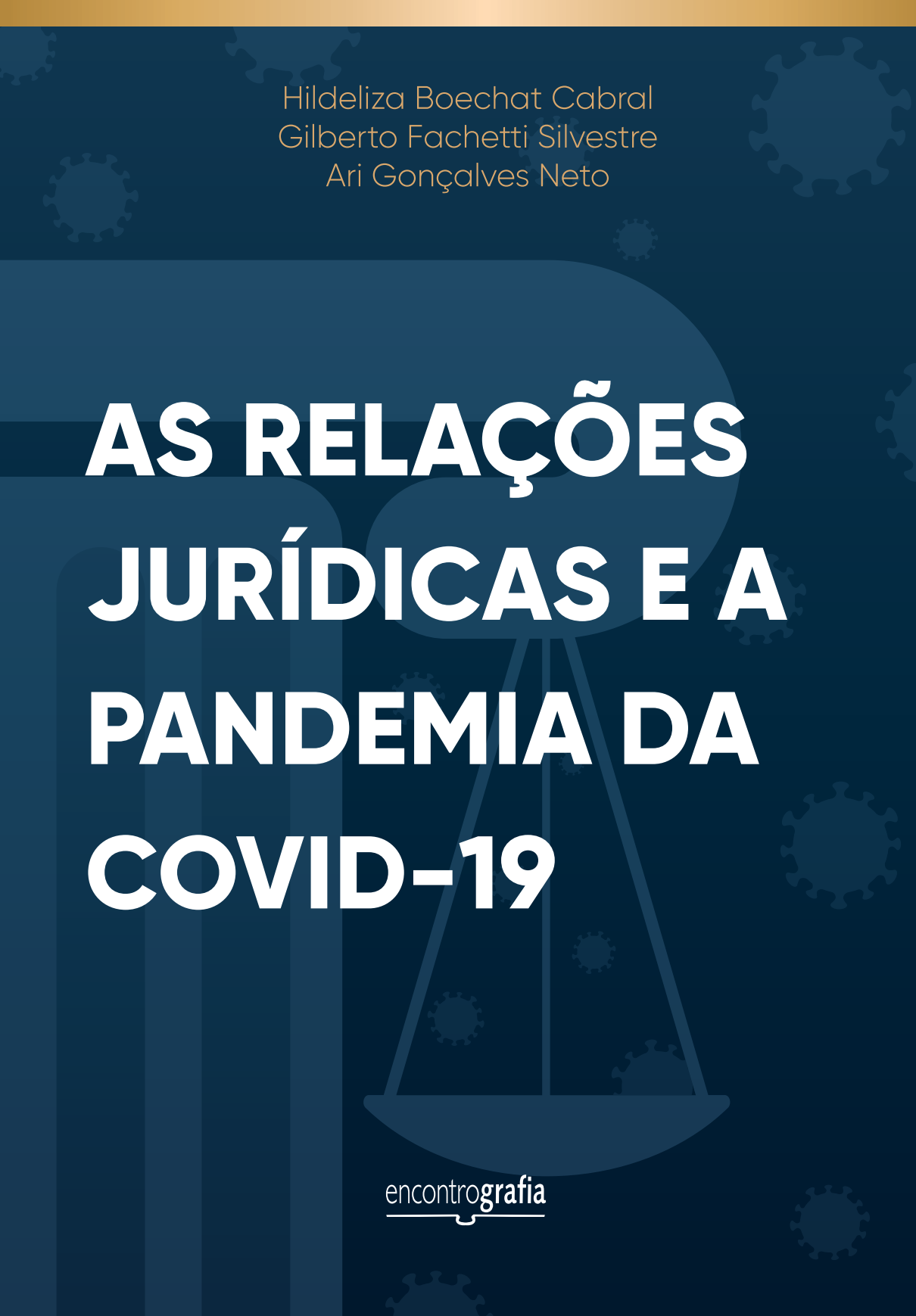


Hideliza Boechat Cabral
Gilberto Fachetti Silvestre
Ari Gonçalves Neto

AS RELAÇÕES JURÍDICAS E A PANDEMIA DA COVID-19



encontrografia

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral
Gilberto Fachetti Silvestre
Ari Gonçalves Neto

Organizadores

AS RELAÇÕES JURÍDICAS E A PANDEMIA DA COVID-19

encontrografia

Copyright © 2020 Encontrografia Editora

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização dos autores ou organizadores.

Diretor editorial

Décio Nascimento Guimarães

Diretora adjunta

Milena Ferreira Hygino Nunes

Coordenadoria científica

Gisele Pessin

Fernanda Castro Manhães

Design

Fernando Dias

Capa: Carolina Caldas

Revisão

Os autores

Gestão logística

Nataniel Carvalho Fortunato

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

As relações jurídicas e a pandemia da COVID-19 /
organização Hideliza Lacerda Tinoco Boechat
Cabral, Gilberto Fachetti Silvestre, Ari
Gonçalves Neto. -- 1. ed. -- Campos dos
Goytacazes, RJ : Encontrografia Editora, 2020.

ISBN 978-65-88977-01-9

1. COVID-19 - Direito 2. COVID-19 - Pandemia 3.
Direito 4. Relações jurídicas 5. Saúde pública 6.
Sistema jurídico I. Cabral, Hideliza Lacerda Tinoco
Boechat. II. Silvestre, Gilberto Fachetti. III. Neto,
Ari Gonçalves.

20-51742

CDU-34(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito 34(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

encontrografia

Encontrografia Editora Ltda.
Av. Alberto Torres, 371 - Sala 1101 - Centro - Campos dos Goytacazes - RJ
28035-581 - Tel: (22) 2030-7746
www.encontrografia.com
editora@encontrografia.com

Comitê científico/editorial

Prof. Dr. Antonio Hernández Fernández - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPANHA)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza - UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Casimiro M. Marques Balsa - UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA (PORTUGAL)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai - MPMA (BRASIL)

Prof. Dr. Daniel González - UNIVERSIDAD DE GRANADA - (ESPANHA)

Prof. Dr. Douglas Christian Ferrari de Melo - UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Ediclea Mascarenhas Fernandes - UERJ (BRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Shimoda - UCAM (BRASIL)

Prof^ª. Dr^ª. Fabiana Alvarenga Rangel - UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Fabrício Moraes de Almeida - UNIR (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Antonio Pereira Fialho - UFSC (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Elias Simão Merçon - FAFIA (BRASIL)

Prof. Dr. Helio Ferreira Orrico - UNESP (BRASIL)

Prof. Dr. Iêdo de Oliveira Paes - UFRPE (BRASIL)

Prof. Dr. Javier Vergara Núñez - UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA (CHILE)

Prof. Dr. José Antonio Torres González - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPANHA)

Prof. Dr. José Pereira da Silva - UERJ (BRASIL)

Prof^ª. Dr^ª. Magda Bahia Schlee - UERJ (BRASIL)

Prof^ª. Dr^ª. Margareth Vetus Zaganelli - UFES (BRASIL)

Prof^ª. Dr^ª. Marília Gouvea de Miranda - UFG (BRASIL)

Prof^ª. Dr^ª. Martha Vergara Fregoso - UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

Prof^ª. Dr^ª. Patricia Teles Alvaro - IFRJ (BRASIL)

Prof. Dr. Rogério Drago - UFES (BRASIL)

Prof^ª. Dr^ª. Shirlena Campos de Souza Amaral - UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho - UFF (BRASIL)

Sumário

Prefácio	
Ressignificando o sistema jurídico	8
Apresentação	
Uma obra em tempos de parcerias	11
1	
A convivência durante a pandemia e a relevância do contrato de namoro	13
Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral, Gilberto Fachetti Silvestre, Moyana Mariano Robles-Lessa	
2	
A importância jurídica dos protocolos clínicos na prescrição <i>off label</i> de medicamentos no contexto da COVID-19	26
Bruna Figueira Marchiori, Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques, Tiago Loss Ferreira, Gilberto Fachetti Silvestre	
3	
Responsabilidade do Estado e do hospital por contaminação do médico e da família pela COVID-19	39
João Vitor dos Santos de Souza, Anselmo Luiz Bacelar Junior	
4	
Breve panorama sobre os impactos da pandemia do COVID-19 nas relações trabalhistas	52
Aline Souza Tinoco Gomes de Melo, Ari Gonçalves Neto, Shirlena Campos de Souza Amaral	
5	
Alguns efeitos médico-jurídicos da COVID-19: a Medida Provisória nº 966/2020 e a contratação precária de médicos	66
Daniel Zandonade Matta, João Pedro di Cavalcanti Gaspar de Oliveira, Gilberto Fachetti Silvestre	

6	
A telemedicina em tempos de COVID-19 e a responsabilidade civil do médico e do hospital	79
Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues, Igor Gava Mareto Calil, Gilberto Fachetti Silvestre	
7	
Intervenção estatal nos contratos, a mitigação da autonomia da vontade e os reflexos das relações jurídicas durante e após o período de pandemia	93
Sávio dos Santos Moreira, Leandro Silva Costa, Carlos José de Castro Costa	
8	
Eficácia das medidas tributárias de suspensão e de parcelamentos em face da pandemia do coronavírus	108
Moyana Mariano Robles-Lessa, Marcelo Fróes Padilha	
9	
Contratos de consumo em tempos de excepcionalidade	124
Alinne Arquette Leite Novais	
10	
Relações jurídico-processuais eletrônicas e o direito fundamental de acesso à justiça pelo cidadão em tempos de pandemia	141
Leila Maria Tinoco Boechat Ribeiro, Carlos Henrique Medeiros de Souza	
11	
O papel da Ouvidoria Pública de Saúde em face da pandemia da COVID-19	160
Maria Luiza Mota Almeida, Alex da Silva Xavier, Nilo Lima de Azevedo	
12	
COVID-19 e a confirmação da importância da Justiça do Trabalho: a atuação do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região	174
Igor de Carvalho Soares Magalhães, Ari Gonçalves Neto, Claudia Marcia de Carvalho Soares	
13	
Regime jurídico emergencial: aspectos temporais da Lei nº 14.010/2020 e seu impacto sobre a revisão e a resolução contratuais	190
Lorenzo Caser Mill, Anselmo Luiz Bacelar Junior	

Prefácio

Ressignificando o sistema jurídico

É curioso observar que, em nossa língua portuguesa, comumente, algumas palavras entram (ou saem) de moda, passando a ter um uso mais, ou menos, frequente no vocabulário cotidiano.

Uma bom exemplo é a expressão *viés*. Até bem pouco tempo, era um vocábulo de uso quase exclusivo das costureiras. Hodiernamente, quase tudo, no contexto, ou não, das ciências, adquire diferentes vieses...

É exatamente nessa ambiência que se vislumbram os chamados *ressignificados*.

Com precisão cirúrgica e fina sensibilidade, o verbo *ressignificar* é projetado como “olhar de dentro para fora; encontrar novidade no que a gente vê todo dia; saber que as coisas mudam tanto quanto pessoas; recriar o que um dia foi criado”. Enfim, “é saber lidar com o novo”, como sentencia João Doederlein, em seu sugestivo *O livro dos resignificados* (São Paulo: Paralela, 2017, p. 112).

Seguramente, a singularidade e o ineditismo da pandemia mundial gerada pela COVID-19 imporão às ciências e às fontes de conhecimento, como um todo (e, por óbvio, à ciência do Direito), a necessidade de adaptações de suas históricas categorias para que se possa lidar com o novo. Ou seja, a pandemia carrega consigo, a reboque, uma incontroversa série de ressignificados, com vistas a que se possa “pintar o mundo à nossa volta do jeito que a gente (agora) vê” (DOEDERLEIN, João. **O livro dos ressignificados**. São Paulo: Paralela, 2017, p. 112).

Sem dúvida, a obra que tenho a honra de prefaciar tem, como norte seguro, ressignificar as categorias jurídicas, captando as suas novas arquiteturas e adornos (conteúdo e forma), impactados pela extraordinariedade e pela imprevisibilidade pandêmica. Um esforço coletivo de comprometidos pesquisadores, liderados pela proficiente organização dos professores Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral (Unig-Itaperuna), Gilberto Fachetti Silvestre (Ufes-Vitória) e Ari Gonçalves Neto (Doutorando pela Uenf-Campos dos Goytacazes). Se é certo e indubitável que nenhum jurista (mais do que isso, nenhum humano!) conseguiria imaginar uma situação paralisante de todas as atividades no mundo, não menos certa é a insegurança que insiste em acompanhar, mesmo sem convite. Aliás, aquela angústia humana referente à enigmática frase “para onde vamos?” é antecipada do momento post mortem para acompanhar o nosso cotidiano.

Aqui, domicilia-se a necessidade de ressignificados para o Direito: “saber lidar com o novo”, como propõe o @Akapoeta. Assim, as mais variadas formas de contratos e de famílias, os vínculos laborativos, os atos praticados no processo, a cobrança pelo Fisco, a imputação de responsabilidades... precisam harmonizar-se à excepcionalidade, ao inusitado.

Com essa louvável preocupação, cuida-se de um alvissareiro livro coletivo, focado, muito mais, no para-brisa do que no retrovisor, antevendo uma nova silhueta para as relações jurídicas, em seus mais diversos campos de atuação: desde as relações de família até o campo trabalhista; perpassando as relações contratuais e de consumo; tangenciando situações administrativas e tributárias, sem descuidar de impactos sobre o processo da nova compreensão da eletrônica, para dedicar atenção à nova dimensão da responsabilidade jurídica e da relação fiduciária com a Medicina. Em todos esses setores, a pandemia imporá adequações e atualizações a esse “admirável mundo novo” – que, sem medo de erro, sequer a genialidade futurista de Aldous Huxley conseguiu vislumbrar na tela de sua imaginação.

As relações jurídicas e a pandemia da COVID-19 é, enfim, um brado, um alerta, para o jurista. Sem descurar dos avanços e conquistas do pretérito, atenta para as incertezas de um futuro que desejamos receber como um verdadeiro presente (= dádiva). Se é certo que “nada do que foi será de novo do jeito que já foi um dia”, conforme a percepção do poeta Lulu Santos, é preciso prospectar possibilidades e abrir fecundos e sinceros debates científicos para permitir a aplicação das categorias jurídicas de forma segura, justa e solidária.

