funciona como controle do conteúdo do contrato, por isso a adequação do texto ao fazer menção à limite à liberdade contratual, e não mais à liberdade de contratar.

O parágrafo único do artigo 421 reforça a mais fundamental característica do contrato: sua obrigatoriedade. Desde que se constate que a intervenção heterônoma na relação jurídica contratual significa afastar, ainda que parcialmente, o produto da autonomia privada, convém assentar

que isso só deverá ocorrer quando graves razões o exigirem.

O artigo 421-A, por sua vez, trouxe mais uma relevante mudança. Sobre o tema, elucida Maurício Bunazar (BUNAZAR, 2019, p.1.562):

Ao reconhecer expressamente que as partes têm o direito de estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos pressupostos de revisão e de resolução do negócio jurídico, o inciso I do artigo 421-A fornece importante instrumento de alocação e, conseqüente, redução de riscos.

Quando cabe a um terceiro a prerrogativa de concretizar expressões como excessivamente onerosa e acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, é praticamente impossível às partes qualquer previsibilidade do que será ou não considerado como tal no caso concreto. A indeterminação dos conceitos não raras vezes possibilita, e talvez até mesmo estimule, demandas que a pretexto de pretenderem a revisão ou resolução de um contrato veiculam o exercício de um inexistente direito potestativo de arrependimento.

Para evitar os inconvenientes da indeterminação legal, nada mais eficiente do que deixar às partes a gestão dos próprios interesses; se não o fizerem ou optarem por não o fazer, submeter-se-ão ao disposto na lei.

As partes poderão, por exemplo, estabelecer que variações de valores inferiores a certo montante não caracterizarão onerosidade excessiva; que certos e determinados eventos não serão considerados extraordinários; ou, ainda, padrões objetivos para que eventual a oferta de modificação possa ser considerada equitativa etc.

Não obstante, tendo em vista que a resolução e revisão contratuais em virtude de onerosidade excessiva e imprevisão não podem ser afastadas pelas partes, cabe ao judiciário ou à arbitragem determinarem a se os parâmetros fixados pelos contratantes para a interpretação são válidos (BUNAZAR, 2019, p.1.563).

2. ONEROSIDADE EXCESSIVA E TEORIA DA IMPREVISÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer que o princípio da obrigatoriedade, também conhecido como *pacta sunt servanda*, implica na exigência de cumprimento das obrigações avençadas nos contratos. Porém, tal princípio é relativizado pelo Código Civil pátrio, ao adotar a cláusula *rebus sic stantibus* (RIZZADO, 2021, p.140).

Dessa maneira, no momento da contratação são consideradas as condições fáticas já existentes e as futuras, de modo que o contrato deve ser cumprido enquanto as condições fáticas não forem alteradas.

Em caso de modificação das condições fáticas após a celebração do contrato, a parte lesada tem o direito à revisão contratual, a fim de que se retome equilíbrio da relação.

Nesse sentido, dispõe o art. 317 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art . 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Para que isso possa ocorrer, é necessário que o contrato em questão seja de execução diferida ou de trato continuado (RIZZADO, 2021, p.140). Ainda, é necessário que haja uma mudança no cenário econômico capaz de gerar excessiva onerosidade para uma das partes e um enorme benefício para a outra (RIZZADO, 2021, p.140).

É preciso também demonstrar a ocorrência de fato imprevisível que alterou o equilíbrio contratual, ou seja, aquele fato que não é inerente aos riscos que se pode esperar da contratação (RIZZADO, 2021, p.140).

Dispõem nessa toada os artigos do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Assim, verifica-se que a cláusula *rebus sic stantibus* está implícita nos contratos, determinando a obrigatoriedade de cumprimento deles até que seja demonstrado o desequilíbrio do pactuado em virtude de fato superveniente e imprevisível.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PRIVADO - BOA-FÉ, BOM SENSO E SOLIDARIEDADE – COMO LIMITES PARA A REVISÃO CONTRATUAL EM VIRTUDE DA PANDEMIA DE COVID-19

Conforme anteriormente exposto, em 2019 foi publicada a Lei da Liberdade Econômica a fim de possibilitar o fomento da atividade negocial no Brasil, sempre garantida a segurança jurídica. afetando todos os setores da sociedade, inclusive as relações empresariais

No ano seguinte à publicação da referida Lei, iniciou-se a **pandemia** causada pelo **coronavírus**, o que provocou grande enfraquecimento na **economia mundial devido à interrupção das**

relações comerciais, trazendo a necessidade de revisão na execução dos mais variados tipos de contratos.

Não obstante, a pandemia não implica de forma automática na impossibilidade de cumprimento dos contratos. Isto porque, “acima das situações de imprevisões, regem-se os contratos pela **boa-fé objetiva**. Isto é, os pactuantes devem bom senso e hombridade para execução e cumprimento dos contratos a fim de que possam alcançar sua finalidade” (WDIAS ADVOGADOS, 2020).

Inicialmente, cumpre esclarecer que a boa-fé se subdivide em subjetiva, aquela ligada à intenção do sujeito que, *in casu*, age sem malícia, desconhecendo a violação que comete; e em objetiva, aquela relativa ao dever de colaboração mútua entre as partes do contrato, buscando-se uma atuação, solidária, ética e leal entre elas (FRAGA et al., 2020, p.27).

De acordo com Patrícia Fernandes Fraga, Fabiana Hundertmarck Leal, Eduardo Augusto de Souza Massarutti, Karina Carvalho Bernardes e Eduardo Kucker Zaffari (FRAGA et al., 2020, p.28):

A boa-fé objetiva é considerada uma cláusula geral, legislativamente hábil para permitir o ingresso de princípios de natureza em regra constitucionais, de padrões ou standards, de máximas de conduta, de modelos de comportamento no ordenamento das relações privadas, facilitando a sua aplicação no ordenamento jurídico. Essa cláusula geral impõe às partes a observância de deveres laterais ou anexos durante todo o processo obrigacional, desde a fase das tratativas até após a conclusão do contrato. Esses deveres anexos, secundários, laterais ou de proteção encontram-se fora do âmbito da obrigação principal assumida pelas partes (dar, fazer ou não fazer) e dizem respeito aos deveres de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade, sigilo, informação, cooperação, cuidado, segurança, aviso, esclarecimento, etc. Os deveres anexos são impostos

a ambas as partes da relação contratual e balizam a interpretação judicial.

Nesse sentido, art. 113, do Código Civil (BRASIL, 2002), dispõe que:

Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Ainda, determina o art. 422 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Com efeito, verifica-se que a boa-fé, como princípio interpretativo, limitador da autonomia da vontade e balizador da revisão contratual, deve ser entendida como a uma orientação pela busca do sentido moralmente mais recomendável, na observância das circunstâncias fáticas, usos, costumes, contexto e na lei. (FRAGA et al., 2020, p.28 e 29).

Assim, os contratos devem ser analisados segundo o bom senso que se espera das partes envolvidas, como consequência imediata do princípio da boa-fé objetiva, buscando-se soluções intermediárias e razoáveis, movidas pela equidade e pela boa razão (TARTUCE, 2020).

Deve-se, pois, com base na boa-fé, analisar caso a caso para verificar a impossibilidade definitiva da prestação ou a impossibilidade temporária, a frustração do fim do contrato ou a frustração temporária do fim do contrato, o desequilíbrio contratual superveniente, a dificuldade econômica do contratante por fatores externos ao contrato e a ausência de impacto contratual ou sobre a economia do contratante, de modo que os contratantes possam, por meio do reestabelecimento do diálogo e novas negociações, encontrar a solução que melhor os satisfaça (SCHREIBER, 2020, p.437).

Nesse sentido, destaca Anderson Schreiber (SCHREIBER, 2020, p.466):

a imposição de um dever de ingressar em renegociação para fins de readequação do contrato a novas circunstâncias repousa, conforme já destacado, sobre a cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422) que se aplica a toda e qualquer espécie de acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir obrigações. Mais: a boa-fé objetiva tem sido aplicada, por nossas Cortes judiciais, mesmo em relações extracontratuais (relações de Direito Administrativo ou de Direito Processual, por exemplo), constituindo-se em autêntico parâmetro de comportamento leal e confiável nas relações sociais. Pode-se, assim, vislumbrar um dever geral de não impor ao outro

sacrifício desproporcional consubstanciado na propositura de ação judicial com o escopo de veicular pretensão que poderia ter sido apresentada extrajudicialmente, com vantagens para ambas as partes.

A tentativa de obtenção de solução extrajudicial surge, nesse sentido, como uma etapa a ser cumprida obrigatoriamente pelo contratante, em atenção à lealdade e confiança recíprocas que devem reger as relações contratuais de caráter patrimonial ou não. Trata-se de relevante concretização da boa-fé objetiva, que exprime, em última análise, a aplicação do princípio constitucional da solidariedade social, que impõe a todos nós que nos comportemos de forma a levar em consideração não apenas nossos objetivos individuais, mas também o melhor para aqueles que conosco interagem na vida social (Constituição, art. 3º, I). Exprime também uma concretização do princípio da proporcionalidade, na medida em que se trata, em última análise, de não surpreender o outro com a eleição de vias desproporcionais ou extremas – como é a via judicial – sempre que outra via menos sacrificante para todos for possível e capaz de atender, de melhor forma, aos interesses em jogo (não surpresa).

4. AS RELAÇÕES CONTRATUAIS E O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA DIANTE DA PANDEMIA DE COVID-19

A pandemia causada pelo COVID-19 impactou diversas áreas da sociedade, causando uma experiência sem precedentes devido a agilidade, alta transmissibilidade e letalidade do vírus Sars-CoV-2. Para reduzir a propagação do vírus, o Poder Público determinou a adoção de medidas de distanciamento e isolamento social, além de não permitir o funcionamento do comércio não essencial, o que acabou comprometendo a saúde financeira de muitos negócios. No Brasil, a

crise econômica se agravou devido ao debate político e ideológico em torno das medidas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde e o posicionamento do Presidente da República, Jair Bolsonaro, o que acabou interferindo negativamente no preço de matérias-primas e desvalorização do real perante o dólar.

Esse contexto se enquadra nas hipóteses fato extraordinário apto a justificar a revisão contratual nos contratos de execução diferida ou de trato sucessivo, atendendo aos requisitos da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual os contratantes devem cumprir o que foi acordado no contrato, a menos que haja uma alteração das circunstâncias do momento da contratação que impossibilitem ou torne demasiadamente oneroso o seu cumprimento. Como tratado anteriormente, a referida cláusula deu origem à Teoria da Imprevisão, adotada pelo Código Civil.

Para ser utilizada a fim de revisão contratual, é imprescindível que o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato seja de força maior, assim entendida como condição imprevisível no momento da celebração do contrato, de modo a excluir a responsabilidade do devedor na alteração das circunstâncias que tornaram o cumprimento do contrato excessivamente oneroso. De acordo com o artigo 399 do Código Civil, a força maior desobriga o devedor da mora e seus efeitos jurídicos, como multa e juros.

Em “A pandemia do COVID-19 e o oportunismo social”¹, Aguiar ressalta que:

O que se vê atualmente é um movimento extrajudicial massificado de pessoas físicas e jurídicas, buscando a suspensão de pagamentos ou a concessão de descontos em contratos vigentes, pelo motivo puro e simples da existência da pandemia, sem uma prévia comprovação da alteração das condições financeiras.

¹ Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/324884/a-pandemia-do-covid-19-e-o-oportunismo-social>

Inquilinos que continuam em seus trabalhos sem quaisquer restrições pedem aos locadores descontos ou, mais grave ainda, a suspensão dos pagamentos dos aluguéis. Da mesma forma, empresas nada ou pouco impactadas pela covid-19 reivindicam o mesmo aos locadores dos imóveis onde estão sediadas. Pessoas e empresas buscam prestadores de serviços, solicitando descontos ou a suspensão dos pagamentos, em que pese a exigência da continuidade de prestação dos serviços.

Em suma, são inúmeros os exemplos de pessoas físicas e jurídicas que, valendo-se da presença do vírus, se aproveitam do caos instalado para obterem vantagens contratuais, mesmo sem qualquer alteração em suas condições financeiras.

O oportunismo é a utilização de assimetria informacional de forma autointeressada e maliciosa, o que inclui lesão, dolo e até a manipulação e distorção de informações, com o objetivo de obter vantagem a partir da ausência de boa-fé em relação à outra parte do contrato (WILLIAMSON, 1985, p. 47). Assim, ao imputar a pandemia a impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida em contato, quando a dificuldade não decorre dela, o contratante está agindo de forma oportunista.

O princípio da boa-fé e o da solidariedade que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro impõe união, verdade e solidariedade. Os cidadãos e pessoas jurídicas devem dividir com os contratantes os prejuízos causados pela pandemia, viabilizando o cumprimento dos contratos ainda que em condições diferentes das estabelecidas no momento da celebração do contrato. Todavia, o contexto pandêmico não pode ser interpretado como autorização para o oportunismo contratual, com o reconhecimento automático de que a COVID-19 gerou desequilíbrio e permitiria a revisão de todo e qualquer contrato.

5. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJMG E STJ

O cenário pandêmico, como trazido no tópico anterior, ensejou o ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário para a aplicação da Teoria da Imprevisão de modo a ensejar a revisão contratual. Dentre os principais pontos tratados pelo Judiciário está a caracterização da pandemia como força maior, nos termos do artigo 393 do Código Civil, e o seu enquadramento como fato extraordinário e imprevisível para ensejar a resolução e renegociação dos contratos, a teor dos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil.

Como forma de alcançar o equilíbrio financeiro dos contratos, em caso de locação comercial que situava uma academia, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo em Recurso Especial (AREsp)1896700² decidiu que a situação excepcional autorizada a suspensão do aluguel em 50%, mas que permaneceria a exigibilidade da diferença, que deveria ser paga em dez vezes, sem juros, a partir da reabertura das academias:

A sentença proferida, portanto, está em consonância com o entendimento desta Colenda 33^a Câmara de Direito Privado, devendo ressaltar e repetir que a suspensão de 50% do aluguel não importa na inexigibilidade da diferença, devendo o pagamento da diferença ser realizado de forma parcelada, em dez vezes, sem juros, a partir restabelecimento do Estado de normalidade (reabertura das academias).

O trecho da decisão supracitado demonstra o zelo do Tribunal em preservar a relação negocial garantindo o cumprimento do contrato, ainda que em situações excepcionais. Em sentido semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar o Agravo

² Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/decis-oes/docsp-?livre=CONTRATO+DE+LOCACAO+PA-NDEMIA+REVISAO-&-b=DT-XT&p=false&l=10&i=3&operador=mesm--o&tipo_vis_ualiza-cao=-RESUMO .

de Instrumento 1.0000.21.079259-4/001, decidiu que a Teoria da Imprevisão só enseja a revisão contratual quando comprovado que o impacto da crise sanitária teve um impacto direto na relação, não permitindo o seu cumprimento como estritamente acordado:

Embora o reconhecimento de estado de calamidade em decorrência da pandemia de Covid-19 possa caracterizar evento imprevisível, capaz de impactar as contratações, não cabe a aplicação da teoria da onerosidade excessiva para autorizar eventual revisão contratual quando não se observa implicações no sinalagma da relação, isto é, quando a parte não comprova que as medidas de isolamento social tomadas para a mitigação da disseminação da doença tiveram um impacto direto na contratação discutida ou mesmo em sua condição econômico-financeira.

Nesse mesmo sentido, o acórdão do julgamento do Agravo de Instrumento 1.0000.21.098626-1/001:

É inaplicável a Teoria da Imprevisão, consagrada nos artigos 478 a 480 do CC/2002, quando não verificado concretamente o desequilíbrio das prestações pactuadas. A análise da onerosidade excessiva da obrigação, de que trata a norma, não se confunde com a aferição da capacidade do Devedor de cumprir a obrigação assumida, ou mesmo do esforço exigido para a sua satisfação, devendo manter-se vinculada ao estudo de sua proporcionalidade em face da prestação que lhe é contraposta. Verificando-se que o cenário de pandemia e a crise econômica por ele desencadeada afetam ambas as partes contratantes, não há que se falar em desequilíbrio contratual, sendo vedada a alteração do quanto pactuado pelas partes em pleno exercício de sua autonomia privada.

E, também, no Agravo de Instrumento 1.0000.21.018707-6/001:

Consoante o disposto no art. 300, do CPC/2015, “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.
- Em lição voltada para a revisão contratual, Flávio Tartuce ensina que a parte que invoca a pandemia como forma de relativizar as suas obrigações tem o ônus de “abrir as contas”, demonstrando especificamente os problemas econômicos existentes em seus negócios, causados pela grave crise (...). Não basta, assim, alegar apenas o surgimento da Covid-19” (in “Manual de Direito Civil”, 11^a Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021).
- Somente se reforma a decisão concessiva ou não da liminar, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos.

Ante a tais julgados, é perceptível a tendência dos tribunais de coibir o comportamento oportunista evitando que a crise sanitário-econômica causada pelo COVID-19 seja utilizada como força maior para ensejar a revisão contratual em toda e qualquer relação jurídica. A boa-fé, a solidariedade e a segurança jurídica autorizam a renegociação das cláusulas, desde que comprovados os prejuízos como consequência do estado de calamidade causado pela pandemia.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os limites da aplicação da cláusula rebus sic stantibus nos contratos para ensejar a sua revisão baseada na crise econômico-financeira causada pela crise sanitária em decorrência da pandemia do novo coronavírus.

Para tanto, foi abordada a Lei de Liberdade Econômica, em vigência desde setembro de 2019, e as alterações por ela realizadas no regime jurídico dos contratos. De um lado, a lei desburocratizou

as atividades relacionadas ao exercício das atividades empresariais, flexibilizou obrigações trabalhistas e reforçou a questão da separação do patrimônio e das dívidas da pessoa jurídica em relação aos seus sócios. De outro lado, reforçou a necessidade de observância ao pactuado nos contratos e a necessária observância à boa-fé, buscando promover a segurança jurídica.

Depois, foi tratado o *pacta sunt servanda* como princípio fundamental em matéria de contratos, e a necessidade de cumprimento da obrigação tal como avençada. Exceção à regra ocorre nos contratos de trato sucessivo ou prestação continuada quando causas alheias à vontade das partes impossibilitam o seu cumprimento, justificada na Teoria da Imprevisão. Também, foram abordados os deveres de probidade e boa-fé que norteiam o ordenamento jurídico-privado brasileiro.

Isso porque a pandemia causada pelo COVID-19 impactou diversas áreas da sociedade, comprometendo a saúde financeira de muitos negócios em decorrência das medidas de isolamento e proibição do funcionamento do comércio não essencial durante meses, em 2020 e 2021, sendo caracterizada como força maior apta a ensejar a revisão dos contratos cujo cumprimento como acordado se tornou excessivamente oneroso. Contudo, a sua notoriedade não autoriza a revisão de todo e qualquer contrato, sendo necessária a comprovação do prejuízo por ela causado para autorizar a aplicação da Teoria da Imprevisão, sendo vedado o comportamento oportunista nas relações contratuais.

Mediante a análise de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que a jurisprudência tem sido firme no sentido de desestimular o descumprimento dos contratos, reforçando a ideia do *pacta sunt servanda* e da necessária observância aos deveres de probidade e boa-fé. Isso porque a segurança jurídica necessária para o ambiente dos negócios requer que a autonomia da vontade seja preservada, com a preservação dos contratos tal como estabelecidos. Com a vigência da Lei de Liberdade Econômica e seus efeitos sobre os contratos, é

recomendado que se analise o comportamento das partes desde o momento da celebração do contrato e o adimplemento das prestações pactuadas até o advento da pandemia para fundamentar a revisão das relações jurídicas, e evitar o comportamento oportunista nas relações contratuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Lopez Rodrigues. **A pandemia do COVID-19 e o oportunismo social**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/324884/a-pandemia-do-covid-19-e-o-oportunismo-social>

BEGNIS, Heron Sérgio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROZO, Eugênio Avila. **Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil**. Disponível em <https://www.scielo.br/j/gp/a/4TC448TzP4ZB-JXjh66LDZmg/?format=pdf&lang=pt> .

BUNAZAR, **A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum**. Lisboa. Ano 5, nº 6, p. 1549-1566, 2019. Disponível em: < REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, ANO 5 (2019), N.º 6 (cidp.pt)>. Acesso em: 09 de maio de 2021;

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de Outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2021;

BRASIL, **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <L10406compilada (planalto.gov.br)>. Acesso em: 21 de julho de 2021;

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 16 de Março de 2015. Disponível em: <L13105 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 21 de julho de 2021;

FRAGA, Patrícia Fernandes. **Direito Civil III: Teoria Geral dos Contratos**. Porto Alegre: SAGAH, 2018;

NETO, Nelson Zunino. **Rebus sic stantibus: teoria da imprevisão na pandemia**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349459/rebus-sic-stantibus-teoria-da-imprevisao-na-pandemia> .

RIZZADO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo em Recurso Especial (AREsp) 1897000/PR. Brasília, 2020. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202101659875&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

TARTUCE, Flávio. **O Coronavírus e os Contratos: Extinção, revisão e conservação, Boa-fé, Bom Senso e Solidariedade**. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <O Coronavírus e os Contratos: Extinção, revisão e conservação, Boa-fé, Bom Senso e Solidariedade (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 21 de julho de 2021;

TREVISAN, Marco Antonio; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **O oportunismo contratual e os mecanismos jurídicos de governança sob a perspectiva de Law & Economics e de suas novas questões teóricas**. 2015. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.21.079259-4/001**. Belo Horizonte, 2021. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=75&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=revisao%20contratual%20pandemia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> .

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.21.098626-1/001**. Belo Horizonte, 2021. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=75&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=revisao%20contratual%20pandemia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.21.018707-6/0001**. Belo Horizonte, 2021. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=75&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=revisao%20contratual%20pandemia&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>.

WDIAS ADVOGADOS. **Cumprimento dos Contratos Diante do Estado de Calamidade – COVID-19**. Jusbrasil, 2020. Disponível em: < Cumprimento dos Contratos Diante do Estado de Calamidade – COVID-19 (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 21 de julho de 2021.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press, 1985, p. 47.

O TELETRABALHO E A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

*THE REMOTE WORK AND THE NEW CORONAVIRUS PANDEMIC:
CONSIDERATIONS ABOUT LIMITATION OF WORKING DAY*

Lorena Alvarenga Costa¹

Natália Meireles Borges²

Resumo

A pandemia do novo coronavírus afetou de maneira significativa o instituto do teletrabalho, especialmente em razão das Medidas Provisórias nº 927/2020 e 1.046/2021, que flexibilizaram as regras para a sua adoção e, como consequência, potencializaram a utilização do trabalho remoto no país. Diante dessa nova realidade e em virtude das particularidades desta modalidade de trabalho, à qual não se aplicam, em regra, as normas celetistas atinentes à duração do trabalho, este artigo visa responder as seguintes perguntas-problema: todos os empregados em regime de teletrabalho durante a pandemia de Covid-19 serão excluídos da incidência das regras atinentes à duração do trabalho, em razão da mera literalidade do art. 62, III, da CLT? Ainda que enquadrados no art. 62, III, da CLT, deve haver a limitação de jornada, à luz do direito à desconexão? Utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e legislativa e, como principal referencial teórico, o conceito de direito à desconexão, de Jorge Luiz Souto Maior.

1 Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada. E-mail: lorena.alvarenga@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Bacharela em Direito pela Faculdade Milton Campos. Advogada. E-mail: nataliameirelesborges@gmail.com.

Palavras-chave: Teletrabalho, Pandemia, Covid-19, Jornada de Trabalho, Proteção, Direito à Desconexão.

Abstract/Resumen/Résumé

The new coronavirus pandemic significantly affected the remote work institute, especially due to Provisional Measures n° 927/2020 and 1.046/2021, which relaxed the rules to its adoption and, as a result, increased the use of remote work in the country. Given this new reality and because of the particularities of this type of work, this article aims to respond to the following questions: will all teleworking employees during the Covid-19 pandemic be excluded from the incidence of the rules relating to working hours, due to the mere literalness of article n. 62, III, of the CLT? Even if framed in article n. 62, III, of the CLT, should there be a working day limitation, considering the right to disconnect? The hypothetical-deductive method was used, with bibliographic and legislative research techniques and, as the main theoretical framework, the concept of right to disconnect, by Jorge Luiz Souto Maior.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Remote Work, Pandemic, Covid-19, Working Hours, Protection, Right to Disconnect.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do teletrabalho, também conhecido como trabalho remoto, é uma modalidade de trabalho em que o empregado presta serviços, em regra, em seu domicílio ou à distância, fora das dependências do empregador.

As regras do instituto estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (decreto-lei 5.452/1943), que, apesar de garantir a igualdade entre o trabalho realizado de forma presencial e o teletrabalho (artigo 6º), prevê algumas normas específicas para o trabalho à distância.

Nesse sentido, uma das particularidades do instituto cinge-se à jornada de trabalho, uma vez que os empregados em regime de teletrabalho não fazem jus a limitação diária de oito horas de duração

normal do trabalho e, conseqüentemente, ao direito de auferir horas extras excepcionais com remuneração superior à hora normal (artigo 62, III, do decreto-lei 5.452/1943 - CLT).

Conforme será explanado no decorrer deste trabalho, trata-se, na realidade, de uma presunção legal de impossibilidade de controle de jornada, que decorre tanto da dificuldade prática de fiscalização de horários nas hipóteses em que as atividades laborais são realizadas longe das vistas do empregador, quanto do fato de que a maior parte dos empregados em regime de teletrabalho possuem cargos de médio ou alto nível de complexidade, nos quais predomina o trabalho intelectual e especializado, com alto grau de liberdade para escolher os melhores horários para a prestação dos serviços.

Justamente diante das particularidades do teletrabalho, um dos requisitos para sua utilização é que a modalidade conste expressamente no contrato individual de trabalho, de forma inicial ou através de aditivo contratual (artigo 75-C da CLT).

Em 2020, com a pandemia do Covid-19 que assolou o mundo, a Organização Mundial de Saúde recomendou uma série de medidas para impedir a disseminação dos vírus e prevenir a contaminação, sendo a restrição de contato entre as pessoas uma das orientações primordiais.

Diante da situação atípica e urgente, visando auxiliar no enfrentamento da crise na saúde, o governo federal editou duas medidas provisórias (n^{os} 927/2020 e 1.046/2021) flexibilizando algumas regras trabalhistas durante o período pandêmico.

O instituto do teletrabalho foi uma das alternativas previstas expressamente nos atos normativos provisórios, que permitiram a alteração imediata para essa modalidade de trabalho, sem as formalidades de praxe.

Como consequência, diversas empresas migraram, de forma abrupta, seus empregados do regime presencial para o trabalho remoto, potencializando a utilização dessa modalidade de trabalho no país, que foi adotada de maneira generalizada, até mesmo para aqueles empregados que sempre trabalharam presencialmente e que

sempre tiveram sua jornada controlada, inclusive com a anotação de ponto e com a percepção usual de horas extras.

Daí decorre o problema objeto deste artigo: todos os empregados em regime de teletrabalho durante a pandemia de Covid-19 serão excluídos da incidência das regras atinentes à duração do trabalho, em razão da mera literalidade do art. 62, III, da CLT? Ainda que enquadrados no art. 62, III, da CLT, deve haver a limitação de jornada, à luz do direito à desconexão?

Como objetivos específicos se destacam: (i) a apresentação, no segundo capítulo deste artigo, do conceito e uma breve exposição do instituto do teletrabalho no ordenamento pátrio; (ii) no terceiro capítulo, apresentar as mudanças legislativas no instituto em razão da pandemia do novo coronavírus e o impacto na utilização da modalidade no país; (iii) no quarto capítulo, analisar as consequências da adoção abrupta do trabalho remoto aos empregados, a compatibilidade do teletrabalho com a limitação da jornada e a necessidade da referida limitação, à luz do direito à desconexão.

Justifica-se este estudo na medida em que a pandemia do novo coronavírus potencializou a utilização do instituto do teletrabalho no país, sendo que esta modalidade de trabalho passou a ser a regra em diversas empresas, o que demonstra a relevância do assunto.

O estudo terá como marco teórico o direito à desconexão do trabalho, aventado por Jorge Luiz Souto Maior.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, mediante a realização de uma pesquisa na doutrina e legislação nacional sobre o tema.

2. O INSTITUTO DO TELETRABALHO NA CLT

Embora já houvesse previsão na CLT de equiparação entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e aquele realizado à distância, desde que caracterizados os pressupostos

da relação de emprego³, foi apenas com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017) que o instituto do teletrabalho foi efetivamente definido e regulamentado.

A Reforma Trabalhista acrescentou um Capítulo específico para o instituto do teletrabalho na CLT (Capítulo II-A), no qual foram previstas as normas básicas atinentes à prestação de serviços no regime de trabalho à distância, incluindo o conceito de teletrabalho, o modo de pactuação do regime, as regras sobre a responsabilidade pelo fornecimento e manutenção dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessários à prestação dos serviços, além de disposições relacionadas à saúde e segurança no trabalho remoto (artigos 75-A a 75-E da CLT).

Nos termos do art. 75-B da CLT, o teletrabalho caracteriza-se pela prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador (seja no domicílio do empregado, seja em outro local), com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Do referido conceito depreende-se que, muito embora na pandemia o teletrabalho esteja, por questões sanitárias, sendo executado em regra no domicílio do empregado, ele não se confunde com trabalho em domicílio (*home office*), podendo ser realizado em qualquer outro local que não nas dependências do empregador.

Importante mencionar, no entanto, que, nos termos do parágrafo único do art. 75-B da CLT, o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho, bastando para a sua configuração que o trabalho ocorra de forma preponderante fora das dependências do empregador.

³ Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O teletrabalho também não se confunde com trabalho externo, uma vez que, enquanto neste as atividades desenvolvidas pelo empregado precisam, por sua própria natureza, ser executadas externamente (a exemplo do trabalho executado por motoristas, vendedores e representantes comerciais viajantes), naquele as funções exercidas pelo empregado podem ser executadas fora ou no estabelecimento do empregador.

Além disso, para a caracterização do teletrabalho, é necessário que o trabalho fora das dependências do empregador seja realizado por intermédio de recursos de tecnologias da informação e de comunicação, a exemplo dos e-mails, das ferramentas de videoconferência e dos demais recursos de comunicação disponibilizados na internet.

A respeito da forma de pactuação do teletrabalho, dispõe o art. 75-C da CLT que a prestação de serviços nessa modalidade deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado, podendo ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

A alteração do regime de teletrabalho para o presencial, contudo, pode ocorrer por determinação do empregador, ou seja, independentemente de mútuo acordo entre as partes, desde que seja garantido um prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual (art. 75-C, §2º, da CLT).

A CLT prevê, ainda, que as disposições referentes à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de eventuais despesas arcadas pelo empregado, devem ser previstas em contrato escrito (art. 75-D).

Esclarecem Mauricio Godinho e Gabriela Neves Delgado, porém, que o referido dispositivo deve ser interpretado em harmonia com a regra do art. 2º, *caput*, da CLT, que estabelece a diretriz geral de que os custos relativos ao contrato de trabalho e à prestação dos serviços

nele estabelecida cabem ao empregador, que é quem assume os riscos da atividade econômica, de modo que também constitui ônus do empregador arcar com os custos inerentes ao teletrabalho⁴.

No que tange ao meio ambiente de trabalho no teletrabalho, dispõe o art.75-E da CLT que “o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”, devendo o empregado assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

A alteração trazida pela Reforma Trabalhista mais relevante para os fins deste estudo, contudo, diz respeito à inclusão de um novo inciso ao art. 62 da CLT, que incluiu os trabalhadores em regime de teletrabalho no rol das categorias de empregados não abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II daquele diploma legal, que trata da duração do trabalho.