O livro não poderia ser mais oportuno, afinal de contas, malgrado as incertezas com o porvir, “a vida não para, mesmo quedando, tudo pede um pouco mais de calma”, conforme o vaticínio do pernambucano Lenine. Então, urge a necessidade de se conferir os ajustes aos clássicos institutos jurídicos, adaptando-os à realidade imposta, após um balanço de perdas e danos. Se os humanos (e, naturalmente, os juristas) não serão os mesmos, o sistema jurídico também não mais o será.

Sem o desejo de privar o leitor das avançadas ideias e projeções futuras apresentadas pelos autores, a partir de uma simbiose fecunda entre a teoria e a prática, exorto a que se permita receber esses escritos com a mente e o coração atentos ao alerta da propícia música *Paciência*: “a gente espera do mundo, mas o mundo (também) espera de nós”.

Praia do Forte, Salvador, Bahia, no caloroso outubro de 2020, explicitando que as incertezas quanto ao futuro também alcançam o clima...

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça do min.stério Público do Estado da Bahia;

Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (Cers);

Mestre em Família na Sociedade Contemporânea, pela Universidade Católica do Salvador (Ucsal);

Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Apresentação

Uma obra em tempos de parcerias

Relações jurídicas em tempos de excepcionalidade é um livro que consolida diversas histórias, que se encontraram e fluíram em parceria. Aqui, estão presentes trabalhos de pesquisadores individuais e de três grupos de pesquisa parceiros interessados em cumprir sua função socioacadêmica: o *Medicina Defensiva* e o *Desafios do Processo*, da Ufes, e o *Bioética e Dignidade Humana*, da Unig. Dessa parceria, resultaram seminários, artigos, capítulos para obras coletivas, discussões e, agora, o presente livro coletivo para apresentar soluções jurídicas, para os problemas atuais e futuros causados pela pandemia de SARS-CoV-19.

Além disso, o livro marca o encerramento do estágio pós-doutoral da profa. dra. Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral — no qual, tive a fácil tarefa de supervisionar a pesquisa e os trabalhos — em Direito Civil e Direito Processual Civil, realizado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufes. Apesar dos percalços e das dificuldades que o ano de 2020 nos reservou, a Profa. Hildeliza superou todas as expectativas, imediatamente

adaptando sua pesquisa à nova realidade e produzindo novos resultados que engrandecem o PPGDIR/Ufes.

Essa obra coletiva aborda questões médicas e bioéticas decorrentes da pandemia e do isolamento social. Mas não só: há trabalhos que enfrentam questões sociais, judiciais, administrativas, tributárias e contratuais. O objetivo foi fornecer um panorama amplo dos problemas dos diversos setores que poderão atingir as pessoas como consequência direta da pandemia.

E para abrilhantar a nossa obra, contamos com a participação do prof. dr. Cristiano Chaves de Farias, que prefaciou o trabalho com belas palavras que nos deixam com a consciência tranquila de haver cumprido nossa missão.

Enfim: temos a sensação de que combatemos o bom combate! Esse vírus mutante e letal nos trouxe um fôlego novo para o intercâmbio acadêmico e a pesquisa jurídica. O pranto e o desespero que ele causou são compensados pela alegria da amizade que surge e da parceria que se fortalecerá sempre e mais.

Vitória, ES, 12 de outubro de 2020.

Gilberto Fachetti Silvestre (Ufes)

A convivência durante a pandemia e a relevância do contrato de namoro

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral¹

Gilberto Fachetti Silvestre ²

Moyana Mariano Robles-Lessa³

-
1. Cursando Pós-doutorado em Direito Civil e Processual Civil (Ufes); Doutora e Mestra em Cognição e Linguagem – Uenf; professora dos Cursos de Direito e Medicina; membro efetivo da Associação de Bioética Jurídica da UNLP; membro do grupo de pesquisa *Desafios do Processo*; coordenadora do grupo de estudos e pesquisa em *Bioética e Dignidade Humana* – GEPBIDH. E-mail: hildeboechat@gmail.com.
 2. Professor da Ufes; doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil, pela Ufes; Coordenador do grupo de pesquisa *Desafios do Processo*. www.desafiosdoprocesso.Ufes.br. E-mail: gilberto.silvestre@Ufes.br.
 3. Estudante do Curso do Direito; licenciada em Letras; pós-graduada em Direito Tributário, com Docência do Ensino Superior; Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa em Bioética e Dignidade Humana – GEPBIDH; membro do grupo de pesquisa *Desafios do Processo*; E-mail: moyanarobles@hotmail.com.

*Porém, se mais do que minha namorada
Você quer ser minha amada
min.a amada, mas amada pra valer
Aquela amada pelo amor predestinada
Sem a qual a vida é nada
Sem a qual se quer morrer
(Vinícius de Moraes)*

Considerações iniciais

Contrato de namoro é uma avença celebrada entre os pares que têm um relacionamento afetivo duradouro, mas que são apenas namorados e não desejam conferir efeitos patrimoniais e pessoais a essa relação no momento presente e em momento futuro. As cláusulas estabelecem os limites dessa relação e geralmente são realizados perante o tabelião de notas para que o acordo se revista da formalidade de escritura pública. Os termos do contrato variam de acordo com as intenções das partes em cada situação.

A literatura jurídica e os tribunais divergem quanto à eficácia desse documento, entretanto as pessoas têm celebrado, cada vez mais, esse contrato com o escopo de afastar a incidência da união estável em um relacionamento de namoro que muito se assemelha àquela entidade familiar, que tem como pressupostos a convivência pública, contínua e duradoura com intenção de constituir família (Art. 1723 do Código Civil). O último requisito é o único de natureza subjetiva, portanto de difícil averiguação, a menos que os próprios interessados o declarem.

A partir da superveniência da pandemia de COVID-19, as relações jurídicas passam a se pautar por nova realidade social e familiar, e o *novo normal* passa a exigir uma reorganização quase estrutural do *modus vivendi* em sociedade e em família, principalmente em relação às medidas sanitárias de interesse público e social adotadas no sentido de isolamento e distanciamento social. Nesse contexto, algumas pessoas passaram a residir junto com o namorado. Nesse sentido, impende analisar se a motivação foi a de constituir família ou, por uma razão de ordem prática, decidiram os namorados instalarem-se sob o mesmo teto, para permanecer em home office no mesmo local, para evitar circulação ou, ainda, devido à necessidade de se ausentar

de casa para evitar expor a risco algum parente do denominado grupo de risco. Há inclusive casais que decidem compartilhar o teto por circunstâncias outras que não constituir família, como, por exemplo, para se localizar mais próximo ao trabalho, por questões econômico-financeiras ou por preferir determinado bairro.

O presente capítulo pretende analisar se é cabível a configuração de união estável apesar de contrato de namoro celebrado durante o período de distanciamento social, ou seja, se pode ser entendido como desejo de constituir família, em sentido diverso da vontade manifestada por ambos.

As transformações das relações afetivas e o contrato de namoro

A sociedade contemporânea transformou-se, e isso impactou nas relações, que também se transformaram para se amoldarem às novas interações afetivas, fato que impõe novas formas de constituição das famílias, que passam a se apresentar em inovadoras manifestações. Nesse contexto, as relações afetivas denominadas namoro e esponsais passaram, há muito, a se assemelhar à união estável, uma vez que os pares viajam juntos, pernoitam em casa um do outro e, às vezes, assumem, aos olhos da sociedade, uma relação que pode configurar união estável. Consoantemente, explica Zeno Veloso, “parece, mas não é!” (VELOSO, 2019, p. 296).

Desse modo, tornou-se imprescindível à sociedade que houvesse uma diferenciação entre união estável e namoro e esponsais, fato que se materializa no contrato de namoro. Trata-se “[...] de um negócio celebrado por duas pessoas que mantêm relacionamento amoroso – namoro, em linguagem comum – e que pretendem, por meio da assinatura de um documento, a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável” (GAGLIANO, 2006).

Por sua vez, a união estável é caracterizada como entidade familiar reconhecida pela Constituição da República (Art. 226, § 3º) e pelo Código Civil que, no Art. 1.723, enumera pressupostos para a configuração dessa entidade familiar: convivência pública, contínua e duradoura, com intenção de constituir família. Pois bem, a convivência pública, contínua e duradoura é facilmente verificável por fatos inconteste. Eis que se trata de elementos objetivos, constatados pela sociedade e por parentes dos envolvidos, entretanto o elemento subjetivo, que diz respeito ao ânimo de constituição de família,

somente os envolvidos na relação afetiva podem conhecer. Portanto, esse é um requisito que somente a declaração deles próprios pode esclarecer.

Então, qual seria a definição de namoro e de sponsais e suas implicações?

O ordenamento jurídico brasileiro não define o que é *namoro* e *sponsais*, tampouco estabelece limites para esses relacionamentos que evoluem acompanhando as transformações pelas quais passa a sociedade. A relação de namoro foi caracterizada por Zeno Veloso (2019) como um relacionamento moderno e bem liberal, particularmente entre adultos provenientes de outros relacionamentos, envolvendo relação sexual e coabitação, demonstrando à sociedade que existe um relacionamento amoroso e compartilhado nessa relação de namoro.

Essa definição foi acatada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.454.643/RJ, no qual o relator apresentou uma distinção entre *namoro simples* e *namoro qualificado*. De acordo com o relator, o namoro simples não apresenta nenhum dos requisitos presentes na união estável, podendo ser facilmente diferenciado dessa relação. Por outro lado, o namoro qualificado exterioriza muitas características da união estável, definindo-o da seguinte forma:

Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra e, por vezes, até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família (BRASIL, 2015).

O STJ constata a existência de uma dificuldade pontual em distinguir o namoro qualificado da união estável, pois as semelhanças são inúmeras, sendo diferenciados pelo “objetivo precípua de constituir família – presente na união estável e ausente no namoro qualificado” (BRASIL, 2015).

No namoro qualificado, ainda que exista um relacionamento duradouro e estável, e, por mais consolidado que esteja esse relacionamento, os namorados não desejam, ou ainda não planejam formar uma família. Explica Zeno Veloso que, no namoro qualificado, não há a intenção ou o desejo da comunhão de vida compatível com a *affectio maritalis*. O autor esclarece que “[...] não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os

namorados. Não há, então, que se falar de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo” (VELOSO, 2016). Nesse contexto,

[...] para evitar riscos e prejuízos que podem advir de uma ação com pedidos de ordem patrimonial, alegando-se a existência de uma união estável, com o rol imenso de efeitos patrimoniais que enseja, quando, de fato e realmente, só havia namoro, sem maior comprometimento, algumas pessoas combinam e celebram o que se tem denominado contrato de namoro (VELOSO, 2016).

Além de Pablo Stolze Gagliano, outros autores também expõem sua conceituação do contrato de namoro, como, por exemplo, Vívian Boechat Cabral (2013), que afirma ser “[...] um instrumento utilizado, principalmente pelas pessoas possuidoras de patrimônio, com a finalidade de afastar a possibilidade de um mero namoro ser confundido com união estável, produzindo os efeitos legais do segundo instituto” (CABRAL, 2013, p. 17). Outro conceito o classifica como documento, registrado no tabelionato de notas como escritura pública, com objetivo de proteger o patrimônio do casal, comprovando que a relação entre as partes não abrange questões patrimoniais, pensão, herança ou qualquer direito inerente à união estável ou ao casamento (CATUABA NETO; SANTOS, 2020).

No Agravo no Recurso Especial nº 1.698.122/CE, o Superior Tribunal de Justiça certifica-se de que não havia nenhum tipo de impedimento que impossibilitava a constituição da união estável pelo casal, ao passo que o Tribunal de origem apresenta suas manifestações descaracterizando uma possível união estável, visto que, não havendo os requisitos fundamentais de constituição familiar, existe apenas uma mera relação de namoro. Desse modo, o julgado não reconhece a união estável do casal, consolidando sua decisão, tendo como base o namoro qualificado (BRASIL, 2020)⁴.

Do mesmo modo, no Agravo no Recurso Especial nº 1.670.544/SP, o STJ não deu provimento ao agravo, não caracterizando a união estável e

4. Rel. Min. João Otávio de Noronha.

considerando a relação entre as partes apenas como um mero namoro, apesar de a parte tentar comprovar a união estável mediante um contrato de compra e venda, um certo contrato de prestação de serviços que a vinculava à outra parte, comprovantes de viagens realizada pelo casal. Até mesmo a comprovação de que a parte autora era responsável por exames médicos realizados pela outra parte não foi suficiente para configurar a união estável, já que apresentar convívio social e permanente não define, por si só, tal relação. O pressuposto fundante de constituir família precisa estar presente na relação do casal para que tal união seja firmada. Desse modo, o tribunal negou provimento ao recurso interposto, julgando o relacionamento das partes como um namoro qualificado (BRASIL, 2020)⁵.

O Agravo em Recurso Especial nº 1.577.840/DF comprova que não é suficiente tentar descaracterizar a união estável, alegando que apenas uma das partes possuía a intenção de constituir família. Ao julgar a AREsp 1577840/DF, relacionada a uma partilha de bens, constatou-se que o relacionamento existente entre as partes preceituava a formação de uma entidade familiar. O relator julgou suficiente os elementos comprobatórios, certificando-se de que a convivência entre as partes caracterizava uma comunhão de vida, afastando veementemente a alegação de uma das partes de que o relacionamento se consubstanciava em simples namoro. A decisão reconheceu a união estável, com a consequente análise em relação à partilha dos bens (BRASIL, 2020)⁶.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019), ao discutirem o contrato de namoro e seus efeitos (cujo principal é afastar a união estável), alertam sobre um possível incômodo entre os pares que desejam manter apenas uma relação de namoro, pois, com a regulamentação da união estável, ficam apreensivos pela possibilidade de o envolvimento vir a caracterizar, por equívoco, união convencional. Os autores explicam que, enquanto não existir lei regulamentadora para o contrato de namoro, as partes estarão sujeitas à provável configuração de relacionamento estável, em decorrência da realidade, que não pode ser obstada por um negócio jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2019). Ao analisarem a finalidade do contrato de namoro, afirmam que “[...] quem celebra esse negócio jurídico

5. Rel. Min. João Otávio de Noronha.

6. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

é porque não quer namorar” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 529). Nessa mesma linha, Flávio Tartuce argumenta que o Art. 166, IV, do Código Civil veda contrato que contrarie disposição legal. Nesse caso, para o autor, o contrato de namoro é nulo em situações nas quais as partes se encontram em união estável e, desse modo, reveste-se de nulidade o objeto do contrato, aplicando-se o referido dispositivo legal que fulmina a validade do negócio jurídico quando o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável (SERGIO, 2019).

Entretanto Isaque Soares Ribeiro (2014) identifica Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves como defensores da autonomia da vontade de pessoas capazes prevalecendo sobre os fatos, podendo os contraentes conferirem à sua relação amorosa os efeitos jurídicos que de comum acordo convencionarem, respeitando o mútuo consenso e os interesses próprios de cada parte.

Pois bem, é oportuno analisar quatro aspectos importantes dessa questão: o contrato de namoro é celebrado entre duas pessoas maiores e capazes; o objeto é meramente patrimonial; o namoro não é entidade familiar; nem namoro nem união estável exigem convivência sob o mesmo teto.

Diante desses fatos, tem-se a seguinte realidade: o contrato entre duas pessoas maiores e capazes há de ser eficaz, portanto, deve produzir efeitos jurídicos; o objeto do contrato é direito patrimonial (conteúdo econômico), portanto direito disponível; a união estável é entidade familiar, já o namoro, não o é (ao contrário, é um relacionamento informal), não se devendo, portanto, estabelecer uma relação de equivalência entre esses institutos. Além disso, a análise quanto ao elemento anímico (intenção de constituir família) cabe somente aos contratantes. Somente eles podem declarar, não sendo possível uma pessoa estranha à relação inferir que há intenção de constituir família, simplesmente porque a relação, pela teoria da aparência, preenche os requisitos legais da união estável. Soma-se a esses aspectos, um que, neste momento, torna-se crucial – o fato de que a excepcionalidade da pandemia reúne as pessoas sob o mesmo teto. Ademais, a vida *more uxorio* não mais se constitui requisito configurador da união estável.

Ante essas premissas e, em face da análise desses quesitos, a posição lúcida e com a qual se concorda é pela eficácia do contrato de namoro, com base nos argumentos enunciados no parágrafo antecedente.

A relevância do contrato de namoro em tempos de COVID-19

A pandemia de SARS-Cov-2 estabelece uma reorganização da vida sob novos parâmetros, exigindo das pessoas uma situação fática capaz de resguardar a segurança e DE preservá-las da contaminação pelo novo coronavírus.

Nesse sentido, objetivando atender às demandas sociais desse *novo normal*, não se sabe ainda, ao certo, por quanto tempo alguns casais decidiram viver na mesma residência por vários fatores, dentre os quais se destacam: trabalhar em *home office* com boa conexão à Internet; o apoio afetivo em momento de estresse social e pessoal; segurança; economia com despesas de moradia, em razão da queda da renda; evitar circulação para encontros; ou correr o risco de contágio de pais e de outros parentes idosos ou que apresentem comorbidades. Muitas são as razões de ordem prática que indicaram aos casais, como melhor solução, estabelecerem residência comum enquanto perdurar a pandemia.

Parece muito clara a mola propulsora da decisão de compartilhar moradia. Os casais não mudaram – pelo menos em sua maioria – a motivação e o sentimento interno em relação ao outro: não há vontade de constituir família, ou seja, o elemento anímico constituinte do requisito subjetivo da configuração da relação de união estável continua ausente. Eles estabeleceram residência comum em face da situação vigente, para evitar circulação e exposição ao vírus, não com deliberada intenção de constituir um núcleo familiar.

O advento da pandemia do novo coronavírus, somado à decisão dos casais de namorados quanto a coabitarem nesse período, gerou certo equívoco acerca da compreensão que distingue o namoro da união estável. Com o intuito de diferenciar esses dois relacionamentos, os casais de namorados podem aderir ao contrato de namoro com maior frequência, se comparado com o período anterior à COVID-19. Segundo Gabriel Muniz (2020), o objetivo do contrato de namoro é atuar como solução eficaz no sentido de deixar clara a intenção dos contratantes quanto à forma de relacionamento.

O namoro foi certamente afetado pelas imposições de isolamento social decorrentes da COVID-19, e o que o diferencia da união estável é uma linha muito tênue, constituída pela intenção de constituir família. A intenção é justamente esclarecer essa diferença, tornando óbvio que o interesse, durante a pandemia, é estar junto e, não, constituir família.

Para Cristiane Salomão, o contrato de namoro é uma opção quando o casal percebe que essa relação pode ser entendida como união estável, pois, nesse momento, ambos não têm interesse em um projeto de vida juntos, como união estável ou casamento (SALOMÃO, 2020). E ainda explica que o contrato de namoro é um documento que “[...] trará expressa e formalmente cláusulas minuciosas quanto à vontade de que esta relação não configure união estável, e, portanto, não sofra seus reflexos patrimoniais” (SALOMÃO, 2020). Ela ainda pondera que, por não haver previsão quanto à duração da pandemia e, conseqüentemente, do isolamento social, o contrato de namoro é um ato de cautela e precaução contra possíveis ações judiciais pós-pandemia.

A intenção de constituir família deve ser compartilhada e desejada pelo casal ainda que, aos olhos da sociedade, realmente se comportem como se família fossem. Apesar da associação entre constituição de família estar relacionada à intenção de ter filhos, essa não é uma imposição da Lei e, inclusive o Art. 226, § 7º da CRFB/88 dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal

Segundo Tânia Nigri (2020), “É importante diferenciar a expectativa de constituir família, projetada para o futuro, chamada pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ de ‘namoro qualificado’, daquelas situações em que a família já está constituída”. Os números relacionados aos contratos de namoro estão em ascensão, entretanto faz-se importante ressaltar “que eles só terão validade se refletirem a realidade do relacionamento, por isso a sua simples elaboração não tem o condão de transformar uma suposta união estável em namoro” (NIGRI, 2020). Conclui que se exige mais do que simples coabitação dos namorados no período da pandemia da COVID-19, para a configuração da união estável, sendo necessário restar comprovada a convivência pública, contínua, duradoura e que ambos se sintam realmente casados (NIGRI, 2020).

Tem-se, nesse contexto, uma excepcionalidade criando formas de organização da sociedade, fato que promove novos caminhos de viver a fim de melhor enfrentar as circunstâncias impostas pela nova situação. Na realidade, a pandemia do novo coronavírus modificou abruptamente o cotidiano de toda população e, de um dia para outro, as pessoas precisaram se isolar.

Não era esperado que o *novo normal* perdurasse por um período longo e, desse modo, a população viu-se obrigada a uma adequação de cotidiano, tentando suprimir a saudade e a ausência impostas pelo isolamento e a

contenção de custos decorrente da perda de emprego e da redução de renda. Assim, “[...] muitos casais passaram a ‘quarentenar’ juntos, dividindo o espaço físico, as despesas de supermercado, o condomínio e, por que não, as angústias desses tempos tão preocupantes” (NIGRI, 2020).

Diante do *novo normal*, o contrato de namoro tornou-se importante na diferenciação do namoro qualificado para a união estável, que passou a ser uma preocupação a mais para os namorados que decidiram dividir residência durante a pandemia, visto que, talvez, “os companheiros passaram a ter, sob certas condições, direito a alimentos, à divisão de bens (ao final da relação) e direito à herança, na hipótese de um deles vir a falecer durante a união estável” (NIGRI, 2020).

Na atual situação provocada pela COVID-19, faz-se necessária a expressão de vontade dos namorados que decidiram compartilhar espaço e dividir despesas sem a intenção de constituir família. Por isso, o contrato de namoro passa a ser um instrumento ideal para revelar a intenção e os efeitos jurídicos que as partes pretendem conferir ao seu relacionamento afetivo. O *novo normal* imposto pelo coronavírus vem apresentando situações inovadoras aos casais de namorados que decidiram viver juntos, desfrutando da companhia um do outro, como, por exemplo, a divisão das contas e as despesas do lar que decidiram partilhar nesse momento.

Em depoimento ao *Diário de Petrópolis*, um jovem, que preferiu manter em sigilo sua identidade, manifestou-se de forma favorável ao contrato de namoro, explicando que, nessa fase de pandemia, o tempo tornou-se escasso para os encontros, em função da acelerada rotina e das medidas de isolamento social: “[...] resolvemos morar juntos e assinar o contrato de namoro, que nos trouxe inúmeras vantagens, entre elas, a divisão de dívidas como aluguel, água, luz, telefone e internet” (FERNANDES, 2020). Explicou, ainda, que o contrato de namoro foi uma alternativa favorável para morarem juntos durante a pandemia, como namorados, sem, contudo, serem atribuídos efeitos patrimoniais e pessoais a essa convivência sob o mesmo teto: “[...] antes essas despesas eram geradas em duas residências. Agora, morando juntos, é somente uma e dividida por dois. Além disso, não temos compromisso de compartilhar os bens em caso de término” (FERNANDES, 2020).

Considerações finais

A pandemia gerou uma alteração no *modus vivendi* das pessoas, estabelecendo novos parâmetros de comportamento e de hábitos, diferentes dos antes praticados e que se tornaram o *novo normal*. Nesse sentido, houve uma tendência de os casais decidirem por habitar conjuntamente, principalmente para evitar a circulação e para dividir despesas.

No caso das pessoas que escolhem dividir um teto por questões outras, estranhas ao elemento anímico (desejo de constituir família), não restam preenchidos os requisitos do Art. 1.723 do Código Civil e, se isso não ocorrer nem em tempos de normalidade, quanto mais em situação excepcional gerada pelas medidas sociais e sanitárias impostas pela pandemia.

Apesar das opiniões legais e de decisões judiciais discordando quanto à produção de efeitos jurídicos do contrato de namoro, torna-se claro que, nesse momento, a declaração de vontade de que existe, entre o casal, uma relação de namoro (portanto desprovida de efeitos jurídicos) não permitirá haver interpretação diversa que conclua pela existência de união estável.

Assim, deve-se reafirmar a importância do contrato de namoro, em especial na fase da pandemia, período no qual muitos casais de namorados decidiram compartilhar o teto, tornando-se, aos olhos das pessoas, uma hipótese clássica de união estável, embora não o seja. É importante salientar que a vida *more uxorio* não se encontra entre os requisitos configuradores da união estável. Portanto, o fato de residirem juntos não produz consequências jurídicas, embora, pela teoria da aparência, possa levar aos reflexos exteriores de uma possível união estável, mas a convivência pública, contínua e duradoura não prescinde do requisito subjetivo do ânimo de constituir família. É nesse sentido que se defende a eficácia jurídica do contrato de namoro celebrado durante a pandemia e por causa da pandemia.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1454643/RJ e Recurso Especial Adesivo. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, alegadamente compreendida nos dois anos anteriores ao casamento, C.C. Partilha do imóvel adquirido nesse período. Recorrente: M A B Advogados. Recorrido: P A De O B Advogados. Relator: min. Marco Aurélio Bizelli, 03 de março de 2015. JusBrasil: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178417344/recurso-especial-resp-1454643-rj-2014-0067781-5/relatorio-e-voto-178417366>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo em Recurso Especial 1577840/DF. Agravo em Recurso Especial. Processo civil (CPC/2015). Família e processual civil. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Requisitos caracterizadores do Art. 1.723 do cc. Período da união estável. Partilha de bens. Veículo. Aquisição em sub-rogação de patrimônio particular não comprovada. Imóvel. Programa habitacional. Partilha do valor pago na constância da união. Dívida. Suprimento da omissão. Ausência de comprovação da data. Sucumbência recíproca reconhecida pela corte estadual. Revisão destes entendimentos. Impossibilidade. Aplicação da súmula n. 7/STJ. Agravo. Agravante: I L de S. Agravado: M S D de L. Relator: min. Paulo de Tarso Sanseverino, 09 de dezembro de 2019. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=104050250&num_registro=201902651252&data=20191211. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Agravo em Recurso Especial 1670544/SP. Previdenciário. Pensão por morte. Qualidade de segurado. Aposentadoria auferida ao tempo do óbito. Litisconsórcio passivo. Benefício concedido administrativamente ao ex-cônjuge. União estável. Prova documental. Depoimentos inconsistentes. Relacionamento amoroso sem o propósito de constituir família. União estável não caracterizada. Agravante: Marta Dellangelo. Agravado: Sueli Buzano da Costa Advogado e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: min. João Otávio de Noronha, 23 de abril de 2020. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108763901&num_registro=202000462646&data=20200428. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1698122/CE. direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução o 0 cb de união estável post mortem c/c partilha de bens. Provas. O a insuficientes. União estável simultânea com casamento. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. Ação julgada improcedente precedentes. Agravante: I C da S. Agravado: M N de D E V; R de D E V; R A de D E V. Relator: min. João Otávio de Noronha, 07 de julho de 2020. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=112229608&num_registro=202001044903&data=20200804. Acesso em: 10 ago. 2020.
- CABRAL, Vívian Boechat. **A eficácia do contrato de namoro**. Rio de Janeiro: Emerj, 2013.
- CATUABA NETO, Paulo Leite; SANTOS, Erica Cristina Molina dos. Contrato de namoro. **Âmbito Jurídico**, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/contrato-de-namoro-2/>. Acesso em: 08 ago. 2020.

- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 11. ed. Salvador: Juspodivn, 2019.
- FERNANDES, Wesley. Amor em meio à pandemia: casais assinam contrato de namoro. **Diário de Petrópolis**, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.diariodepetropolis.com.br/integra/amor-em-meio-a-pandemia-casais-assinam-contrato-de-namoro-183656>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de namoro. **Jus.com.br**, mar. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- MUNIZ, Gabriel. Namoramos, mas juntamos as escovas na pandemia de COVID-19. **Jusbrasil**, jun. 2020. Disponível em: <https://gabrieleliasmuniz.jusbrasil.com.br/noticias/866324459/namoramos-mas-juntamos-as-escovas-na-pandemia-de-COVID-19?ref=feed>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- NIGRI, Tânia. Pandemia, quarentena e coabitação – o namoro virou união estável? **Jota**, 19 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-quarentena-e-cohabitacao-o-namoro-virou-uniao-estavel-19072020>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- QUINTELLA, Felipe. Pandemia do novo coronavírus: caso fortuito ou força maior? **Informativo Pandectas**, v. 971, 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/01/coronavirus-caso-fortuito-ou-forca-maior/>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- RIBEIRO, Isaque Soares. O contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus.com.br**, maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30915/o-contrato-de-namoro-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 09 ago. 2020.
- SALOMÃO, Cristiane Goebel. Contratos de namoro em tempos de COVID-19. **Topview**, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://topview.com.br/self/contrato-de-namoro-em-tempos-de-COVID-19/>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- SERGIO, Caroline Ribas. O contrato de namoro e suas implicações no âmbito jurídico. **DireitoNet**, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10965/O-contrato-de-namoro-e-suas-implicacoes-no-ambito-juridico>. Acesso em: 09 ago. 2020.
- VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? **IBDFAM**, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- VELOSO, Zeno. **Direito Civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivn, 2019.

A importância jurídica dos protocolos clínicos na prescrição *off label* de medicamentos no contexto da COVID-19

Bruna Figueira Marchiori¹

Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques²

Tiago Loss Ferreira³

Gilberto Fachetti Silvestre⁴

-
1. Acadêmica de Direito pela Ufes. Bolsista de iniciação científica do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq). Bolsista de iniciação à docência na modalidade Paepe I (Ufes). Pesquisadora dos grupos de pesquisa *Desafios do Processo e Medicina Defensiva*. E-mail: brunafigueiramarchiori@gmail.com.
 2. Acadêmico de Direito pela Ufes. Pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica (Ufes/Piic/CNPQ) e dos grupos de pesquisa *Desafios do Processo e Medicina Defensiva*. E-mail: felipe.tres@hotmail.com.
 3. Acadêmico de Direito pela Ufes. Pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica (Ufes/Piic/CNPQ) e dos grupos de pesquisa *Desafios do Processo e Medicina Defensiva*. E-mail: tiago.loss@hotmail.com.
 4. Doutor em Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Processual Civil, pela Ufes. Professor da Ufes. Coordenador dos grupos de pesquisa *Desafios do Processo e Medicina Defensiva*. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

Considerações iniciais

Ao buscar um meio eficaz de combate à COVID-19, profissionais da saúde prescrevem medicamentos de forma *off label*, uma vez que inexistem meios comprovadamente eficazes no tratamento do vírus. Em decorrência dessa prescrição, podem advir danos e, por conseguinte, tentativas de imputação de responsabilidade civil ao prescritor dos medicamentos.

Logo, a fim de que não lhe seja atribuída culpa, é fundamental que o médico, ao prescrever um fármaco para o tratamento da doença, esteja respaldado por entendimentos de entidades relacionadas à saúde no país, além de protocolos que busquem a promoção de uma atividade médica baseada em evidências.

A prescrição *off label* de medicamentos no contexto da COVID-19

A agência reguladora responsável pela aprovação e pelo registro dos usos recomendados de medicamentos é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Esse órgão possui a prerrogativa de proteger a saúde pública pelo exercício do poder de regulamentar, controlar e fiscalizar a aprovação e a comercialização de medicações para uso medicinal. Seus procedimentos registrais perpassam por fases de testes para aferição da eficácia do medicamento, comumente marcadas por longos períodos que dividem as constatações iniciais da viabilidade do uso de um medicamento da aprovação dos estudos técnicos prévios até a inclusão dessa terapia na bula da medicação (NOBRE, 2013).

Esse intervalo temporal entre a constatação da viabilidade da utilização de um medicamento para determinado fim e a consequente aprovação pela Anvisa é um fator problemático no tratamento de doenças emergentes.

É diante dessas circunstâncias que se encontra a importância terapêutica da prescrição *off label* de medicamentos, que consiste na prescrição de um medicamento regulamentado pela autoridade sanitária para uma finalidade não prevista expressamente nas indicações técnicas de sua bula.

Não há proibição ou regulamentação legal da prescrição *off label* de medicamentos no Brasil. Busca-se apoio normativo em disposições gerais previstas

no Código de Ética Médica e em seus Arts. 32 e 102, que evidenciam a importância de se empregar meios capazes de salvar o paciente, desde que obtenham o consentimento dele.

O Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina são órgãos de classe com atribuição de padronizar e regulamentar o ofício médico no Brasil, expedindo diplomas normativos. Nesse contexto, atentos às peculiaridades da prescrição de medicações para usos fora da bula e à sua aplicação recorrente no cotidiano da medicina, foram realizados diversos pareceres sobre o tema.

Inicialmente, ao tratar sobre essa prática, o Conselho Federal de Medicina emitiu o Parecer nº 13/2004, considerando a prescrição de medicamentos para finalidades distintas daquelas aprovadas pela Anvisa como “pesquisa médica combinada com cuidados profissionais (pesquisa clínica), sendo obrigatória a obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente”. Já em Parecer nº 2/2016, sinalizou que a prescrição *off label* não é proibida, e o que ocorre é a utilização de produtos e de regulamentos em parâmetros não previstos na bula, ressaltando que

[...] os médicos que assim procederem devem estar cientes das responsabilidades que assumem e do que lhes recai como penalidades a que poderá responder. Necessita do registro, em prontuário, das motivações para tal forma de conduta e do consentimento esclarecido do paciente ou, em razão de impedimento, de seu responsável legal (BRASIL, 2004, s./p.).

O Conselho Regional de Medicina do Piauí, ao tratar do uso *off label* de corticoide, em pacientes acometidos por COVID-19, em seu Parecer nº 2/2020, indicou a autonomia do médico para “prescrever ou não um medicamento *off label*”.

No contexto da pandemia ocasionada pelo SARS-CoV-2, fica evidente a necessidade de se encontrar fármacos para tratamento ou quimioprofilaxia da doença. Pela ausência de conhecimentos prévios acerca da COVID-19, entrementes grupos de cientistas realizam pesquisas no sentido de buscar medicamentos ainda não existentes para o combate do vírus, enquanto outros grupos buscam, em fármacos já concebidos, essa possível terapêutica.

Nessa conjuntura, foi publicado, na França, em março de 2020, um estudo realizado pelo infectologista Didier Raoult (2020), que indicava a eficácia da cloroquina e da hidroxicloroquina para o tratamento da COVID-19, o que criou grandes expectativas acerca da utilização desses fármacos. Entretanto a pesquisa não poderia ser considerada conclusiva, uma vez que analisou 36 pacientes de forma não randomizada.

Fato é que, no Brasil, esses medicamentos são aprovados pela Anvisa e, conforme consta em suas bulas, são hodiernamente utilizados para o tratamento de afecções reumáticas e dermatológicas, artrite reumatoide, artrite reumatoide juvenil, lupus eritematoso sistêmico, lúpus eritematoso discoide e condições dermatológicas provocadas ou agravadas pela luz solar e pela malária (BRASIL, 2020). Todavia, considerando-se a urgência imposta pelo novo vírus, a cloroquina e a hidroxicloroquina passaram a ser utilizados, em muitos casos, como meio de tratar a COVID-19, mesmo sem a aprovação da Anvisa para tal fim específico, ou seja, têm sido prescritos de forma *off label*.

Quando se trata da cloroquina e de seu análogo hidroxicloroquina, é possível perceber a existência de posicionamentos específicos e diretos de órgãos que regulam a atuação médica no Brasil e no mundo. Isso quer dizer: o médico, ao receitar esses medicamentos, é respaldado por entendimentos das entidades responsáveis pelo assunto no país.

Existem outros medicamentos sendo utilizados para o tratamento da COVID-19 de forma *off label*, como a droga *Tocilizumab*, do laboratório Roche® – aprovada pela legislação apenas para o tratamento de artrite reumatoide. Porém a diferença da prescrição da cloroquina e da hidroxicloroquina, para os outros fármacos, reside, justamente, na existência de posicionamentos específicos da Organização Mundial da Saúde (OMS), do min.stério da Saúde (MS), do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Associação Médica Brasileira (AMB), que balizam a utilização dessas substâncias e respaldam a atuação do médico no combate ao vírus. Chega-se, então, ao seguinte quadro comparativo:

Quadro 1 – Diferenças entre a prescrição específica da cloroquina e da hidroxicloroquina para outros medicamentos prescritos *off label*

Cloroquina e hidroxicloroquina	Outros medicamentos prescritos <i>off label</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Posicionamento específico da OMS acerca da possibilidade de prescrição do medicamento, respeitando as individualidades dos Estados; • Posicionamento específico do MS, formalizado em protocolo - 20 de maio de 2020 - que baliza a utilização desses medicamentos; • Posicionamento específico do CFM, valorizando a relação médico paciente, garantindo que a prescrição da cloroquina e hidroxicloroquina não representam infrações éticas - Parecer nº 4/2020; e • Posicionamento específico da AMB em defesa da autonomia do médico e apoio ao Parecer nº 4/2020 do CFM, no dia 19 de julho de 2020. 	<ul style="list-style-type: none"> • Na hipótese de não existirem posicionamentos específicos para a prescrição de tais medicamentos, poderá ser atribuída a responsabilidade civil ao médico prescriptor, uma vez sua conduta tendo sido culposa (imprudente), considerada a ausência de posicionamentos específicos de órgãos competentes para a prescrição desses fármacos.
<ul style="list-style-type: none"> • Não poderá ser atribuída responsabilidade civil ao médico prescriptor por danos decorrentes da utilização desses medicamentos, considerando-se todo respaldo existente e a conseguinte ausência de culpa em sua conduta. 	

Fonte: elaborado pelos autores.

A responsabilidade civil do médico na prescrição de medicamentos *off label*.

A fim de analisar a responsabilidade civil do médico prescriptor de medicamentos *off label* e, em especial, de cloroquina e de seu análogo hidroxicloroquina, é fundamental entender a natureza jurídica da relação médico-paciente.

Ao se sujeitar ao tratamento conduzido pelo médico, o paciente estabelece um contrato de prestação de serviços médicos, em que o profissional não assume a responsabilidade de curar o doente, mas de empregar os melhores meios e técnicas disponíveis para realização do tratamento. Por esse motivo, a obrigação estabelecida entre as partes é tida, via de regra, como

uma obrigação de meio e, de tal modo, uma vez não atingido o resultado esperado, *prima facie*, não se poderá falar em inadimplemento contratual por parte do profissional de saúde (CORDEIRO; MENDONÇA; OLIVEIRA; NOGUEIRA, 2011, p. 60).

Além de ser uma obrigação de meio, a relação médico-paciente será balizada pelo Código de Defesa do Consumidor. Em seu art. 14, § 4º, o diploma preceitua que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será subjetiva. Portanto, para que surja o dever de indenizar do médico, é necessária a identificação de uma atuação culposa (imprudente, negligente ou imperita) que gere um dano previsível ao paciente.

Adaptando esses conceitos à prática clínica de prescrição de medicamentos *off label*, é possível elencar algumas hipóteses em que a culpa médica pode ser verificada em suas diferentes modalidades:

- **Imprudência:** o médico imprudente prescreve o uso *off label* de dois ou mais medicamentos ao paciente sem se atentar às possíveis reações adversas previsíveis consequentes da combinação desses medicamentos;
- **Negligência:** o médico negligente deixa de realizar um diagnóstico eficaz por desatenção e prescreve o uso *off label* de medicamentos, o que provoca reações alérgicas previsíveis ao paciente; e
- **Imperícia:** o médico imperito prescreve o uso *off label* de medicamentos desprovidos de pesquisas confiáveis que indiquem probabilidade de êxito no tratamento, provocando prejuízos previsíveis ao paciente.

Segundo José de Aguiar Dias (2006, p. 337), os deveres médicos podem ser representados por cinco diretivas principais: (i) conselhos; (ii) cuidados; (iii) obtenção do consentimento; (iv) abstenção de abuso de poder; e (v) sigilo.

Esses deveres gerais à conduta médica, obviamente, também devem ser cumpridos na prescrição de medicamentos *off label*. Por isso, é possível apontar quatro atitudes essenciais derivadas desses deveres que são esperadas do profissional da saúde na prescrição de fármacos, para tratamentos que não estejam expressamente previstos em sua bula:

- Cumprir o dever de informar: o médico deve explicar detalhadamente ao paciente ou ao seu representante legal a existência de riscos e benefícios na adoção desse tratamento, ressaltando que consiste em uso fora da bula de medicamento tendente a melhorar a situação específica do paciente;
- Oferecer o direito de escolha: o médico deve ofertar a escolha da utilização desse tratamento ao paciente ou ao seu representante legal;
- Pactuar o termo de consentimento informado: é essencial que o médico documente essa escolha livre e informada por meio de um termo de consentimento informado; e
- Juntar a base científica que fundamenta o tratamento: o médico deve fornecer as informações técnicas que serviram de base para sua ilação, no sentido de que a prescrição *off label* seja próspera, por meio de pesquisas científicas, relatórios e recomendações de órgãos de saúde, institutos médicos e redes de pesquisa, indicando as reais probabilidades de benefício ao paciente e a viabilidade dessa utilização.

Na visão de Gilberto Bergstein (2013), o processo de transmissão de informações do médico para o paciente possui enorme relevância, atuando como verdadeiro “motor” da autodeterminação do paciente e, portanto, sendo tão importante quanto a prestação de serviço médico a ser realizado.

No entendimento de Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral (2018, p. 67), o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido objetiva, precipuamente, demonstrar que houve esclarecimento e posterior anuência do paciente acerca do processo de tratamento. Ademais, instrumentaliza o consentimento do paciente e, além disso, representa um importante meio de prova a ser utilizado em eventuais demandas judiciais, uma vez que, usualmente, o ônus probatório ficará a cargo do médico. Ou seja, o profissional deve provar que não atuou com imprudência, negligência, imperícia ou mesmo dolo.

O Termo deve ser feito, preferencialmente, pela via escrita, a fim de facilitar a produção probatória (CORTÉS, 1999, p. 9). Além disso, o documento deve ser redigido de forma a individualizar cada paciente, podendo conter previsões gerais, porém de modo a oportunizar que o profissional realize observações e indicações específicas para aquele paciente, podendo, *verbi*

gratia, indicar se o paciente possui alguma enfermidade progressiva e qual seu histórico geral de saúde.