Assim, os empregados em regime de teletrabalho, tal como aqueles que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho e os gerentes, não se submetem às regras atinentes à duração do trabalho, incluindo as disposições acerca da limitação de jornada, horas extras e intervalos.

Conforme explica Mauricio Godinho Delgado, o critério utilizado pela CLT para excluir esses empregados da incidência das regras atinentes à duração do trabalho é estritamente prático:

trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro — por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador. Nesse quadro, as jornadas não controladas não ensejam cálculo de horas extraordinárias, dado que não se

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 139.

pode aferir sequer a efetiva prestação da jornada padrão incidente sobre o caso concreto⁵.

Trata-se, no entanto, de uma presunção relativa de impossibilidade de controle de jornada. Desse modo, havendo prova de que o empregado, embora em regime de teletrabalho, estava submetido a fiscalização e controle de horários, afasta-se a presunção instituída por lei, incidindo no caso concreto todas as regras concernentes à duração do trabalho, inclusive o direito à percepção de horas extras⁶.

Ressalta-se que a presunção legal de impossibilidade de controle de jornada decorre tanto da dificuldade prática de fiscalização de horários nas hipóteses em que as atividades laborais são realizadas longe das vistas do empregador, quanto do fato de que a maior parte dos empregados em regime de teletrabalho possuem cargos de médio ou alto nível de complexidade, nos quais predomina o trabalho intelectual e especializado, com alto grau de liberdade para escolher os melhores horários para a prestação dos serviços.

Ou seja, em regra, no teletrabalho, a fiscalização da jornada trabalhada não existe porque, pela própria natureza dos cargos exercidos, que muitas vezes também são cargos de confiança, o que interessa para o empregador é o resultado do trabalho, e não os meios e o tempo gasto para a execução dos serviços contratados.

Não obstante, na pandemia, conforme será explanado adiante, o regime de teletrabalho se tornou impositivo, inclusive para aqueles empregados que sempre trabalharam presencialmente e que sempre tiveram sua jornada controlada, inclusive com a anotação de ponto e com a percepção usual de horas extras.

Daí decorre o problema objeto deste artigo: todos os empregados em regime de teletrabalho durante a pandemia de Covid-19 serão excluídos da incidência das regras atinentes à duração do trabalho,

5 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1065.

6 Ibidem, p. 1066.

em razão da mera literalidade do art. 62, III, da CLT? Ainda que enquadrados no art. 62, III, da CLT, deve haver a limitação de jornada, à luz do direito à desconexão? É o que se busca responder a seguir.

3. O IMPACTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO TELETRABALHO

No final do ano de 2019, casos de uma nova cepa de coronavírus (SARS-CoV-2) foram identificados, pela primeira vez, em seres humanos, na cidade de Wuhan, província da Hubei, na República Popular da China. Em virtude da alta capacidade de proliferação do vírus, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), alertando sobre o risco de disseminação a outros países e a necessidade de uma resposta internacional imediata e coordenada.

Em seguida, com o surto de COVID-19 concomitante em diversos países, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde caracterizou a doença causada pelo novo coronavírus como uma pandemia⁷. Diante da gravidade e da inexistência de tratamento específico, a OMS recomendou uma série de medidas para impedir a disseminação dos vírus, como a lavagem regular das mãos e dos ambientes, uso de máscaras e, especialmente, restrição de contato entre as pessoas.

No Brasil, a grave crise na saúde foi reconhecida através do Decreto Legislativo nº6 de 2020, que decretou estado de calamidade pública em todo o território nacional em 20 de março de 2020.

Essa realidade afetou diretamente a rotina de diversas empresas e atividades comerciais, que precisavam manter as atividades e a produção, mas, também, evitar aglomerações e o contato entre pessoas.

⁷ HISTÓRICO DA PANDEMIA DE COVID-19, 2020. Disponível em: < <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>>. Acesso em 15.07.2021.

Diante da situação atípica e urgente, em 22 de março de 2020, foi editada a Medida Provisória (MP) n° 927, a qual possibilitou a flexibilização de algumas regras trabalhistas durante a crise na saúde, com o objetivo expresso de preservar o emprego e a renda e, ainda, auxiliar no enfrentamento do estado de calamidade pública⁸.

Dentre as medidas elencadas no ato normativo provisório, o teletrabalho foi uma das alternativas previstas expressamente para o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes da pandemia e para a preservação do emprego e da renda (artigo 3, inciso I).

O capítulo II da mencionada MP estabeleceu as regras sobre o teletrabalho durante o período pandêmico, e, nesse sentido, destaca-se o *caput* do artigo 4º, que permitiu que o empregador alterasse a modalidade do regime trabalho a seu critério, podendo migrar do trabalho presencial para o teletrabalho e, também, determinar o retorno ao regime presencial.

Essa alteração na modalidade do trabalho foi permitida, frisa-se, sem necessidade de qualquer formalidade escrita, não sendo necessário qualquer acordo individual ou coletivo e, também, foi dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual do trabalho.

Contata-se, então, que houve uma flexibilização direta do artigo 75-C da CLT (Decreto-Lei n° 5.452/1943), que estabelece a necessidade de acordo mútuo entre empregado e empregador para a alteração no regime de trabalho e, ainda, que a modificação conste expressamente no contrato individual.

Em relação à limitação da jornada de trabalho, destaca-se que a MP estabeleceu que a regra do artigo 62, inciso III da CLT (Decreto-Lei

8 Art. 1º da MP n.927/2020: Esta Medida Provisória dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**COVID-19**), decretada pelo Ministro de Estado da Saúde, em 3 de fevereiro de 2020, nos termos do disposto na Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

nº 5.452/1943) continuava aplicável no regime de teletrabalho previsto no instrumento normativo provisório.

Assim, a partir do momento que o empregador alterasse o regime de trabalho da modalidade presencial para o teletrabalho, o empregado não mais faria jus a limitação de 08 (oito) horas diárias da jornada de trabalho e, conseqüentemente, também ao direito de auferir horas extras com remuneração superior à hora normal.

A Medida Provisória nº 927 vigorou por quase quatro meses, tendo seu prazo de vigência encerrado em 19 de julho de 2020, conforme o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92 de 2020.

Entretanto, em meados de 2020, a crise na saúde mundial ainda estava vigente e não existia previsão para o término da pandemia do Covid-19.

Assim, com o receio de que a descontinuidade das medidas trabalhistas de enfrentamento da emergência da saúde pública pudesse gerar graves conseqüências econômicas⁹, em 27 de abril de 2021, entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.046.

Em relação ao teletrabalho, o segundo ato normativo provisório estabeleceu as mesmas regras e flexibilidades previstas na Medida Provisória nº 927, reestabelecendo o regramento próprio para essa modalidade de trabalho por mais cento e vinte dias.

Dessa forma, é possível notar que a pandemia do novo coronavírus afetou diretamente as regras em relação ao teletrabalho, flexibilizando suas normas com o objetivo de conciliar a necessidade de distanciamento social e a manutenção dos empregos, possibilitando a imediata alteração do trabalho em regime presencial para o regime de teletrabalho, sem as formalidades de praxe, em atenção a urgência e atipicidade da situação.

O impacto dessa flexibilização nas normas do trabalho remoto foi significativo no país, uma vez que, buscando se adaptar a nova

9 GUEDES, Paulo Roberto Nunes. **Exposição de motivos nº 00031/2021**. Brasília, 27 de abril de 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1046-21.pdf >. Acesso em: 15.07.2021.

realidade e com a facilidade proporcionada pelas medidas provisórias editadas durante a pandemia, diversos empreendimentos optaram por mudar abruptamente do trabalho presencial para o trabalho remoto.

Especificamente, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Covid-19, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em torno de 25,7% (vinte e cinco vírgula sete por cento) das empresas adotaram o trabalho domiciliar para seus funcionários como uma das medidas de enfrentamento da pandemia¹⁰. Assim, o teletrabalho, que era exceção, passou a ser regra em diversas empresas, em virtude exclusivamente da necessidade de adaptação à nova realidade.

Entretanto, como já elucidado, ao regime de teletrabalho não se aplicam, em regra, as normas celetistas atinentes à duração do trabalho, o que pode gerar sérias consequências para os empregados.

Portanto, é preciso analisar as consequências da adoção abrupta do regime do teletrabalho, sem qualquer preparação e de forma indiscriminada, para os empregados, especialmente diante do avanço tecnológico atual, que torna possível a fiscalização e o controle da jornada trabalhada, do direito à desconexão e dos princípios basilares do Direito do Trabalho.

4. A JORNADA DE TRABALHO NO TELETRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO

Como visto, os empregados em regime de teletrabalho estão excluídos da incidência das regras atinentes à duração do trabalho, inclusive das disposições acerca da limitação de jornada, horas extras e intervalos.

Trata-se de uma presunção relativa de que inexistente controle de jornada no teletrabalho, em razão do exercício das atividades laborativas longe das vistas do empregador e pela própria natureza

10 IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Covid-19**, 2020. Disponível em: < <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/> >. Acesso em: 15.07.2021.

dos cargos exercidos, que geralmente são cargos de média ou alta complexidade, em que predomina o trabalho intelectual e a ampla liberdade para escolha dos horários de trabalho.

Desta forma, para fazer jus à limitação da jornada e ao recebimento de horas extras, como regra, cabe ao empregado comprovar que, embora em regime de teletrabalho, estava submetido ao controle e à fiscalização da jornada trabalhada.

Contudo, conforme também explanado no decorrer deste trabalho, na pandemia houve a adoção abrupta e indiscriminada do teletrabalho, isto é, para todos os cargos exercidos, inclusive para aqueles empregados que sempre trabalharam presencialmente, se submetendo a controle efetivo de jornada, com a marcação de ponto e o recebimento de horas extras.

Ocorre que é difícil crer que aqueles empregados que sempre tiveram seu trabalho e sua jornada atentamente controlados pelo empregador deixaram de ser fiscalizados pelo simples fato de terem alterado o local da prestação dos serviços em razão da pandemia, do estabelecimento do empregador para o seu domicílio.

Importante ressaltar que não houve a alteração das funções exercidas pelos empregados durante a pandemia, tratando-se de mera alteração do local de prestação de serviços, por questões sanitárias. Desta forma, se não houve alteração fática das condições em que o trabalho é exercido, com exceção apenas do local de trabalho, não há como presumir a ausência de controle de jornada daqueles empregados que até então estavam efetivamente submetidos a controle e fiscalização.

Além disso, diante da tecnologia atual, é plenamente possível realizar o controle da jornada dos empregados em teletrabalho, seja por meio da visualização do horário em que os e-mails são enviados, pela fiscalização do período em que o empregado permanece online nos sistemas de comunicação utilizados pela empresa (tais como o Microsoft Teams, Google Hangouts e Skype), ou até mesmo pelo volume de demandas atribuídas pelo empregador ao empregado.

Ademais, sabe-se que na pandemia, embora adotado o regime de *home office*, muitas empresas continuaram estabelecendo um horário de trabalho, durante o qual o empregado necessita estar disponível, geralmente coincidente com o horário que era praticado presencialmente nas dependências do empregador, o que, por si só, constitui controle de jornada.

Defende-se, portanto, que a presunção relativa estabelecida no art. 62, III, da CLT não se aplica aos empregados que antes da pandemia tinham sua jornada controlada pelo empregador e que passaram para o regime de teletrabalho unicamente em razão das medidas para contenção da Covid-19, notadamente porque a fiscalização da jornada pelo empregador é plenamente possível e, na prática, continua ocorrendo.

Caberia, portanto, ao empregador, fiscalizar a jornada desses empregados de forma remota ou comprovar que, diante da alteração do local de trabalho, o controle de jornada efetivamente deixou de ocorrer, ganhando o empregado total autonomia para decidir os melhores horários para a prestação dos serviços.

Por outro lado, para os empregados que já exerciam suas atividades no regime de teletrabalho antes da pandemia ou que tiveram seu regime alterado para o teletrabalho por razões diversas da pandemia (tais como em razão de benefícios oferecidos pelo empregador na progressão de carreira), prevaleceria a presunção jurídica instituída pelo art. 62, III da CLT.

No entanto, mesmo para esses empregados, não se admite que a jornada seja elástica a ponto de suprimir a vida privada do empregado, sob pena de violação do princípio da dignidade humana e do direito à desconexão do trabalho (ou direito ao não-trabalho).

Conforme ensina Jorge Luiz Souto Maior, o art. 7º, inciso XIII, da CF/88, “conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho”, de modo que o empregador, quando contrata um alto empregado ou um trabalhador em regime de teletrabalho, “não pode utilizar as forças deste trabalhador perante

24 horas por dia, e os avanços tecnológicos têm permitido que isto ocorra”¹¹.

Nesse sentido, a previsão contida no art. 62 da CLT não representa uma carta branca ao empregador para explorar, de forma ilimitada, a mão-de-obra do trabalhador, que, mesmo não se submetendo à rígida limitação de jornada de 08 horas diárias, não pode trabalhar excessivamente, a ponto de prejudicar sua saúde, sua vida privada e seu convívio familiar.

Desta forma, possui o empregado o direito de efetivamente se desligar do trabalho, se desconectando dos meios modernos de comunicação (celular, notebook, dentre outros) durante os períodos de folga e nos horários culturalmente utilizados para o convívio familiar.

Assim, ainda que o empregado não esteja submetido a controle rígido de jornada, não pode o empregador acioná-lo corriqueiramente fora do horário comercial de trabalho, aos domingos, feriados ou durante as férias, sob pena de configuração do denominado abuso de direito, que constitui ato ilícito e, por conseguinte, sujeita o empregador ao pagamento de uma indenização¹².

Ressalta Jorge Luiz Souto Maior, ainda, que o direito à desconexão do trabalho é um direito cujo titular não é apenas o trabalhador, mas também a sua família e toda a sociedade, pois, enquanto alguns trabalham excessivamente, outros não conseguem trabalhar. Segundo o autor,

limitar a quantidade de trabalho é um direito, igualmente, de todos aqueles que não conseguem atingir, em uma parcela ínfima, o mercado de trabalho.

(...)

Em suma, o tema aqui sugerido pretende pôr em discussão – para buscar uma resposta jurídica que

11 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. 2003. p. 9. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 06 set. 2021.

12 Ibidem, p. 16.

lhe seja adequada – o grande paradoxo do mundo do trabalho moderno, que nos desafia, diariamente, e que assim se enuncia: enquanto uma grande parcela da população não tem acesso ao trabalho e isto põe em risco a sua sobrevivência, uma outra parcela, não menos considerável, está se matando de tanto trabalhar ou alienando-se no trabalho!¹³

Desta forma, embora o art. 62 da CLT exclua as categorias nele previstas da limitação padrão da jornada a oito horas diárias, ele não autoriza a prestação de serviços em jornadas ilimitadas e abusivas, devendo a jornada, em qualquer hipótese, ser limitada, em consonância com os costumes locais e a boa-fé, a um número de horas que preserve, no caso concreto, a vida privada, a saúde do empregado, além de um mercado de trabalho equilibrado, com maiores oportunidades àqueles que buscam emprego.

Interpretar o referido artigo de maneira diversa representaria uma violação direta ao art. 7º, inciso XIII, da CF/88, ao direito à desconexão e, ainda, aos princípios basilares que regem o Direito do Trabalho, a exemplo do princípio da proteção e da dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

O instituto do teletrabalho, introduzido de forma expressa na CLT pela Reforma Trabalhista, caracteriza-se pela prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador (seja no domicílio do empregado, seja em outro local), com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

13 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. 2003. p. 21. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 06 set. 2021.

Dentre as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista no que tange ao teletrabalho, destaca-se a inclusão de um novo inciso ao art. 62 da CLT, que incluiu os trabalhadores em regime de teletrabalho no rol das categorias de empregados não abrangidos pelo regime previsto no Capítulo II daquele diploma legal, que trata da duração do trabalho.

Assim, os empregados em regime de teletrabalho, tal como aqueles que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho e os gerentes, não se submetem às regras atinentes à duração do trabalho, incluindo as disposições acerca da limitação de jornada, horas extras e intervalos.

Trata-se de uma presunção legal (relativa) de que inexistente controle de jornada no teletrabalho, em razão do exercício das atividades laborativas longe das vistas do empregador e pela própria natureza dos cargos exercidos, que geralmente são cargos de média ou alta complexidade, em que predomina o trabalho intelectual e a ampla liberdade para escolha dos horários de trabalho.

Desta forma, para fazer jus à limitação da jornada e ao recebimento de horas extras, como regra, cabe ao empregado comprovar que, embora em regime de teletrabalho, estava submetido ao controle e à fiscalização da jornada trabalhada.

No entanto, diante da situação atípica e urgente causada pela pandemia do novo Coronavírus, o governo brasileiro editou as Medidas Provisórias nº 927/2020 e 1.046/2021, que flexibilizaram as regras celetistas atinentes ao instituto do teletrabalho durante o período pandêmico, dispensando as formalidades previstas na CLT para a sua adoção, a exemplo da necessidade de acordo mútuo entre empregado e empregador e, ainda, de previsão no contrato individual de trabalho, de forma inicial ou por meio de aditivo contratual.

Em relação à jornada de trabalho, as Medidas Provisórias estabeleceram que a regra do artigo 62, inciso III da CLT, que exclui os empregados em teletrabalho da incidência das regras atinentes à duração do trabalho, também é aplicável ao regime de teletrabalho instituído nos termos dos instrumentos normativos provisórios, durante a pandemia.

Com fundamento nas referidas Medidas Provisórias, houve, durante a pandemia, a adoção abrupta e indiscriminada do teletrabalho nas empresas, isto é, para todos os cargos exercidos, inclusive para aqueles empregados que sempre trabalharam presencialmente, se submetendo a controle efetivo de jornada, com a marcação de ponto e o recebimento de horas extras.

Ocorre que é difícil crer que aqueles empregados que sempre tiveram seu trabalho e sua jornada atentamente controlados pelo empregador deixaram de ser fiscalizados pelo simples fato de terem alterado o local da prestação dos serviços em razão da pandemia, do estabelecimento do empregador para o seu domicílio.

O que ocorreu, na maioria dos casos, foi apenas a alteração do local em que os serviços passaram a ser prestados, exclusivamente por questões sanitárias, tendo sido mantidas as demais condições em que o trabalho é exercido, tais como o horário de trabalho fixo a ser cumprido, a obrigação do empregado de se reportar ao empregador, dentre outras.

Desta forma, se não houve alteração fática das condições em que o trabalho é exercido, com exceção apenas do local de trabalho, não há como presumir a ausência de controle de jornada daqueles empregados que até então estavam efetivamente submetidos a controle e fiscalização.

Além disso, diante da tecnologia atual, é plenamente possível realizar o controle da jornada dos empregados em teletrabalho, seja por meio da visualização do horário em que os e-mails são enviados, pela fiscalização do período em que o empregado permanece online nos sistemas de comunicação utilizados pela empresa (tais como o Microsoft Teams, Google Hangouts e Skype), ou até mesmo pelo volume de demandas atribuídas pelo empregador ao empregado.

Defende-se, portanto, que a presunção relativa estabelecida no art. 62, III, da CLT não se aplica aos empregados que antes da pandemia tinham sua jornada controlada pelo empregador e que passaram para o regime de teletrabalho unicamente em razão das medidas para contenção da Covid-19, notadamente porque a fiscalização da jornada

pelo empregador é plenamente possível e, na prática, continua ocorrendo.

Lado outro, para os empregados que já exerciam suas atividades no regime de teletrabalho antes da pandemia ou que tiveram seu regime alterado para o teletrabalho por razões diversas da pandemia (tais como em razão de benefícios oferecidos pelo empregador na progressão de carreira), prevaleceria a presunção jurídica instituída pelo art. 62, III da CLT.

No entanto, mesmo para esses empregados, considerando que o art. 7º, inciso XIII, da CF/88, conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho, não se pode admitir que a jornada seja elasticada a ponto de suprimir a vida privada do empregado, sob pena de violação direta à Constituição, ao direito à desconexão (ou ao não-trabalho) e, ainda, aos princípios basilares que regem o Direito do Trabalho, a exemplo do princípio da proteção e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro-RJ, 01 de maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 15.07.2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6 de 2020.** Senado Federal, 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 15.07.2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 22 de março de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm >. Acesso em: 15.07.2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 1.046 de 27 de abril de 2021.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 27 de abril de 2021. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470> >. Acesso em: 15.07.2021.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho:** obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18^a ed. São Paulo: LTr, 2019.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes. **Exposição de motivos n. 00031/2021.** Brasília, 27 de abril de 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Exm/Exm-MP-1046-21.pdf >. Acesso em: 15.07.2021.

HISTÓRICO DA PANDEMIA DE COVID-19, 2020. Disponível em: < <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>>. Acesso em 15.07.2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Covid-19**, 2020. Disponível em: < <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/> >. Acesso em: 15.07.2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. 2003. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 06 set. 2021.

DA CONVENIÊNCIA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE NAMORO DIANTE O ISOLAMENTO SOCIAL IMPOSTO PELA PANDEMIA DA COVID-19: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

CONVENIENCE OF CELEBRATION OF THE DATING AGREEMENT FACING THE SOCIAL ISOLATION IMPOSED BY THE COVID-19 PANDEMIC: LEGAL FACTS THEORY ANALYSIS

Fernanda Toffanetto Gomes Lopes¹

Myrelle Jacob Gonçalves²

RESUMO: O objetivo geral da presente pesquisa consiste na resposta do seguinte questionamento: é possível a celebração do contrato de namoro diante do ordenamento jurídico brasileiro atual? Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo Popperiano, partindo-se de uma hipótese inicial, para uma hipótese rival, trabalhando-se com verificação e refutação. No primeiro tópico buscou-se analisar a natureza jurídica do contrato de namoro, bem como a sua definição, analisando o posicionamento doutrinário brasileiro acerca da validade deste negócio jurídico. No segundo tópico partiu-se para o estudo da Teoria dos Fatos Jurídicos de Pontes de Miranda como um óbice para a validade deste instrumento jurídico negocial. Por fim, no terceiro tópico buscou-se demonstrar a aplicabilidade prática deste contrato possivelmente potencializada pela pandemia da COVID-19. Dessa forma, constatou-se que o contrato de namoro possui baixa eficácia e não é o melhor instrumento a ser utilizado pode no contexto pandêmico atual, apesar de possuir validade a ótica da Escada Pontiana.

1 Advogada. Pós-graduada em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdades Milton Campos. E-mail: fernandatoftof@yahoo.com.br

2 Advogada. Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdades Milton Campos. E-mail: myrelle@jacobgoncalves.com

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de namoro. Covid-19. Teoria dos Fatos Jurídicos. Escada Ponteanana.

ABSTRACT: The general objective of this research is to answer the following question: is it possible to enter a dating contract under the current Brazilian legal system? The first topic is analyzing the legal nature of the dating contract and its definition, analyzing the Brazilian doctrinal position regarding the validity of this legal transaction. The Popperian hypothetical-deductive method was used, starting from an initial hypothesis to a rival hypothesis, working with verification and refutation. The second topic, Legal Facts Theory from Pontes de Miranda, was considered an obstacle to the validity of this legal instrument of negotiation. Finally, the third topic searches to demonstrate the practical applicability of this contract in the COVID-19 pandemic scenario. The conclusion was that the dating contract has low efficacy and is not the best instrument to be used in the current pandemic context, despite having validity from the Legal Facts Theory from Pontes de Miranda.

KEYWORDS: Dating contract. Covid-19. Legal Facts Theory. Brazilian Law.

1. INTRODUÇÃO

Os anseios sociais se modificam com o passar da história, nessa linha deve o Direito se inovar conforme o surgimento de novas necessidades da sociedade moderna. O Direito das Famílias brasileiro que se conhece hoje é fruto de mudanças na sociedade e na legislação.

Na atualidade surge o denominado contrato de namoro, que seria um instrumento utilizado por casais que desejam declarar o formato da relação existente entre eles, no qual no âmbito doutrinário se discute a validade e aplicabilidade deste instrumento diante o ordenamento jurídico pátrio. Ocorre que, mencionado contrato não possui previsão legislativa, logo está submetido à teoria geral dos contratos, bem como aos requisitos de validade do negócio jurídico.

Dessa forma, o presente estudo possui como objetivo geral a apuração da resposta da seguinte pergunta: é possível a celebração do contrato de namoro diante do ordenamento jurídico brasileiro atual?

É relevante mencionar que os Tribunais Superiores começaram a mencionar e aplicar a tese do namoro qualificado, que seria um namoro moderno no qual os enamorados viajam juntos, pernoitam da casa do outro e até mesmo moram juntos. Isso porque, também foi consolidado entendimento de que a coabitação não é requisito necessário para a configuração da união estável. Detalhe que, na prática, tirou o fato de morar junto da equação entre namoro qualificado e união estável.

Assim, tem-se por objetivos específicos: a análise do contrato de namoro sob a perspectiva da Escada Ponteana, criada por Pontes Miranda, sob a atualização de Marcos Bernardes Mello, passando pelas três filtragens, quais sejam: existência, validade e eficácia. O estudo da aplicabilidade prática e da utilidade da celebração do contrato de namoro como forma de minimizar problemas, além da sua conveniência diante o cenário pandêmico causado pela pandemia da COVID-19, que pelo tempo de duração gerou vínculos por vezes ainda não publicitados à família.

A metodologia utilizada no presente estudo se deu a partir do método hipotético-dedutivo Popperiano, partindo da hipótese inicial de que o contrato de namoro é um negócio jurídico válido diante o atual ordenamento jurídico brasileiro, para a validação de que a Teoria da Escada Ponteana seria uma barreira para a celebração dessa modalidade de contrato.

O referencial teórico diante os objetivos almejados pela presente pesquisa, baseou-se principalmente na obra de Marco Bernardes de Mello: Teoria do Fato Jurídico: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O estudo do tema se justifica diante de uma nova perspectiva da modernidade acerca do namoro, no qual dessa relação possa surgir uma eventual similitude com a figura da união estável, gerando problemáticas jurídicas acerca da verdadeira relação vivenciada pelas

partes. Ademais, diante o isolamento social imposto pela COVID-19, casais de namorados passaram a conviver no mesmo teto, o que pode potencializar essa precipitada similitude entre mencionados institutos. Para mais, a não previsão legislativa deste contrato também justifica o estudo do tema proposto neste trabalho.

Por fim, buscou-se com a presente pesquisa demonstrar que a celebração do contrato de namoro se torna útil para que as partes envolvidas possam exprimir sua autonomia privada no âmbito da escolha do momento que elas querem de fato constituir família, com destaque para a situação pandêmica vivenciada atualmente pela sociedade, porém sob a perspectiva da Escada Ponteano mencionado contrato encontraria um óbice jurídico.

2. COVID-19 E O ISOLAMENTO SOCIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA COABITAÇÃO 'IMPOSTA' DEVIDO AO CENÁRIO PANDÊMICO

O cenário pandêmico atual causado pela COVID-19 fez com que a sociedade se visse diante da necessidade de se isolarem em suas residências, para que assim a disseminação do vírus fosse contida. Dessa forma, em alguns casos os enamorados se depararam com a escolha de se isolarem juntos para que pudessem conviver de forma mais segura.

Ricardo Calderón, diante desse exemplo de pessoas que estão em uma relação de namoro e decidiram pela pandemia residirem juntos, afirma que:

Esta convivência 'forçada' de namorados não leva, a princípio, a que as partes pretendam estabelecer uma união estável. Aqui também se estará diante de um relacionamento afetivo, com eventual coabitação, mas sem a intenção de constituição de família. A provisoriedade e as peculiaridades da situação se revelam, nesse contexto, como fatores inibitórios

para a configuração de um vínculo de conjugalidade. (CALDERÓN, 2020 ,p. 96).

Para mais, afirma Calderón que:

[...] será necessário levar em conta, de algum modo, o influxo dos efeitos da pandemia no desenrolar dos fatos que possam ser apresentados em juízo. Estas coabitações pelo isolamento quiçá não possam ser vistas com os mesmos olhos que a convivência sob o mesmo teto é percebida quando em períodos de normalidade social. (CALDERÓN, 2020 ,p. 101).

Ana Carolina Brochado Teixeira e Eleonora G. Saltão de Q. Mattos também relatam essa possível dúvida diante da semelhança entre o namoro e a união estável devido ao fato de enamorados terem decididos por morar juntos por conta da pandemia. Conforme as autoras:

A questão certamente poderá suscitar dúvida, pois a experiência de vivenciar o isolamento social sob o mesmo teto exteriorizará características comuns àquelas exigidas para configuração da citada entidade familiar. De fato, em tempos de comunicação instantânea por vídeo, áudios e mensagens, de confraternizações sociais virtuais, de publicações em redes sociais diversas e de trabalho em *home office*, a circunstância, de o casal coabitar certamente tornar-se-á socialmente pública. No mesmo sentido. Caso não haja o rompimento da relação durante esse período, certa continuidade de relacionamento igualmente haverá. (TEIXEIRA; MATTOS, 2020, p. 81). (Grifos no original).

Em complemento, Teixeira e Mattos dispõem que os outros requisitos para caracterização da união estável deverão ser analisados no caso concreto para que não se chegue a uma conclusão errônea sobre aquela relação de enamorados. Para mais, afirmam as autoras quanto aos requisitos estabilidade e durabilidade que:

[...] haverá de ser perquirida se a coabitação se restringiu ao período da quarentena – ou seja, se cessadas as recomendações governamentais de isolamento, o casal voltou ao modelo de residência e de relacionamento que mantinha antes da pandemia-, ou se a morada sob mesmo teto foi mantida mesmo depois de autorizada a livre circulação, acompanhada de um nível mais profundo de compromisso mútuo. (TEIXEIRA; MATTOS, 2020, p. 81).

Nessa linha, com medo de uma possível caracterização da relação amorosa em uma união estável, e assim, a submissão de regras referentes à divisão de bens do instituto, os enamorados tentam no meio jurídico buscar alguma via que de forma categórica impeçam tal configuração. Essa ‘imposição’ de coabitação causada pela pandemia pode até mesmo ter potencializado essa busca. Ocorre que, pode-se perceber que a categorização da relação entre namorados como uma união estável se encontra na análise do caso concreto e de todas as peculiaridades que o cercam.

Diante deste cenário, antes mesmo da pandemia e dessa consequente possível coabitação ‘obrigada’, a doutrina na busca de uma via para que o namoro não seja caracterizado como uma união estável traz a figura do chamado contrato de namoro como uma discussão para o Direito das Famílias.

Segundo dados fornecidos Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo, no que tange o acumulado do ano até abril, no ano de 2016, 2 contratos de namoro foram firmados em cartório no Brasil. Já no ano de 2017, o número passou para 6 contratos. No ano de 2018 o total

de contratos firmados em cartório passou para 11. Em 2019 o número foi de 17 contratos. Cabe destacar aqui que os números da pesquisa abarcam apenas aqueles contratos públicos. (ROMANI, 2019). Dessa forma, se torna importante a análise do que seria referida modalidade contratual, uma vez que, está vem sendo celebrada no Brasil como podem ser vistos pelos dados apresentados.

3. NAMORO QUALIFICADO E O CONTRATO DE NAMORO

O namoro qualificado surgiu na doutrina familiarista como uma forma de conceituar os relacionamentos contemporâneos, nos quais os casais pernoitam na casa do outro, fazem viagens românticas, se relacionam sexualmente e, por vezes, até moram juntos, sem que se entendam como conviventes. Assim, criou-se uma escala de intensidade e de consequências jurídicas nos relacionamentos, sendo ela: namoro simples, namoro qualificado, união estável ou casamento.