Ressalta-se a importância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido ser colocado à disposição do paciente pelo próprio médico no momento da consulta e não disponibilizado por funcionário da administração do hospital, afinal será necessário que a entrega do Termo para obtenção do consentimento seja acompanhada pela devida explicação a ser feita, oralmente, pelo médico de maneira clara e acessível ao paciente-consumidor.

O processo de informação do paciente acerca do procedimento ao qual será submetido perpassa por três fases indispensáveis:

1. Esclarecimento do paciente a respeito dos aspectos fundamentais do tratamento;
2. Certificação do entendimento do paciente sobre a explicação fornecida pelo profissional (oralmente e por escrito); e
3. Obtenção do consentimento do paciente para prosseguir com a prática médica.

Nessa linha, Karina Alves Ramos e Fernanda Junges (2012) concluem que, para o médico reduzir a exposição do paciente a riscos e alcançar os melhores resultados, deve agir com base em experiência clínica criteriosa, evidências externas e na avaliação crítica da literatura médica disponível, levando em consideração as preferências e limitações do paciente.

Tais atitudes conferem base probatória para o juiz reconhecer que a ilação médica à prescrição *off label* de medicamentos ocorreu de forma atenta e cautelosa, em atenção à situação individualizada do paciente e à notoriedade das taxas de sucesso em outros tratamentos semelhantes. Assim, eventuais complicações imprevisíveis no tratamento terapêutico não são atos ilícitos médicos e não fomentam o dever de indenizar.

Logo, diante do presente cenário, não poderá ser atribuída responsabilidade ao médico nos casos de ocorrência de danos advindos da utilização da cloroquina e da hidroxicloroquina, dado que a prescrição possui respaldo no entendimento de importantes órgãos da disciplina médica e, considerando-se a natureza subjetiva da responsabilidade civil do médico-fornecedor, é

imprescindível que seja verificada alguma das modalidades da culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo em sua conduta. Entretanto ressalta-se a possibilidade de esse entendimento acerca da cloroquina e da hidroxicloroquina ser transitório, já que, dentro de um lapso temporal reduzido, poderão existir estudos em graus conclusivos superiores que garantam a não eficácia desses medicamentos. Nessa hipótese, esses fármacos serão classificados assim como os outros prescritos de forma *off label*, durante a pandemia e, caso os profissionais continuem a receitá-los, poderão ser responsabilizados civilmente por essa conduta.

Os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas como excludentes de responsabilidade na prescrição *off label* de medicamentos.

Em relação aos parâmetros que devem nortear a atividade médica, no enfrentamento da pandemia - sobretudo no que se refere à prescrição de medicamentos *off label* - ganham especial relevância os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas.

Segundo Priscilla Maria Dias Guimarães César (2012, p. 166), os protocolos clínicos são importantes documentos produzidos por profissionais de relevo que possuem a finalidade de promover a aplicação de uma medicina baseada em evidências.

Esses documentos, além de obedecerem a métodos rigorosos de análises de evidências científicas, buscam analisar, com base em critérios de efetividade, segurança e eficácia, os métodos de intervenção de saúde para o enfrentamento de determinada patogenia (MOTA; KUCHENBECKER, 2020, p. 8).

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas representam o ápice do conhecimento científico empregado no tratamento clínico de uma doença. Todavia, malgrado todos sejam de valia no auxílio dos médicos para a tomada de decisões profissionais, a literatura médica compreende que as evidências científicas podem possuir níveis diferentes de robustez, a depender do método de pesquisa adotado (BURNS; ROHRICH; CHUNG, 2011).

De forma sumarizada, Daniel Marques Mota e Ricardo de Souza Kuchenbecker (2020, p. 6) assim sistematizam a hierarquia das evidências:

- Evidências diretas: as evidências são retiradas de estudos em que determinado fármaco foi avaliado diretamente na doença em questão;
- Evidências indiretas: as evidências são retiradas de estudos que não avaliaram diretamente a terapia de interesse na doença em questão, mas que provieram de estudos em doenças semelhantes; e
- Evidências preliminares: trata-se de evidências obtidas a partir de estudos pré-clínicos feitos com a doença, mas que ainda não são tão relevantes para a tomada de decisões na clínica, como estudos experimentais.

Em um cenário ideal, os médicos devem sempre preferir embasar a tomada de decisões em torno de protocolos que possuam evidências diretas. Todavia, em relação à utilização de fármacos para o tratamento do vírus SARS-CoV-2, foram obtidas, até o momento, apenas evidências indiretas e preliminares (MOTA; KUCHENBECKER, 2020, p. 8, PEREIRA; PEREIRA; COSTA; SANTOS; DANTAS, 2020).

A utilização dessas evidências científicas pelo médico para receitar medicamentos *off label*, além de ser um dever profissional, pode atuar como excludente de responsabilidade desse profissional da saúde.

Explica-se: tendo em vista que a responsabilidade médica é subjetiva e de meio (em regra), caso o médico fundamente a decisão de prescrição de determinado medicamento *off label* para tratamento dos sintomas da COVID-19, em determinado protocolo clínico que demonstra evidências da eficácia do fármaco no enfrentamento da doença, restará demonstrado um atuar diligente e que afasta a culpa no caso de um eventual dano.

Por óbvio, a eleição de certo medicamento, no tratamento de pacientes, não pode levar em consideração, tão somente, as recomendações e evidências prescritas em abstrato nos protocolos. Devem ser analisadas as peculiaridades de cada paciente, como seu histórico clínico, a presença de comorbidades, a autodeterminação do paciente e de sua família e o melhor interesse do paciente.

Em suma, a demonstração de que determinado fármaco prescrito de forma *off label*, para o tratamento da COVID-19, apresenta bons indícios de eficácia na literatura jurídica e de que, no caso específico de determinado

paciente, a sua prescrição é recomendável são evidências claras do zelo profissional que afastam a responsabilidade do médico na hipótese de uma ação de responsabilidade civil movida em face dele.

Com o desenvolvimento da ciência de novos estudos em torno dos medicamentos e de sua eficácia no tratamento da COVID-19, é importante que o médico baseie as suas prescrições em protocolos que apresentem evidências com maior robustez, devendo preferir evidências diretas a evidências indiretas por exemplo. Esse também é um indicativo importante da diligência do profissional da saúde.

Além disso, para que a responsabilidade seja afastada, o médico deve comprovar ter seguido rigorosamente os preceitos contidos nos protocolos. Caso contrário, a culpa, em uma de suas modalidades – imprudência, imperícia ou negligência – pode ser aventada, e a responsabilidade do profissional, configurada.

Considerações finais

A pandemia causada pelo SARS-CoV-2 exige dos médicos condutas urgentes na busca pelo tratamento da doença. Por esse motivo, a prescrição *off label* de medicamentos faz-se necessária frente à excepcionalidade da situação experienciada pela humanidade.

A natureza da relação médico-paciente impõe deveres especiais às partes, uma vez balizada pelo Código de Defesa do Consumidor e, portanto, o médico deverá cumprir com seu dever de informar o paciente acerca do tratamento, valendo-se do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Além de informar e obter o consentimento do paciente, ao prescrever determinado medicamento, é imprescindível que o profissional da saúde siga, com rigor, os entendimentos específicos dos órgãos e entidades da saúde e os protocolos editados por esses, ainda que tenham sido baseados em evidências preliminares e indiretas.

Referências

- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BERGSTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Saúde divulga diretrizes para tratamento medicamentoso de pacientes. **MS**, 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46919-ministerio-da-saude-divulga-diretrizes-para-tratamento-medicamento-de-pacientes>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Nota informativa nº 6/2020 -DAF/SCTIE/MS**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/01/MS-0014223901-Nota-Informativa-n-6-2020-DAF-SCTIE-MS.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento informado no exercício da Medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar direito e medicina**. 2. ed. Curitiba: Appris, 2018.
- CÉSAR, Priscilla Maria Dias Guimarães. Diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos: da ética individual à coletiva para efetivação do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 13, n. 2, p. 156-172, 2012.
- BURNS, Patricia B.; ROHRICH, Rod J.; CHUNG, Kevin C. The levels of evidence and their role in evidence-based medicine. **Plastic and reconstructive surgery**, v. 128, n. 1, p. 305, 2011.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM nº 2.437/2003 - Parecer CFM nº 13/2004**. Brasília: CFM, 2004. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2004/13>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM nº 2/2016**. Brasília: CFM, 2004. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2016/2>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM nº 8/2020 - Parecer CFM nº 4/2020**. Brasília: CFM, 2004. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PIAUÍ. **Processo-Consulta CFM nº 2/2020 - Parecer CFM nº 2/2016**. Teresina: CRM, 2016. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PI/2020/2>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- CORDEIRO, Fernando; MENDONÇA, Samuel; OLIVEIRA, Joanna Paes de Barros e; NOGUEIRA, Vanessa Fabiula Pancioni. Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade. **Revista Brasileira de Coloproctologia**, v. 31, n. 1, p. 58-63, 2011.
- CORTÉS, Julio César Galán. La responsabilidad médica y el consentimiento informado. **Rev. Med. Uruguay**, v. 15, n. 1, p. 5-12, 1999.

- GAUTRET, Philippe; LAGIER, Jean-Cristophe; PAROLA, Philippe; HOANG, Van Thuan; MEDDEB, Line; MAILHE, Morgane; DOUDIER, Barbara; COURJON, Johan; GIOR-DANENGO, Valérie; VIEIRA, Vera Esteves; DUPONT, Hervé Tissot; HONORÉ, Stéphane; COLSON, Philippe; CHABRIÈRE, Eric; LA SCOLA, Bernard; ROLAIN, Jean-Marc; BROUQUI, Philippe; RAOULT, Didier. Hydroxychloroquine and azithromycin as a treatment of COVID-19: results of an open-label non-randomized clinical trial. **International Journal of Antimicrobial Agents**, v. 56, n. 1, 2020.
- MOTA, Daniel Marques; KUCHENBECKER, Ricardo de Souza. Considerações sobre o uso de evidências científicas em tempos de pandemia: o caso da Covid-19. **Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia**, v. 8, n. 2, p. 2-9, 2020.
- NOBRE, Patricia Fernandes da Silva. Prescrição Off label no Brasil e nos EUA: aspectos legais e paradoxos. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 18, 2013.
- PEREIRA, Míria Dantas; PEREIRA, Mara Dantas; COSTA, Cleberson Franklin Tavares; SANTOS, Cristiane Kelly Aquino dos; DANTAS, Estélio Henrique Martin. Aspectos epidemiológicos, clínicos e terapêuticos da COVID-19. **Journal of Health & Biological Sciences**, v. 8, n. 1, p. 1-8, 2020.
- RAMOS, Karina Alves; JUNGES, Fernanda. O uso *off label* de medicamentos e a busca por evidências orientadoras de conduta: uma abordagem necessária. Disponível em: <http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/O%20uso%20off%20label%20de%20medicamentos%20e%20a%20busca%20por%20evidencias%20orientadoras%20de%20conduta.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

Responsabilidade do Estado e do hospital por contaminação do médico e da família pela COVID-19

João Vitor dos Santos de Souza¹

Anselmo Luiz Bacelar Junior²

1. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); estagiário conciliador no 1º Juizado Especial de Vitória; E-mail: dossantosdesouza@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4725408722403398>.

2. Mestrando em Direito Processual, pela Ufes (Bolsista Fapes); pesquisador do grupo de pesquisa *Desafios do Processo* (PPGDIR/Ufes); Advogado. E-mail: anselmo.bacelar@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7723820625276085>.

Considerações iniciais

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de março de 2020, declarou a COVID-19 como uma pandemia. Trata-se de um vírus que causa infecções respiratórias. O Brasil, em 20 de março, já havia declarado estado de calamidade pública, conforme Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Todavia a Universidade John Hopkins, dos Estados Unidos da América, que acompanha o número de casos em todo o mundo, publicou que o Brasil atingiu a impressionante marca de segunda nação com o maior número de mortes pela COVID-19 e, também, o segundo com mais casos registrados de infecção pelo vírus. O próprio ministério da Saúde divulgou dados que demonstraram que no país, até o dia 27 de junho de 2020, foram registrados 57.070 óbitos em decorrência da contaminação pela COVID-19, e são 1.313.667 de pessoas infectadas pelo vírus no país.

Nesse cenário, evidencia-se que a COVID-19 trará inevitáveis implicações jurídicas, principalmente no que se refere à busca dos responsáveis por indenizar os danos imputados aos profissionais que atuam na linha de frente do combate à pandemia do novo coronavírus, por exemplo, os médicos, expostos diariamente a uma alta carga viral e com grandes riscos de contágio não apenas para si, mas, também, para os seus familiares.

Destarte, vê-se a importância deste capítulo, ao realizar uma análise sobre a hipótese de aplicar a responsabilidade civil objetiva nas ações indenizatórias por danos provenientes da contaminação pelo novo coronavírus do profissional médico e dos seus familiares, baseando-se na teoria do risco, consoante aos Arts. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, e 37, § 6º, da Constituição Federal (CRFB), a fim de demonstrar a relevância de se retirar a responsabilidade civil subjetiva da discussão, no que se diz respeito a aumentar as probabilidades de as vítimas terem os danos integralmente reparados.

Responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva

A etimologia da palavra *responsabilidade* remonta ao termo, em latim, *respondere*, o qual transmite a ideia de garantia da restituição ou obrigação de ressarcir (GONÇALVES, 2019, p. 42). Nessa mesma lógica, o conceito

foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro, assim, aquela conduta que desencadear um dano a terceiro trará à tona o dever de repará-lo por aquele que o cometeu. A responsabilidade civil, em sua essência, relaciona-se com o desvio do agente do seu dever jurídico primário, o qual acarreta o dever jurídico secundário, isto é, a obrigação de reparar o dano (CAVALIERI, 2012, p. 2). A ideia base da responsabilidade civil é a busca para restabelecer o *status quo ante*.

O Código Civil brasileiro de 2002, Art. 186, manteve a teoria subjetiva no ordenamento jurídico nacional, teoria clássica (AMARAL, 2018, p. 674), consagrada desde o Código Civil de 1916, conforme Art. 159. Na referida teoria, também conhecida como responsabilidade subjetiva, a vítima precisa demonstrar todos os requisitos formadores da responsabilidade civil para obter o direito de ser indenizada pelo dano sofrido, quais sejam, a culpa *lato sensu*, ação ou omissão, dano e o nexo de causalidade (CAVALIERI, 2012, p. 19).