A tese do namoro qualificado foi reconhecida pela Terceira e Quarta turma do Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos dos Recursos Especiais nº 1.454.643/RJ e 1.558.015/PR. Oportunidade na qual os Ministros delimitaram que o traço distintivo entre o namoro qualificado e a união estável está na *affectio maritalis*, haja vista que a coabitação, publicidade, intensa convivência e intimidade não distinguem mais os dois tipos de relações na sociedade contemporânea.

E foram além, ao pontuar que o objetivo de constituir família deve estar configurado no momento presente, ou seja, não basta que o casal tenha planos de constituir família no futuro. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Belizze:

O propósito de constituir família [...] não consubstancia mera proclamação, para **o futuro**, da intenção de constituir família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. **É**

dizer: a família deve, de fato, restar constituída.
(BRASIL, STJ, 2015, p.12)

Assim, diante da confirmação pelo Superior Tribunal de Justiça da linha tênue existente entre o namoro qualificado e a união estável, a doutrina familiarista pensou em medidas para tentar diminuir a insegurança acerca do tema. Neste contexto, surge o contrato de namoro, que tem como grande defensora a professora Marília Pedroso Xavier que o conceitua como:

O contrato de namoro é uma espécie de negócio jurídico no qual as partes que estão tendo um relacionamento afetivo acordam consensualmente que não há entre elas objetivo de constituir família. Por consequência, afasta-se a constituição de união estável e dos direitos dela decorrentes, como a pensão alimentícia e direitos sucessórios. (XAVIER, 2020, p. 102-103)

Os apoiadores do tema se fundamentam na liberdade de contratar e no direito de família mínimo, enquanto a corrente contrário alega que o contrato de namoro é uma tentativa de violar uma norma cogente, qual seja, a caracterização da união estável quando cumpridos os requisitos do art. 1.723 CC/02. Logo, diante das divergências criadas em torno da questão, entendemos que a melhor forma de avaliar a possibilidade da existência do contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro é passando pela peneira da Teoria dos Fatos Jurídicos de Pontes de Miranda.

Afinal, novos formatos de relacionamentos e de se constituir família irão surgir com o avanço das gerações e devem ser observados pelo direito. O limite para tanto, é que não percamos a base da ciência do direito que ampara os fatos jurídicos. Ou seja, não é plausível que se ignore a realidade social do namoro, ao passo em que ele precisa ser submetido à análise de validade, assim como todo negócio jurídico.

4. DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA ESCADA PONTEANA DE PONTES DE MIRANDA DIANTE O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Teoria do Fatos Jurídico de Pontes de Miranda continua sendo a base mais refinada para analisar os negócios jurídicos, no entanto, é importante contextualizar que ela foi criada em meados de 1954 sob a égide do Código Civil de 1916 e antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, podemos projetar que o jurista não se debruçou por temas como o namoro, razão pela qual tomaremos a cautela de trazer para a realidade atual o que seria um fato jurídico, para assim classificado, aplicar a Teoria do Fato Jurídico.

Para tanto, iremos utilizar a obra do professor Marcos Bernardes de Mello que é um seguidor dos ensinamentos de Pontes de Miranda. Neste sentido, em mudança de entendimento manifestado em artigo publicado na Revista Fórum de Direito Civil o professor Marcos Bernardes de Mello passou a sustentar que a união estável é um negócio jurídico, ao contrário do defendido por Paulo Luiz Netto Lôbo que a caracteriza como ato-fato jurídico.

Assim, tendo como marco teórico a trilogia acerca dos fatos jurídicos de Marcos Bernardes de Mello adotamos o entendimento de que, assim como a união estável, o contrato de namoro é um negócio jurídico unilateral:

Se o homem está ao lado de outro as suas manifestações de vontade são paralelas, enquanto se estão um diante do outro, são recíprocas. Se várias pessoas em uma mesma posição (= lado) exteriorizam vontade negocial, como ocorre se A e B, conjuntamente, criam uma mesma fundação (Código Civil, art. 62) há um negócio jurídico unilateral. (MELLO, 2019, p. 268)

4.1 EXISTÊNCIA

Os elementos de existência do negócio jurídico são responsáveis por verificar se o fato, evento ou conduta em análise geram repercussões jurídicas, ainda que sutis. Assim, na doutrina de Marcos Bernardes de Mello, a análise se inicia com o suporte fático que “constitui um conceito do mundo dos fatos, não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (= ocorram) no plano das realidades todos os elementos que o compõem é que se dá a incidência da norma.” (MELLO, 2019, p. 85)

Os elementos do suporte fático podem ser oriundas: a) da relevância do fato; b) de fatos da natureza e do animal; c) de dados psíquicos; d) de estimativas valorativas; e) de probabilidades; f) de fatos do mundo jurídico; g) da causalidade física; e) do tempo. Importante ressaltar que como os fatos jurídicos são complexos, comumente, mais de um elemento compõe o suporte fático. (MELLO, 2019)

Desse modo, tendo em vista que na sociedade contemporânea a diferença entre o namoro qualificado e união estável é tênue e costuma habitar apenas no elemento *affetio familiare* é indiscutível que a vontade ou não de constituir família se tornou fato social que importa para o direito. Neste caso, os efeitos jurídicos oriundos da intenção de se relacionar são elementos-chave do suporte fático do contrato de namoro, pois uma vez que as normas jurídicas irão incidir ou não de acordo com a intenção presente na forma de se relacionar, contratualizar esta intenção possui relevância.

Do que se conclui que o contrato de namoro possui relevância jurídica e preenche os elementos de existência. Ou seja, é passível de juridicização na medida em que o elemento *affetio familiare* é essencial para a configuração da união estável.

4.2 VALIDADE

Os requisitos de validade do negócio jurídico estão positivados no art. 104 do Código Civil, sendo eles: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

O objeto do contrato de namoro é a declaração de vontade de se relacionar sem constituir família e, apesar de não possuir previsão legal, também não há norma que impeça sua celebração. Assim, caso o contrato de namoro seja celebrado por pessoas capazes, não se pode afirmar que ele é nulo ou anulável, até mesmo em virtude da presunção de boa-fé nos negócios jurídicos disposto no art. 113 do Código Civil.

No entanto, é importante destacar que, apesar da impossibilidade de ser reconhecido como nulo ou anulável de plano, o contrato de namoro caminha próximo a causa de nulidade que seria o intuito de fraudar norma cogente, quais sejam, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal que reconhece a união estável como entidade familiar e o art. 1.723 do Código Civil que disciplina os requisitos de configuração da união estável.

Mesmo assim, diante da fluidez das relações, somente a análise do contrato de namoro no caso concreto possibilitará avaliar se ele foi celebrado com intuito de fraudar norma cogente ou se a ausência de vontade de constituir família se modificou no decorrer da relação. Justamente por tutelar um ato íntimo de vontade - *affetio familiare* - é que o contrato de namoro possui baixa segurança jurídica, no entanto, a plasticidade do objeto do contrato não o torna nulo ou anulável de *per se*.

4.3 EFICÁCIA

Na análise da existência do contrato de namoro, verificamos que ele possui suporte fático que o identifica como um fato jurídico. Assim, seguimos para a verificação dos requisitos de validade e, vimos

que, apesar de transitar em um caminho próximo à violação de norma cogente, isto não afasta sua validade de *per se*.

Enfim chegamos ao terceiro elemento da Escada Ponteana que é a eficácia:

O fato jurídico não é simples entidade lógica, fora do plano das realidades. O direito existe para realizar o homem em sociedade, e com essa finalidade, se utiliza dos fatos da vida, atribuindo-lhes a função de produzir certas consequências (= eficácia jurídica) em relação às condutas dos seres humanos em suas interferências intersubjetivas. A geração da eficácia jurídica constitui a razão de ser do fato jurídico, sua função, seu fim último. No entanto, há circunstâncias que podem levá-lo a não poder realizar sua função, privando-o da possibilidade de ser eficaz, permanente ou temporariamente. Nessas situações, há ineficácia do plano jurídico. (MELLO, 2019, p. 80-81)

Afora as ressalvas apresentadas ao contrato de namoro no tópico da validade, é no plano da eficácia que se encontram os maiores desafios para sua produção de efeitos.

O objeto do contrato de namoro é a declaração de que as partes vivem em um relacionamento sem a intenção de constituir família. Dentre os efeitos esperados, o principal é afastar a configuração da união estável e neste ponto a produção de efeito ficará vinculada a uma possível verificação e valoração judicial acerca do relacionamento, de modo que o contrato de namoro, por si só, não produz o efeito de afastar por completo o art. 1.723 do Código Civil.

Outro ponto importante a ser observado é que a união estável traduz a forma positivada de relacionamento factual no qual as partes constituem família, sem necessariamente celebrarem um contrato para tanto. Logo, a conclusão lógica é que no namoro as partes declaram não formar uma entidade familiar e assim afastam todas

as prerrogativas do que é ser família, como a cooperação mútua e a solidariedade.

Logo, não há se falar em alimentos, dever de lealdade ou representação legal para tomadas de decisões médicas. Neste ponto, importante ressaltar que a pandemia da COVID-19 trouxe à tona a falha do ordenamento jurídico brasileiro no tocante à determinação de vontade em relação ao tratamento médico:

O novo Código de Ética Médica brasileiro deixou claro que o médico deve respeitar a vontade expressa do paciente, vontade esta que deve ser instrumentalizada através de um documento chamado declaração prévia de vontade do paciente terminal, também conhecido, erroneamente, por testamento vital. Contudo, até o presente momento não existe qualquer regulamentação sobre o tema no Brasil, seja no âmbito jurídico, seja no âmbito do Conselho Federal de Medicina e esta falta de regulamentação gera uma insegurança aos indivíduos que querem deixar sua vontade expressa e aos médicos que, diante de um caso concreto, veem-se diante de um conflito entre a vontade de diferentes familiares, por exemplo. (DADALTO, 2013, p. 67)

Assim, tendo em vista que o objetivo do contrato de namoro é declarar a inexistência de família, sua aplicação induz a não participação do namorado ou namorada nas questões médicas, ainda que dividam a mesma casa e possuam um relacionamento intenso. Afinal, a intenção de não constituir família é aplicável a todas as esferas, caso contrário, restaria demonstrado que a única intenção do contrato seria afastar a comunicação patrimonial entre os enamorados, fato não aceitável no ordenamento jurídico brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Após contextualização do cenário pandêmico, análise da tese de namoro qualificado utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça e filtragem do contrato de namoro de acordo com a Escada Ponteano, na obra de Marcos Bernardes de Mello, conclui-se que o contrato de namoro, apesar de possível e válido, produz baixa eficácia.

Isso ocorre, pois, o objeto do contrato é apenas a ‘declaração’ de a ausência de *affectio maritalis*, a qual não possui força de afastar a norma cogente que determina a existência de união estável quando cumpridos os requisitos do art. 1.723 CC/02. Além disso, aplicando-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o intuito de constituir família, para fins de união estável precisa ser presente e não futuro. Do que se compreende que as partes irão declarar que no dia da celebração do contrato, não existia a intenção de constituir família.

Logo, o contrato de namoro oferece baixa eficácia a quem utiliza o instrumento, uma vez que ele encontra limite no próprio Código Civil, pois caminha próximo à norma cogente de Direito das Famílias. Sendo que, na sua potência máxima, comprova a vontade dos declarantes no momento da celebração do contrato.

Lado outro, por se aproximar da união estável, formato adotado pela Constituição Federal como modelo de famílias de fato, pode mais prejudicar do que ser útil; uma vez que caso os contratantes busquem aplicar a declaração contida no contrato de namoro e sejam atendidos, isso significa que não formarão entidade familiar e logo não serão amparados pelas normas de Direito das Famílias.

Fato que no cenário pandêmico pode ser ainda mais prejudicial, haja vista que em um cenário de internação com impossibilidade de manifestação de vontade, ainda que a pessoa tenha instrumentalizado um testamento vital, diante da falta de regulamentação do tema pela legislação infraconstitucional e pelo Conselho Federal de Medicina, a família será consultada. E uma vez que o contrato de namoro busca afastar a constituição de família, a pessoa pode ter participação nas

decisões médicas acerca da vida de quem se relaciona, ainda que de forma intensa.

Por fim, importante registrar que o Direito das Famílias possui normas cogentes e regramentos próprios, pois é produto da cultura e da forma que nos organizamos enquanto família na sociedade. De modo, que tentar importar institutos contratuais ao regramento acerca das famílias, além de pouco eficiente, deixa de considerar toda a peculiaridade já reconhecida pelo Constituinte e Legislador Infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 1.558.015/PR**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 12 de setembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501368133&dt_publicacao=23/10/2017. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.454.643/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 03 de março de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400677815&dt_publicacao=10/03/2015. Acesso em: 09 jun. 2021.

CALDERÓN, Ricardo. **O amor em tempos de pandemia: efeitos nos relacionamentos afetivos**. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk [et al.]; NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Orgs.). *Coronavírus. Impactos no Direito de Família e Sucessões*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **A coabitação como elemento acidental e não essencial da sociedade conjugal e da união estável: a lição da pandemia da Covid-19**. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 107-129, out./dez. 2020.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil** (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 28, mayo 2013, p. 61-71. Disponível em: <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n28/articulo5.pdf>. Acesso em 12 jul. 2021.

MELLO, Marco Bernardes de. **Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável**. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*. Belo Horizonte, ano 9, n. 24, p. 235-260, maio/ago, 2020.

MELLO, Marco Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marco Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marco Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROMANI, André. **Cresce a procura por contratos de namoro no Brasil**. 12 jun. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/cresce-a-procura-por-contratos-de-namoro-no-brasil/>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MATTOS, Eleonora G. Salção de Q. **A coabitação em tempos de pandemia pode ser elemento caracterizador de união estável?** In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk [et al.]; NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Orgs.). Coronavírus. Impactos no Direito de Família e Sucessões. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA CONTRA O COVID-19 E A AUTONOMIA DA VONTADE

THE MANDATORY VACCINATION AGAINST COVID-19 AND THE AUTONOMY OF THE WILL

Joyce Janine Figueiredo Ornelas Braz¹

RESUMO

O presente trabalho busca analisar em que medida a autonomia da vontade, a qual decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pode se sobrepor ao direito coletivo à saúde, buscando-se analisar inclusive a posição da jurisprudência sobre o assunto. Para tanto, utilizará do método dedutivo, com revisão bibliográfica e análise de jurisprudências, sendo que no primeiro capítulo se analisará a autonomia da vontade e o direito à informação. No segundo capítulo será analisada a relativização dos direitos fundamentais em época de pandemia e a posição da doutrina e jurisprudência sobre o assunto e no último capítulo se verificará a posição da jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal sobre o aspecto do direito coletivo à saúde se sobrepor ou não ao direito individual, principalmente, no que diz respeito à autonomia da vontade, para concluir-se que o assunto precisa ser melhor aprofundado, devendo-se melhor avaliar se não seria o caso de se verificar se outras medidas não seriam tão eficazes para o incentivo à vacinação das pessoas, como, por exemplo, a utilização de campanhas educativas, a fim de se equilibrar os princípios fundamentais da autonomia da vontade e da saúde coletiva.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Dignidade da Pessoa Humana. Direito Coletivo à Saúde.

¹ Mestranda em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais. Pós-Graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Endereço eletrônico: joycefigueiredo@hotmail.com. ORCID: 0000-0001-7852-0055

ABSTRACT

The present work seeks to analyze to what extent the autonomy of will, which stems from the very principle of human dignity, can overlap with the collective right to health, seeking to analyze even the position of jurisprudence on the subject. For that, it will use the deductive method, with bibliographical review and analysis of jurisprudence, and the first chapter will analyze the autonomy of will and the right to information. The second chapter will analyze the relativization of fundamental rights during a pandemic and the position of doctrine and jurisprudence on the subject and the last chapter will verify the position of jurisprudence, especially of the Federal Supreme Court on the aspect of the collective right to health overlapping or not to the individual right, especially with regard to the autonomy of the will, to conclude that the matter needs to be further explored, and it should be better evaluated whether it would be the case to verify whether other measures would not be as effective for encouraging people to be vaccinated, such as the use of educational campaigns, in order to balance the fundamentals principles of free will and collective health.

Keywords: Autonomy of the will. Dignity of human person. Collective Right to Health.

INTRODUÇÃO

Desde meados de março de 2020 o mundo vem enfrentando a pandemia do COVID-19, iniciada na China com inúmeros mortos, sendo que somente no final de 2020 foi possível aos países começarem a vacinação.

No dia 8 de dezembro de 2020, o Reino Unido se tornou o primeiro país do Ocidente a vacinar a população contra o novo coronavírus. O imunizante aprovado para o uso emergencial foi o desenvolvido pela parceria entre a farmacêutica americana Pfizer e a empresa de biotecnologia alemã BioNTech. Pouco tempo depois, a aprovação

também ocorreu nos Estados Unidos, no Canadá, na União Europeia e assim em diante.²

Desde então, iniciou-se uma verdadeira polêmica, devido ao movimento, já existente há anos, por grupos antivacinas, os quais utilizam-se da internet para disseminar argumentos que colocam em dúvida a própria segurança das vacinas e questionam até mesmo métodos naturais que evitariam doenças.

Uma pesquisa realizada por pesquisadores da Unicamp (Universidade Estadual de Campinas) e da Universidade da Califórnia Berkeley, nos Estados Unidos, publicado na revista *Frontiers in Communication* localizaram 158 vídeos sobre vacinas com mais de 10 mil visualizações, interações e conexão com outros vídeos da rede. Oito dos 20 canais que disseminam essas informações falsas têm o selo de conta verificada pelo YouTube e pertencem a companhias ou a promotores de serviços de saúde alternativa. No material veiculado, três argumentos se sobressaem: que as vacinas contêm ingredientes perigosos (presente em 53% da amostra), de defesa da liberdade de escolha (48%), de promoção de serviços de saúde alternativa (em 42%)³.

Ou seja, o que se percebe é que o movimento antivacinação existe e está cada vez mais se solidificando levando de forma temerária a desinformação e a desconfiança à diversas pessoas contra a ciência.

Neste contexto, o que se busca com o presente trabalho é analisar em que medida a autonomia da vontade, a qual decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pode se sobrepor ao direito coletivo à saúde, buscando-se analisar inclusive a posição da jurisprudência sobre o assunto.

Para tanto, utilizará do método dedutivo, com revisão bibliográfica e análise de jurisprudências, sendo que no primeiro capítulo se analisará a autonomia da vontade e o direito à informação.

² Informações disponíveis em <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/12/24/quais-os-paises-que-ja-comecaram-a-vacinacao-contra-a-covid-19>

³ Informação disponível em <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/10/29/movimento-antivacina-avanca-online-por-que-ele-e-ameaca-a-saude-publica.htm>

No segundo capítulo será analisada a relativização dos direitos fundamentais em época de pandemia e a posição da doutrina e jurisprudência sobre o assunto e no último capítulo se verificará a posição da jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal sobre o aspecto do direito coletivo à saúde se sobrepor ou não ao direito individual, principalmente, no que diz respeito à autonomia da vontade.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A AUTONOMIA DA VONTADE E O DIREITO À SAÚDE

Constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio norteador da Constituição Federal de 1988, vindo inclusive como um dos fundamentos da República.

Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um nela projeta a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas. (BARROSO, 2010, página 08)

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, página 61)

Desse modo, por estar relacionada com a própria existência humana e exigir que cada ser humano seja visto como um fim em si

mesmo, a dignidade é a origem de todos os direitos fundamentais, conforme conclui Álvaro Villaça de Azevedo (AZEVEDO apud MOURA, 2017).

Assim, considerando o texto da Constituição, pode-se afirmar que os direitos da personalidade encontram-se reconhecidos nela e regulados nos artigos 11 a 21, do Código Civil de 2002, embora não se trate de um rol taxativo, mas amplo. Nesse sentido, os direitos da personalidade são garantidos pela dignidade humana e consagrados pela tutela e promoção da pessoa humana. Isso porque, como fonte primária por excelência do Direito, preceito constitucional e princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana está presente na Constituição como uma cláusula geral, subordinando todos os direitos da personalidade, sendo fundamental o respeito à dignidade para a garantia do livre exercício da personalidade humana. (MOURA, 2017)

Desta forma, os Direitos Fundamentais elencados na CF/88 devem ser entendidos tendo como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois o mesmo contribui para a efetividade da Constituição. Ao se falar em direito à vida, entende-se vida digna; ao se mencionar direito à liberdade de crença, fala-se em exercício digno desse direito. É como se estes só pudessem ser exercidos na sua completude, entendidos e construídos sob a base do referido princípio. (MOURA, 2017)

Portanto, a CF/88, ao assegurar o direito à vida, o faz à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando a vida em todos os seus desdobramentos. Respeitar o indivíduo vivo não seria apenas assegurar-lhe meios de proteger apenas a sua estrutura física, pois a vida é considerada em seus aspectos biológicos, psíquicos e sociais, advindo daí o conceito de vida digna: aquela em que o indivíduo é assegurado de que suas convicções serão respeitadas. (MOURA, 2017)

Até meados do século XX, as relações entre médicos e pacientes eram fundadas no princípio da beneficência, o qual determinava que o médico assumisse a postura de “protetor do paciente”, sendo plenamente justificável qualquer medida tomada por tal profissional

da saúde destinada a restaurar sua saúde ou prolongar a vida do enfermo. Assim, o paternalismo médico legitimava a intervenção do profissional segundo seus próprios critérios e escolhas, ainda que sem a aquiescência do paciente ou de encontro com sua vontade expressa. (MOURA, 2017)

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, inicia-se a superação de tal paradigma. O Código de Nuremberg, de 1947, o qual objetivava regular as pesquisas com seres humanos, tornou-se o marco de tal superação. Isso porque, tendo como base o princípio da autodeterminação da pessoa, o Código firmou que o consentimento informado era requisito imprescindível para que as experiências médicas fossem consideradas eticamente válidas. (MOURA, 2017)

A partir de então, houve grande mudança nos paradigmas da ética médica: a autonomia do paciente como fundamento da bioética substituiu o paternalismo de outrora. Com isso, o paciente passa a ser reconhecido como sujeito de direitos, deixando de ser um simples objeto de experiências médicas, podendo realizar suas escolhas existenciais de forma autônoma. (MOURA, 2017)

De acordo com Luís Roberto Barroso, dentre os muitos aspectos envolvidos na noção de autonomia, dois deles, mutuamente implicados, são especialmente interessantes. O primeiro é a capacidade de autodeterminação, que constitui o próprio núcleo da autonomia. O segundo é a exigência de que haja condições adequadas para o exercício da autodeterminação, de modo a evitar que ela se converta em mero formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo. (BARROSO, 2010, página 10)

Assim, a autonomia da vontade possui uma estreita relação com o direito que o indivíduo possui de realizar suas próprias escolhas existenciais e morais, traçando os rumos de sua vida, possibilitando o livre desenvolvimento de sua personalidade e assumindo os riscos das decisões tomadas. Para isso, é preciso que sejam asseguradas as mínimas condições para que a possibilidade de se autodeterminar, por fazer escolhas livres, seja real. (MOURA, 2017)

Conforme demonstrado por Álvaro Villaça de Azevedo, a autonomia e liberdade integram a dignidade. Assim, cada direito fundamental contém uma expressão de dignidade, isto é, de autonomia e de liberdade. (AZEVEDO apud MOURA, 2017).

O Princípio da Autonomia da Vontade é decorrente do da Dignidade da Pessoa Humana e especifica uma das maneiras de seu exercício ou exteriorização.

Pode-se perceber claramente a presença explícita do princípio da autonomia da vontade a partir da análise do artigo 15 do Código Civil de 2002: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Não há dúvidas de que tal dispositivo é uma manifestação da dignidade da pessoa humana, porquanto prima pela autonomia da vontade. O texto é claro em respeitar a oposição do paciente frente a um tratamento médico, principalmente se este apresentar risco à sua saúde ou à sua vida. (AZEVEDO apud MOURA, 2017).

Segundo o princípio da autonomia da vontade, uma pessoa tem o direito de determinar-se quanto ao seu corpo, preservando-lhe a integridade física e mental, quaisquer que sejam suas motivações. Ademais, ao exercitar o direito à liberdade de crença, o indivíduo também invoca o princípio da autonomia, pois este também lhe proporciona dignidade ao possibilitar usar sua vida e seus recursos para exercitar suas crenças. (MOURA, 2017)

Desse modo, a autonomia do paciente possui uma relação íntima com a obrigação que o médico tem de fornecer informações, as quais devem ser prestadas de forma clara. Isso porque, caso o paciente não tenha acesso a todas as informações necessárias, sua autonomia será restrita e, em consequência, o seu poder de escolha será limitado. Portanto, além de todos os esclarecimentos acerca do procedimento proposto pelo médico, o paciente precisar estar ciente, inclusive, da existência ou não de tratamentos alternativos. (MOURA, 2017)

O que não é diferente quando se diz respeito à aplicação de vacinas, assunto este que vem tomando as discussões no país com o início da vacinação contra a COVI-19, devido ao movimento, já existente

há anos, por grupos antivacinas, os quais utilizam-se da internet para disseminar argumentos que colocam em dúvida a própria segurança das vacinas e questionam até mesmo métodos naturais que evitariam doenças.

Mas, o que se deve questionar e se verificar é em que medida a autonomia da vontade pode se sobrepor ao direito à saúde, pois se tratam de dois direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo art. 6º estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e em seu artigo 196 determina 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, sendo, portanto, o direito à saúde considerado um direito fundamental de todo o indivíduo.

Por outro lado, como visto, a autonomia da vontade decorre do princípio da dignidade humana, princípio este norteador de toda a Constituição Federal Brasileira, também considerado um direito fundamental e tratado, inclusive, como um fundamento da República, como demonstrado.

Assim, o que se verifica é que deve haver o respeito à dignidade para a garantia do livre exercício da personalidade humana, sendo ainda que deve ser observada a exigência de que haja condições adequadas para o exercício da autodeterminação, de modo a evitar que ela se converta em mero formalismo ou em justificativa para a violação de direitos fundamentais do próprio indivíduo. (BARROSO, 2010, página 10)

Mas, como conciliar os dois direitos para que não ocorra conflitos é a discussão que se pretende tratar no presente ensaio, inclusive, analisando-se a posição da jurisprudência no caso.

2. A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ÉPOCA DE PANDEMIA

Notoriamente, verifica-se que o caráter absoluto dos direitos fundamentais vem sendo relativizado em caso de conflitos entre esses direitos.

No caso em questão, o que se discute é a possibilidade ou não da relativização do direito fundamental da autonomia da vontade, quando o indivíduo possui as condições adequadas para o exercício da autodeterminação, se sobreponha ao direito coletivo à saúde, podendo ou não escolher sobre receber a vacina contra a COVID-19.

Diante de tal fato pode-se dizer que se encontra em conflito o direito à autonomia da vontade e o direito à saúde.

Na falta de norma infraconstitucional em vigência que excepciona a situação, conforme anteriormente demonstrado, a análise deve caminhar para o que dispõe a Constituição Federal de 1988 e o que se nota é que a Carta Magna traz um conjunto de regras e princípios que não teriam hierarquia entre si.

Para Barroso (2010, pág. 238 a 239) após longo processo evolutivo, consolidou-se na Teoria do Direito a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies, as regras e os princípios.

Deve-se destacar que segundo referido autor os princípios ganharam especial relevância no pensamento jurídico contemporâneo, principalmente os princípios constitucionais, uma vez que são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Assim, os princípios passaram ao centro do sistema jurídico, deixando de ser fonte secundária do direito.

Para diferenciar regras de princípios assim se manifesta Barroso em sua obra:

(...) com relação à estrutura normativa, princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva

de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Há muitas formas de respeitar ou fomentar o respeito à dignidade humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito à saúde. Aliás, é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para sua realização. Já com as regras se passa de modo diferente: são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Em suma: princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas. (...) (BARROSO, 2010, pág. 242)

Ao citar a Teoria de Alexy e a diferenciação que este faz entre princípios e regras, Barroso (2010, pág. 245) afirma que o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. (BARROSO, 2010, pág. 245)

Ao se analisar a questão da colisão entre os princípios importa esclarecer o pensamento de Alexy, o qual assim afirma:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem

que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência (...) (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Alexy, portanto, considera que no caso concreto os princípios possuem pesos diferentes e aquele que tiver o maior peso deverá prevalecer.

Para Barroso:

(...) Como o Direito gravita em torno desses dois grandes valores - justiça e segurança -, uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios. Um modelo exclusivo de regras supervalorizaria a segurança, impedindo, pela falta de abertura e flexibilidade, a comunicação do ordenamento com a realidade, frustrando, em muitas situações, a realização da justiça. Um modelo exclusivo de princípios aniquilaria a segurança jurídica, pela falta de objetividade e previsibilidade das condutas e, conseqüentemente, de uniformidade nas soluções interpretativas. (...) (BARROSO, 2010, pág. 245-246)

Mas para que seja possível a ponderação dos princípios, segundo o raciocínio de Alexy deve-se utilizar da aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas variáveis, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação deve-se entender que a medida proposta se mostra a mais adequada ao objetivo a ser alcançado. Por sua vez, a necessidade é se analisar se a medida proposta é a única existente

para se alcançar a finalidade e a proporcionalidade em sentido estrito seria a proibição do excesso em relação à medida proposta. (Victorino, 2014)

Como anteriormente analisado, Alexy afirma que diante do conflito de princípios constitucionais, haveria a necessidade de ponderação dos mesmos, em que um teria precedência sobre o outro. E para se verificar o princípio que deve prevalecer, também é necessário que se analise a existência da proporcionalidade no caso, pois a mesma atua como um limitador à violação de direitos fundamentais.

Conforme também colocado, para se verificar se uma medida é proporcional faz-se necessário analisar se a mesma é adequada, necessária e se há excesso.

O Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, e acórdão publicado em 12 de maio de 2000, posicionou-se no sentido de que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros:

(...) OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das

liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (...) (BRASIL, 2000)

Em outra decisão recente, no Mandado de Segurança 33340/DF, cujo relator Ministro Luiz Fux e acórdão publicado em 03 de agosto de 2015, o STF também decidiu no sentido de que:

(...) O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a LC 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da CF. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. (...) (BRASIL, 2015)

Nota-se, portanto, que o entendimento preponderante na Suprema Corte, a qual tem por precípua função proteger a própria Constituição e, por consequência, os próprios direitos fundamentais ali constantes, admite a relativização de direitos considerados fundamentais, por entender que há questões que se sobrepõem ao próprio interesse/direito individual.

E o próprio STF afirma que o princípio da proporcionalidade e suas variáveis deve servir de parâmetro no controle das decisões tomadas pelo Estado que levam a possíveis restrições aos direitos fundamentais, seguindo-se, portanto, o destacado por Alexy em sua teoria, como se vê quando referida Corte ao decidir a ADPF 101, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, cujo acórdão foi publicado em 04 de junho de 2012, utilizou-se da máxima da proporcionalidade,

realizando uma ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio, em cotejo com o princípio do direito a um meio-ambiente equilibrado, deu primazia aos preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da CF/88).

Referida ação tratou de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizado pelo Presidente da República, sob o argumento de que numerosas decisões de juízes federais das Seções Judiciárias do Ceará, do Espírito Santo, de Minas Gerais, do Paraná, do Rio de Janeiro e de São Paulo, bem como dos Tribunais Regionais Federais da 2^a, 3^a, 4^a e 5^a Região estariam descumprindo os preceitos fundamentais constantes, essencialmente, dos arts. 196 e 225 da Constituição da República, que tratam da saúde e do meio ambiente, ao garantir aos autores das ações a importação de pneus usados e remoldados.

3. A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E O RECENTE JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ARE 1267879

A autonomia da vontade vem sendo considerada principalmente quando o assunto envolve a escolha de tratamento médico, conforme entendimento de Luís Roberto Barroso no seguinte sentido:

A. Nas últimas décadas, a ética médica evoluiu do paradigma paternalista, em que o médico decidia por seus próprios critérios e impunha terapias e procedimentos, para um modelo fundado na autonomia do paciente. A regra, no mundo contemporâneo, passou a ser a anuência do paciente em relação a qualquer intervenção que afete sua integridade.

B. A dignidade da pessoa humana é o fundamento e a justificação dos direitos fundamentais. Ela tem uma dimensão ligada à autonomia do indivíduo, que expressa sua capacidade de autodeterminação, de liberdade de realizar suas escolhas existenciais e de

assumir a responsabilidade por elas. A dignidade pode envolver, igualmente, a proteção de determinados valores sociais e a promoção do bem do próprio indivíduo, aferido por critérios externos a ele. Trata-se da dignidade como heteronomia. Na Constituição brasileira, é possível afirmar a predominância da idéia de dignidade como autonomia, o que significa dizer que, como regra, devem prevalecer as escolhas individuais. Para afastá-las, impõe-se um especial ônus argumentativo.

C. É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.

D. Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada. (BARROSO, 2010, página 42)

O que não é diferente quando se verifica o entendimento dominante na jurisprudência:

“CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PACIENTE INTERNADO. TRATAMENTO APLICADO PELA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. TRANSFUSÃO

DE SANGUE COMPULSÓRIA. RECUSA DA PESSOA ENFERMA. OPÇÃO POR MODALIDADE DIVERSA DE TRATAMENTO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À LIBERDADE. DIREITO DE ESCOLHA DA ESPÉCIE DE TRATAMENTO MÉDICO. LEGALIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A opção de escolha pela modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, é conduta que possui a natureza de direito fundamento, protegida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. 2. É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal” (BRASIL, 2016).

Ocorre que, quando se trata de aplicação de vacina, principalmente, nos dias de hoje, em razão da pandemia COVID-19, verifica-se que há um entendimento diferente, eis que se trata de situação que ultrapassa o simples interesse individual.

APELAÇÃO CÍVEL - MEDIDA DE PROTEÇÃO - DIREITO À SAÚDE - VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA - DIREITO COLETIVO - MELHOR INTERESSE DO MENOR - LIBERDADE RELIGIOSA - PONDERAÇÃO. 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.https://emporiododireito.com.br/_ftn11 (BRASIL, 2019)

Diante desta situação e da polêmica envolvida, o Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento do ARE 1267879 que é constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

O interessante de referida decisão é que o Supremo Tribunal Federal não desconsiderou totalmente a autonomia da vontade, sendo que a vacinação obrigatória não significa vacina forçada.

Assim, na decisão foi fixada a seguinte tese: (I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada a recusa do

usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente. (II) Tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do referido recurso, destacou que a liberdade de consciência é protegida constitucionalmente (art. 5º, VI e VIII) e se expressa no direito que toda pessoa tem de fazer suas escolhas existenciais e de viver o seu próprio ideal de vida boa. É senso comum, porém, que nenhum direito é absoluto, encontrando seus limites em outros direitos e valores constitucionais. No caso em exame, a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227).

Assim, embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais. Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade - como, por exemplo, ao obrigar o uso de cinto de segurança.

Para Barroso, não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros. Ele lembrou que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de uma série de doenças, mas, para isso, é necessário imunizar uma parcela significativa da população, a fim de atingir a chamada imunidade de rebanho.

O ministro também se manifestou pela constitucionalidade da vacinação obrigatória, desde que o imunizante esteja devidamente registrado por órgão de vigilância sanitária, esteja incluído no Plano Nacional de Imunização (PNI), tenha sua obrigatoriedade incluída em lei ou tenha sua aplicação determinada pela autoridade competente.

Este foi o mesmo entendimento expresso pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), ao julgar, em 8 de abril deste ano, a compatibilidade da legislação tcheca com o artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que considera obrigatória a vacinação de crianças contra nove doenças (não covid-19), impondo aos pais, em caso de desobediência, multas e outras restrições a direitos. A CEDH entendeu que a lei tcheca é válida, e que a vacinação obrigatória pode ser necessária em países democráticos, mas que não pode ser imposta fisicamente, e as medidas constritivas, indiretas, devem ser razoáveis e proporcionais. (GARCIA, 2021)

Apesar do voto do relator Ministro Barroso em um primeiro momento aparentar ser contrário ao seu próprio parecer exarado quando em análise a transfusão de sangue em pessoas Testemunhas de Jeová (BARROSO, 2010), o que se percebe é que houve uma consideração pelo Supremo Tribunal Federal da autonomia da vontade ao determinar que a vacinação não é forçada, devendo-se estabelecer medidas indiretas caso o indivíduo não queira se vacinar.

Ocorre que, essa decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi tomada sem que tivesse ocorrido a devida discussão sobre o assunto, não tendo envolvido os profissionais da saúde e a própria sociedade.

Deve-se comparar que em países mais desenvolvidos, como é o caso dos Estados Unidos da América, a vacinação não é obrigatória para o COVID-19, justamente por ser um país que prima pela autonomia da vontade, tendo se utilizado de outros meios para incentivar a vacinação de sua população, inclusive, de campanhas educativas sobre o assunto⁴.

4 Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/vacina-contracovid-19-nao-sera-obrigatoria-nos-eua-diz-assessor-da-casa-branca/>

Verifica-se que, a decisão do Supremo Tribunal Federal apenas relativizou a autonomia da vontade, não adentrando em discussões mais profundas sobre o assunto, fato que não pode ser aceito e precisa ser melhor avaliado, até mesmo devendo-se considerar a utilização de campanhas educativas para incentivar a população a se vacinar, visto que se tratam de dois direitos fundamentais, sendo que a autonomia da vontade decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, conforme demonstrado.

Desta forma, ao se considerar as próprias premissas utilizadas para se ponderar e relativizar os princípios fundamentais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que, por adequação deve-se entender que a medida proposta se mostra a mais adequada ao objetivo a ser alcançado. Por sua vez, a necessidade é se analisar se a medida proposta é a única existente para se alcançar a finalidade e a proporcionalidade em sentido estrito seria a proibição do excesso em relação à medida proposta, deve-se indagar se não seria o caso de se verificar se outras medidas não seriam tão ou melhor eficazes para o incentivo à vacinação, como, por exemplo, a utilização de campanhas educativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais. Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade - como, por exemplo, ao obrigar o uso de cinto de segurança, não podendo ser consideradas legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros.

Assim, apesar da importância da vacina do covid-19 no contexto mundial, deve-se pensar melhor se não haveria outros meios para incentivar a vacinação da população, a fim de se equilibrar o princípio da autonomia da vontade, o qual decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o fez os Estados Unidos da

América, país onde a vacinação não é obrigatória para o COVID-19, justamente por ser um país que prima pela autonomia da vontade, tendo se utilizado de outros meios para incentivar a vacinação das pessoas, inclusive, de campanhas educativas sobre o assunto.

Desta forma, verifica-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal apenas relativizou a autonomia da vontade, não adentrando-se em discussões mais profundas sobre o assunto, fato que não pode ser aceito e precisa ser melhor avaliado, até mesmo devendo-se considerar a utilização de campanhas educativas para incentivar a população a se vacinar, visto que se tratam de dois direitos fundamentais, sendo que a autonomia da vontade decorre do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, ao se considerar as próprias premissas utilizadas para se ponderar e relativizar os princípios fundamentais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que, por adequação deve-se entender que a medida proposta se mostra a mais adequada ao objetivo a ser alcançado. Por sua vez, a necessidade é se analisar se a medida proposta é a única existente para se alcançar a finalidade e a proporcionalidade em sentido estrito seria a proibição do excesso em relação à medida proposta, deve-se indagar se não seria o caso de se verificar se outras medidas não seriam tão ou melhor eficazes para o incentivo à vacinação, como, por exemplo, a utilização de campanhas educativas, a fim de se equilibrar os princípios da autonomia da vontade e da saúde coletiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo **1267879** de São Paulo: Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 dez. 2020. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em 09 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento 0017343-82.2016.4.01.0000 de Minas Gerais. Kassio Nunes Marques. Sessão de Julgamento 16 de maio de 2016. Disponível em <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>. Acesso em 08 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10518180076920001 de Minas Gerais. Desembargador Dárcio Lopardi Mendes, 17 de dezembro 2019, Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/793583412/apelacao-civel-ac-10518180076920001-mg?ref=serp>. Acesso em: 08 jul. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Parecer Jurídico Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade Humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em

<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2021

GARCIA, José Carlos. **Vacinação contra a covid-19: obrigatória ou facultativa?** Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2021/07/01/vacinacao-contra-a-covid-19-obrigatoria-ou-facultativa>. Acesso em: 28 jul. 2021.

MOURA, Niderlee e Silva Souza de. **O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o livre exercício da personalidade humana e a autonomia da vontade do paciente.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5893, 20 ago. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61417>. Acesso em: 09 jun. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo. Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo. Método, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 08 mai. 2020.

PASSAPORTE DE VACINAÇÃO NO BRASIL: ALGUMAS QUESTÕES DE ORDEM PRÁTICA

*Mário Konichi Higuchi Júnior¹
Vanuza Maria de Oliveira Carvalho²*

RESUMO

O objeto deste trabalho relaciona-se à investigação dos fundamentos da adoção de uma certificação de imunidade no Brasil, por meio de documentação digital, como previsto no Projeto de Lei n. 1674/21, que cria o Certificado Nacional de Imunização e Segurança Sanitária (CSS). A proposta é verificar se ele imporá às pessoas a obrigação de se vacinar e se, de outro lado, representaria uma ofensa ao direito à privacidade de seu portador, já que o mecanismo se prestaria a controlar os movimentos dos indivíduos. Assim, como hipótese, o artigo propõe-se a aferir se o certificado de imunização ultrapassaria as barreiras da obrigatoriedade e da privacidade, de modo a angariar amparo constitucional, e, num segundo momento, se faria sentido falar em “passaporte de vacina” no Brasil, no presente momento, com menos de 15% da população vacinada. A metodologia utilizada na pesquisa foi a dedutiva, por intermédio do método analítico. Como fontes primárias, a pesquisa pautou-se pela consulta bibliográfica a livros e artigos disponibilizados em revistas científicas.

PALAVRAS-CHAVE: Certificado de vacinação – Obrigatoriedade – Privacidade.

1 Mestre em Direito (Faculdades Milton Campos). Pós-graduado em Direito Público (PUC Minas). Pós-graduado em Inteligência de Estado e Inteligência de Segurança Pública com Direitos Humanos (Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais em parceria com o Centro Universitário Newton Paiva). Promotor de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos (MPMG)

2 Vanuza Maria de Oliveira Carvalho - Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. E-mail: vanuzamariaadv@gmail.com

ABSTRACT

The object of this work relates to the investigation of the fundamentals of the adoption of an immunity certification in Brazil, through digital documentation, as provided for in the bill n. 1674/21, which creates the National Sanitary Immunization and Safety Certificate (CSS). The proposal is to verify that it would impose persons obligation to vaccinate and if, on the other hand, it would represent an offense to the right to the privacy of their carrier, as the mechanism would control the movements of individuals. Thus, as a hypothesis, the article is proposed to assess whether the immunization certificate would exceed the barriers of compulsion and privacy in order to raise constitutional support, and in a second moment it would make sense to speak in “vaccine passport” Brazil, at the present time, with less than 15% of the vaccinated population. The methodology used in the research was deductive through the analytical method. As primary sources, the research was based on bibliographic consultation to books and articles made available in scientific journals.

KEYWORDS: Vaccination Certificate - Obligation – Privacy.

1. INTRODUÇÃO

Passado cerca de um ano desde que a COVID-19, doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, foi identificada pela primeira vez na China, convivemos hoje com duas certezas: a de estarmos diante de um dos maiores desafios sanitários em escala global deste século e a de que, definitivamente, o mundo não se encontrava previamente preparado para os efeitos sociais, culturais, educacionais e econômicos gerados por essa enfermidade.

A alta velocidade de disseminação do vírus e sua capacidade de provocar mortes em populações vulneráveis fizeram com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarasse, em 30 de janeiro de 2020, que a epidemia da COVID-19 constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (WHO, 2020) e, em 11 de março de 2020, uma pandemia.

No Brasil, onde a transmissão comunitária em todo o território nacional foi declarada em 20 de março, 17.037.129 casos e 476.792 mortes pela COVID-19 haviam sido confirmadas até 10 de junho de 2021, segundo o Weekly Epidemiological Update on COVID-19, da Organização Mundial de Saúde. Em termos globais, os números chegam a impressionantes 174.061.995 casos, com 3.758.560 mortes.

O alento, apesar das incertezas sobre as alterações na transmissibilidade, apresentação clínica e gravidade das variantes do SARS-CoV-2, está no avanço da vacinação mundial, que conta hoje com acerca de 2 bilhões de doses da vacina aplicadas, sendo 431.120.000 milhões de pessoas totalmente vacinadas (MATHIEU; RITCHIE; ORTIZ-OSPINA e et al., 2021).

Esse avanço nos programas de vacinação em massa, aliado à premente necessidade de retomada econômica, fez surgir a discussão sobre a adoção, pela comunidade internacional, do “passaporte de vacinação”, isto é, uma espécie de “certificação de status COVID” que permitiria, gradualmente, o retorno à normalidade das atividades econômicas, não só para fins domésticos, como a retomada de eventos esportivos, culturais e de entretenimento, mas também internacionais, com o fim das restrições de viagens, ingresso e permanência em países estrangeiros, àqueles que estivessem devidamente imunizados.

Entre nós, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 1674/21, que cria o Certificado Nacional de Imunização e Segurança Sanitária (CSS).

Já aprovado no Senado, o projeto, que agora segue para a Câmara dos Deputados, prevê que referido certificado, ao trazer informações sobre vacinação, testagem e recuperação de doença infectocontagiosa de seu portador, poderá subsidiar a suspensão ou o abrandamento de medidas restritivas para enfrentamento de situação de emergência de saúde pública.

A par da pertinente discussão sobre a relativa eficiência dessa certificação, já que perdurariam as incertezas em torno da efetiva imunidade e da eficácia a longo prazo das vacinas, a questão suscita outros interessantes debates de ordem prática: a adoção de um

passaporte de vacinação e sua exigência para a fruição de direitos, categorizando as pessoas, portanto, de acordo com seu estado de saúde, obrigaria a pessoa a se vacinar?

De outro turno, o certificado, justamente por conter tecnologia digital interoperável e digitalmente legível que permite o acesso aos dados do portador, representaria uma violação ao direito fundamental da pessoa à sua privacidade? Em caso afirmativo, a excepcionalidade do momento justificaria a restrição desse direito fundamental?

Faz sentido falar em certificação de imunidade se o país ainda não disponibilizou, a tempo e modo, doses suficientes para a totalidade da população?

Tais questionamentos mostram que o tema transcende a mera imposição de um certificado de vacinação, subsistindo outros, de ordem prática, que carecem de uma análise mais acurada, até mesmo para subsidiar, juridicamente, sua adoção.

A relevância da presente pesquisa encontra-se justamente no propósito de verificar se uma estratégia de certificação de imunidade, por meio de documentação digital, como previsto no projeto de lei, imporá às pessoas a obrigação de se vacinar e, noutro giro, atingiria seu direito à privacidade, já que o mecanismo se prestaria a controlar os movimentos dos indivíduos.

Para a consecução do objetivo geral do trabalho, que é verificar se o Certificado Nacional de Imunização e Segurança Sanitária (CSS) impõe obrigação e ameaça a privacidade, estabelecemos outros, específicos, que consistem em levantar o conteúdo jurídico do direito à privacidade e a eventual possibilidade de restrição desse direito fundamental.

Nossas hipóteses indicam que o direito à privacidade, além de resguardar a vida privada dos cidadãos, permite a autodeterminação informativa do titular do direito. No contexto de excepcionalidade em que vivemos, a adoção de um passaporte de imunidade exigirá do poder público a criação de balizas de ponderação adequadas e proporcionais para o enfrentamento da aparente colisão entre o direito à privacidade e a ânsia da retomada da vida pré-pandemia.

Empregamos a metodologia dedutiva, pelo método analítico, para desenvolver nosso estudo, o que significa que a análise, a avaliação, a crítica, a sistematização e a síntese são feitas relativamente a elementos internos do ordenamento jurídico, objetivando a maior operacionalidade deles no âmbito interno deste (PACHECO, 2008, p. 162).

Em síntese, o artigo, além da introdução, da conclusão e das referências bibliográficas, encontra-se organizado em três tópicos. No primeiro, analisamos os aspectos gerais do Projeto de Lei n. 1674/21, que prevê a criação do Certificado Nacional de Imunização e Segurança Sanitária (CSS). No segundo item, investiga-se a existência, ou não, da obrigatoriedade de se vacinar para fruição de direitos assegurados ao portador do CSS. O terceiro ponto foi dedicado à questão dos possíveis riscos acarretados pelo monitoramento do status de imunização do indivíduo, por meio da criação de uma certificação de vacinação. Trata-se ainda nesse tópico sobre a possibilidade de restrição do direito fundamental à privacidade, como forma de se resguardar a saúde pública.

2. O PROJETO DE LEI N. 1674/2021.

À medida que os programas de vacinação avançam, intensificam-se as discussões sobre a adoção pelos países de passaportes de vacinas, isto é, certificados de imunização que possibilitariam a redução das restrições de saúde pública para seus portadores.

A Comissão Europeia, por exemplo, propôs a regulamentação do Certificado Verde Digital (*Digital Green Certificate*) no âmbito da União Europeia, com o objetivo de unificar as regras já adotadas por diversos Estados-Membros para conciliar o combate à pandemia com o direito à livre circulação dos cidadãos.

Em Israel, o “passe verde” concede ao seu portador o direito de frequentar eventos esportivos e culturais, além de dispensar da quarentena quando retornar ao país, após viagem ao exterior. Trata-se de um certificado digital que pode ser baixado no celular uma semana

depois da aplicação da segunda dose da vacina da Pfizer/BioNTech, a única inoculada até o momento nos israelenses.

A Dinamarca instituiu o “Passaporte COVID-19 negativo” como uma garantia aos viajantes dinamarqueses para que possam visitar outros países que abriram as fronteiras e têm baixa incidência de contágio de COVID-19.

Em Nova York, aqueles que tomaram doses das vacinas produzidas pela Pfizer/BioNTech, Moderna ou Janssen/Johnson & Johnson, as únicas autorizadas pelo FDA e aprovadas pelo Estado de Nova York, podem adquirir o “Excelsior Pass”, certificado digital que permite a participação em teatros, arenas, locais de eventos e grandes casamentos.

No Brasil, no dia 10 de junho de 2021, o Senado Federal aprovou, por 72 votos a 0, o projeto de lei de autoria do Senador Carlos Portinho (PL/RJ), que cria o Certificado Nacional de Imunização e Segurança Sanitária (CSS).

O documento, a ser implementado por meio de plataforma digital, não se restringirá à COVID-19, e permitirá a emissão do Certificado de Nacional de Vacinação – CNV; do Certificado de Vacinação Internacional e Testagem – CVIT; do Certificado de Testagem – CT; e do Certificado de Recuperação de Doença Infectocontagiosa – CRDI (SENADO. 2021, art. 2º).

Segundo se extrai do projeto, o certificado poderá ser utilizado pelos entes federativos para suspender ou abrandar medidas profiláticas restritivas de locomoção ou de acesso de pessoas a serviços ou locais, públicos ou privados, que tenham sido adotadas pelo ordenamento, com o objetivo de limitar a prorrogação do agente infectocontagioso causador do surto ou pandemia, não podendo o portador do documento, válido e verificado por meio eletrônico, ser coagido, constrangido ou impedido de entrar, circular ou utilizar qualquer espaço público (SENADO. 2021, art. 3º, §1º, I).

Justificou-se a necessidade de adoção do certificado no Brasil como forma de se garantir não somente o direito de circulação da população, mas também a diminuição dos efeitos nocivos do

isolamento social prolongado, bem como a manutenção das atividades econômicas que não puderam se adaptar a sistemas remotos de oferta de serviços e produtos, de forma, portanto, a instrumentalizar os gestores públicos para conciliarem o combate à pandemia com a preservação dos direitos fundamentais ao trabalho, à educação e à locomoção.

Assim, caso o Parlamento de fato aprove o projeto de lei, o Brasil adotará, na esteira do que já vem ocorrendo em outros países, uma política oficial de governo que exigirá o uso generalizado de passaportes de vacina, o que impõe, como ressaltado, a análise de questões caras aos direitos fundamentais das pessoas.

3. PASSAPORTE DE VACINAÇÃO E OBRIGATORIEDADE DE SE VACINAR

O primeiro questionamento que nos afigura é se a institucionalização de um certificado de vacinação, categorizando as pessoas de acordo com seu estado de saúde, as obrigaria a se vacinar, de forma a torná-las aptas a fruição de determinados direitos, como o de frequentar determinados lugares públicos e privados.

Reza o inciso II, do art. 5º da Constituição de 1988 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O referido dispositivo, como sabido, compõe o rol dos direitos e garantias fundamentais, onde também se encontra amparado o direito à liberdade, a exemplo do disposto no art. 5º, caput, e incisos VI, XVII, XLI, LIV, da Constituição Federal.

No Estado Democrático Social e de Direito, assim reconhecido pela “Constituição Cidadã”, é cabível ao Estado, para fins de garantia das liberdades individuais, além da obrigação negativa, de não fazer, a obrigação positiva de oferecer aos cidadãos bens condicionadores de dignidade humana, como saúde, educação e moradia, conforme se depreende do art. 6º da Constituição Federal (RANIERI, 2019, p. 334).

Nesta senda, do direito à proteção da liberdade individual em face ao direito à saúde, nasce para o cidadão a indagação quanto à obrigação de se vacinar e a opção de ser ou não imunizado.

O Programa Nacional de Imunização Brasileiro é reconhecido internacionalmente como um programa de sucesso para a erradicação de várias doenças. No entanto, o que se vem observando no mundo, é o crescimento de um movimento antivacina, pelos mais diversos fatores, sendo mais relevantes os pessoais, políticos e socioculturais (BELTRÃO, 2020), que se desdobraram em questionamentos que se intensificaram ainda mais com a pandemia da COVID-19, com o surgimento de vacinas em período recorde de tempo. Essas motivações se entrelaçam em um ponto comum: a liberdade individual.

É importante destacar que, historicamente, a discussão entre direitos coletivos e individuais foi ocorrendo dentro das mais diversas linhas filosóficas e sociológicas (PINHO, 2005). Logo, a avaliação entre se deve preponderar o direito individual ou coletivo é inócua. O mais razoável é a análise dos benefícios e malefícios diante do caso concreto.

De um lado, o que se tem é o direito à individualidade, à privacidade, à liberdade de crenças e o direito de dispor do próprio corpo, que possui respaldo na Constituição Federal, art. 5º, inciso X. De outro, existe o direito público à saúde e o interesse na erradicação de uma doença infecciosa, ambos com respaldo no artigo 196 da Constituição de 1988, o que, segundo os especialistas, só irá ocorrer com a vacinação em massa da população mundial, em combinação com as medidas sanitárias (PESSANHA, 2020).

Nenhum direito é absoluto, nem abstratamente superior ao outro. Todos podem ser relativizados a depender do contexto ou caso concreto nos quais estão inseridos, observando-se sempre o princípio da razoabilidade e os parâmetros pré-estabelecidos dentro de um estado democrático de direito, como demonstram os estudos científicos sobre o tema:

Deste modo, haverá uma série de casos difíceis postos diante do Estado-juiz para a apreciação da colisão de princípios de direitos fundamentais da saúde e da autodeterminação informativa. Faz-se, pois, a necessária proposição de um método de solução desta colisão, apresando-se a máxima da proporcionalidade de Alexy como um marco teórico para se discutir a questão perante teoria do direito. [...]

É difícil se pensar na precedência da autodeterminação informativa em face do direito à saúde, na constância da condição da pandemia do novo coronavírus, até mesmo pelo motivo de que a autodeterminação informativa corre risco pelas sequelas da pandemia. Portanto, na circunstância da pandemia causada pelo COVID-19, o direito à saúde tem precedência em face do direito à autodeterminação informativa. Este é o resultado da lei da colisão (ANDREASSA, LEONARDO, 2020, p. 221-225).

Importante ressaltar que a vida em sociedade, por si só, representa um pacto coletivo, assim já dito por Jean-Jacques Rousseau (2013) em sua obra “O Contrato Social”. Assim, para uma boa convivência coletiva e uma aproximação da “paz social”, necessário que as pessoas sigam regras pré-estabelecidas.

A vacinação talvez seja um dos pactos sociais mais latentes, pois sua eficácia depende da adesão da maioria da população. Não é possível controlar ou erradicar a COVID-19 sem que a população esteja majoritariamente vacinada (ALBUQUERQUE; AMARAL; CORREA e et al, 2020). No caso da COVID-19, estima-se ser necessário que aproximadamente 70% da população esteja vacinada para que a doença seja controlada (IZQUIERDO, 2021).

Portanto, não parece razoável considerar que o interesse individual deva se sobrepor ao coletivo neste caso. Isso porque a não adesão ao pacto de vacinação de uma parcela considerável da população pode frustrar o objetivo de controlar a doença em longo

prazo (ALBUQUERQUE; AMARAL; CORREA e ET AL, 2020), o que não significa dizer que os direitos individuais não devam ser respeitados.

Obviamente, é inconcebível que alguém seja fisicamente forçado a se vacinar. No entanto, nada impede que os países, estados e municípios imponham medidas restritivas para aqueles que recusam a vacina, visando proteger a sua população:

Diversos Estados apostam suas fichas no uso de instrumentos de rastreamento geográfico, com a finalidade de se determinar zonas de contágio, identificar pessoas infectadas, suas famílias e até mesmo assegurar que estes não circularão e manterão as medidas de isolamento social, sendo esta uma das formas de intervenções não farmacológicas comunitárias que mais se tem visto na comunidade internacional (ANDREASSA, LEONARDO, 2020, p. 216).

Assim, acreditamos que a objeção à vacinação, alicerçada no direito fundamental da pessoa à autodeterminação, é tão justificável quanto a imposição de restrições ao gozo de direitos, especialmente se, coletivamente, essa recusa colocar a imunidade coletiva em risco.

4. PASSAPORTE DE VACINAÇÃO E DIREITO À PRIVACIDADE

Outra análise que se impõe é a verificação se a estratégia de certificação de imunidade, por meio de documentação digital, imporá às pessoas uma violação do seu direito à privacidade, já que o mecanismo se prestaria a controlar os movimentos dos indivíduos, e se esse direito poderia ser, em razão da excepcionalidade do cenário pandêmico, de alguma forma restringido.

A pandemia do COVID-19 trouxe, dentre outros, o debate sobre a possibilidade de rastreamento e monitoramento dos cidadãos como forma de profilaxia à livre circulação do vírus.

Como ressaltado, uma das alternativas discutidas pela comunidade internacional é o monitoramento de passaportes através da criação de uma certificação do status de vacinação dos cidadãos, como anunciado pelo Parlamento Europeu em 09 de junho de 2021 (EUCLYDES, 2021) e pelo Brasil, através da discussão do projeto de lei nº. 1.674/2021, de autoria do senador Carlos Portinho (SENADO FEDERAL, 2021)

Embora o intuito dessas propostas seja a promoção da vacinação, usando o poderio estatal para classificar ameaças iminentes à saúde pública, não é possível minimizar os riscos provenientes de uma discussão sobre controle de corpos e biopolítica.

Foucault (1995) apresenta a biopolítica enquanto uma série de processos de modelagem do indivíduo e gestão da população pelo poder estatal, sendo:

Um conjunto de ações sobre ações possíveis, ele opera sobre o campo de possibilidade onde se inscreve o comportamento dos sujeitos ativos; ele incita, induz, desvia, facilita ou torna mais difícil, amplia ou limita, torna mais ou menos provável; no limite ele coage ou impede absolutamente, mas é sempre uma maneira de agir sobre um ou vários sujeitos ativos (FOUCAULT, 1995, p. 243).

Avaliando-se os riscos existentes na adoção de um sistema de rastreamento e monitoramento dos passaportes de imunidade é possível elencar diversos pontos controversos que carecem de atenção.

Embora o Brasil seja referência mundial de vacinação e campanhas de erradicação de doenças, não há registro de situações pandêmicas no passado. A importância desse recorte é desvelada quando da formação de quadros comparativos entre o Brasil e outros países que já possuem uma tradição de planejamento para detecção e rastreamento de pessoas infectadas e protocolos de segurança

alinhavados às indicações da OMS, sobretudo o Regulamento Sanitário Internacional, como se observa no estudo adiante colacionado:

Um importante paralelo que se pode realizar com a medicina social inglesa e a situação atual causada pela COVID-19 é a complementação da “Lei dos Pobres”, em 1875, com a criação dos sistemas de health service e de health officers, que tinham por objetivo ter o controle médico da população por meio de controle de vacinações, registro e organização de doenças capazes de se tornarem epidemias, obrigando as pessoas a declararem doenças perigosas e a localização de lugares insalubres e eventual destruição dos focos de insalubridade (FOUCAULT, 1984, p. 95-96).

Além da adoção de protocolos de saúde pouco comuns aos brasileiros, os anos de 2020-2021 foram marcados por intervenções rotineiras no Ministério da Saúde, onde a alternância de ministros foi algo comum, o que revela a pouca experiência da coordenação federal e despreparo para gerir situações de emergência e risco.

Em alguns países asiáticos, a exemplo de Singapura, o governo e a comunidade técnica se uniram para desenvolver aplicativos de controle de contágio. Batizado de *Trace Together*, o aplicativo é usado para o monitoramento do vírus no país, e seu maior destaque decorre da não identificação dos cidadãos infectados. As pesquisas relacionadas ao aplicativo foram feitas em formato aberto, debatidas no meio acadêmico asiático e disponibilizadas para testes quanto a possibilidade de identificação de pessoas, como foi divulgado pelo relatório Data Privacy Brasil “Privacidade e Pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19” (BIONI, ZANATTA, RIELLI; 2020).

Os autores do supracitado relatório destacam que a utilização de dados pessoais com finalidade de controle é um processo dinâmico com espaço para contestação pela sociedade civil. Isso porque o relatório também pondera que na era da informação, não existem

garantias de que o uso desses dados será utilizado exclusivamente para o controle de doenças infectocontagiosas.

Segundo o estudo do *Data Privacy Brasil*, Brasil e Israel têm se destacado no cenário internacional no âmbito das políticas governamentais de uso de dados da COVID-19 (DATA PRIVACY BR, 2020). De acordo com o documento, foi idealizada em Israel uma política de coleta massiva de dados da população por meio de um aplicativo, de uso obrigatório, cuja finalidade é a identificação de indivíduos diagnosticados com COVID-19, bem como todos os que com ele tenham mantido contato. A finalidade desse plano de controle é a notificação das autoridades de segurança caso necessário, já que o país adotou medidas de isolamento social total.