Entretanto, apesar do Código Civil de 2002 manter a responsabilidade civil subjetiva como regra geral, é possível observar que o ordenamento civil abriu ainda mais espaço para a responsabilidade civil objetiva por via do Art. 187 c/c o parágrafo único do Art. 927. Trata-se de uma concepção que independe da caracterização da culpa *lato sensu* do agente causador do dano. Essa teoria foi de grande relevância, principalmente para as situações em que a concepção subjetivista se mostrava incapaz de proteger efetivamente a vítima.

Em termos históricos, viu-se que marcos como o da Revolução Industrial acarretaram, cada vez mais, complexidade para as atividades desenvolvidas na sociedade e, conseqüentemente, aumentaram as chances de causarem danos a terceiros, assim, mostrou-se necessária uma teoria que trouxesse uma maior proteção à vítima (GONÇALVES, 2019, p. 22-23). Nessa linha, Luis Carlos Sánchez Hernández (2016, p. 321-322) comenta que:

Luego, durante los siglos xix y xx, la invención del automóvil, del ferrocarril, del avión y el surgimiento de grandes empresas y de grandes industrias con alta tecnificación, siempre de la mano con el avance de la ciencia y la tecnología, trajeron como resultado una multiplicación y agravación de los riesgos que provenían de aquellas actividades, cuyo potencial

de causar daños era cada vez mayor. Como consecuencia de este fenómeno, la prueba de la culpa setornó una carga excesiva, especialmente porque implicaba que la víctima probara un error de conducta en el ejercicio de actividades que cada día eran más complejas y tecnificadas.

Destarte, o Código Civil de 2002 inovou em matéria de responsabilidade civil, destacando-se a cláusula geral de responsabilidade objetiva constante no parágrafo único do Art. 927. A responsabilidade objetiva, baseando-se na teoria do risco, impõe o dever reparatório do agente responsável, independentemente da comprovação da sua culpa (STOLZE, 2012, p. 201), assim o seu fundamento surge do próprio risco daquela a atividade desenvolvida pelo agente que ocasionou o dano à vítima (BARBOSA; MUNIZ, 2017, p. 304).

A Constituição da República de 1988 também prevê a responsabilidade civil objetiva, mas para a hipótese de responsabilidade do Estado por danos a terceiros (Art. 37, § 6º). Pontua-se que, não obstante o dissenso na jurisprudência e na literatura jurídica acerca da aplicabilidade ou não da responsabilidade objetiva apenas para as condutas comissivas, neste capítulo entende-se que a responsabilidade objetiva estabelecida no Art. 37, § 6º, da CRFB, refere-se tanto aos atos comissivos quanto aos atos omissivos específicos do Estado (CAVALIERI, 2012, p. 268).

Portanto, consagrou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema dualista de responsabilidade civil, tendo em vista que o sistema civil manteve, como regra geral, a culpa *lato sensu* como pressuposto essencial da responsabilidade civil, conforme Arts. 186 e 927, caput, CC, e, também, estabeleceu a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, parágrafo único, Art. 927, do CC.

Conclui-se assim, com a introdução da cláusula geral de responsabilidade objetiva no Código Civil Brasileiro, no parágrafo único, Art. 927, conforme compreende Gonçalves (2019), que houve uma significativa mudança de paradigma no que se refere à responsabilidade civil, visto que essa norma genérica ocasionou uma flexibilização para o judiciário tratar sobre o tema, principalmente quando o dever reparatório possui, como elemento, atividades de risco, ampliando a proteção à vítima, ao trazer a ótica da responsabilidade objetiva para a responsabilidade civil.

Responsabilidade civil objetiva à luz da teoria do risco

A teoria do risco, no âmbito de uma “sociedade de risco” (BECK, 2011, p. 23-28), é usada como fundamento para a aplicação da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a literatura jurídica nacional dividiu a citada teoria em algumas modalidades, por exemplo, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco da atividade (TARTUCE, 2019, p. 541).

A teoria do risco administrativo é utilizada para basear a responsabilidade objetiva do Estado. Consoante aos termos do Art. 37, § 6º, da CRFB, as pessoas jurídicas de direito público e privado que prestarem serviços públicos serão responsabilizadas objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, independentemente de culpa do agente causador do prejuízo, importando a demonstração do dano e do nexo de causalidade. Entende a literatura jurídica por prescindir do dolo ou culpa do agente, bem como do mau funcionamento ou falha da Administração, e inclusive a eventual ilicitude do ato, bastando apenas o nexo entre a ação/omissão administrativa e o dano para haver o dever de ressarcir (MEDAUAR, 2018, p. 366).

Outrossim, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), a responsabilidade objetiva do Estado estende-se também aos danos suportados pelos agentes públicos prestadores de serviços público no exercício das suas funções, não restando dúvida acerca da aplicação da norma do Art. 37, § 6º, CFRB, aos prejuízos suportados pelos servidores públicos no desempenho da sua função, afastando-se a necessidade de comprovação de culpa ou dolo (STF, 2014)³. Nessa linha, destaca-se a decisão do STF ao apreciar o Recurso Especial 495.740, reconhecendo a responsabilidade civil objetiva do Estado por exposição e contaminação de uma enfermeira servidora pública pelo citomegalovírus no exercício das suas atividades.

Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). Configuração

3. RE 435.444-AgR, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 9 jun. 2014.

de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido (STF, 2009)⁴.

Destaca-se que, apesar da literatura não ser pacífica acerca do tema, neste capítulo, considera-se serviço público aquela atividade prestada pelo Estado, por exemplo, o serviço de saúde (CHAVES; ROSENVALD; PEIXOTO, 2015, p. 577).

A segunda teoria, a teoria do risco da atividade, trata-se da responsabilidade objetiva daquele que exerce atividade empresarial ou profissional que expõe a risco ao direito de outrem, conforme o parágrafo único, Art. 927, do Código Civil, aplicar-se-á também para atribuir a responsabilidade do empregador na hipótese de dano que o seu empregado venha a sofrer em decorrência de acidente de trabalho, no exercício de uma atividade de risco, nos termos em que aponta o Informativo Jurisprudencial nº 950, de 2019, do STF:

Além disso, o Código Civil estabeleceu a regra geral da responsabilidade civil e previu a responsabilidade objetiva no caso de risco para os direitos de outrem. “Outrem” abrange terceiros que não tenham qualquer tipo de vínculo com o empregador. Por conseguinte, seria absolutamente incoerente que, na mesma situação em relação ao trabalhador, a responsabilidade fosse subjetiva, e, em relação a terceiros, fosse objetiva.

Todavia a literatura jurídica nacional não é precisa acerca do conceito de atividade de risco. O ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, quando o Plenário da Corte decidia o Tema 932 de repercussão geral, destacou que as atividades de riscos são “apenas aquelas definidas como tal por ato normativo válido, que observem os limites do Art. 193 da

4. RE 495.740-AgR, rel. min. Celso de Mello, DJe, 14 ago. 2009.

CLT” (STF, 2019)⁵. O posicionamento do citado ministro, apesar de solucionar o caso que estava em julgamento, exclui inúmeras profissões que poderiam ser identificadas como atividades de risco e, conseqüentemente, impediria a aplicação da responsabilidade objetiva do empregador em inúmeras situações, por exemplo, o serviço médico. Nota-se, principalmente nesse momento de enfrentamento à pandemia da COVID-19, que a profissão médica confirma se tratar de uma atividade risco. Contudo, destaca-se que, não obstante intensa discussão no Plenário da Corte acerca do tema, não houve consenso entre os ministros sobre o conceito de atividade de risco.

O autor Sérgio Cavaliere, por outro lado, opta por caracterizar a atividade de risco pelo critério do risco inerente: “é aquele intrinsecamente atado à própria natureza da atividade, à sua qualidade ou modo de realização, de tal forma que não se pode exercer essa atividade sem arrostar certos riscos” (CAVALIERI, 2012, p. 188). O Estado, apesar de ter conhecimento de que existem certas atividades que são perigosas em sua realização, decidiu por não proibi-las, mas sim por incentivar e proteger, tendo em vista a importância delas para a sociedade, como é o caso dos serviços médico-hospitalares (CAVALIERI, 2012, p. 188). Ilustrativamente, o hospital terá riscos no exercício da sua atividade ainda que se esforce para entregar os melhores equipamentos e o melhor ambiente de trabalho aos seus profissionais, tendo em vista que é da sua própria natureza “que se produzam danos em escala anormal, em comparação com outras atividades realizadas no mercado” (CHAVES; ROSENVALD; PEIXOTO, 2015, p. 443).

A Universidade Federal do Rio de Janeiro, por meio de pesquisadores do Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia, realizou um mapeamento com os índices de risco de contaminação pela COVID-19 dos trabalhadores no Brasil, ao exercerem as suas atividades profissionais. Conforme o levantamento realizado pela universidade, um médico clínico e um médico generalista possuem 95,67% de chance de serem infectados. Para se ter uma ideia, um porteiro de edifício, o qual, geralmente, lida diariamente com um número considerável de pessoas, possui 65,00% de chance de ser contaminado pelo coronavírus.

5. RE 828040/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, DJe de 04 e 05 set. 2019.

Nessa linha, o Plenário do STF, por maioria, considerou constitucional atribuir a responsabilidade objetiva ao empregador que desenvolve atividade de risco por danos materiais e morais que o seu empregado venha a sofrer, em decorrência do acidente de trabalho, baseando-se no Art. 927, parágrafo único, do CC, não obstante da previsão de responsabilidade subjetiva do empregador na ação de reparação de danos por acidente de trabalho, conforme do artigo 7º, XXVIII, da CRFB (STF, 2019)⁶. O Plenário fixou a seguinte tese de repercussão geral, Tema 932, *in verbis*:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade [...] (STF, 2020)⁷.

A decisão tomada pelo STF acompanha uma linha de pensamento no Direito Civil que se pauta na ampliação da proteção à vítima e serve como um indício acerca da possibilidade de imputar a responsabilidade objetiva aos hospitais particulares por danos sofridos pelos médicos por contaminação pela COVID-19, independentemente da culpa *lato sensu*, usando, como base, a teoria do risco da atividade, aplicando-se a norma prevista no Art. 927, parágrafo único, do CC, restando o dever do empregador em reparar os danos sofridos pelos empregados, decorrentes do acidente de trabalho, conforme prevê o Art. 7º, inc. XXVIII, CRFB.

Portanto, a teoria do risco administrativo, Art. 37, § 6º, da CRFB, e a teoria do risco profissional, Art. 927, parágrafo único, do CC, estabelecem o dever reparatório do agente causador do dano por conta da sua posição de responsável (CHAVES; ROSENVALD; PEIXOTO, 2015, p. 446), criando-se uma maior proteção à vítima, tendo em vista ser dispensável a comprovação do

6. Informativo jurisprudencial n° 950.

7. RE 828040/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, DJe de 12 mar. 2020.

elemento da culpa *lato sensu*, que, em muitas situações, a sua demonstração é incumbência impossível de ser provada.

O aspecto probatório e a imputação do dever indenizatório ao Estado e a hospitais particulares nas ações de reparação de danos decorrentes da contaminação pela COVID-19 do médico e da família

Nesse sentido, embora seja dispensável a caracterização da culpa ou do dolo do agente na hipótese de responsabilidade objetiva, para que haja o dever de indenizar, ainda é essencial a demonstração do dano e do nexo de causalidade. O último pressuposto funda-se na ligação entre a atividade desenvolvida pelo agente e o prejuízo produzido (BARBOSA; MUNIZ, 2017, p. 305). Por conseguinte, em se tratando de responsabilidade civil objetiva, especialmente quando se trabalha com o elemento do risco da atividade, a teoria da causalidade adequada demonstra ser a mais apropriada para realizar essa ligação (CHAVES; ROSENVALD; PEIXOTO, 2015, p. 448-449).

A literatura jurídica nacional faz uso de uma história muito famosa criada pelo Robert Joseph Pothier (1805, p. 114-115), o qual usa um exemplo de alguém que vende uma vaca infectada para um agricultor e que, posteriormente, desencadeia a morte de todo o rebanho e, por conta disso, não consegue cultivar as suas terras, perde a sua fazenda, e uma sequência de fatos desastrosos acontecem.

Dessa forma, dispondo da teoria da causalidade adequada, baseando-se nas estatísticas e probabilidades, o magistrado responderá se “[...] aquele dano que a vítima experimentou é uma consequência normalmente previsível do fato à luz da experiência” (CHAVES; ROSENVALD; PEIXOTO, 2015, p. 373). Em síntese, apoiando-se em critérios técnicos objetivos, por exemplo, o número de profissionais da medicina infectados, o magistrado concluirá se os danos provenientes da contaminação pela COVID-19, sofridos pelo médico, são resultados previsíveis no exercício da sua profissão e, assim sendo, surge uma possibilidade de condenação do Estado ou do hospital particular em reparar os danos sofridos. Ilustrativamente, baseando-se em dados divulgados pela Secretaria de Saúde do estado do Espírito Santo, até o dia 25 de junho de 2020, eram 38.483 pessoas infectadas pela COVID-19 no estado capixaba e, desse total, 6.861 eram profissionais de saúde, representando 17,82% dos infectados.

A teoria da causalidade adequada também estabelece um paralelo com a eventual contaminação dos familiares do médico, isto é, as pessoas que com ele residem respondem ao mesmo questionamento, para que se observe se a contaminação da família do profissional médico é um resultado provável do fato à luz da experiência. Os profissionais de saúde, principalmente médicos e enfermeiros, estão em contato diário com pacientes infectados pela COVID-19, assim, estão expostos a uma alta carga viral, gerando uma probabilidade significativa de transmitir o vírus, principalmente para seus os familiares (BRITISH BROADCASTING CORPORATION NEWS BRASIL, 2020). Trata-se de evidência que demonstra que os familiares dos médicos possuem uma significativa chance de serem contaminados, haja vista a imensa carga viral a que esses profissionais estão expostos continuamente, em decorrência do exercício da atividade médica.