No Brasil, a discussão girou em torno da Medida Provisória nº 954/2020, que dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, objetivando a continuidade da produção estatística oficial durante a vigência do contexto pandêmico (PLANALTO, 2021). Entretanto, a MP peca pela desproporcionalidade, haja vista não especificar o escopo dos dados para a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - Pnad Contínua.

A observação conjunta dos mecanismos de controle de contágio já apresentados desvela a preocupação da sociedade civil com o tratamento de dados particulares, algo confirmado pela fala atemporal de Erick Schimit, CEO do Google, de que não há dados insignificantes (SANTOS, 2020).

De fato, os certificados eletrônicos integrados a um aplicativo de smartphone, além de controlar a entrada em locais públicos ou privados com base no estado de saúde COVID-19 do indivíduo, podem relatar uma gama de dados não necessariamente relacionados ao estado de saúde das pessoas, incluindo a localização, histórico de viagens e com quem elas entraram em contato.

Taiwan, por exemplo, está usando aplicativos para smartphones com sistemas de alerta que estão diretamente ligados aos departamentos de polícia e a China já anunciou que os elementos de seu sistema

de rastreamento por código QR provavelmente permanecerão em funcionamento após o fim da pandemia.

No caso brasileiro, muito embora o Projeto de Lei n. 1674/21 preveja no parágrafo único de seu artigo 4º que “os dados pessoais incluídos nos certificados somente poderão ser utilizados de forma anônima para subsídio e elaboração de planejamento e políticas públicas, respeitando os limites impostos na Lei Geral de Proteção de Dados e a garantia da confidencialidade dos dados nela protegidos” (SENADO. 2021), é indiscutível a possibilidade de que, mesmo quando anonimizados, esses dados possam também gerar violações de direitos fundamentais, sobretudo em razão daquilo que se convencionou chamar de *viés algorítmico*.

Com efeito, seja por falha na programação, seja porque tendem a reproduzir uma realidade enviesada, seja ainda em razão da parcialidade dos dados com os quais são alimentados, o *viés algorítmico* pode reforçar estereótipos em resultados de busca na internet, seja, por exemplo, com ofertas de emprego mais atraentes para homens brancos heterossexuais do que para mulheres negras homossexuais, ou falhas em algoritmos de sistemas de saúde em razão da insuficiência de informações sobre determinadas minorias (SILVA, 2021, p. 207).

Por tal razão, ainda que anonimizados, esses dados “têm sido usados como instrumento de discriminação, ainda que às vezes involuntária, contra grupos de pessoas com base em raça, gênero, classe social, local de residência, e outros”, explica Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 207).

Assim, para além da discussão sobre a publicidade do estado de saúde do indivíduo, a eventualidade de mau uso de outras informações pessoais representaria inegável mácula à privacidade das pessoas.

Em condições tais, de iminente risco a esse direito fundamental, ainda assim seria justificável a utilização da certificação COVID digital? Em outras palavras, o exercício do direito constitucional à privacidade comportaria essa restrição?

Ora, a par da discussão sobre a existência ou não de direitos fundamentais de caráter absoluto, que a nosso sentir existem e,

por isso, não podem ser relativizados³, certo é que o entendimento da nossa Corte Suprema é pacífico no sentido de afirmar que é plenamente possível que o exercício de direitos fundamentais pode sofrer restrições em casos específicos.

Como inexistente uma escala capaz de mensurar valores tão distintos quanto vida, liberdade, igualdade, saúde, privacidade, propriedade, dentre outros, a adoção do teste da proporcionalidade mostra-se como critério decisivo para identificar se uma restrição a um direito fundamental seria compatível com a Constituição.

O teste da proporcionalidade nada mais é que uma sequência de perguntas acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, na hipótese que se nos apresenta, o afastamento do direito à privacidade pelo certificado de imunidade seria possível desde que satisfatórias as respostas às seguintes perguntas: a) a adoção do certificado de imunidade é medida adequada para fomentar a volta gradual das pessoas às atividades econômicas e sociais? b) existe uma outra medida que seja tão eficiente quanto o certificado de imunidade para fomentar o retorno das atividades e que, ao mesmo tempo, restrinja menos o direito à privacidade? e c) o grau de restrição à privacidade é justificado pelo grau de realização do direito fundamental à saúde da coletividade?

As respostas às indagações propostas revelam que a adoção do Certificado Nacional de Imunização e Segurança Sanitária (CSS), para o fim almejado pelo legislador, além de adequada e necessária, não restringe a privacidade além daquilo que a realização do objetivo perseguido é capaz de justificar.

Portanto, a medida, se aprovada pelo Poder Legislativo, tem amparo constitucional.

5. CONCLUSÃO

³ Citamos como exemplo a vedação à tortura (art. 5º, III); vedação de extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI); garantia da reserva legal (art. 5º, XXXIX).

A pandemia da COVID-19 trouxe, para além de desafios na saúde e nas políticas públicas, outros a serem discutidos no âmbito jurídico. Resta demonstrado que, por se tratar de uma doença infecciosa, capaz de gerar danos imensuráveis à coletividade, por mais que se possa falar em respeito às liberdades individuais e direito à privacidade, não é razoável que eles se sobreponham ao direito à incolumidade pública e à saúde coletiva.

Desse modo, o protocolo de exigência da comprovação de imunização completa contra a COVID-19, seja para uso interno ou externo, não parece uma medida arbitrária nem abusiva porque se trata de uma forma de controle epidemiológico legítimo.

Como demonstrado ao longo deste trabalho, o controle de vacinação já é uma prática adotada como política interna e externa de alguns países. O aprofundamento dessa discussão se deve às possibilidades abertas pelo uso de dados pessoais por Estados e empresas como forma de controle biopolítico.

Entretanto, o direito individual à privacidade só é exercido quando o indivíduo está em gozo das faculdades físicas e mentais. Nesse sentido, a restrição do movimento é uma medida com eficácia comprovada para a garantia do direito à vida, pedra angular dos demais direitos humanos, e, sem essa garantia, a discussão de qualquer outro direito é esvaziada. Isso porque não há de se falar em intimidade, liberdade individual sem que se garanta a existência e sobrevivência do ser humano.

Não se pode olvidar que toda política pública que interfira nas liberdades individuais deve apresentar parâmetros de proteção dos dados utilizados e o papel principal da participação da sociedade civil na criação de protocolos de monitoramento é a geração de soluções por meio do debate de ideias, como ocorreu em países que, até o momento, tem se mostrado bem-sucedidos no uso de dados pessoais em programas de monitoramento do contágio.

Todavia, a adoção de um certificado de imunização contra a COVID-19, no Brasil, somente faria sentido se o país já tivesse disponibilizado a vacina para todos que desejassem se vacinar. Não

faz sentido adotar um certificado como esse num país em que pouco mais de 11% (onze por cento) da população se encontra imunizada.

O certificado de imunização, como exigência de acesso e permanência a locais públicos e privados, embora tenha amparo constitucional, só se justifica quando, de fato, a vacina, como política pública efetiva, tiver alcançado todas as pessoas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Hermano Castro et al. *Reflexões sobre testes para COVID-19 e o dilema do passaporte da imunidade*. 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/iciict/45011/2/TestesCOVIDPasspImunidade.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021.

ALEIXO, Laiza Silva; BASAN, Arthur Pinheiro; PROTO, Rhaissa Souza. *Autodeterminação informativa e COVID-19: a ponderação de medidas no uso de dados pessoais*. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias; Vol. 06; julho/dezembro de 2020; p. 82-99.

ANDREASSA, João Victor Nardo; LEONARDO, César Augusto Luiz. *COVID-19, sociedade e políticas Públicas de Monitoramento: a colisão de princípios entre a autodeterminação informativa e o direito à saúde sob a luz de Alexy*. Revista Jurídica Luso-Brasileira; Ano 06; 2020; p. 205-231.

ANDREW, Scottie. Desigualdade: 3 a cada 4 vacinas contra COVID estão em apenas 10 países, diz ONU. CNN. 19 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/02/19/tres-a-cada-quatro-vacinas-contracovid-19-estao-em-apenas-10-paises-diz-onu>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BELTRÃO, Renata Paula Lima et al. *Perigo do movimento antivacina: análise epidemio-literária do movimento antivacinação no Brasil*. Revista Eletrônica Acervo Saúde, v. 12, n. 6, p. e3088-e3088, 2020. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/3088>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato;

RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm > Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL DE FATO. *COVID: com piora dos números, 20 países restringem entrada de brasileiros*. Disponível em: <https://www.brasiledefato.com.br/2021/04/28/COVID-com-piora-dos-numeros-20-paises-restringem-entrada-de-brasileiros-veja-lista>. Acesso em: 10 jun. 2021.

CARVALHO, Sara Moreno Cyrino. *O desenvolvimento econômico e o processo de globalização*. 2016. Disponível em: http://coral.ufsm.br/seminarioeconomia/images/anais_2016/O-DESENVOLVIMENTO-ECONMICO-E-O-PROCESSO-DE-GLOBALIZAO.pdf; p.12. Acesso em: 05 mai. 2021.

CHAISE, Bruno. *Esquenta o turismo de vacinação nos Estados Unidos*. Disponível em: <https://viagemeturismo.abril.com.br/mundo/esquenta-o-turismo-de-vacinacao-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 08 jun. 2021.

CORREIO DO POVO. *Nova Iorque tem 1º dia sem mortes e vira*

vitrine do sucesso da vacinação. In: Correio do Povo; Disponível Em:<https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/mundo/nova-iorque-tem-1%C2%BA-dia-sem-mortes-e-vira-vitrine-do-sucesso-da-vacina%C3%A7%C3%A3o-1.632028>. Acesso em: 08 jun. 2021.

DATA PRIVACY BR. *Os dados e o vírus*. 2020. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/09/eBook_selecoes_osdados_eo_virus.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

DOMINGUEZ, Bruno et al. *Guerra por vacinas: pandemia de COVID escancara contradições da saúde global, com países ricos vacinando e países pobres em espera*. 2021. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/46773/2/GuerraVacinas.pdf>. Acesso em 09 jun. 2021.

ÉPOCA NEGÓCIOS. 2020. *Israel vai rastrear celular de pacientes com coronavírus para reforçar quarentena*. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2020/03/israel-usa-agencia-de-espionagem-para-monitorar-pacientes-com-coronavirus.html>. Acesso em 10 jun. 2021.

EUCLYDES, Cristiana. *Parlamento europeu aprova passaporte de vacinas contra COVID-19*. Agência CMA, 2021. Disponível em: <https://monitordomercado.com.br/noticias/19384-europa-parlamento-europeu-aprova-passapo>. Disponível em: 10 jun. 2021.

FOUCAULT, MICHEL. *Microfísica do poder* - 4. Ed. - Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FOUCAULT, MICHEL. *Sobre a Genealogia da ética: uma revisão do trabalho*. In: Dreyfus H. & Rabinow, P. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica.

Rio de Janeiro: Forense universitária, 1995.

IBGE. Comunicado sobre adoção da Medida Provisória 954/2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/novo-portal-destaques/27477-comunicado-sobre-adocao-da-medida-provisoria-954-2020.html>. Acesso em 08 jun. 2021.

ISSARDY, Gerardo. *Por que a América Latina é a 'região mais desigual do planeta'*. BBC, 16 de fevereiro de 2020. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51406474>>; Acesso em: 08 jun. 2021.

IZQUIERDO, Pablo. *Por que falamos de 70% da população vacinada como uma 'cifra mágica' para acabar com a COVID-19?* El País; 17 de abril de 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-04-17/por-que-falamos-de-70-da-populacao-vacinada-como-uma-cifra-magica-para-acabar-com-a-COVID-19.html>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

LARSEN, Fernanda Melo. *Dinamarca cria passaporte de COVID-19 negativo para população*. Rfi, 10 jul. 2020. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/geral/20200710-dinamarca-cria-passaporte-de-COVID-19-negativo-para-populacao>. Acesso em: 15 jun. 2021.

LAVERACK, Glenn. *Promoção da saúde em tempo de COVID-19 exige uma abordagem bottom-up*. In JustNews. 2020 Disponível em: <https://justnews.pt/artigos/promocao-da-saude-em-tempo-de-COVID19#.YMUj8KhKjIU>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MARTINS, Mônica Dias. *A pandemia expõe de forma escancarada a desigualdade social*. Pensar La pandemia, 2020. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D15217.dir/64-Dias-Martins.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2021.

MATHIEU, E., RITCHIE, H., ORTIZ-OSPINA, E. et al. *Um banco de dados global de vacinações COVID-19*. Nat Hum Behav (2021). Disponível em: <https://ourworldindata.org/COVID-vaccinations>. Acesso em: 10 jun. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 185-216, 2018. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/655>. Acesso em: 05 jun. 2021.

NEW YORK STATE. COVID-19 updates. Excelsior Pass. Disponível em: <https://COVID19vaccine.health.ny.gov/excelsior-pass>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2008.

PARLAMENTO EUROPEU, Atualidade. *Viaje com segurança com o certificado digital COVID da EU*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20210520STO04404/viaje-com-seguranca-com-o-certificado-digital-COVID-da-ue>. Acesso em 10 jun. 2021

PASSARINHO, Nathalia. Coronavírus: Por que vacinação sem lockdown pode tornar Brasil 'fábrica' de variantes superpotentes; BBC; Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56255766>>; Acesso em: 10 jun. 2021.

PESSANHA, Marcus Vinicius Macedo. *Vacinação obrigatória, liberdade e pandemia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-09/marcus-pessanha-vacinacao-obrigatoria-liberdade-pandemia>>. Acesso em: 07 jun. 2021.

PINHO, Leda de Oliveira. *Direitos da personalidade, difusos, coletivos e individuais homogêneos: investigação sobre as possíveis correlações entre direitos*. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 5, n. 1, p. 303-332, 2005. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/349>. Acesso em: 11 jun. 2021.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri (SP): Manole, 2019.

REDE-TB. *Referência Mundial: conheça a história do Programa de Imunização Brasileiro*. Disponível em: <<https://redetb.org.br/referencia-mundial-conheca-a-historia-do-pni-o-programa-de-imunizacao-brasileiro>>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. In: Princípios do Direito Político. Câmara Brasileira do Livro. São Paulo; 2013.

SANTOS, JOÃO VITOR. *Os riscos da vigilância na pandemia: do controle biopolítico dos corpos à prisão dos estímulos na psicopolítica*. Entrevista Especial com Rafael Zanatta. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/599379-os-riscos-da-vigilancia-na-pandemia-do-biopolitico-controlado-dos-corpos-a-prisao-dos-estimulos-na-psicopolitica-entrevista-especial-com-rafael-zanatta>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SANZ, Juan Carlos. *Israel adota cartão digital para acesso de vacinados a academias e espetáculos*. El País, 22 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-02-22/israel-adota-cartao-digital-para-acesso-de-vacinados-a-academias-e-espetaculos.html>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 1674, de 2021. Disponível

em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148277>. Acesso em 09 jun. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

TOBBIN, Raíssa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Perfis informacionais e publicidade comportamental: direito à autodeterminação informativa e a proteção de dados pessoais no ambiente virtual*. In: Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania. 2020. p. 1260-1276. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2193>. Acesso em: 07 jun. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Statement on the second meeting of the international health regulations (2005) emergency committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*. Geneva: World Health Organization; 2020 [cited 2020 Apr 7]. Disponível em: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 30 mar. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Weekly epidemiological update on COVID-19*. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-COVID-19---31-march-2021>; Acesso em: 30/03/2021.

OS EFEITOS DA CRISE DA PANDEMIA DA COVID-19 NO DECRÉSCIMO DAS ADOÇÕES INTERNACIONAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL E NA ITÁLIA

Isis Ribeiro Pinto¹

Luiza Ferreira Cândido²

Paulo Tadeu Righetti Barcelos³

1. INTRODUÇÃO

O número de adoções internacionais de crianças e adolescentes - aquelas realizadas por adotantes com residência habitual em país signatário da Convenção de Haia, vem diminuindo de forma significativa no Brasil.

A crise econômica de 2008, e a presente, são comumente apontadas como a principal causa desse fenômeno, sendo evidente que a pandemia da Covid-19 praticamente paralisou os processos de adoção internacional no Brasil e no mundo.

O objetivo do presente artigo, contudo, é de analisar como, para além da crise sanitária e econômica que, sem dúvidas, tem importante papel na diminuição do número de adoções internacionais no Brasil e no mundo, haveria também outras razões de ordens diversas, algumas identificadas no país de origem do(a) adotando(a), no caso, no Brasil, e

1 Mestranda do programa de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada especialista em Direito de Família e Sucessões pela Ibmecc/Damáσιο. Especialista em Direito Empresarial pela FGV - Fundação Getúlio Vargas/IBS (LL.M). Representante para Adoções Internacionais perante à ACAF e à Polícia Federal entre os anos de 2008 e 2015.

2 Mestranda do programa de Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Pedagógico de Minas Gerais.

3 Diretor da Faculdade de Administração e Vice-Diretor da Faculdade de Direito Milton Campos. Coordenador Geral do Curso de Direito da Faculdade Milton Campos. Professor de Direito da Criança e do Adolescente e do Idoso. Mestre em Direito. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro do Direito da Criança e do Adolescente (IBDCria-ABMP).

outras nos países de origem dos pretendentes à adoção internacional (no caso, analisaremos a situação da Itália), outras decorrentes de fenômenos globais, como a já mencionada crise econômica e, atualmente, a pandemia da Covid-19, que acentuou sobremaneira todas as demais razões que levaram a um importante decréscimo das adoções internacionais na última década e, desde 2020, à sua quase paralização.

Assim, o tema central do artigo serão as razões jurídicas, sociais, socioculturais e econômicas que levaram a esse decréscimo no número de adoções internacionais no Brasil, bem como a importância da participação da sociedade civil na promoção da cultura da adoção e por quais motivos a pandemia da Covid-19 as destacou e aprofundou.

O recorte dessa análise, no presente artigo, se dará na diminuição das adoções internacionais no Brasil e na Itália, principal país de origem de pretendentes à adoção internacional no Brasil.

O principal método de pesquisa escolhido foi o quali-quantitativo, porquanto serão analisados de forma interdisciplinar os dados sobre adoções internacionais disponibilizados pelos órgãos competentes nos dois países: ACAF (Autoridade Central Federal para adoção e subtração internacional de menores), no Brasil, e CAI (*Commissione Adozioni Internazionali*), na Itália. Ainda, foram utilizados os métodos bibliográfico e de campo, notadamente através do contato com autoridades e agentes envolvidos na prática da adoção internacional no Brasil e na Itália, bem como considerando a experiência profissional dos coautores, que, inevitavelmente, é fonte de conhecimentos e ajudaram a tratar do tema no presente artigo, para além dos estudos bibliográficos e análises de dados, ainda que sempre procurando compará-las a estes e, desta forma, melhor compreender o fenômeno em si e sob um espectro conceitual e histórico bem delineado.

Por fim, justifica-se o presente estudo em razão de a adoção internacional ser um instituto de suma importância para a sociedade contemporânea enquanto meio subsidiário e excepcional para a inserção de crianças e adolescentes em família substituta, provando-se meio fundamental e precioso para o acolhimento daqueles cujas

esperanças de adoção em âmbito nacional foram esgotadas, sendo a diminuição do número de adoções internacionais um fenômeno atualíssimo, especialmente neste ano, em razão da pandemia da Covid-19, mas que já vinha ocorrendo, pelas razões que o presente artigo pretende analisar, há cerca de, pelo menos, uma década.

2. O CARÁTER EXCEPCIONAL DA ADOÇÃO INTERNACIONAL: PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.

O instituto da adoção está previsto na Constituição da República em seu Título VIII, Capítulo VII, no seu art. 227, parágrafo quinto, no qual é conferido ao Poder Público a responsabilidade para estabelecer os casos e as condições de sua efetivação por parte dos estrangeiros. Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a adoção na sua subseção de nº IV, estando a adoção internacional prevista no art. 51 e seguintes do referido diploma legal.

Demais disso, o Decreto de nº 3.087/99 foi o responsável em promulgar a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia no ano de 1993, internalizando assim os dispositivos da Convenção que passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

Dito isso, temos que a Adoção Internacional é, pois, aquela em que os pretendentes adotantes residem em país diferente ao da criança a ser adotada, enfatizando que mesmo nos casos dos postulantes adotantes serem brasileiros, em sendo residentes fora do país, deverão seguir o regramento da adoção internacional. No presente estudo, conforme assinalado anteriormente, será considerado o recorte dos pretendentes adotantes residentes na Itália.

Nota-se, ainda, que a Convenção de Haia apenas se aplicará aos países que a ratificaram, como são os casos da República Federativa do Brasil e da Itália, portanto, ela se aplicará nos casos das adoções internacionais havidas entre os dois países.

A adoção internacional é um instituto constitucionalmente permitido pelo Brasil, com previsão no art. 227, § 5º, da Constituição

Federal de 1988: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”. Está, ainda, definida no art. 51 do ECA: “Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil”. Dessa forma, até cidadãos brasileiros que moram fora do Brasil, se quiserem adotar uma criança neste país, terão que passar pelo processo da adoção internacional. Porém, de acordo com o §2º do mesmo artigo, terão preferência sobre os estrangeiros.

Com o advento da Constituição de 1988, a natureza jurídica da adoção passou a ser de ato solene e complexo. Um dos novos requisitos é a necessidade de uma sentença judicial, como previsto no art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, a adoção deixou de ser um simples contrato de acordo bilateral de vontade das partes, para ser assistida pelo Poder Público, que se torna responsável por estabelecer as regras e as condições específicas que legitimam a adoção, que passa a ser matéria de interesse universal.

Assim, podemos dizer que a adoção é um ato jurídico solene e irrevogável que formaliza laços afetivos de genitorialidade e filiação, equiparando-os aos biológicos.

Indo além e mais especificadamente, a adoção internacional é ato jurídico solene de ordem pública que concede, excepcionalmente e de maneira irrevogável, a uma criança ou adolescente em condição jurídica de adotabilidade, a possibilidade de pertencer a uma família como filho, em um novo lar em outro país, desde que obedecidas as normas do país do adotado e do adotante.

Pois bem, os estrangeiros ou brasileiros residentes no exterior que pretendem adotar uma criança brasileira devem procurar a ACAF (Autoridade Central Federal), uma vez que ela “é órgão federal administrativo que tem como competência o credenciamento dos organismos nacionais e estrangeiros de adoção internacional, bem como o acompanhamento pós-adotivo e a cooperação jurídica com as Autoridades Centrais estrangeiras (Ministério da Justiça e Segurança

Pública, 2017)”. para serem orientados sobre quais procedimentos terão que seguir.

Atualmente, de acordo com o nosso ordenamento jurídico e a legislação internacional que trata do tema, pode-se sem dúvida asseverar que o instituto da adoção é centrado na figura do(a) adotando(a), e a serviço deste(a), que deixa de ser o sujeito passivo da adoção, passando a ser reconhecido como sujeito de direitos, em especial, o direito de filiação, de pertencimento a uma família. Assim, temos que o instituto da adoção tem por objetivo dar uma solução de acolhimento familiar para uma criança ou adolescente e não mais uma solução de hereditariedade para um adotante.

Entende-se, assim, que a adoção é uma via de mão dupla e que abrange todo o âmbito familiar, daí o estabelecimento de parentesco com os demais membros, além dos adotantes, ressaltando que o adotado é sujeito de direitos, e não objeto da adoção, e, portanto, é essencial que ele, por sua vez, também “adote” seus adotantes. Compreende-se, portanto, que a adoção é medida de caráter recíproco, pois, possibilita a inserção familiar ao adotado e o exercício da parentalidade ao adotante.

Partindo desses pressupostos, é importante, então, fazer a devida distinção entre a adoção interna e a internacional. A adoção interna vincula-se desde a origem a um único ordenamento jurídico, qual seja, o nacional, enquanto a adoção internacional, desde o início, vincula-se a dois ou mais direitos distintos. Ainda, é importante que fique desde já claro que o critério a ser utilizado para a adoção internacional não é aquele da nacionalidade do adotante, muito menos do adotado, mas sim, o da residência do adotante em relação àquela do adotado.

Como legislação brasileira preceituou de forma incisiva no Estatuto da Criança e do Adolescente que fica expressamente permitida a adoção de brasileiros por estrangeiros, residentes ou domiciliados fora do país, em caráter excepcional, deve ser considerada, dessa forma, ao mesmo tempo, como alternativa e exceção, conforme preceitua o art. 31 do referido diploma legal “a colocação em família

substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

Ainda, de acordo com a recomendação do XIII Congresso da Associação Internacional de Magistrados de Menores e Família, realizado em Turim, Itália, nas datas de 16 a 21 de setembro de 1990: “Que seja confirmado o caráter subsidiário da adoção internacional, a qual poderá ocorrer somente depois de esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança na própria família ou em outra família no país de origem”.

Diante do importante número de crianças institucionalizadas no Brasil, que vivem sem o amparo de uma família, muitas das quais em situação jurídica de adotabilidade, embora sem pretendentes residentes no país que se disponham a acolhê-las no seio de sua família como filho, a adoção internacional apresenta-se, dentro da lógica da subsidiariedade, como o recurso último capaz de proporcionar solução de acolhimento familiar definitiva para essas crianças e adolescentes.

O caráter excepcional da Adoção Internacional encontra respaldo no princípio da subsidiariedade, segundo o qual a adoção internacional somente será deferida após ser devidamente comprovado que a adoção por pretendente residente de forma permanente no país da criança não é mais possível ou desejável, sempre sob a égide do princípio constitucional do superior interesse do menor, visando ao seu bem-estar concreto e o respeito ao direito à convivência comunitária, prioritariamente, em seu país origem.

A Convenção de Haia afirma em seu preâmbulo que, para a criança que não pôde permanecer com sua família de origem, a “adoção internacional pode oferecer as vantagens de uma família permanente para aquelas crianças para as quais não se pôde encontrar uma família adequada em seu Estado de origem (1993).” De relevância mais direta para a hierarquia da adoção internacional, dentro das opções de cuidado para as crianças privadas de seu ambiente familiar, temos o Artigo 4(b), que afirma que:

Uma adoção no escopo da Convenção pode acontecer apenas se as autoridades competentes do Estado de origem; b) determinarem que, depois que outras possibilidades de alocar a criança em seu Estado de origem foram levadas em consideração, uma adoção internacional seja do melhor interesse da criança. (CONVENÇÃO DE HAIA, 1993).

Considerar a adoção internacional subsidiária a qualquer outro cuidado alternativo possibilita a promoção da identidade cultural da criança. Nela se explica a preferência pela família biológica (aí incluída a extensa) e pela adoção nacional frente à internacional. As opções anteriores geralmente garantem a continuidade da identidade cultural da criança quando ela cresce na cultura, língua e história de seu país de origem (MEZMUR, 2009).

É evidente que a adoção internacional, apesar de constituir em si uma solução definitiva e positiva, provoca, pelo menos de imediato, uma ruptura da criança com seu contexto de origem, uma vez que, ao ser levada com sua nova família para outro país, passará a conviver em uma sociedade com notáveis diferenças sociais, culturais, linguística, e com hábitos e tradições distintas. Todo processo adotivo é marcado por relevantes mudanças e vivências afetivas sensíveis entre as partes envolvidas. De olho no melhor interesse da criança, objetiva-se sempre que tais mudanças sejam sempre menos radicais e sentidas da forma mais amena possível. Quanto menor as adversidades, tanto melhor, em uma situação em si já delicada. Assim, a subsidiariedade justifica-se pela priorização da manutenção das raízes e da convivência comunitária da criança com o seu contexto sociocultural, o que importa em menos uma grande mudança em sua vida.

3. A DIMINUIÇÃO DAS ADOÇÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL E NA ITÁLIA.

Com a pandemia da Covid-19 foi observada a quase paralização total dos processos de adoção internacional a nível mundial. Itália, França, Espanha e Estados Unidos são os países que mais adotam crianças brasileiras⁴. E também são eles, justamente, alguns dos que foram mais afetados pela pandemia do novo coronavírus no ano de 2020. A realidade é que a pandemia fechou as portas para as adoções internacionais no Brasil em 2020 (Prado, 2020).

Contudo, é importante observar que a diminuição do número de adoções internacionais é um fenômeno que já vinha se delineando consideravelmente a partir, pelo menos, do ano de 2011 e, especialmente, a partir do ano de 2013, tanto no Brasil quanto na Itália, país que por muitos anos esteve no topo daqueles que adotavam crianças e adolescentes brasileiros, e que ainda é responsável por 80% das adoções internacionais no Brasil.

Segundo a ACAF (Autoridade Central Federal para adoção e subtração internacional de menores), foram realizadas 5.823 adoções internacionais entre os anos de 1999 e 2017 (ACAF, 2018), sendo possível observar expressiva diminuição a partir do ano de 2013:

⁴ Dados da ACAF.

Tabela 1:



Fonte: ACAF

A progressiva diminuição das adoções internacionais está relacionada a uma multiplicidade de fatores entre os quais estes nos parecem os mais relevantes: a crise econômica em curso desde o ano de 2008, principalmente na Itália (NATALI, 2011), que foi, a partir do ano de 2020, agravada enormemente pela pandemia do novo coronavírus, que coloca as famílias pretendentes à adoção internacional em sérias dificuldades diante dos altos custos de uma adoção internacional, que envolve longos períodos em terra estrangeira e longe do trabalho (*Coordinamento degli Enti Autorizzati*, 2010); uma maior problematização por parte dos pretendentes que estão se aproximando da adoção acerca das questões críticas do processo de adoção internacional e das diversas demandas das crianças e dos adolescentes provenientes de situação de abandono (*Coordinamento degli Enti Autorizzati*, 2010); a duração do processo (SCABINI & ROSSI, 2014); as políticas implementadas para apoiar as adoções nacionais nos países de origem das crianças e adolescentes disponíveis à adoção

(Boéchat, 2014), notadamente no Brasil e, por fim, o uso cada vez mais frequente de técnicas de fertilização assistida, com melhores resultados (CANZI, 2014).

4. A MUDANÇA NO PERFIL DAS ADOÇÕES NACIONAIS. A “NOVA CULTURA DA ADOÇÃO” E AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS.

Entre as causas elencadas na precedência, chama-nos atenção a diminuição das adoções internacionais como consequência, em parte do aumento do perfil das crianças e dos adolescentes procurados pelos pretendentes à adoção nacional, ou seja, dos adotantes brasileiros residentes no Brasil. Vejamos.

Entre aqueles que transitam no mundo da adoção, militantes, pais adotivos participantes dos GAAs (Grupos de Apoio à Adoção), pretendentes à adoção, profissionais de diversos setores, fala-se amplamente sobre uma “nova cultura da adoção” com foco na promoção da cultura do acolhimento e da preparação dos pretendentes para a adoção.

A mudança de paradigma em relação às adoções realizadas até as décadas de 1980/1990 tirou o foco da adoção do espaço da caridade e na necessidade do adotante, ou seja, o instituto deixa de ser um meio de dar uma criança para uma família, voltando-se o foco para a criança ou o adolescente disponível para adoção, sendo um meio para que estes possam exercer o seu direito de pertença à uma família.

Assim, segundo essa “nova cultura da adoção”, o objetivo central do instituto é garantir à criança e ao adolescente aptos a serem adotados a observância dos seus direitos fundamentais, entre eles o da convivência familiar e comunitária e o do acesso à educação (art. 227, CRFB). Em relação ao vínculo familiar, a principal mudança relaciona-se à sobreposição dos laços afetivos em relação aos biológicos.

Esse novo paradigma vem alterando a legislação brasileira que trata do instituto desde a Constituição de 1988. Com a promulgação da nova Constituição Federal foi cristalizada, no país, alinhado às

tendências internacionais, essa importante mudança de paradigma. Antes da Constituição de 1988, o estabelecimento do vínculo parental era apenas entre adotante e adotado, que recebia o nome de família, mas não adquiria relações de parentesco com os demais membros do grupamento biológico de seus pais adotivos. Portanto, os filhos eram alvos de severa discriminação, o que foi proibido com a Constituição Federal de 1988, que veta a distinção entre filhos de qualquer natureza. Ainda, com fulcro no diploma constitucional, a função primordial da adoção, como já vimos, muda radicalmente: enquanto, anteriormente, a adoção visava a atender os interesses da família que carecia de filhos, o instituto passa a ser voltado a atender primordialmente os interesses da criança e do adolescente que necessita de uma família, como a única e verdadeira solução definitiva para o acolhimento familiar de crianças e adolescentes em situação de abandono e órfãos.

Ainda assim, no campo específico da adoção internacional, para além do risco de indefinição jurídica decorrente do procedimento previsto pelo Código de Menores e mesmo após a promulgação do ECA, em 1990, continuavam a ser noticiados escândalos e denúncias surgidas nos meios de comunicação relacionando a adoção internacional com o tráfico internacional de crianças e adolescentes, as quais chamaram a atenção para a necessidade de maior fiscalização e regras mais rigorosas e específicas nos processos de adoção internacional para garantir, a partir da maior clareza entre os países nas fases pré-adotiva, adotiva e pós-adotiva, maior segurança às crianças e adolescentes enviados com suas famílias substitutas ao exterior.

Assim, esses foram os grandes motivos que levaram o Brasil a internalizar tratados e convenções internacionais quanto ao tema, aprimorando o processo de adoção internacional. Três Convenções sobre o tema merecem destaque nesta evolução: A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança - 1989, a Convenção de Haia de 1993 e a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de 1994.

João Delciomar Gatelli (2003, p. 144) explica que:

As Convenções trazem, em seu bojo, um conjunto de medidas e procedimentos que, paulatinamente, com a sua ratificação ou adesão, é incorporado na legislação dos Estados. Elas representam, atualmente, de forma ampla, uma perspectiva de convergência de legislações internas que garantem ao adotado por estrangeiros não residentes direitos e garantias iguais ou semelhantes as que encontraria em seu país de origem.

Felizmente, a legislação brasileira sobre o tema seguiu esse caminho. A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente são reconhecidas mundialmente como Leis avançadas e que recepcionaram os princípios e medidas estabelecidos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e a Convenção Relativa a Proteção e a Cooperação em matéria de adoção internacional – Haia 1993, sobretudo após a promulgação da Lei 12.010/09.

Tendo dentre suas principais fontes o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária e os já mencionados tratados internacionais que tratam da proteção da infância e da juventude, foi promulgada, em 03 de agosto de 2009, a Lei n.º 12.010. Essa lei modifica, principalmente, o Estatuto d Criança e do Adolescente e, além de comportar significativas inovações, como o reconhecimento da mudança nas relações familiares, modificando na legislação brasileira o uso do termo “pátrio poder” pelo termo “poder familiar”, e introduzir novos conceitos, como os de “família extensa” ou “ampliada”, ao dar nova redação a dois artigos do Código Civil (1.618 e 1.619) e revogar todos os demais do capítulo da adoção, deixou exclusivamente para o ECA a adoção de crianças e adolescentes, e alterou, sobretudo, o processo de adoção em si.

A mais nova grande alteração em relação à adoção ocorreu por meio da Lei n.º 13.509 de 22 de novembro de 2017, que modificou, entre outras leis, diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Referida lei estabeleceu novos critérios e prazos ao processo de adoção,

criando regras para abreviar a adoção no Brasil; deu celeridade aos processos de destituição de poder familiar; priorizou a adoção de grupos de irmãos e crianças e adolescentes com deficiência, doença crônica ou com necessidades específicas de saúde; entre outras importantes modificações.

Importante destacar, dentre tais alterações trazidas pela Lei n.º 13.509/2017 ao ECA, aquelas que visaram garantir direitos e dar celeridade à concretização da adoção, especialmente: (i) a inclusão do § 2º no artigo 152 do ECA em relação aos procedimentos, fixando-se que os prazos serão contados em dias corridos e destacando a inexistência de prazo em dobro para a Fazenda Pública e para o Ministério Público; (ii) a inclusão da previsão expressa, pelo § 3º do artigo 39 do ECA, que reforça a prevalência do princípio do superior interesse das crianças e adolescentes nos casos de adoção; (iii) inclusão de diversos direitos relacionados à entrega voluntária de crianças para a adoção, entre eles o sigilo (art. 19-A); (iv) a fixação dos prazos máximos para o estágio de convivência na adoção (art. 46); e (v) a fixação do prazo de 90 dias para as buscas por família extensa nos processos de destituição do poder familiar (art. 19-A).

A legislação incluiu, ainda, a obrigatoriedade da participação dos pretendentes em programa de preparação psicológica que contenha orientação e estímulo à adoção tardia, inter-racial, de crianças ou de adolescentes com doenças crônicas, deficiência, ou necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos (§ 2º do art. 197 – C).

Outra importante novidade desse sistema em contínuo aprimoramento foi o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), criado em 2019, que nasceu da união do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA). O Comitê Gestor dos Cadastros Nacionais (CGCN), instituído pela Portaria Conjunta 01/2018 do CNJ, com o objetivo de subsidiar a elaboração e o monitoramento de políticas judiciais, é o responsável pela gestão do SNA.

O SNA possui um inédito sistema de alertas, com o qual os juízes e as corregedorias podem acompanhar todos os prazos referentes

às crianças e adolescentes acolhidos e em processo de adoção, bem como de pretendentes. Com isso, há maior celeridade na resolução dos casos e maior controle dos processos, sempre no cumprimento da missão constitucional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019).

Essas mudanças legislativas foram resultado também de ampla atividade da sociedade civil, que clamou por essa “nova cultura da adoção”, tudo o que vem, modificando, ou melhor dizendo, ampliando o perfil do adotante brasileiro.

Com a promoção da adoção interracial, da adoção tardia, da adoção de grupos de irmãos, da adoção de crianças e adolescentes com doenças crônicas, deficiência ou necessidade específica de saúde, o perfil do adotante brasileiro, que passou a ser obrigado por força de lei a se preparar para o processo adotivo e a lidar com o tema do acolhimento de uma criança real, e não da criança idealizada, mudou notadamente, sendo cada vez mais amplo.

Segundo dados do CNJ, dos 211 pretendentes à adoção internacional no Brasil em 2020, apenas 9 não aceitam adotar crianças de raça negra, sendo que, na Itália, sequer é permitido escolher a etnia ou a raça do filho pretendido.

Já quanto aos pretendentes à adoção nacional, dos 46.398, apenas cerca de pouco mais da metade, 26.653, aceita adotar crianças de raça negra. Ainda que haja uma disparidade entre os adotantes internacionais e nacionais quanto ao perfil racial, é relevante que o adotante residente no Brasil aumentou significativamente seu interesse pela adoção interracial. Há cada vez mais pessoas interessadas em adotar crianças ou adolescentes de qualquer raça. Se em dezembro de 2010 o percentual era de 31,4%, em 2020 temos 59,5% dos adotantes disponíveis à adoção de uma criança independentemente de sua raça.

Quanto à idade, o perfil dos brasileiros pretendentes à adoção nacional ainda é menos amplo do que aqueles dos adotantes internacionais, contudo, também vem se ampliando significativamente nos últimos anos.

A adoção é considerada tardia por muitos autores, quando a criança apresenta idade acima dos dois anos de idade (EBRAHIM,

2001; CAMARGO, 2005; e WEBER, 1996), pois acredita-se que as crianças nessa faixa etária, por não serem mais recém-nascidas, já possuem uma leve independência em suas vontades básicas, contudo, alguns autores consideram que a faixa etária da adoção tardia começa a partir dos quatro, cinco ou até mesmo aos seis anos de idade e que a partir dos dez anos, a situação fica ainda mais complicada para a adoção. (SASSON e SUZUKI, 2012).

Dos pretendentes à adoção internacional, cerca de 3.45% aceitam crianças com até quatro anos de idade, já 14,78% aceitam crianças de cinco a sete anos, enquanto os outros 81.77% aceitam crianças/adolescentes acima dessa faixa etária.

Regido pela Resolução CNJ 289/2019, o SNA reuniu os Cadastros Nacionais de Adoção e de Crianças Acolhidas. Conforme diagnóstico do SNA, de maio de 2020, à medida que a idade do adotando aumenta, o número de adoções é menor. De acordo com o relatório, do total de adoções realizadas entre 2015 e 2020, 5.204 (51%) foram de crianças de até 3 anos completos; 2.690 (27%) foram de crianças de 4 até 7 anos; 1.567 (15%) foram de crianças de 8 até 11 anos; e 649 (6%) foram de adolescentes acima de 12 anos (CNJ, 2020).

No DF, segundo dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), foram adotadas 91 crianças e adolescentes, em 2018, contra 82, no ano anterior. Além disso, foi verificado crescimento expressivo na adoção de grupos de irmãos – de 13, em 2017, para 18, em 2018 – e de adolescentes – de dois para oito –, no mesmo período. Em Pernambuco, as famílias que se habilitam para adolescentes, ou seja, menores acima de 12 anos, têm o processo da adoção concluído em 48h.

Como vimos, a adoção internacional no Brasil tem caráter subsidiário e, assim, da mudança no perfil do adotante brasileiro decorre, naturalmente, a diminuição do número de adoções internacionais, posto que o contingente das crianças e adolescentes disponíveis para adoção internacional é composto por crianças de idades cada vez maiores, com algum tipo de deficiência e/ou grupos de

irmãos, sendo certo que tais perfis, ainda e infelizmente, são menos procurados também pelos pretendentes à adoção internacional.

5. CRISE ECONÔMICA, IMIGRAÇÃO, TENSÕES RACIAIS E CIÊNCIA REPRODUTIVA: A SITUAÇÃO NA ITÁLIA PRÉ-PANDEMIA.

O declínio das adoções internacionais não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, mas, de modo geral, uma tendência mundial. Entre 2004 e 2018, nos vinte e quatro principais países anfitriões, as adoções internacionais passaram de 45.483 para 8.299, ou seja, um declínio de 81,7% em apenas 14 anos. No entanto, a Itália continua sendo o país do mundo com maior propensão para a adoção internacional, a partir da análise da proporção entre o número de habitantes e o de menores estrangeiros adotados, perdendo apenas para os Estados Unidos em número absoluto de adoções (CAI, 2020).

Embora apesar de uma queda generalizada encontrada em quase todos os países de proveniência das crianças disponíveis para a adoção internacional, alguns destes inverteram positivamente a tendência. É o caso da Colômbia (que passa de 128 adoções em 2018 para 161 em 2019), do Peru (que termina com 44 adoções em 2019 ante 24 em 2018), da Ucrânia e das Filipinas, que representam exceções (CAI, 2020).

No Brasil, historicamente, a Itália sempre liderou (de longe) os números de adoções internacionais realizadas por estrangeiros e, ainda hoje, é responsável por 80% das adoções internacionais realizadas no país.

Em 2015, das 115 adoções internacionais realizadas no Brasil, 90 foram feitas por italianos, e as demais por franceses, espanhóis e norte-americanos. Antônio Carlos Parente, então coordenador substituto da ACAF, afirmou que “apesar do processo da adoção em si não ter custos, há os gastos com passagem e hospedagem no país durante um mês para o estágio de convivência com a criança”, e isso poderia ser um indicio da diminuição nos números da adoção internacional, devido à crise econômica da Europa. (CNJ, 2016).

Do relatório anual realizado pela autoridade central italiana (CAI), verificou-se que, em 2019, o número de casais adotivos atingiu um novo mínimo histórico, caindo pela primeira vez abaixo do limiar de mil casais pretendentes (969), com uma redução de 14% face ao ano anterior.

O número é ainda mais significativo se o espectro temporal for estendido para o último quinquênio, quando passa-se de 1.819 casais em 2015 para os já mencionados 969 casais em 2019, representando uma diminuição em termos absolutos de 850 casais pretendentes e uma redução percentual de 46,7 %. Ainda, de 2.216 crianças e adolescentes autorizados a entrarem na Itália em razão de adoção internacional em 2015, a Itália passou para quase a metade, totalizando apenas 1.205 no ano de 2019 (CAI, 2019).

Diante de uma redução tão rápida e evidente, é impossível não questionar as causas da crise, posto que podemos certamente excluir a diminuição de menores adotáveis, uma vez que os relatórios internacionais - incluindo os da Unicef - não relatam qualquer declínio. Por outro lado, os dados sobre adoções nacionais na Itália (CAI, 2019) não mostram um aumento tal que justifique tamanha redução nos pedidos dirigidos ao estrangeiro, e também o crescente sucesso da utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida (Itália, 2019), ainda que seja um fator, não é suficiente para explicar a fenômeno.

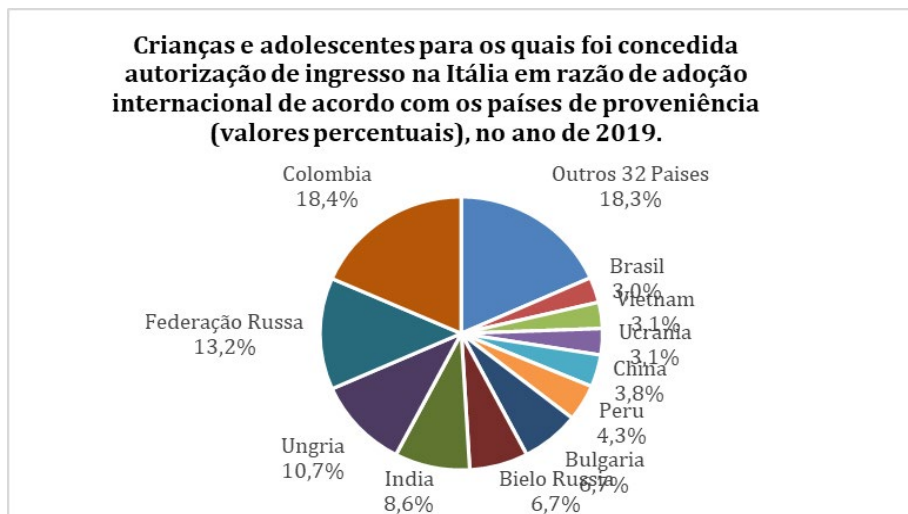
O que se verifica, em verdade, é um somatório de fatores. Além da enorme burocracia, da questão econômica e do aumento da procura por técnicas de reprodução assistida, que apresentam sempre melhores resultados à medida em que a ciência avança, na Itália, nos últimos anos, repercutiram notícias de tráfico de crianças e de adoções irregulares, ainda que infundadas, o que certamente pode ser considerado um fator de instabilidade para o instituto e que afasta possíveis pretendentes.

Ainda, o contexto de aumento de imigrações e consequente aumento de nacionalismos e crises inter-raciais já foi apontado

como causa na tendente diminuição da procura por adotandos de nacionalidade estrangeira (ITALIAADOZIONI, 2019).

Além disso, o aumento da idade e dos grupos de irmãos entre as crianças e os adolescentes brasileiros que se tornam disponíveis para a adoção internacional, que se relaciona com a ampliação do perfil do adotante brasileiro, como vimos, fez com que os pretendentes italianos passassem a procurar por países de origem em que os perfis são menos restritos, vale dizer, crianças menores e sem irmãos dos quais não se poderiam separar, como são os casos da Colômbia, Rússia, China, Índia e outros países da Europa Oriental, como se vê no gráfico adiante, que realizamos a partir do relatório anual da CAI do ano de 2019 (CAI, 2019):

Tabela 2:



Fonte: CAI

Para além do Brasil, contudo, fato é que a pandemia da Covid-19 encontrou uma Itália que já adotava muito menos crianças estrangeiras

do que sua média histórica, pelas diversas razões suscitadas neste tópico.

6. O PAPEL DA PANDEMIA DA COVID-19 NA ACENTUAÇÃO DO DECRÉSCIMO DAS ADOÇÕES INTERNACIONAIS E AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO TOMADAS.

A pandemia impactou diretamente nos números de adoção no Brasil. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2019, foram 3.143 adoções no país. Em 2020, esse número foi para 2.184. Em 2021, para 1.517 (CNJ, 2021).

Ainda segundo o CNJ, muitos processos foram prejudicados porque fóruns ficaram fechados e rotinas que fazem parte do processo de adoção, como visitas de assistentes sociais e das famílias, não puderam acontecer.

Quanto às adoções internacionais, para as quais é previsto um estágio de convivência entre pretendentes e adotandos mínimo de 30 (trinta) dias e, no máximo, de 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez (Art. 46 § 3 do ECA), evidente que o fechamento das fronteiras decorrente da pandemia da Covid-19 gerou um impacto avassalador no número de crianças e adolescentes acolhidos mediante o instituto.

Em 2020 apenas 44 crianças e adolescentes brasileiros foram acolhidos no seio de uma família através da adoção internacional (ACAF, 2021). Se considerarmos que no ano de 2018 foram realizadas apenas 63 adoções internacionais no Brasil, e em 2017, 71 (ACAF, 2021), o número de adoções internacionais no ano de 2020 não parece tão chocante.

Como vimos, o decréscimo das adoções internacionais no Brasil já vinha se dando desde 2013, mas a quase paralização das adoções internacionais decorrente da pandemia, tanto no Brasil quanto na Itália, foi sentida quase como uma pá de cal que poderia consolidar essa tendência. Para evitar que isso acontecesse, uma série de medidas foram tomadas na Itália e no Brasil.

É certo que houve esforço de magistrados e servidores no Brasil para que fosse garantida a tramitação das adoções durante a pandemia, notadamente pelo fato de poderem se valer do processo eletrônico.

Vários Tribunais de Justiça Estaduais, entre eles o TJMG, por meio da Portaria Conjunta N° 1081/PR/2020, disponibilizaram curso de preparação para adoção, obrigatório por força do § 3º do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma virtual, medida que deve permanecer mesmo no pós-pandemia.

A apresentação e início do relacionamento entre pretendentes habilitados e adotandos também passou a se dar de forma virtual em diversos Tribunais, como o TJDF, consolidando uma tendência que já vinha ganhando forças através de iniciativas de diferentes Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção, como é o caso do Projeto Conhecer Virtual, do Tribunal Estadual de Pernambuco⁵.

Uma medida muito expressiva no Brasil certamente foi a proposição do Projeto de Lei nº 4414/2020, em tramitação no Senado Federal, de autoria do Senador Fernando Bezerra Coelho (MDB/PE), que visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para dispor sobre regras de adoção a serem observadas em situações de pandemia ou calamidade pública. De acordo com a justificativa do projeto, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e tendo em vista os riscos da epidemia do coronavírus (Covid-19) são necessárias medidas excepcionais a serem observadas em casos de orfandade e abandono.

Referido Projeto de Lei pretende alterar o ECA (Lei nº 8.069/1990), para dar mais celeridade ao processo adotivo de crianças e adolescentes em situação de abandono em decorrência de pandemia e ou calamidade pública para neste fazer constar o seguinte artigo:

“Art. 19-C - Crianças e adolescentes órfãos ou abandonados em razão de pandemia ou calamidade

5 Projeto Conhecer Virtual. Mais informações em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/72348/118204/Projeto+Conhecer+Virtual.pdf/66924ba8-1c0d-4953-97e5-02e371b277c8>>. Acesso em: 10.09.2021

pública, serão encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude para acolhimento institucional ou familiar.

§ 1º As crianças e adolescentes na situação prevista no caput

permanecerão em acolhimento por até, no máximo, 30 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, por decisão fundamentada do Juízo, sendo realizados, no prazo do acolhimento, estudos interdisciplinares e buscas por seus familiares extensos, com os quais mantenham laços de afetividade e afinidade.

§ 2º Será aplicado o disposto no parágrafo 10 do art. 19-A às

crianças e adolescentes na situação prevista no caput, devendo ser encaminhados à adoção e seus genitores destituídos do poder familiar, se não localizados.

§ 3º Para efeito de aplicação do previsto nesse artigo, a autoridade judiciária competente poderá contar com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar e dos grupos de apoio à adoção devidamente habilitados perante a Justiça da Infância e da Juventude.”

Ainda que o referido projeto de lei não contemple a adoção internacional, a busca por maior celeridade no processo adotivo é uma constante para ambas as modalidades e, ainda que indiretamente, é inegável que a melhora no sistema de adoção nacional traz reflexos no âmbito da adoção internacional.

Quanto à Itália, sua lei orçamentária de 2020 instituiu o “Fundo de bolsa universal e serviços familiares”, em que, a partir de 2021, serão repassados a partir de 2021 os recursos destinados ao desembolso do auxílio-nascimento (o chamado bônus bebê) e do berçário, posteriormente refinanciados. a lei orçamentária de 2021 (ITÁLIA, 2021). Os recursos adicionais do Fundo serão direcionados à reorganização e sistematização das políticas de apoio às famílias com crianças. As famílias que adotarem crianças e adolescentes

também serão contempladas com o bônus. A medida é considerada de grande importância, pois os altos custos da adoção internacional são certamente um impeditivo para diversos potenciais pretendentes à adoção.

Os entes credenciados a realizarem adoção internacional na Itália, visando unir forças para melhores resultados, criaram, em outubro de 2020, uma rede chamada LIAN - Life in Adoption Network e reúne cinco entidades autorizadas que reúnem recursos, energias, estruturas, atividades na Itália e no estrangeiro. São eles Cifa, AiBi, ASA, Ariete e Nidoli e têm trabalhado com vigor em prol da cultura da adoção, com forte atividade perante as instituições.

Essas medidas são exemplos claros de que o instituto da adoção internacional, ainda que em decréscimo e especialmente abalado pelo advento da Covid-19, há de prevalecer e se adequar aos novos e sucessivos desafios a fim de que toda criança todo e adolescente, de qualquer idade, raça, etnia e de qualquer condição de saúde possa ser acolhida no seio de uma família.

7. CONCLUSÃO

Ainda que seja incontestável que a pandemia da Covid-19 e o conseqüente fechamento de fronteiras entre países tenha diminuído em muito o número de crianças e adolescentes inseridos em famílias substitutas através do instituto da adoção internacional, esse decréscimo já vinha sendo observado há cerca de quase uma década.

Contudo, o que vimos é que entre as principais razões evidenciadas para tal declínio foram, parte delas foi potencializada pela própria pandemia, notadamente a presente crise econômica e o aumento das tensões migratórias e raciais. Por outro lado, também as medidas adotadas para o enfrentamento das dificuldades trazidas pelo advento da crise sanitária não foram completamente novas, mas já vinham sendo implementadas paulatinamente e, pela necessidade e vantagens trazidas, passaram a se tornar medidas que tendem a ser definitivamente consolidadas, como, no Brasil, a apresentação e o

início do relacionamento (e não do estágio de convivência) de forma virtual, o que deve ser mantido e aprimorado, e, na Itália, o auxílio em dinheiro às famílias pretendentes à adoção.

A adoção internacional, que não está descolada do mundo, portanto, parece ter sido afetada pela pandemia consolidando tendências de forma análoga ao que vimos em relação a diversas outras tendências que foram consolidadas pelo advento da crise sanitária internacional. Como vimos acontecer com a consolidação do home office, que já era uma tendência mundial, com as compras realizadas de forma virtual, e a aumento da relevância de diversos perfis de consumo que já vinham se delineando, como o “comprar local” e a própria produção pessoal de bens de consumo, também no âmbito da adoção internacional, profundamente impactado pela pandemia do coronavírus, o momento é de consolidar as boas práticas de adequação às novas realidades e de tentar minimizar, através dessas boas práticas, os desafios que, se já vinham se mostrando, também parecem terem tomado maior forma.

É desejável que a adoção internacional permaneça sendo um fundamental meio de acolhimento de crianças e adolescentes brasileiros para os quais não há solução de inserção familiar no Brasil, e, para isso, como vimos, é o momento de avançarmos nas boas práticas consolidadas (ou que estão se consolidando rapidamente) e de, por outro lado, tentarmos minimizar as dificuldades afetadas ao instituto, com maior inteligência das burocracias, redução de custos e, principalmente, com a diminuição das distâncias através do uso cada vez mais aprimorado dos contatos de forma virtual.

REFERÊNCIAS

ACAF. Relatório anual 2018. Disponível em: <Apresentacao_8511741_Gestao_ACAF_2016_a_2018___VF___02.04.2019.pdf>. Acesso em: 01.mai.2021

ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller. **Família:** redes, laços e políticas públicas. São Paulo. IEE/PUCSP, 2003.

Adoção Internacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Publicado em 20 set. 2017 e atualizado em 09 ago. 2021. Disponível em:<<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional>>. Acesso em: 02.mai.2021

AFONDOPOULUS, Christiane. **A incrível dificuldade da sociedade em aceitar a adoção homoafetiva.** Publicado em Obvius. Disponível em: <<http://lounge.obviousmag.org/chrizoca/2015/03/a-incrivel-dificuldade-da-sociedade-em-aceitar-a-adocao-homoafetiva.html>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3189>. Acesso em: 10 out. 2020.

Archiviata l'indagine su AiBi in Congo. VITA. Publicado em: 07 mar. 2019. Disponível em: <<http://www.vita.it/it/article/2019/03/07/archiviata-lindagine-su-aibi-in-congo/150899/>>.

Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/mudeumdestino/?secao=documentario>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BOÉCHAT, H. *The grey zones of intercountry adoption.* In: E. Scabini, & G. Rossi (Eds.), **Allargare lo spazio familiare: Adozione e affido.** Milano: Vita e Pensiero, p. 107-128, 2014.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.

Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. 21 jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 20 mai. 2021

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Auriverde, 1990.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto De Lei nº 4414, de 2020**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre regras de adoção a serem adotadas em situações de pandemia ou calamidade pública. Autoria: Senador Fernando Bezerra Coelho (MDB/PE). 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8885104&ts=1630443339638&disposition=inline>>. Acesso em: Acesso em: 01 jul. 2021

Bucharest Early Intervention Project. Publications. Disponível em: <<http://www.bucharestearlyinterventionproject.org/Publications.html>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

CAI pubblica il Report statistico sulle adozioni internazionali nel 2019. Commissione per le Adozioni Internazionali - Autorità Centrale per la Convenzione de L'Aja del 29/05/93. Publicado em 21 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.commissioneadozioni.it/>>

notizie/cai-pubblica-il-report-statistico-sulle-adozioni-internazionali-nel-2019/>. Acesso em: Acesso em: 01 set. 2021

CANZI, E.; ROSNATI, R. (2018). *La depressione post-adozione: incidenza, andamento e fattori associati*. Madri e padri a confronto. *Psicologia della Salute*, 1, 19-37. doi: 10.3280/PDS2018-001002.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CELI, Noriete (SECOM/VIJ-DF). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **CDJA conclui primeira adoção internacional na pandemia**. Publicado em: 23 set. 2021. Acesso em: Acesso em: 01 ago. 2021

Children in alternative care. Unicef. Publicado em: dez. 2020. Disponível em: <<https://data.unicef.org/topic/child-protection/children-alternative-care/>>. Acesso em: Acesso em: 01 jul. 2021

CHIODI, Maurizio. *Storie Vere di Adozioni*. Ed. Ancora: Milão, 2007.

CNJ. Dados do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de Pretendentes disponíveis Cadastrados (Nacional) e Relatório de Crianças Disponíveis**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: Acesso em: 11 abr. 2021

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Menor número de adoções internacionais preocupa comissões estaduais**. Agência CNJ de Notícias, publicado em 22 abr. 2015. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/reducao-do-numero-de-adocoes-internacionais-preocupa-comissoes-estaduais/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

CNJ - **Dados consolidados apontam 10 mil adoções em cinco anos no Brasil**. Agência CNJ de Notícias, publicado em 22 abr. 2015.

Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/dados-consolidados-apontam-10-mil-adocoes-em-cinco-anos-no-brasil/>>. Acesso em: 21 set. 2021

CNJ. **Número de adoções internacionais diminui 63% no país nos últimos cinco anos.** Agência CNJ de Notícias, publicado em 22 abr. 2016. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/numero-de-adocoes-internacionais-diminui-63-no-pais-nos-ultimos-cinco-anos/>>. Acesso em: 15 set. 2020.

Concluding Observations: Brazil. 2004. UN DOC. CRC/C/15/Add.241. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/country,,CRC,,BRA,4562d94e2,42d288d54,0.html>>. Acesso em: 01 mai. 2021

CONVENÇÃO DE HAIA relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. Publicado em 29 de Maio de 1993.

Coordinamento degli Enti Autorizzati. (2010). Primo report CEA sulle adozioni internazionali in Italia 2000-2010: un sistema in evoluzione. Disponível em: <http://www.irsonline.it/materiali/CEA1_Rapp_Adoz_Internaz.2010.pdf>.

COSTA, Tarcísio José Martins. Adoção Internacional: Aspectos Jurídicos, Políticos E Socioculturais. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: **A Família na Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 265-282

COSTA, Tarcísio José Martins. **Adoção transnacional** – um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CURY, Munir (Org). **Estatuto da criança e adolescente comentado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Direito à Convivência Familiar e Comunitária. Organizado pela Secretaria de Assistência e Desenvolvimento do Estado de São Paulo e Ai.Bi. – *Associazione Amici dei Bambini*. Diversos autores. São Paulo, 1998.

FERREIRA, Ananias. **Belo Horizonte: uma rede sócio-jurídica em defesa da convivência familiar e comunitária**”. Belo Horizonte: Associação Amigos das Crianças, 2011.

FIGUEREDO, Luis Carlos de Barros. **Adoção Internacional: a Convenção de Haia e a normativa brasileira – uniformização de procedimentos**. 2a tir. Curitiba: Juruá, 2003.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional de adoção – Lei 12.010 de 2009**. Curitiba: Juruá, 2011.

FREIRE, Fernando. **Abandono e adoção** - contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terre des Hommes, 2003.

GATELLI, João Delciomar. **Adoção internacional: procedimentos legais utilizados pelos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

Generalitat de Catalunya. Disponível em: <http://benestar.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/acolliments_i_adopcions/adopcions/adopcio_internacional>. Acesso em: 29 jan. 2015.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ITALIAADOZIONI. **Discriminazione e razzismo: per una società rispettosa delle persone**. Postado em: *In evidenza, News*, em 3 mar. 2019. Disponível em: <<http://www.internationalaction.org/Archivi/IAWS/ALL/0001/1539A.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2021

ITÁLIA. *Dipartimento per le politiche della famiglia*. **Legge di bilancio per il 2021: le novità importanti per le famiglie**. Publicado em: 23 mar. 2021. Disponível em: <<https://famiglia.governo.it/it/politiche-e-attivita/comunicazione/notizie/legge-di-bilancio-per-il-2021-le-novita-importanti-per-le-famiglie/>>. Acesso em: 11 set. 2021

ITÁLIA. *Ministero della Salute*. **Relazione Del Ministro Della Salute Al Parlamento Sullo Stato Di Attuazione Della Legge Contenente Norme In Materia Di Procreazione Medicalmente Assistita (Legge 19 Febbraio 2004, N. 40, Articolo 15)**. Roma, 26 giurmo 2019. Disponível em: < https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2866_allegato.pdf>. Acesso em:

La Cultura dell'accoglienza. Publicado em Amici de Bambini. Disponível em: <<http://www.aibi.it/ita/attivita/>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

MCKINNEY, Laura. **International Adoption and the Hague Convention: Does Implementation of the Convention Protect the Best Interest of the Children**. 6 Whittier J. Child. & Fam. Advoc. 361 2006-2007. At.