No aspecto probatório, conforme visto, caberá ao médico comprovar o nexo causal entre a conduta do hospital e o seu dano (Arts. 373, inc. I, do Código de Processo Civil e 818, inc. I, da Consolidação das Leis do Trabalho)⁸. Comprovando-se o nexo causal, cumprirá agora ao hospital o ônus de excluir o seu dever reparatório rompendo o nexo causal, provando que a contaminação pela COVID-19 não se deu no ambiente de trabalho (Arts. 373, inc. II, do CPC e 818, inc. II, da CLT). Além disso, apesar de ser essa a regra geral da dinâmica probatória, pontua-se uma inovação presente tanto no Código de Processo Civil (Arts. 373, § 1º), quanto na CLT (Art. 818, § 1º) a qual possibilita ao magistrado, observando-se os pressupostos necessários, a realizar a distribuição dinâmica do ônus da prova diante do caso concreto, levando-se em conta o equilíbrio das partes, de modo que o ônus da prova ficará com a parte que melhor tem condições de suportar (DIDIER, 2015, p. 123). Em resumo, fazendo-se o uso da distribuição dinâmica do ônus da prova, caberia ao hospital, sobretudo por se tratar de uma relação de trabalho, demonstrar que a contaminação do médico pelo novo coronavírus não ocorreu no ambiente de trabalho.

Desse modo, somada a importância da responsabilidade objetiva, encontra-se a teoria da causalidade adequada, baseando-se nos critérios técnicos objetivos, tal como o uso da técnica de distribuição dinâmica do ônus (Arts.

8. Código de Processo Civil (CPC) e Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

373, § 1º, CPC, e 818, §1º, CLT), a depender do caso, demonstrando serem possibilidades viáveis e capazes de estabelecer uma probabilidade do magistrado em condenar o agente a reparar o dano sofrido pela vítima.

Considerações finais

A pandemia da COVID-19 serviu como mais uma prova de que existem certas categorias que necessitam de um maior amparo do Direito, principalmente para aqueles profissionais que trabalham na linha de frente no combate ao coronavírus. É evidente a afirmação de que os impactos da COVID-19 não serão restritos à saúde ou à economia, visto que já se observa uma crescente repercussão dessa pandemia no campo jurídico.

Todas essas teorias e implementações normativas são frutos de intensos desenvolvimentos e debates tanto na literatura jurídica, quanto na jurisprudência. Trata-se de significativas e relevantes posições fundadas com a visão de ampliar a proteção à vítima, a qual, em muitas situações, não via o seu direito ser satisfeito, haja vista a complexidade da tarefa de comprovar o pressuposto da *culpa lato sensu*, tal como também é para estabelecer a conexão entre a conduta e o dano sofrido pela vítima. Eis a importância.

Nesse âmbito, é possível imaginar a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva do Estado e do hospital particular nas hipóteses de contaminação do profissional médico e da sua família pela COVID-19, baseando-se nas teorias do risco administrativo e risco da atividade, presentes nos Arts. 37, § 6º, da Constituição Federal, e 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, respectivamente, bem como fazendo uso da teoria da causalidade adequada ou da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Referências

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco. **Responsabilidade Civil**: 50 anos em Portugal - 15 anos no Brasil. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Especial 495.740-AgR**. Responsabilidade civil objetiva do poder público. Elementos estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do Art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do risco administrativo. Infecção por citomegalovírus. Fato danoso para o ofendido (menor impúbere) resultante da exposição de sua mãe, quando gestante, a agentes infecciosos, por efeito do desempenho, por ela, de atividade desenvolvidas em hospital público, a serviço da administração estatal. Prestação deficiente, pelo Distrito Federal, de acompanhamento pré-natal. Parto tardio. Síndrome de West. Danos morais e materiais. Ressarcibilidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso de agravo improvido. Agravante: Distrito Federal. Agravado: min.stério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: min. Celso de Mello, 15 abril de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600790>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Especial 435.444-AgR**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Responsabilidade objetiva do Estado. Danos causados aos próprios agentes públicos. Agravante: União. Agravado: Adelar Garcia da Silva. Relator: min. Roberto Barroso, 18 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6069993>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Especial 828040**. Direito constitucional. Direito do trabalho. Recurso extraordinário. Repercussão Geral Reconhecida. Tema 932. Efetiva proteção aos direitos sociais. Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos recorrentes de acidentes de trabalho. Compatibilidade do Art. 7, XXVIII da Constituição Federal com o Art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Aplicabilidade pela justiça do Trabalho. Reclamante Protege S/A – Proteção e Transporte de valor. Reclamados: Marcos da Costa Santos e EBS Supermercados LTDA. Relator: min. Alexandre de Moraes, 12 de março de 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1mjNewOgEPPJ2psmtuoSeVyb2sx8xDuF/view?usp=sharing>. Acesso em: 29 jun. 2020.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 2020. Reconhece, para os fins do Art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 jun. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Informativo de jurisprudência nº 950**. Repercussão geral. Direito Civil. Responsabilidade civil. Responsabilidade civil objetiva e acidente de trabalho. Reclamante Protege S/A – Proteção e Transporte de valor. Reclamados: Marcos da Costa Santos e EBS Supermercados LTDA. Relator: min. Alexandre de Moraes, 4 e 5 setembro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo950.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CIENTISTA ALERTA PARA RISCO DE “CARGA VIRAL” MAIOR NO CONTÁGIO EM FAMÍLIA. **British Broadcasting Corporation News Brasil**, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52275737>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil 3**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- HERNÁNDEZ, Luis Carlos Sánchez. De la culpa de la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n. 30, p. 287-335, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4554>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- COVID-19 DASHBOARD BY THE CENTER FOR SYSTEMS SCIENCE AND ENGINEERING (CSSE) AT JOHNS HOPKINS UNIVERSITY (JHU). **Johns Hopkins University**, Baltimore, 27 jun. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- COVID-19 – PAINEL CORONAVÍRUS. **min.stério da Saúde do Brasil**, Brasília, 27 jun. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- FOLHA INFORMATIVA – COVID-19 – ESCRITÓRIO DA OPAS E DA OMS NO BRASIL. **Organização Pan-Americano da Saúde (OPAS)**, Washington, 26 jun. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 26 jun. 2020.
- POTHIER; Robert Joseph. **Traité des obligations**. Paris: Letellier, 1805.
- PAINEL COVID-19 – ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Secretaria de Saúde do Estado do Espírito Santo**, Vitória, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://coronavirus.es.gov.br/painel-COVID-19-es>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- LIMA, Y. O., COSTA, D. M., SOUZA, J. M. Risco de Contágio por Ocupação no Brasil. **Impacto COVID-19**, Rio de Janeiro, 26 de mar. de 2020. Disponível em: <https://impacto-covid.com.br>. Acesso em: 11 jun. 2020.

Breve panorama sobre os impactos da pandemia do COVID-19 nas relações trabalhistas

Aline Souza Tinoco Gomes de Melo¹

Ari Gonçalves Neto²

Shirlena Campos de Souza Amaral³

-
1. Juíza Titular do Trabalho da 01ª Vara do Trabalho de Itaperuna do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região do Estado do Rio de Janeiro.
 2. Advogado Trabalhista. Mestre e Doutorando em Cognição e Linguagem pelo programa de Pós-graduação em Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf).
 3. Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Associada da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf). Atua nos Programas de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem e Políticas Sociais da Uenf.

De nada valem as idéias sem homens que possam pô-las em prática (KARL MARX).

Considerações iniciais

Inexoravelmente a pandemia provocada pelo Sars-Cov-2, o novo coronavírus, impôs transformações profundas na vida em sociedade, infelizmente a duras penas, em uma extensão mundial jamais presenciada, ao menos pelas últimas gerações, impactando diretamente nas mais variadas áreas da vida, e, sobretudo, nas relações de trabalho.

O estado de pandemia declarado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) revelou-se extremamente difícil de ser contido, inexistindo, até o momento, vacinas autorizadas ou medicamentos comprovadamente capazes de curar os infectados, de modo que a principal medida preventiva adotada para esse enfrentamento é o distanciamento social, o qual impôs às pessoas permanecerem em quarentena, acarretando a paralisação de todas as atividades não essenciais, bem ainda impactando na continuidade das atividades empresariais, e, por conseguinte, na continuidade dos empregos formais e em todas as formas de trabalho, acentuando, ainda mais, a disparidade social existente no Brasil e em vários países, sejam eles desenvolvidos ou subdesenvolvidos.

Nesse sentido, tem-se que, em âmbito nacional, foi decretado o estado de calamidade pública por meio do Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, com vigência prevista até 31 de dezembro de 2020, na sequência da edição da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Também outras tantas medidas foram tomadas pelas três esferas da federação, incluindo a decretação de *lockdown* em alguns estados e municípios.

Assim, neste capítulo, abordar-se-ão as principais medidas jurídicas adotadas nesses tempos de pandemia e de isolamento social, para a garantia da estabilidade jurídica, dos empregos, da economia e da própria crise. Utilizou-se, para tanto, da metodologia bibliográfica e documental baseada em autores do tema e na legislação nacional.

O papel do Estado brasileiro

Testemunham-se atualmente inúmeras transformações e, com muito mais afinco, o papel fundamental do Estado na missão constitucional de tutelar direitos fundamentais e sociais dos cidadãos. Em verdade, tem-se confirmado a certeza de que, sem o Estado garantindo o mínimo existencial e a ordem pública, o sistema não funciona por si só e, certamente, a barbárie se imporia.

Nesse sentido,

Eis uma das principais teses keynesianas: em contextos de crise econômica grave, como na depressão econômica, a ‘mão invisível’ do mercado não é suficiente para resolver os flagelos sociais e a aguda anemia econômica (PASCOAL, 2020, p. 85).

Isto é, a atuação do Estado é imprescindível, pois, em tempos de excepcionalidades, deve-se adotar uma política fiscal e monetária contracíclica para fins de estimular o crédito e aumentar os gastos públicos, por meio do endividamento e até da expansão criteriosa dos meios de pagamento (moeda); priorizando ações em proteção dos cidadãos economicamente vulneráveis e atentando para redirecionar despesas supérfluas e privilégios públicos e privados (PASCOAL, 2020).

Contudo ressalta-se que não se trata do “Estado máximo” ou do “Estado Pilatos”, mas de um “Estado necessário” à altura da crise, cujo papel encontra considerável harmonia, inclusive, entre os economistas mais ortodoxos. Para Pascoal (2020),

Se as concepções econômicas apontam caminhos distintos para o Estado em tempos de normalidade, em momentos de crise econômica aguda, como agora, Smith estende uma mão visível para Keynes.

Nesse contexto, o poder público passou a editar inúmeras normas atinentes aos contratos, em geral, e especialmente no que se refere ao contrato de trabalho, até porque o Direito sucede os fatos sociais para regulá-los. E, nesse tempo de pandemia, Medidas Provisórias foram editadas para regulamentar

as relações de trabalho, como também inúmeras Portarias; Decretos Legislativos; Atos Administrativos Federais, Estaduais e Municipais; Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); e ainda as normatizações de todos os Tribunais do país com a finalidade de manter assegurada a prestação jurisdicional e o regular e universal acesso à justiça (PESSOA, 2020).

Soma-se a essas questões o fato de existir uma imperiosa necessidade social para regulamentar as situações fáticas decorrentes da pandemia e para enfrentamento das questões daí advindas, acarretando o surgimento de diversos microsistemas nas mais diversas áreas de atuação, dos quais o Direito do Trabalho tem sido denominado de “Direito do Trabalho Emergencial ou de crise” (PESSOA, 2020).

Assim, de um lado, têm-se as partes de um sistema capitalista à procura da manutenção do mercado e da produção de riquezas, e, de outro, há uma onda de solidariedade também latente nesse momento, de modo que a postura que urge por parte do Estado, nesse tempo de excepcionalidade, é somar esforços conjuntos para a manutenção dos meios de produção, com a adoção de todos os cuidados necessários para a preservação da vida com dignidade, bem como para fins de sustento dos meios de produção, e, conseqüentemente, da economia.

O Direito do Trabalho emergencial

No âmbito especial do Direito do Trabalho, lida-se com a relação contratual em que os polos não estão em equivalência de condições, isto é, empregados e empregadores possuem condição financeiro-econômica diametralmente opostas (ROMAR, 2018). E, diferentemente do que ocorre na relação civil, o Direito do Trabalho tem como característica e marca maior a proteção do hipossuficiente como busca de equilíbrio das partes/sujeitos no contrato tão polarizado.

Segundo Bezerra Leite (2018) “o princípio da proteção (ou princípio tutelar) constitui a gênese do direito do trabalho”, cujo objeto consiste, como já dito, em estabelecer uma igualdade jurídica entre empregado e empregador, em virtude da manifesta superioridade econômica desse diante daquele. Assim, os atores, no contrato civil, comprometem-se, enquanto, no contrato de trabalho, eles submetem-se à ordem constitucional e consolidada.

Nesse contexto, a pandemia do COVID-19 ressaltou algo que curiosamente estava sendo relegado a segundo plano: o valor do trabalho humano. Em verdade, o mundo precisou vivenciar a importância de os empregados se ativarem em seus postos de emprego para a manutenção do sistema; para a geração de riquezas; e para a produção de insumos e renda. E, mais, trouxe à tona a problemática do trabalhador “parassubordinado”, isto é, aquele que, a despeito de possuir dependência econômica, não tem assegurados todos os direitos trabalhistas clássicos (ROMAR, 2018). Trata-se de uma vasta gama de trabalhadores que, pela falta de legislação nacional, são tratados como “autônomos”, alijados à sorte do sistema, como é o caso dos trabalhadores em plataformas digitais e os “uberizados”. Esse tema tem causado grande inquietação no âmbito da comunidade jurídica do Direito do Trabalho, merecendo ser aprofundado e enfrentado pelos Tribunais do Trabalho, o que já está ocorrendo, haja vista a quantidade de demandas trabalhistas que estão sendo ajuizadas ainda nesse tempo de excepcionalidade (FREIRE; BRANDÃO, 2020).