MENDEZ, Emilio Garcia e Costa; COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MEZMUR, Benyam D. Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança. **Sur, Revista Internacional de**

Direitos Humanos. 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000100005>>. Acesso em: 21 mai. 2021

NATALI, Daniela. **Adozioni in calo, solo colpa dela crisi?** *Corriere Della Sera*. Publicado em: 4 nov. 2011. Disponível em:<<https://27esimaora.corriere.it/articolo/adozioni-in-calo-solo-colpa-della-crisi/>>. Acesso em: 01 ago. 2021

Nova ONLUS. Disponível em: <<http://www.associazionenova.org/formazione>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

PRADO, Juliana. **Pandemia fecha as portas da adoção internacional de crianças brasileiras.** CBN. Publicado em 24 de abril de 2020. Disponível em:<<https://cbn.globoradio.globo.com/media/audiodio/299194/pandemia-fecha-portas-da-adoacao-internacional-de-c.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2021

RODRIGUES, Denise de Bem; MOTA, Tania. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/529/521>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção:** Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009: e outras disposições legais: Lei 12.003 e 12.004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SNA - Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento do Conselho Nacional de Justiça Acesso. Painel Estatístico. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056=8999-4434--913b-74f5b5b31b2a&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>>. Acesso em: 15 set. 2020

TJMG oferece curso inédito a pretendentes à adoção. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Publicado em 03 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-oferece-curso-online-inedito-a-pretendentes-a-adocao-8A80BCE67606869801762AA-D01F34271.htm#YU4-I5rMLIU>>. Acesso em: 01 set. 2021

Traffico illegale di minori dall'Albania a Torino: 60 denunce. *La Stampa*. Publicado em: 21 set. 2021. Disponível em: <<https://www.las-tampa.it/torino/2021/09/21/news/traffico-illegale-di-minori-dall-albania-a-torino-60-denunce-1.40725704>>. Acesso em: 01 ago. 2021

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos psicológicos da adoção.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO BRASIL E OS TRATAMENTOS SEM COMPROVAÇÃO DE EFICÁCIA CIENTÍFICA PARA A DOENÇA COVID-19

*Bruna Báccara Miranda*¹

*Felipe Lécio Oliveira Cattoni Diniz*²

*Hélder Sebastião Santos*³

RESUMO: O artigo tem por escopo, a partir da falta de evidências científicas nos tratamentos experimentais para covid-19 no Brasil, discutir se o médico deve ser responsabilizado civilmente por empregar o uso de tratamentos experimentais. O que se sabe até o momento é que os tratamentos experimentais podem ocasionar efeitos colaterais graves para os pacientes e assim surge a imprecisão no ordenamento jurídico de que o médico deveria ser ou não responsabilizado civilmente, vez que, o momento vivido é excepcional e, como tal, se exige medidas extraordinárias, a fim de se garantir a preservação da vida, saúde e segurança, e, ainda, que se evite que todo o sistema de saúde entre em colapso.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direito Médico. Pandemia. Covid-19.

1 Mestranda em Direito com ênfase em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela FDMC. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Newton Paiva. Pós-graduada em Docência com ênfase em educação jurídica, pela Faculdade Arnaldo. Pós-graduada em Direito Médico e da Saúde pela FALEG. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela FALEG. Autora de artigos científicos. Advogada. Membro e Professora do Programa Direito na Escola da OAB MG. E-mail: bruna.baccara.adv@gmail.com

2 Mestrando em Direito com ênfase em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela FDMC. Pós-graduado em direito do trabalho, Pós-graduado em direito coletivo do trabalho e Pós-graduado em direito público. Advogado. Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB/MG.

3 Mestrando em direito com ênfase em direito nas relações econômicas e sociais pela FDMC. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pelas Faculdades Pedro Leopoldo. Atua como assessor jurídico da Secretaria Municipal de Saúde de Contagem.

ABSTRACT: The scope of the article, based on the lack of scientific evidence on experimental treatments for covid-19 in Brazil, is to discuss whether the physician should be held civilly liable for employing the use of experimental treatments. What is known so far is that experimental treatments can cause serious side effects for patients and thus there is an inaccuracy in the legal system that the physician should or should not be held civilly liable, since the moment experienced is exceptional and, as this requires extraordinary measures in order to guarantee the preservation of life, health and safety, and also to prevent the entire health system from collapsing.

Keywords: Civil responsibility. medical law. pandemic. covid-19.

1. INTRODUÇÃO

“Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e

de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.” (Juramento de Hipócrates)

Surgiu na China no final do ano de 2019 o vírus Sars-Cov-2 (O novo Coronavírus) e disseminou-se rapidamente por todo o planeta Terra, e o mundo descobriu que o vírus Sars-Cov-2 causa uma nova doença altamente contagiosa denominada de Covid-19, que pode, em alguns casos, levar a óbito o ser humano, assim, em março de 2020 a Organização Mundial da Saúde -OMS- declarou situação de pandemia no planeta Terra.

A pandemia do novo coronavírus trouxe pânico pelo mundo. A doença Covid-19 impôs uma nova realidade a todos os seres humanos e assustou pela agilidade de contágio da doença e pelos altos números de mortalidade em todos os continentes.

Na América do Sul, especificamente no Brasil, o primeiro caso de Covid-19 foi diagnosticado no mês de fevereiro de 2020 e de lá para cá, já são milhões de pessoas diagnosticadas e milhões de óbitos.

Esse não foi o primeiro caso de pandemia pelo mundo, em outros momentos da história da humanidade, outros vírus e bactérias também já foram capazes de devastar todo o planeta, e em todos os casos, a ciência sempre foi e ainda é a grande heroína e aliada do mundo.

A ciência sempre buscou e busca a cura de novas doenças, mas nem sempre consegue, e quando consegue, nem sempre as respostas dos questionamentos: Qual é o tratamento? Qual é a cura? São respondidas rapidamente, o que leva o ser humano a não saber o que fazer.

E assim, na pandemia do novo coronavírus, a ciência e os médicos foram questionados desde o início a apresentarem respostas técnicas, a apresentarem tratamentos eficazes e que salvassem a vida dos seres humanos e estes profissionais não sabiam o que fazer.

No Brasil, mesmo não existindo evidências científicas e autorização dos órgãos competentes, o governo federal permitiu o uso de tratamentos experimentais através do uso de medicamentos do qual não se tem comprovação científica de sua eficácia para o tratamento e cura de Covid-19.

Portanto, o governo brasileiro ao estabelecer e autorizar que o médico pode estar utilizando certos tratamentos experimentais, cuja eficácia não é comprovada, faz com que, o comportamento deste profissional da saúde possa lhe causar responsabilidades e dentre estas, a responsabilidade civil.

A pandemia do novo Coronavírus trouxe impactos em todas as esferas da humanidade, e dentre estas, ao direito, onde a responsabilidade civil do médico não se esquivava.

O presente artigo científico analisará a responsabilidade civil do médico no Brasil ao fazer uso sem autorização dos órgãos competentes para tanto e sem comprovação científica, de tratamentos experimentais para a doença Covid-19, fazendo um enfoque na relação médico-paciente.

Para tanto, utilizou-se na pesquisa os métodos dedutivo e dialético e na pesquisa a coleta doutrinária com abordagem qualitativa.

2. O USO DE TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS PARA A DOENÇA COVID-19 NO BRASIL E A RECOMENDAÇÃO DOS ÓRGÃOS LEGAIS DE MEDICINA

A pandemia da SARS-CoV-2 já pode ser considerada como a maior internacionalmente de todos os tempos⁴ tem natureza

⁴ CAPUTO, G. et. al. **Coronavírus e pandemias na história: o que aprendemos no caminho até aqui**. São Paulo, 17 de março de 2021. Disponível em: <<http://aun.>

complexa haja vista sua forma de transmissão viral principalmente pelas vias respiratórias, e o isolamento social tem sido usado como uma das formas de prevenção ao contágio.

Os países tiveram que se reinventar tanto em seus sistemas de saúde quanto na economia, visto que o isolamento social por consequência diminuiu a produção e a oferta de bens e serviços, além de gerar desemprego e diminuição de renda. Ou seja, ao mesmo tempo em que os Estados passaram a arrecadar menos impostos, tiveram que aumentar os investimentos nos seus sistemas de saúde, pesquisa e socorro financeiro à empresas e cidadãos.

Pesquisas apontam que a recessão no mundo, em 2020, girou em torno de -3,5%⁵ e os impactos, por óbvio, foram sofridos no Brasil. Para tanto, o país teve que criar socorro financeiro para empresas⁶ e auxílio emergencial para pessoas de baixa renda⁷, mesmo assim, não evitou que a pobreza ganhasse forças e aumentasse no país⁸.

Diante de todo esse cenário, objetiva-se aqui traçar, em um recorte epistemológico, o estudo sobre as formas de tratamento recomendados e utilizados no Brasil, especialmente o denominado

webhostusp.sti.usp.br/index.php/2021/02/17/coronavirus-e-pandemias-na-historia-o-que-aprendemos-no-caminho-ate-aqui/. Acesso em: 15 set 2021

5 WORLD BANK. **Perspectivas econômicas globais**. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/publication/global-economic-prospects>> . Acesso em: 16 set. 2021.

6 BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. **BNDES Crédito Pequenas Empresas**. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-credito-pequenasempresas>>. Acesso em: 16 set. 2021.

7 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. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>>. Acesso em: 16 set 2021.

8 AGÊNCIA BRASIL. **Coronavírus pode levar 500 milhões de pessoas para a pobreza**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/coronavirus-podelevar-500-milhoes-de-pessoas-para-pobreza>>. Acesso em: 16 set 2021.

“tratamento precoce” e, conforme se verá adiante, tendo em vista a ineficácia desse tipo de tratamento, qual a responsabilidade do profissional de saúde que fizer uso desse modelo.

O primeiro caso confirmado de infecção por Covid-19 no Brasil foi em 26 de março de 2020⁹, em um cidadão, internado no Hospital Albert Einstein em São Paulo, e que tinha histórico de viagem pela Itália.

Naquele momento, na tentativa de buscar soluções seja para evitar o contágio, seja para tratamento daqueles que foram infectados, impulsionou algumas medidas que ao longo do tempo foram sendo consideradas como eficazes ou ineficazes.

A OMS recomendou em março de 2020 que, além do uso por todos do álcool em gel 70% apenas pessoas infectadas usassem máscaras, e as não infectadas não precisariam o uso, entretanto essa orientação mudou logo depois e a OMS passou a recomendar o uso de máscaras por todos, infectados ou não, como forma de prevenção.¹⁰ O Brasil, através de políticas de seus Estados e Municípios, de igual forma, fez a recomendação para uso obrigatório,¹¹ especialmente o uso de máscaras de tecido, já que as máscaras cirúrgicas, além de dificuldade de acesso, eram recomendadas para profissionais da saúde que possuem risco maior de contágio.

Como esperado, a sociedade também se esforçava em encontrar fármacos e tratamentos clínicos que também pudessem ser recomendados para enfrentamento à COVID-19. Foi quando alguns

9 MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil confirma primeiro caso da doença.** Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-denovo-coronavirus>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

10 UOL. **Alerta da OMS sobre máscara feito em março não é mais válido.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/31/oms-reforca-alerta-sobre-mascara-ser-desnecessaria-para-pessoas-saudaveis.htm>>. Acesso em 16 set 2021

11 AGÊNCIA BRASIL. **Covid-19: Brasil adota uso de máscaras como política de saúde pública.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-brasil-adota-uso-de-mascaras-como-politica-de-saude-publica>>. Acesso em: 16 set 2021.

profissionais passaram a recomendar medicamentos que no Brasil ganhou o nome de “Kit Covid”.

O potencial da hidroxicloroquina contra a covid-19 começou a ser explorado a partir de um pequeno trabalho publicado na China. Mas ela só ganhou as manchetes com a publicação de um estudo feito pelo médico francês Didier Raoult e por sua equipe¹². São medicamentos que tem como tratamento aprovado pela ANVISA para tratamento da malária, e para o COVID foram receitados como off label.

O tratamento *off label*, segundo definição da própria ANVISA,¹³ acontece:

Quando um medicamento é aprovado para uma determinada indicação isso não implica que esta seja a única possível, e que o medicamento só possa ser usado para ela. Outras indicações podem estar sendo, ou vir a ser estudadas, as quais, submetidas à Anvisa quando terminados os estudos, poderão vir ser aprovadas e passar a constar da bula. Estudos concluídos ou realizados após a aprovação inicial podem, por exemplo, ampliar o uso do medicamento para outra faixa etária, para uma fase diferente da mesma doença para a qual a indicação foi aprovada, ou para uma outra doença, assim como o uso pode se tornar mais restrito do que inicialmente se aprovou. (ANVISA, 2021)

O tratamento precoce no Brasil pelo “Kit Covid” ganhou apoio político forte do Presidente da República¹⁴ que o fez em várias

12 BIERNATH, André. **Tratamento precoce | ‘Kit covid é kit ilusão’**: os dados que apontam riscos e falta de eficácia do suposto tratamento. São Paulo, 27 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55775106>>. Acesso em: 19 set 2021.

13 ANVISA. **Como a Anvisa vê o uso off label de medicamentos**. Disponível em: <<http://antigo.anvisa.gov.br/>>. Acesso em 16 set 2021.

14 GARCIA, Gustavo. **Governo avalia distribuir na Farmácia Popular ‘kit Covid’ com cloroquina, diz Pazuello**. Brasília, 16 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/09/16/governo-avalia-distribuir->

manifestações públicas, mesmo sem qualquer laudo técnico e científico que o recomendasse.

2.1 O PARECER DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O tratamento precoce para a COVID-19 teve outros influenciadores além do Presidente da República e outros entusiastas famosos, ele também foi referendado pelo próprio Conselho Federal de Medicina, através do parecer 004/2020,¹⁵ que tem como ementa “*Considerar o uso da cloroquina e hidroxicloroquina, em condições excepcionais, para o tratamento da COVID-19*”.

O Parecer, após tecer considerações acerca do contexto vivido à época, em que de um lado a sociedade na busca por um tratamento rápido que pudesse estancar a evolução da doença e salvar vidas, e de outro, a demora natural para comprovações científicas para tratamentos eficazes, assim concluiu:

Considerar o uso em pacientes com sintomas leves no início do quadro clínico, em que tenham sido descartadas outras viroses (como influenza, H1N1, dengue), e que tenham confirmado o diagnóstico de COVID 19, a critério do médico assistente, em decisão compartilhada com o paciente, sendo ele obrigado a relatar ao doente que não existe até o momento nenhum trabalho que comprove o benefício do uso da droga para o tratamento da COVID 19, explicando os efeitos colaterais possíveis, obtendo o consentimento livre e esclarecido do paciente ou dos familiares, quando for o caso;b) Considerar o uso em pacientes com sintomas

na-farmacia-popular-kit-covid-com-cloroquina-diz-pazuello.ghtml. Acesso em 16 set 2021.

15 PARECER CFM nº 4/2020. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

importantes, mas ainda não com necessidade de cuidados intensivos, com ou sem necessidade de internação, a critério do médico assistente, em decisão compartilhada com o paciente, sendo o médico obrigado a relatar ao doente que não existe até o momento nenhum trabalho que comprove o benefício do uso da droga para o tratamento da COVID 19, explicando os efeitos colaterais possíveis, obtendo o consentimento livre e esclarecido do paciente ou dos familiares, quando for o caso;c) Considerar o uso compassivo em pacientes críticos recebendo cuidados intensivos, incluindo ventilação mecânica, uma vez que é difícil imaginar que em pacientes com lesão pulmonar grave estabelecida, em maioria das vezes com resposta inflamatória sistêmica e outras insuficiências orgânicas, a hidroxicloroquina ou a cloroquina possam ter um efeito clinicamente importante;d) O princípio que deve obrigatoriamente nortear o tratamento do paciente portador da COVID-19 deve se basear na autonomia do médico e na valorização da relação médico-paciente, sendo esta a mais próxima possível, com o objetivo de oferecer ao doente o melhor tratamento médico disponível no momento;e) Diante da excepcionalidade da situação e durante o período declarado da pandemia, não cometerá infração ética o médico que utilizar a cloroquina ou hidroxicloroquina, nos termos acima expostos, em pacientes portadores da COVID-19. (CFM, 2020)

O tratamento precoce que teve o apadrinhamento tanto do Presidente da República quanto do próprio Conselho Federal de Medicina, conforme parecer retro, provocou uma corrida das pessoas às farmácias e um uso indiscriminado dos fármacos constantes no parecer, comprometendo inclusive a sua utilização para os casos em

que são cientificamente comprovados seu uso, passando inclusive a se exigir receita médica nas Farmácias para autorização da venda.¹⁶

O próprio Governo Federal, além de receber doações por parte do governo dos Estados Unidos, por meio do Exército produziu em escalas jamais vistas os medicamentos, numa destinação pública de recursos que não foi a mesma vista para pesquisas científicas que de fato poderiam ensejar em tratamentos eficazes.¹⁷

O próprio parecer do CFM deixa clara essa ausência de comprovação científica, mas dado o seu baixo custo e que os possíveis efeitos colaterais da cloroquina e hidroxicloroquina são de baixo impacto¹⁸, e como já dito, a ausência de outros tratamentos no momento, respaldou seu uso.

Outrossim, com o decorrer do tempo e a experiência internacional no trato da COVID-19 além da ausência de estudos clínicos que comprovassem a eficácia do “Kit Covid”, foram sendo produzidos estudos científicos que comprovaram a ineficácia desse tratamento,¹⁹ bem como, com a evolução na produção de vacinas, sua aplicação e seus resultados positivos a demonstração que o tratamento comprovadamente eficaz seria a vacinação.

Ainda assim, o CFM permaneceu firme no propósito de recomendar o uso do “Kit Covid”, baseado na autonomia do médico e na relação médico paciente.²⁰

Entretanto, após várias críticas da sociedade à forma em que o Estado Brasileiro conduziu o enfrentamento à COVID-19, o Senado

16 BARROS, Luiz Gustavo. **Apesar de alertas contra ‘kit Covid’, remédios estão em falta nas farmácias de Minas**. Belo Horizonte, 03 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/apesar-de-alertas-contr-kit-covid-rem%C3%A9dios-est%C3%A3o-em-falta-nas-farm%C3%A1cias-de-minas-1.835573>>. Acesso em 19 set 2021.

17 ANJOS, Ana Beatriz. et. al. **O Mapa da cloroquina: como governo Bolsonaro enviou 2,8 milhões de comprimidos para todo o Brasil**. Disponível em: <<https://apublica.org/2021/03/o-mapa-da-cloroquina-como-governo-bolsonaro-enviou-28-milhoes-de-comprimidos-para-todo-o-brasil/>>. Acesso em 19 set 2021.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

Federal instituiu a CPI COVID²¹, que passou a ouvir autoridades na área da saúde e também agentes públicos responsáveis pela definição das políticas públicas para o enfrentamento à COVID-19.

Nesse diapasão, em uma das audiências da CPI,²² foi ouvido o vice-presidente do Conselho Federal de Medicina, Sr. Donizette Giamberardino Filho que asseverou a não indicação por parte do Conselho para tratamento precoce, e sim, através do Parecer 004/2020, reafirmar a autonomia entre médico e paciente, frisando que o CFM fez foi uma autorização fora da bula (off label) em situações individuais e com autonomia das duas partes, “firmando consentimento esclarecido [médico] e informado [paciente]”. Em nenhum momento, ele [o CFM] autorizou qualquer procedimento experimental fora do sistema CRM/CFM.²³

Portanto, verifica-se que o cenário pandêmico, em escala global jamais visto na humanidade requeria esforços de todos os atores envolvidos, e a ponta do atendimento - os profissionais de saúde - especialmente os médicos, deparavam com os casos aumentando de forma significativa e nenhuma evidência científica de tratamento eficaz, dada a novidade do tipo viral.

Além disso, uma vez referendado pelo próprio Conselho, os médicos não viam outro modo senão a tentativa da prescrição *off label* do Kit Covid, numa tentativa de salvar vidas e não serem responsabilizados pela omissão.

21 AGÊNCIA BRASIL. **CPI da Pandemia é instalada e Renan Calheiros é confirmado relator.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-04/cpi-da-pandemia-e-instalada-e-renan-calheiros-e-confirmado-relator>>. Acesso em 16 set. 2021.

22 AGÊNCIA BRASIL. **CFM diz no Senado que não aprova tratamento precoce contra covid-19.** Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-04/cfm-diz-no-senado-que-nao-aprova-tratamento-precoce-contracovid-19>>. Acesso em 19 set 2021.

23 *Ibidem.*

3. PRINCÍPIOS BIOÉTICOS, O USO DE TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS PARA COVID-19 E O CÓDIGO MÉDICO ÉTICO-PROFISSIONAL:

A profissão médica está contida em condutas morais sob a ótica do seu código ético- profissional.

O código de ética que rege a prática da medicina possui bases principiológicas hipocráticas onde são fundamentadas bioeticamente nos princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

O princípio da autonomia preconiza que o paciente deve ter o poder de tomar decisões sobre o seu tratamento médico, o da beneficência diz que o médico deve ter certeza e conhecimento técnico de que o ato médico é benéfico ao paciente, o da não-maleficência diz que o médico não deve cometer dano intencional, possuindo o profissional a obrigação de não causar dano, e por fim, o princípio da justiça estabelece que o médico deve ser imparcial, evitando ao máximo que conflitos de cunho social, intervenham na relação médico-paciente.

Como esclarece Maria de Fátima Freires e Bruno Torquato de Oliveira Neves (Sá, Maria de Fátima Freires e Naves, Bruno Torquato de Oliveira, 2021, pag. 25, 26, 27):

“O princípio da da beneficência impõe ao profissional da saúde ou ao biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado. Beneficência vem do latim, bonum facere, literalmente fazer o bem. (...) O princípio da autonomia pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade para se autogovernar. (...) O princípio da justiça refere-se ao meio e fim pelo qual se deve dar toda intervenção biomédica, isto é, maximizar os benefícios com o mínimo custo. (...).”

E diz também Barros Júnior, que a não-maleficência é o princípio em que o médico deverá evitar os danos que são previsíveis.(Barros, Junior 2019).

De acordo com o código de ética médica (CFM, 2021), ao tratar da responsabilidade profissional do médico, é vedado:

“Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal. ”

E ao tratar da publicidade médica, é vedado ao médico:

“ Art. 113. Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente. ”

Pode-se observar pelos princípios bioéticos e pelo código de ética médica que os pacientes que estão recebendo tratamentos experimentais estão em situação de vulnerabilidade, e assim surge uma dúvida: Tal conduta dos médicos ao prescrever tratamentos experimentais deve ser responsabilizada?

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

Para o Direito, responsabilidade, do latim *respondere*, significa responder, reparar um dano causado. A responsabilidade civil é uma obrigação de reparar um prejuízo gerado, sendo que, no exercício da Medicina, a responsabilidade profissional estaria ligada ao não cumprimento de obrigações impostas normativamente (FRANÇA, 2014, p. 419).

Em resumo, responsabilidade civil é o dever de reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, seja por ato próprio imputado, seja por ato de pessoa por quem o agente responde, por coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, por imposição legal. Ela é, nas palavras do jurista Rui Stoco, “uma consequência e não uma obrigação original, considerando-se que esta constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente” (STOCO, 2014, p. 179)

Quando o profissional compromete-se a prestar seus serviços, assume uma obrigação originária. Descumprindo tal obrigação, haverá violação do dever jurídico originário, nascendo, assim, a responsabilidade, o dever de indenizar o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação (STOCO, 2014, p. 180).

Desse modo, para a verificação da responsabilidade civil médica, torna-se imprescindível definir qual é a verdadeira obrigação assumida por cada sujeito envolvido na relação jurídica. A responsabilidade civil faz parte do Direito das Obrigações, uma vez que o autor do dano (aquele que descumpriu a obrigação originária) adquire a obrigação de repará-lo. A obrigação é o vínculo jurídico existente entre o credor e o devedor, respondendo este com o próprio patrimônio pelas suas obrigações.

A obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de fazer, em que o paciente contrata os serviços do profissional médico e este, por sua vez, compromete-se ao dever de prestar determinado serviço (SOUZA; FERNANDES, 2018).

Pode-se dizer que a responsabilidade civil tem seu fundamento no art. 927 do Código Civil, que assim estabelece: *aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (arts. 186 e 187)*. E segue em seu parágrafo único: *haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*.

Maria Helena Diniz (DINIZ, 2006, p. 40) conceitua com maestria a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde ou de fato de coisa ou animal, sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Portanto, sem adentrar às nuances da responsabilidade médica (objetiva ou subjetiva, advinda contratualmente ou não, etc.), que mereceria artigo próprio para tanto, conforme se pode observar, a ideia central da responsabilidade civil é a reparação pelo agente de um dano causado a determinada pessoa.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AO DIREITO MÉDICO

O exercício da Medicina remonta aos primórdios da humanidade e com o próprio nascimento do ser humano. Não é difícil de imaginar que, na época pré-histórica, quando um homem ou uma mulher feria-se ou adoentava-se, havia algum tipo de cuidado, para com essa pessoa.

Sendo a Medicina uma ciência que tem como finalidade precípua, diagnosticar, tratar e prevenir doenças, aliada à racionalidade humana,

fica impossível deixar de relacionar a própria evolução do homem com a sua evolução histórica.

Doenças que há alguns séculos eram consideradas incuráveis, hoje, podem ser sanadas com simples tratamento com o uso de comprimidos medicamentosos. A evolução da Medicina proporciona melhor qualidade de vida, visando otimizar as condições de saúde das pessoas.

Vislumbra-se, então, que se tem dois atores principais na Medicina, o médico e o paciente. Havendo duas pessoas ou mais relacionando-se, surge a necessidade de regulamentação do comportamento humano, entrando em cena, neste momento, o Direito. Ainda, se nesta relação ocorrer algum tipo de dano, dá-se espaço à responsabilização de seu causador, a título de dolo ou culpa, isso se existir nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso.

Miguel Kfourí Neto (KFOURI NETO, 2019, pag. 92), que, ao lecionar sobre a historicidade da responsabilidade civil médica, demonstra o surgimento deste instituto jurídico nos seguintes termos:

O primeiro documento histórico, que trata do problema do erro médico é o Código de Hammurabi (1790-1770 a.C.), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.) estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.

Evidencia-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava a responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica,

o médico o matou, e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com certa satisfação profissional, como o faz hoje: “a operação foi muito bem-sucedida, mas o paciente está morto”.

Se essa era a lei – prossegue Avencone – pode-se imaginar com que serenidade o médico se preparava para uma cirurgia, com os meios de que então dispunha. Por óbvio, só operações de extrema simplicidade eram praticadas, também porque a anatomia era muito pouco conhecida.

Hodiernamente, devido à massificação das relações pessoais, notadamente no tocante à relação médico-paciente, visualiza-se, como consequência, um aumento de conflitos entre as partes, sendo pela existência de algum erro médico, o que, em tese, poderia gerar algum tipo de responsabilização, ou pelo simples descontentamento do paciente com relação à forma como foi tratado pelo médico, fato este que não geraria, em princípio, um dano indenizável. Destarte, é nesse cenário que o Direito Médico tende a atuar quando se trata do instituto da responsabilidade civil advinda da relação médico-paciente.

4.2 DA ANÁLISE DA OBRIGAÇÃO MÉDICA

Necessário, portanto, a partir de então, focar na natureza jurídica da obrigação a que se compromete o médico - se ela se consistirá numa obrigação de meio ou de resultado, quanto à prestação de serviços posta à disposição do paciente.

A obrigação é de meio quando o profissional compromete-se a utilizar de todos os meios possíveis e necessários para alcançar o resultado pretendido, contudo, não existe a obrigação por parte do médico de garantir que este resultado seja atingido. Por outro lado, quando se fala em obrigação de resultado, estar-se-á assegurando que o médico terá a obrigação de atingir o resultado pretendido.

Contudo, de antemão, há que se registrar que a Medicina não é uma ciência exata e está longe de assim ser. O ser humano é único,

e cada organismo pode reagir de forma diferenciada diante de um tratamento médico, sendo ele medicamentoso ou cirúrgico.

Portanto, não é possível que se impute ao médico a culpa pelo insucesso de todo e qualquer tratamento. Por maior que seja o conhecimento, a experiência e a competência do profissional, certos fatores intercorrentes, mesmo se tratados dentro da conformidade prevista pela ciência médica, poderão estar fora do alcance da técnica científica. Aliás, Miguel Kfoury (KFOURI NETO 2019, p. 92) assevera o seguinte, dada a natureza contratual da responsabilidade civil médica:

Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.

Na mesma esteira, temos o entendimento de Eduardo Dantas²⁴ (DANTAS, 2019, p. 165), que dita:

Muito se discute na doutrina nacional, quando se trata da natureza jurídica da obrigação médica, sobre obrigação de meio, e obrigação de resultado. É consenso que a atividade médica é considerada uma obrigação de meio, ou seja, que o exercício da Medicina não promete cura, mas sim tratamento adequado, segundo as normas de prudência, perícia e diligência, e padrão de conduta ético e comprometido por parte do profissional em favor da melhora de seu paciente.

Isso ocorre porque a atividade médica, por definição, está sujeita ao acaso, ao imprevisível comportamento da fisiologia humana que, por vezes, insiste em desafiar o senso comum, os prognósticos mais acurados, e as expectativas mais prováveis.

24 DANTAS, Eduardo. *Direito médico*, 4.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 165.

Enfim, além da resposta de cada organismo ser única (ainda que sejam esperados determinados padrões de resposta), ainda se encontra a intervenção médica sujeita ao acaso, ao infortúnio, à força maior.

Por essas e mais outras tantas razões, a atividade médica não se sujeita a um comprometimento com o resultado, mas sim ao dever de diligência.

Este entendimento também encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou o entendimento no sentido de que a obrigação dos médicos possui natureza de meio, aliás, foi o que decidiu o Ministro Raul Araújo quando relatou o Agravo em Recurso Especial nº. 767.039/SP, transcrito adiante:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 767.039 - SP (2015/0203761-0)

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

(...) Ainda, no mesmo sentido, é preciso lembrar que não haverá presunção de culpa para haver condenação do médico; ele (CDC, art. 6o, VIII) é que deverá provar que não houve inexecução culposa da sua obrigação profissional, demonstrando que o dano não resultou de imperícia, negligência (AASP, 2.093:180, e; 1o TACSP, AP. 684.076-6, j. 9-3-1998) ou imprudência sua (RT, 407:174, 357, 196; JSTJ, 8:294).

(...) Assim, em que pese a grave dor e sofrimento experimentado pela paciente e seus familiares, não se pode ignorar que a relação jurídica estabelecida entre o médico e o paciente constitui obrigação de meio, e não de resultado. Esta obrigação impõe ao profissional da Medicina, na busca pela solução da doença que aflige o paciente, o exercício de sua profissão com dedicação e cautela sem, entretanto, possuir o dever absoluto de cura. (AREsp 767.039/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJE 01/08/2016)

Destarte, não restam dúvidas de que o médico submete-se à obrigação de meio quando da prestação de seus serviços.

Contudo, a doutrina e jurisprudência majoritárias trazem exceções, afirmando-se que, nos casos de realização de cirurgia plástica estética, a obrigação do médico cirurgião plástico seria de resultado, devendo-se, portanto, garantir o resultado pós-cirúrgico pretendido.

4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS PARA COVID-19

O Direito e, por sua vez, a responsabilidade civil, acompanhando o desenvolvimento social para equalização de eventuais problemas cotidianos, matem-se em constante evolução.

No que diz respeito ao denominado novo coronavírus (SARS-CoV-2), causador da doença COVID-19 - que, em virtude da intensa disseminação, em 11/03/2020, fez com que a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarasse pandemia²⁵ -, considerando os efeitos que daí podem surgir, há que se apresentar perspectivas renovadas para assuntos revisitados.

Os contemporâneos reflexos jurídicos sobre a COVID-19 abordam temas sensíveis e pertinentes no dia a dia dos profissionais da saúde, e, não sendo ainda crível determinar ou prever os possíveis casos de incidência da respectiva responsabilidade profissional, no âmbito civil, ao passo em que pairam incertezas.

Imperioso salientar que não há estudos conclusivos sobre a doença, seja no que se refere ao tratamento, medicamentos ou mesmo a vacina. O momento é excepcional e, como tal, se exige medidas extraordinárias, a fim de se garantir a preservação da vida, saúde e

25 OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. Organização Pan-Americana da Saúde Brasil, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 15 de setembro de 2021.

segurança, e, ainda, que se evite que todo o sistema de saúde entre em colapso.

No entanto, uníssona é a orientação das autoridades públicas afetas à matéria, bem como da própria OMS, no cenário internacional, de isolamento social (inclusive, com tomada de medidas enérgicas por alguns países), para que se viabilize o chamado “*achatamento da curva*”²⁶.

Nesse contexto, impõe-se à população que siga rigorosamente as orientações de tais autoridades, sobretudo dos profissionais da saúde - estes que se mostram ainda mais indispensáveis, por estarem na linha de frente no combate à pandemia.

A premissa básica é que há um alerta para que todos os países, sem exceção, adotem ações para conter a devastadora disseminação do vírus e cuidar dos pacientes adequadamente. Ocorre que, se não há verdadeira compreensão acerca da doença, como exigir de tais profissionais respostas assertivas?

Cabe então reflexão sobre a singular situação, em que haveria ou não a incidência da responsabilidade civil, sob a perspectiva de atuação do profissional médico frente à COVID-19.

Nesse contexto, a ideia de culpa (como requisito da responsabilidade civil) no exercício da atividade médica deve ser revisitada. É que a conduta do médico deve ser analisada conforme eventual possibilidade de agir frente às adversidades da respectiva circunstância - não sendo de desconhecimento que o momento é de déficit de material humano (profissionais da saúde, sobretudo), equipamentos e estrutura em geral.

Diante disso, condutas que em cenário de normalidade eram vedadas passam a ser toleradas ou mesmo expressamente admitidas na atuação médica.

26 O termo tem a ver com reduzir ao máximo o ritmo de transmissão do vírus, fazendo com que o número de casos ativos que necessitem de hospitalizações não supere o número de leitos hospitalares disponíveis, garantindo que todos que precisem tenham o atendimento adequado, minimizando o número de mortes.

A título de exemplo, houve a autorização legal do exercício da telemedicina durante a pandemia (Lei n.º. 13.989, de 15 de abril de 2020), restando relativizada a essencialidade do contato junto ao paciente. Ainda, medicamentos liberados pela Anvisa para outras indicações (off label) ou mesmo aqueles que ainda se encontram em fase experimental (não liberados pela Anvisa - uso compassivo), foram liberados para utilização frente à COVID-19.²⁷

Em outras palavras, pode-se afirmar que a COVID-19 foi causadora de uma crise sanitária e, com isso, também da flexibilização de determinadas diretrizes e orientações dos órgãos reguladores e de fiscalização.

A bem da verdade, o que se tem é que para situações atípicas, se exigem posturas diferentes - é o caso do enfrentamento da pandemia que assola o globo terrestre.

Com isso, em determinados casos, no intuito de salvaguardar vidas, pode se exigir do profissional médico postura ativa e decisões mais arriscadas ou mesmo ousadas, que distinguem de determinados protocolos, como já evidenciado, a utilização em pacientes de medicamentos não testados adequadamente.

O momento se presta à união entre sociedade civil, agentes políticos, sociedades científicas, profissionais da saúde, sobretudo, para que soluções viáveis e concretas sejam buscadas.

Trata-se, pois, de uma espécie de chamamento de todos os cidadãos brasileiros, extensivo a todos os países (quando do envolvimento da OMS), para que ativem e intensifiquem mecanismos emergenciais de respostas efetivas.

O Conselho Federal de Medicina, registrando a excepcionalidade da situação, eximindo o profissional médico de responsabilidade no âmbito ético e autorizando determinados medicamentos de uso off label, em tese, emitiu o parecer n.º. 4/2020, concluindo:

27 COVID-19 e o Uso Compassivo ou Off Label de Medicamentos. Bioética Complexa e COVID-19. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/2020/04/covid-19-e-o-uso-compassivo-ou-off.html?m=1>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

“Diante da excepcionalidade da situação e durante o período declarado da pandemia, não cometerá infração ética o médico que utilizar a cloroquina ou hidroxiclороquina, nos termos acima expostos, em pacientes portadores da Covid -19”²⁸.

Portanto, além da modificação do patamar de exigência da conduta médica a situação excepcional, extraordinária e inevitável (caso fortuito ou força maior), afasta a imputação da responsabilidade, ainda que se adote a teoria do risco, pela caracterização de sua excludente²⁹.

Pelo exposto, o cenário pandêmico é um convite à reflexão e revisitação dos contornos tradicionais da denominada responsabilidade civil, por sofrer substanciais, significativas e inusitadas interferências.

5. CONCLUSÃO

No referido cenário presente, a prática de tratamentos experimentais para a doença covid-19 parte de forte manipulação do líder brasileiro, o presidente do Brasil, mesmo sem qualquer comprovação científica, este estimula o uso de tais tratamentos experimentais e assim muito se discute se o médico deveria ser responsabilizado pela prescrição de tais tratamentos.

Porém, mesmo os tratamentos experimentais não possuindo eficácia científica, o médico não deverá ser responsabilizado civilmente, vez que, no intuito de salvar vidas, o médico usa de todas as formas que está ao seu alcance. O momento vivido pela humanidade é excepcional e, como tal, se exige medidas extraordinárias, a fim de se garantir a preservação da vida, saúde e segurança, e, ainda, que se evite que todo o sistema de saúde entre em colapso.

28 PARECER CFM nº 4/2020. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

29 CASTRONOVO, Carlo. Responsabilità Civile. Milão: Giuffrè Editora, 2018, p. 458-459.

Nesse contexto, a ideia de culpa (como requisito da responsabilidade civil) no exercício da atividade médica não deve existir. É que a conduta do médico deve ser analisada conforme eventual possibilidade de agir frente às adversidades da respectiva circunstância - não sendo de desconhecimento que o momento é de déficit de material humano (profissionais da saúde, sobretudo), equipamentos e estrutura em geral. Diante disso, condutas que em cenário de normalidade eram vedadas passam a ser toleradas ou mesmo expressamente admitidas na atuação médica, afinal, os médicos estão fazendo de tudo para salvar vidas em um cenário de extrema precariedade.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. CFM diz no Senado que não aprova tratamento precoce contra covid-19. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-04/cfm-diz-no-senado-que-nao-aprova-tratamento-precoce-contra-covid-19>>. Acesso em 19 set 2021.

AGÊNCIA BRASIL. Coronavírus pode levar 500 milhões de pessoas para a pobreza. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/coronavirus-podelevar-500-milhoes-de-pessoas-para-pobreza>>. Acesso em: 16 set 2021.

AGÊNCIA BRASIL. CPI da Pandemia é instalada e Renan Calheiros é confirmado relator. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-04/cpi-da-pandemia-e-instalada-e-renan-calheiros-e-confirmado-relator>>. Acesso em 16 set. 2021.

ANJOS, Ana Beatriz. et. al. O Mapa da cloroquina: como governo Bolsonaro enviou 2,8 milhões de comprimidos para todo o Brasil. Disponível em: <<https://apublica.org/2021/03/o-mapa-da-cloroquina-como-governo-bolsonaro-enviou-28-milhoes-de-comprimidos-para-todo-o-brasil/>>. Acesso em 19 set 2021.

ANVISA. Como a Anvisa vê o uso off label de medicamentos. Disponível em: <<http://antigo.anvisa.gov.br/>>. Acesso em 16 set 2021.

AREsp 767.039/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 01/08/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/oPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502037610>. Acesso em: 15 set. 2021.

BARROS JUNIOR, E. A. (2019). Código de ética médica comentado e interpretado. In cia do Ebook. Cia do Ebook.

BARROS, Luiz Gustavo. Apesar de alertas contra ‘kit Covid’

remédios estão em falta nas farmácias de Minas. Belo Horizonte, 03 de maio de 2021. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/apesar-de-alertas-contrakit-covid-rem%C3%A9dios-est%C3%A3o-em-falta-nas-farm%C3%A1cias-de-minas-1.835573>>. Acesso em 19 set 2021.

BIERNATH, André. Tratamento precoce | ‘Kit covid é kit ilusão’: os dados que apontam riscos e falta de eficácia do suposto tratamento. São Paulo, 27 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55775106>>. Acesso em: 19 set 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

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. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>>. Acesso em: 16 set 2021.

CAPUTO, G. et. al. Coronavírus e pandemias na história: o que aprendemos no caminho até aqui. São Paulo, 17 de março de 2021. Disponível em: <<http://aun.webhostusp.sti.usp.br/index.php/2021/02/17/coronavirus-e-pandemias-na-historia-o-que-aprendemos-no-caminho-ate-aqui/>>. Acesso em: 15 set 2021

CASTRONOVO, Carlo. Responsabilità Civile. Milão: Giuffrè Editore, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/>>

cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 15 set. 2021.

COVID-19 e o Uso Compassivo ou Off Label de Medicamentos. Bioética Complexa e

COVID-19. Disponível em: <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/2020/04/covid-19-e-o-uso-compassivo-ou-off.html?m=1>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

DANTAS, Eduardo. Direito Médico. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

INSPER. Decisões judiciais relacionadas à covid-19 já somam 165 mil. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/decisoes-judiciais-relacionadas-a-covid-19-ja-somam-165-mil/>>. Acesso em: 04 maio 2021.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade civil do médico. Direito e Medicina: aspectos jurídicos da Medicina, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Brasil confirma primeiro caso da doença. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-denovo-coronavirus>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. Organização Pan-Americana da Saúde Brasil, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em 15 de

setembro de 2021.

PARECER CFM nº 4/2020. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freires e Naves, Bruno Torquato de Oliveira: Bioética e Biodireito, 5. Ed. São Paulo. Editora Foco, 2021.

SOUZA, Iara Antunes de; FERNANDES, Rafaela Leite. Cirurgias Plásticas Estéticas: Obrigação de Meio ou de Resultado x Responsabilidade Civil Médica. In: Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar. Indaiatuba, SP: Foco, 2018.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

UOL. Alerta da OMS sobre máscara feito em março não é mais válido. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2020/03/31/oms-reforca-alerta-sobre-mascara-ser-desnecessaria-para-pessoas-saudaveis.htm>>. Acesso em 16 set 2021.

WORLD BANK. Perspectivas econômicas globais. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/publication/global-economic-prospects>> . Acesso em: 16 set. 2021.

O DIREITO DOS CONTRATOS EM TEMPOS DE CRISE: FUNDAMENTOS PARA A REVISÃO E A RESOLUÇÃO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Rodolpho Barreto Sampaio Jr.¹

INTRODUÇÃO

A rápida propagação do novo coronavírus, desde os primeiros contágios identificados na China, causou profundo impacto na economia global. A velocidade de sua dispersão e o consequente colapso dos sistemas hospitalares impuseram o isolamento social como a melhor alternativa para minimizar os efeitos da Covid-19. Mesmo aqueles países que relutaram em determinar o recolhimento compulsório da população às suas residências tiveram que abandonar sua posição inicial e adotar tal procedimento. A paralização das atividades sociais, como bem pode ser imaginado, trouxe reflexos profundos na economia e certamente levará inúmeros países à recessão.

Nesse contexto, não é difícil supor que o impacto das políticas de isolamento social sobre as relações contratuais será significativo. Contratos de fornecimento precisarão ser renegociados, na medida em que o revendedor não tem mais a quem repassar seus produtos. A locação não comercial certamente exigirá maior flexibilidade dos locadores, porquanto, fechadas as lojas, certamente o faturamento do locatário será bastante reduzido. As creches não mais receberão crianças, as academias não terão quem se exercite e as salas de cinemas e teatros irão emudecer. Em síntese, a abrupta desestruturação da atividade econômica atingirá com máxima potência o direito contratual, levando à revisão, ou mesmo à resolução, inúmeras relações negociais.

¹ É doutor em Direito, Professor Adjunto na PUC Minas e no PPGD da Faculdade Milton Campos, membro da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG e Procurador do Estado de Minas Gerais.

É certo que na maior parte das vezes as próprias partes irão se compor. Normalmente, elas têm o interesse de manter vigente a sua relação contratual, ainda que tenham que fazer concessões que, originariamente, não estavam previstas. Todavia, haverá situações nas quais as partes não chegarão a um denominador comum. Será necessário, então, recorrer ao Poder Judiciário, ou às câmaras arbitrais, para recuperar-se o sinalagma contratual, i.e., para se reequilibrar a relação negocial.

O objetivo do presente artigo é o de trazer os fundamentos jurídicos que permitem a alteração das condições contratuais. O que se tem observado na jurisprudência, ao menos até o presente momento, é que as ações em que se buscava a revisão ou resolução dos contratos se assentava, fundamentalmente, sobre cláusulas gerais, tais como a função social e a boa-fé objetiva. Ocorre, no entanto, que a intervenção judicial pode produzir efeitos nefastos sobre a dinâmica negocial. Já existem estudos que apontam as consequências negativas de uma revisão generalizada dos contratos. Esse procedimento, pautado mais por uma postura paternalista ou por um sentimento de comiseração do magistrado do que pelas regras legais que regem a revisão ou resolução dos contratos, traz externalidades que afetam não apenas os próprios contratantes, mas também vários segmentos da sociedade

É necessário, portanto, reduzir-se a esfera de atuação do magistrado, vinculando-o aos contornos legais dos institutos jurídicos que permitem a revisão ou resolução contratual. É preciso minimizar a insegurança jurídica que decorre da alteração exógena dos contratos. E isso se faz, como dito, observando-se tecnicamente os dispositivos legais aplicáveis a tais circunstâncias.

Assim, o que se pretende com este artigo, é exatamente explicitar os fundamentos legais que permitem a revisão ou a resolução dos contratos. Pretende-se trazer segurança jurídica em meio à insegurança trazida pela pandemia.

PRIMEIRO PASSO: A IDENTIFICAÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Primeiramente, faz-se fundamental definir qual a natureza da relação jurídica que será analisada. Isso porque, existem regras jurídicas que irão se aplicar especificamente a certas relações negociais. É o que ocorre, por exemplo, com os contratos de consumo. Assim, estabelecer precisamente quais dispositivos legais são aplicáveis àquela relação que se pretende discutir é essencial, até mesmo para que não sejam geradas falsas expectativas para as partes.

Para proceder-se a essa definição, é possível visualizarmos três tipos de relações negociais: a) a que se estabelece entre dois profissionais; b) a que se estabelece entre dois não profissionais e c) a estabelecida entre um profissional e um não profissional. A primeira é tipicamente uma relação empresarial. As partes adquirem produto ou serviço relacionado a sua atividade econômica. Nesses casos não há, via de regra, uma assimetria de informações entre as partes – muito embora possa haver, sim, a vulnerabilidade, especialmente econômica, de um dos contratantes. A segunda relação é tipicamente uma relação civil; as partes contratam para a satisfação de suas necessidades pessoais e não se lhes exige maior conhecimento técnico acerca do produto ou serviço adquirido. Há, também nesta relação, uma presunção de paridade entre os contratantes. Finalmente, a terceira relação, que se estabelece entre um profissional e um não profissional, é tipicamente uma relação de consumo. O fornecedor, para utilizarmos o termo adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, tem o conhecimento técnico que falta ao consumidor; justamente por esse motivo, a legislação vem em socorro a este último, com o intuito de atenuar a sua vulnerabilidade.

Podemos, então, concluir que tanto as relações jurídicas travadas entre profissionais quanto aquelas estabelecidas entre não profissionais serão regidas pelo Código Civil. Já os contratos firmados entre profissionais e não profissionais sujeitam-se, primeiramente, ao

Código de Defesa do Consumidor e, apenas supletivamente, ao Código Civil.

É importante frisar, apenas, que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que as relações entre dois profissionais podem caracterizar uma relação de consumo. Adotando a denominada *Teoria Finalista Aprofundada*, perfilhou aquele Tribunal o entendimento de que, caracterizada a vulnerabilidade no caso concreto, pode-se autorizar que aquele contratante que se apresenta em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica – mesmo tendo agido como um profissional na relação contratual – se valha das disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. 1.TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO (CDC, ART. 29). EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA OU SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. [...] 1. Esta Corte firmou posicionamento no sentido de que a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas previstas no CDC. Precedentes. (AgInt no AREsp 1285559/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018).

Desse modo, é possível que, na relação entre dois profissionais, seja utilizado o Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, será necessário que a parte demonstre inequivocamente a sua vulnerabilidade. Precisar demonstrar que os contornos fáticos da relação material restringiram de fato o seu poder negocial, colocando-a

em posição de flagrante inferioridade perante o outro contratante. Tal entendimento, inclusive, é reforçado pela própria Lei de Liberdade Econômica, que inseriu o art. 421-A no Código Civil. Esse dispositivo estabelece que se presumem paritários e simétricos os contratos civis ou empresariais até que se evidencie a presença de “elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”.

A RESOLUÇÃO DECORRENTE DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO

Esta é, provavelmente, a hipótese menos polêmica da temática proposta. De fato, o Código Civil estabelece que havendo a impossibilidade de cumprimento da obrigação sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação, sem perdas e danos.

Tem-se, aqui, a aplicação de regra tradicional do direito das obrigações. A ausência de culpa do devedor o exime do dever de indenizar a outra parte pelo descumprimento da obrigação. Considere-se, assim, a hipótese de um estabelecimento que fora contratado para a realização da festa de uma empresa. Com a suspensão do alvará de funcionamento determinada pelo município como uma das medidas de combate ao Covid-19, esse estabelecimento está impedido de receber os convidados. A solução jurídica adequada, nesse caso, é a resolução do contrato, sem perdas e danos e com retorno ao *statu quo ante*, conforme dispõe o art. 248 do Código Civil.

É ainda o Código Civil que estabelece, em seu art. 393, que o devedor não responde pelos prejuízos decorrentes do caso fortuito ou força maior, hipótese na qual, em tese, inclui-se a pandemia. Desse modo, o inadimplemento absoluto da obrigação, ou a mora em seu cumprimento, não ensejam o pagamento de perdas e danos nem a aplicação das penalidades contratualmente previstas.

Deve-se registrar que se o devedor assumir o risco relativo ao caso fortuito ou força maior, não poderá eximir-se dos prejuízos advindos de tais fatos jurídicos, conforme determina o art. 393 do Código Civil. Tal cláusula, obviamente, poderá ser submetida ao crivo judicial, caso

seja considerada, em face das circunstâncias do negócio, leonina. Desse modo, caso se trate de uma relação de consumo, a análise da legalidade da cláusula que transfere ao devedor os riscos pelo caso fortuito ou força maior se pautará pelos critérios estipulados no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

O sistema protetivo que comina a pena de nulidade às cláusulas abusivas permite que, dentre outras, se questione a cláusula que transferiu para o consumidor a responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior com base no inciso I (cláusula contratual que implique renúncia ou disposição de direitos); IV (cláusula contratual que estabelece obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade) e XV (cláusula contratual que esteja em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor), sendo que o parágrafo primeiro do art. 51, em seu inciso III, “presume exagerada a vantagem que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

E, mesmo que não se trate de uma relação jurídica sujeita ao CDC, pode-se recorrer ao art. 422 do Código Civil, que exige dos contratantes a observância aos princípios da probidade e da boa-fé. Nesse caso, porém, as modificações trazidas pela Lei de Liberdade Econômica restringem a possibilidade de revisão contratual. Com efeito, o parágrafo único do art. 421 inseriu em nosso ordenamento o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, e o art. 421-A determina que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada (inciso III), respeitando-se e observando-se a alocação de riscos definida pelas partes (inciso II).

Quer se trate de uma relação civil ou comercial, quer se trate de uma relação de consumo, é imprescindível analisar-se as circunstâncias do negócio, o comportamento das partes, os usos, costumes e práticas do mercado e, essencialmente, procurar encontrar a racionalidade econômica que orientou as partes no momento da

celebração do negócio jurídico. Não é razoável falar-se, nos casos em que uma das partes assume os riscos pelo caso fortuito ou força maior, em uma abusividade em abstrato. A simples inserção da cláusula não implica a sua abusividade; ao revés, é necessário demonstrar-se a sua incompatibilidade com a boa-fé e com as circunstâncias do caso concreto.

O art. 113 do Código Civil, com as alterações introduzidas pela Lei de Liberdade Econômica traz parâmetros interpretativos que auxiliam o magistrado na árdua tarefa de reconstruir a vontade das partes por ocasião da contratação:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Assim, em regra, havendo a impossibilidade de cumprimento da obrigação, ou caracterizado o inadimplemento absoluto ou a mora, autoriza-se a resolução do contrato, sem culpa do devedor e, por conseguinte, sem o pagamento de cláusula penal, juros moratórios ou qualquer outro encargo vinculado ao descumprimento obrigacional. Excepciona-se esse entendimento naqueles casos em que o devedor

expressamente assumiu os riscos relativos ao caso fortuito ou à força maior, hipóteses na quais responderá pelas perdas e danos. É possível, no entanto, eventualmente, reconhecer-se a nulidade dessa cláusula.

A RESOLUÇÃO OU REVISÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Outro efeito que a pandemia pode causar sobre os contratos é a onerosidade excessiva para uma das partes. Noticiou-se, por exemplo, o aumento do valor de insumos como álcool em gel e máscaras. Podemos, então, supor uma relação comercial em que o equilíbrio entre a prestação e a respectiva contraprestação seja rompido, havendo um ônus excessivo para um dos contratantes. Nesse caso, tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor oferecem alternativas para as partes, sendo que o procedimento trazido pelo CDC exige requisitos menos rígidos que aqueles constantes do diploma civil.

O CDC, em seu art. 6º, inciso V, elenca como direito básico do consumidor a revisão das cláusulas contratuais “em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Basta, portanto, demonstrar que o contrato se tornou mais oneroso em razão da crise causada pela pandemia. Aqui, diferentemente do que se exige no Código Civil, não é necessário que a onerosidade reverta em proveito da outra parte ou que o fato seja extraordinário e imprevisível. Esse, inclusive, foi o entendimento do STJ ao julgar a revisão dos contratos de leasing corrigidos pela variação cambial, à época da maxidesvalorização cambial de janeiro de 1999.

Ao discutir-se os requisitos para a revisão dos contratos de consumo, prevaleceu o entendimento de que “o preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor”. Registrou-se que

a desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste

contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas”. (STJ – 3 T, REsp: 376877 - RS 2001/0168065-2, relatado pela Ministra Nancy Andrichi, julgado em 06/05/2002 e publicado no DJ 24.06.2002, p. 299)

Ao final, decidiu-se que a onerosidade excessiva justificaria, por si só, a revisão do contrato, com a repartição equânime dos ônus entre consumidores e fornecedores:

CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART. 6º, V. I. [...]. II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento. III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ - REsp: 472594 SP 2002/0132082-0, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 12/02/2003, S2

Já no Código Civil, o art. 478 é mais restritivo para autorizar a revisão dos contratos. A força obrigatória ainda é o princípio retor do direito negocial e, por isso, a intervenção judicial na economia contratual tem natureza excepcional. Nesse sentido, inclusive, dispõem o parágrafo único do art. 421 e o art. 421-A, ambos do Código Civil.

Ao incorporar a vetusta cláusula *rebus sic stantibus* em nosso direito positivo, o legislador o fez criando uma nova modalidade de resolução contratual, a resolução por onerosidade excessiva, prevista nos arts. 478 e 479 do Código Civil. Exige-se que um fato superveniente, imprevisível e extraordinário – como foi a pandemia -, rompa o sinalagma contratual, tornando mais onerosa a prestação de um contratante e, simultaneamente, aumentando a vantagem para o outro.

Quando se fala em onerosidade excessiva, é importante deixar claro que a lei se refere ao conteúdo da prestação e não a uma eventual dificuldade em seu cumprimento. O que se pretende, aqui, é manter o equilíbrio original da relação contratual. Se a balança pender para um lado, isso terá um reflexo imediato no outro lado da balança. A solução apresentada pelo Código Civil, nesse caso, é a resolução contratual - a revisão, em princípio, seria uma faculdade do outro contratante, que poderia querer evitar o rompimento do contrato e, para tanto, ofereceria novas condições contratuais (art. 479 do Código Civil).

A doutrina civilista, em sua quase totalidade, tem entendido que muito embora o Código Civil expressamente elenque a onerosidade excessiva como causa de resolução contratual, isso não impediria o magistrado de proceder à revisão do contrato. Afinal, se ele pode determinar o fim da própria relação contratual, ele poderia também alterar os seus termos. Aplica-se, aqui, a máxima latina *a maiori, ad minus*, i.e., quem pode o mais, pode o menos. Sugere-se, inclusive, o art. 317 do Código Civil para embasar o pedido de revisão:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A despeito do art. 317 ter sido concebido para permitir que o magistrado corrigisse o valor da obrigação corroído pela inflação, em uma época em que a jurisprudência ainda discutia a possibilidade de se atualizar monetariamente o valor da obrigação pecuniária, ele tem sido utilizado como exemplificativo da possibilidade de modificação judicial das prestações contratuais, a fim de se reequilibrar o negócio jurídico.

Para exemplificar essa situação, vamos imaginar a relação contratual existente entre um hospital e a revendedora de materiais hospitalares. Suponha que, em virtude do aumento da demanda, as fabricantes tenham aumentado o valor dos produtos. Essa revendedora irá, então, repor o seu estoque adquirindo produtos mais caros do que o habitual e poderá ser forçada, pelo contrato de fornecimento com ela mantido com um determinado hospital, a manter preços mais baixos do que aqueles que ela agora irá pagar para a fabricante. A sua relação com o hospital, nesse caso, se torna desequilibrada? A resposta é afirmativa, porquanto ela irá vender o produto por um preço inferior ao preço de aquisição daquele mesmo produto, e essa diferença no preço reverterá em proveito do hospital – que pagará menos do que aqueles bens valem no momento da execução do contrato.

Na situação apresentada, temos o fato superveniente, extraordinário e imprevisível, que tornou mais onerosa a prestação do revendedor, em proveito do hospital, que terá uma vantagem com tal situação. Autoriza-se, assim, nos termos do art. 478 do Código Civil, a resolução do contrato (ou a sua revisão, de acordo com o entendimento doutrinário majoritário).

É importante registrar que nas relações contratuais bilaterais, onerosas e comutativas, há obrigações para os dois contratantes e há

um relativo equilíbrio entre o valor da prestação e da contraprestação. Portanto, rompido o equilíbrio, a parte que sofreu o ônus excessivo poderá pleitear a resolução – ou a revisão – do contrato, qualquer que seja a posição que ocupe no polo contratual. Isso significa que tanto o contratante quanto o contratado se beneficiam da alteração das condições contratuais.

Nesse aspecto, devemos ressaltar as relações de consumo. O CDC estabelece que a revisão do contrato em razão de fato superveniente que o torne excessivamente oneroso é um direito do consumidor, não o estendendo ao fornecedor. Pode-se até argumentar que a ordem jurídica não tolera o enriquecimento sem causa e que o que se pretende, em última instância, é o reequilíbrio contratual. Todavia, não se pode olvidar que o CDC confere tal direito exclusivamente ao consumidor. A sua não extensão ao fornecedor caracteriza o silêncio eloquente e coaduna com a lógica protecionista do direito do consumidor, que transfere ao fornecedor os riscos da relação jurídica.

Em breve síntese, concluímos que nas relações sujeitas ao CDC é possível a revisão do contrato em razão de fato superveniente que torne mais onerosa a obrigação do consumidor. Dispensa-se que tal fato seja imprevisível e extraordinário, do mesmo modo que não se exige que o fornecedor tenha alguma vantagem econômica correspondente ao maior ônus que passa a ser suportado pelo outro contratante. Nesses casos, a revisão é um direito conferido exclusivamente ao consumidor. Nas demais relações, não sujeitas ao CDC, qualquer dos contraentes (credor ou devedor) poderá pleitear a resolução do contrato, desde que atendidos os requisitos do art. 479 do CC, especialmente a maior onerosidade para uma das partes e a correspectiva vantagem para a outra (a excepcionalidade da pandemia é inquestionável); encontre-se na doutrina o entendimento de que a revisão desses contratos também seria admissível, questão que agora certamente será objeto de pronunciamento judicial.

A MODIFICAÇÃO DO CONTRATO EM RAZÃO DA DIFICULDADE DE SEU CUMPRIMENTO

Como já mencionado, tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Código Civil condicionam a resolução ou a revisão do contrato ao rompimento do sinalagma contratual, ou seja, à ruptura do equilíbrio entre as prestações.

Existem hipóteses, porém, nas quais a alteração das condições contratuais seria conveniente, muito embora não se subsumam aos preceitos legais. Seria o caso, por exemplo, de um produtor rural que fornece frutas e vegetais para uma rede de restaurantes. Com a determinação das autoridades municipais de se fecharem tais estabelecimentos, que poderiam apenas fornecer refeições no sistema *delivery*, haverá a necessidade de se adquirir uma quantidade menor de produtos do que aquela originalmente contratada. Não haverá, porém, uma onerosidade excessiva em uma das prestações – e nem a correspectiva vantagem. De fato, o conteúdo das prestações se manterá similar ao que fora inicialmente pactuado, independentemente da pandemia. A rede de restaurantes, no entanto, não mais terá necessidade de tantos produtos; o produtor rural, por outro lado, pode ter aumentado os seus custos exatamente para atender os compromissos que havia assumido.

Na situação apresentada, não há ônus excessivo que permita o recurso ao art. 6º., inciso V, do CDC, nem ao art. 478 do Código Civil. Há, contudo, uma alteração na base objetiva do negócio. As condições presentes no momento da contratação não se encontram presentes no momento de sua execução. As circunstâncias originais, que não apenas induziram as partes à negociação como, também, influenciaram as condições negociais, foram desfeitas pelos efeitos socioeconômicos provocados pela pandemia. Isso pode acarretar, inquestionavelmente, uma dificuldade no cumprimento da avença ou, mesmo, a impossibilidade subjetiva de adimplemento. Para esses casos, não há, no direito positivo brasileiro, uma solução. Isso não

significa, porém, que não existam alternativas oferecidas pela ordem jurídica.

Uma dessas alternativas é a teoria da base objetiva do negócio, que autoriza a revisão das condições contratuais sempre que houver a possibilidade de frustrar-se o contrato em razão da alteração das circunstâncias objetivas em que ocorreu a celebração do contrato. Nesses casos, entende-se que há possibilidade de o Poder Judiciário interferir na economia contratual, readequando-o para que ele se torne exequível. O objetivo, aqui, é o de conservar-se a relação contratual, mantendo-a exequível.

No direito português, o Código Civil, em seu art. 437, permite o pedido de resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias:

SUBSECÇÃO VII
Resolução ou modificação do contrato por alteração
das circunstâncias
ARTIGO 437º (C)