A pandemia também levou ao enfrentamento outro aspecto de idêntica gravidade: a crise que assola as empresas e empregadores brasileiros, de modo que já é possível encontrar situações jurídicas com dois hipossuficientes: de um lado, o empregado; e, de outro, o empregador, ou falido ou em recuperação judicial, sobretudo os pequenos empresários, que constituem o maior quantitativo de empregadores brasileiros (PESSOA, 2020). Essa realidade já está impondo vasta gama de casuísticas que a legislação posta não irá simplesmente servir de forma idêntica ou isonômica para casos muitas vezes semelhantes.

Não se pode olvidar que, em busca da manutenção da atividade econômica das empresas privadas e do pleno emprego, que são os dois princípios mais importantes da ordem econômica democrática do país, têm-se buscado, entre outras medidas, a ajuda financeira do Estado para as empresas, em especial as de pequeno porte e, também, a flexibilização das leis trabalhistas (ALMEIDA, 2020).

Essa flexibilização, no entanto, deve possuir o viés protetivo no intuito de manutenção do emprego e renda, adaptando-se a uma realidade momentânea provocada pela crise econômica e na emergência de saúde pública. Basicamente, nessa seara, destacam-se as seguintes Medidas Provisórias de nº 927, nº 936, nº 944 e a de nº 946, instituindo programas emergenciais de suporte a empregos, com o intuito de reduzir os impactos do novo coronavírus no âmbito das relações de trabalho.

A primeira delas, a então Medida Provisória nº 927, de 2020, listou as principais medidas de enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública, sendo elas: o teletrabalho, a antecipação das férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação dos feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho e o direcionamento do trabalhador para qualificação (BRASIL, 2020). Registra-se que as regras previstas nessa Medida Provisória sobre o redirecionamento do trabalhador para cursos foram revogadas pela então Medida Provisória nº 928, de 2020, recebendo nova regulamentação pela Medida Provisória nº 936, de 2020. Contudo a Medida Provisória de nº 927 perdeu sua validade, mas, em certos e determinados casos, continuou a produzir efeitos mesmo após a sua caducidade.

Dentre os efeitos decorrentes da caducidade da Medida Provisória de nº 927, têm-se sobre o estado de força maior. Eis que a perda da vigência não gerou nenhum efeito sobre as relações jurídicas, pois, ainda que a Lei não diga, é pacífico o entendimento de que o estado de calamidade pública é, para os fins jurídicos, uma hipótese de força maior na forma do artigo 501 da CLT (BRASIL, 1943). Ademais, com a perda da vigência, voltam a serem aplicadas as regras previstas nos artigos 75-A ao 75-E, da CLT, para os novos ajustes entre empregadores e empregados sobre o teletrabalho, tais como a observância de prazo de comunicação ao empregado; a necessidade de mútuo acordo, ou seja, de concordância do empregado para a instituição do teletrabalho; a necessidade de aditivo contratual; a observância de prazo para alteração de regime de teletrabalho para o presencial; dentre outras.

Ainda no que diz respeito ao teletrabalho, tem-se que o Artigo 5º da Medida Provisória nº 927, de 2020, autorizava a possibilidade de adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância também para estagiários e aprendizes, medida que era adequada ao momento e alinhada às medidas de distanciamento social, mas, com a perda da vigência, deve ser determinado aos estagiários e aprendizes o retorno à modalidade presencial de trabalho, observadas todas as normas de segurança (BRASIL, 2020). Já no que se refere à antecipação de férias individuais, com a perda da vigência da Medida Provisória nº 927, **não mais se permite a antecipação das férias individuais do empregado**. Contudo, se as férias já foram concedidas, com o início do respectivo gozo, antes da perda da vigência da Medida Provisória, o pagamento da remuneração das férias poderá ser efetuado até o quinto dia útil do mês subsequente ao início

do gozo das férias (BRASIL, 2020), e o empregador não mais poderá suspender as férias ou licenças não remuneradas dos profissionais da área de saúde ou daqueles que desempenhem funções essenciais.

No aspecto da concessão de férias coletivas, com a perda da vigência da Medida Provisória, retorna a obrigação de prévia comunicação aos órgãos competentes. **Já para o aproveitamento e antecipação de feriados**, não é mais possível antecipá-los. Se o empregador já os antecipou, o ato está perfeito e acabado, e o empregado deverá trabalhar na data prevista para o feriado, inclusive, para os feriados antecipados pelo poder público. A constituição de banco de horas, na modalidade estabelecida pela Medida Provisória nº 927, fica proibida, bem como retorna a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, inclusive os admissionais, periódicos e demissionais.

Logo em seguida e agora, com aporte do poder público, por meio de instituição de pagamento de Benefício Emergencial para os trabalhadores, a Medida Provisória nº 936, de 2020, criou o Programa Emergencial de Manutenção de Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas trabalhistas complementares de enfrentamento do estado de calamidade (BRASIL, 2020). Essa segunda Medida Provisória possibilitou a redução salarial combinada com redução de jornada e até a suspensão do contrato de emprego por 60 dias, inclusive com possibilidade de alguns acordos por meio de pacto individual, o que foi motivo de muitas críticas as quais fundamentaram, inclusive, ações de declaração de inconstitucionalidade como a ADI 6363. A Medida Provisória nº 936, contudo, foi convertida na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, continuando a dispor sobre o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, possibilitando às empresas realizar acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salários e de suspensão de contratos de trabalho em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), bem como estabeleceu regras para pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BRASIL, 2020). Os acordos (individuais e coletivos), realizados nas regras da Medida Provisória nº 936, mantêm sua validade pelo período estipulado.

Já a Medida Provisória nº 944 criou o Programa Emergencial de Suporte a Empregos e teve sua validade prorrogada por mais 60 dias, conforme votação pelo Congresso Nacional, no início do mês de junho de 2020. Também foi prorrogada a validade da Medida Provisória nº 946 a qual dispõe sobre a

liberação de saques das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (BRASIL, 2020).

Assim, tem-se que todo esse arcabouço legislativo apresentado pelo Executivo e pelo Congresso Nacional está e deve ser observado durante o estado de calamidade e enquanto perdurar essa situação de caráter temporário e excepcional, como corolário da segurança jurídica, da valorização social do trabalho, da dignidade da pessoa humana e para sustento da economia e da renda nacional.

A judicialização em tempo de excepcionalidades

Os números mostram, de modo claro, alguns dos impactos imediatos da pandemia no âmbito judicial. Em verdade, de primeiro de janeiro ao início de junho de 2020, somam milhares de ações trabalhistas ajuizadas conforme dados divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em seu sítio eletrônico.

Já a pesquisa da *Datalawer*, realizada com base em dados públicos de processos trabalhistas distribuídos a partir de 01 de janeiro de 2020, sendo que a maior incidência ocorreu a partir do mês de Março, demonstrou que, somente na semana de 06 e 13 de abril, 2.493 novos processos foram ajuizados. Os dados evidenciam, ainda, que há a tendência de que os conflitos entre empregados e empregadores desemboquem cada vez mais no Judiciário (DATALAWER, 2020).

E dentre os principais questionamentos jurídicos apresentados, tem-se o tema relacionado à possibilidade de suspensão/revisão dos acordos judiciais. Isso porque os acordos validados pela Justiça do Trabalho possuem natureza de decisão irrecorrível, com trânsito em julgado imediato, conforme estabelece o Artigo 831 da CLT (BRASIL, 1943).

Por essa razão, a alteração do pactuado depende, em regra, de uma renovação entre os envolvidos com a extinção da obrigação anterior e a celebração de uma nova pactuação, na forma prevista nos artigos 360 a 367 do Código Civil (BRASIL, 2015).

No entanto, surge a inquietação sobre o que fazer quando uma das partes não concorda com a alteração dos acordos então celebrados, isto é, a solução

jurídica será a nova ação? Em verdade, aplicar a teoria da imprevisão decorrente da força maior ou mesmo acolher alegação de onerosidade excessiva do direito civil, bem como uma ação revisional, ou mesmo a redução da multa convencionada como cláusula acessória ou, ainda, prorrogar o prazo para pagamento desse acordo, nos termos do artigo 775, I, da CLT, desde que a força maior seja comprovada, correspondem às inquietações, aos pedidos formulados pelos advogados e às decisões estabelecidas pelos Tribunais do Trabalho (NAHAS; FREDIANE, 2020).

Na Justiça do Trabalho mato-grossense, a exemplo de pedidos julgados na 8ª Vara do Trabalho de Cuiabá, apesar de salientar que os acordos homologados possuem natureza de decisão irrecorrível, a juíza Mara Oribe atendeu parcialmente os pedidos de uma microempresa de fabricação de móveis e de uma loja de artigos femininos e reduziu o valor das parcelas, conforme veiculado pelo Tribunal do Trabalho da 23ª Região. Enfatizando a magnitude da crise causada pela pandemia e admitindo-se a situação como força maior, a Magistrada concluiu que devem ser aplicados os efeitos legais decorrentes, sendo o primeiro a ausência de responsabilidade do devedor pelos prejuízos que não houver causado, conforme prevê o artigo 393 do Código Civil (BRASIL, 2015).

De modo que esse é apenas um dos inúmeros temas a ser enfrentado. E mais, tem-se entendido que tudo deverá ser analisado caso a caso, com razoabilidade e ponderação de interesses e também proporcionalidade, com base, ainda, no artigo 8º, da CLT, que norteia como o julgador deve decidir; isto é, sempre à luz da analogia; da equidade; de princípios e normas gerais do Direito do Trabalho, sobrepondo o interesse público ao particular (BRASIL, 1943).

Por certo, ainda se terá longas discussões sobre as milhares de rescisões contratuais ocorridas nesse período de pandemia e de estado de calamidade pública, ou seja, se decorrente de *factum principis* na forma do artigo 486, da CLT, ou se será em decorrência de força maior na forma do artigo 502, da CLT (BRASIL, 1943). Isso porque cada uma dessas situações gera implicações no âmbito de quem paga e do quanto se paga nas rescisões trabalhistas.

Por outro lado, tema de igual forma sensível que os Tribunais se depararam, logo no início das determinações de isolamento social, foi com a definição de grupos de riscos para afastamento dos funcionários da saúde ou com a manutenção desses na prestação de serviços. E a principal indagação foi: quais são os deveres dos empregadores em relação à saúde dos trabalhadores do grupo de risco?

Nesse sentido, o TRT da 1ª Região, julgando Mandado de Segurança, manteve liminar que determinou o fornecimento individualizado de equipamentos de proteção individual a todos os empregados que atuam no atendimento ao público externo e na distribuição externa de objetos postais. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) viu-se, assim, inconformada com a decisão e pleiteou a suspensão da segurança ao Tribunal Superior do Trabalho. A Presidente do TST, min.stra Maria Cristina Peduzzi, assentou o entendimento de que “não justifica minimizar a adoção de medidas de segurança e saúde em relação aos empregados”, de modo que a adoção de tais medidas não conflitam com orientações de autoridades públicas de saúde, uma vez que é de conhecimento público a eficácia de aludidos objetos para a atenuação da disseminação viral, isto é, a manutenção da liminar

[...] não paralisa as atividades da empresa estatal, já que não foram impostas restrições efetivas, mas simples adoção de medidas de extremo relevo no combate à pandemia, em benefício não somente dos trabalhadores envolvidos, mas de toda a sociedade (FERNANDES, 2020).

E, por fim, um outro tema não menos inquietante é sobre a consideração da COVID-19 como sendo uma doença ocupacional. Considerando a doença como pandemia que é, há corrente jurídica que conclui que, por presunção, o adoecimento por contágio viral é não ocupacional, a despeito da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em suspender a eficácia do Artigo 29 da então Medida Provisória nº 927. No caso do trabalhador que seja acometido pelo coronavírus, tinha-se a presunção de não formação do nexo de causalidade, segundo Artigo 29 da Medida Provisória nº 927, que, entretanto, teve a sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6346-DF.

O trabalhador, segundo o STF, poderia demonstrar, contrariando a presunção inicial, que o contágio foi o resultado de exposição ou de contato direto determinado pela natureza do trabalho, por meio de provas, obviamente técnicas para fins de identificação do nexo de causalidade. Tal julgamento segue a linha do artigo 21, III, da Lei nº. 8.213/91, para o qual a contaminação do empregado, no exercício de sua atividade, equipara-se à doença do trabalho, sendo necessárias provas do nexo de causalidade entre a moléstia e

as atividades profissionais, conforme jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Isso, notadamente, será mais frequente nos casos de profissionais da saúde e de outros que estejam atuando na linha de frente do combate à pandemia, em razão da maior exposição ou do dever laboral de cuidar das pessoas contaminadas. Uma vez constatado onexo causal no âmbito da responsabilidade securitária social, será garantido o pagamento de benefício por incapacidade ocupacional (B-91 ou B-92) e, na esfera da responsabilidade civil-trabalhista, abrir-se-á a pretensão de pagamento de indenização por danos materiais e/ou moral contra o empregador, desde que demonstrada a sua atuação culposa ou a ocorrência de responsabilidade civil objetiva (ALMEIDA, 2020).

A atuação culposa do empregador é sempre evidenciável quando ele tenha agido contra a legalidade ou contra seu dever de minorar os riscos a que seus empregados estão expostos, a exemplo da situação de não fornecimento do necessário equipamento individual; negligência em relação aos números entre pacientes e profissionais de saúde, assoberbando esses a ponto de perderem a noção de cuidado no cumprimento dos protocolos de proteção e segurança; quantidade de horas em exposição ao vírus; e tantas outras situações que advirão da inobservância do dever geral de cuidado do empregador (ALMEIDA, 2020).

Há, por outro lado, os juristas que entendem pela aplicação da responsabilidade objetiva, ou seja, a responsabilização independentemente da apuração de culpa, admitida nos casos especificados em lei ou, conforme decisão tomada pelo STF, nos autos do RE 828.040, quando, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a atividade normalmente desenvolvida por sua natureza apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade (BRASIL, 2015). Mas, considerando a caducidade da citada Medida Provisória nº 927, tem-se que apenas será considerado doença ocupacional se comprovada sua ocorrência durante a vigência dessa, em respeito à segurança jurídica das relações de trabalho.

Nesse sentido e considerando o contexto que a pandemia impõe, todas essas situações jurídicas tratadas neste capítulo devem ser analisadas com muito cuidado, vinculando a responsabilidade do empregador apenas quando essa for evidente e bem constatada, até porque se encontra num estado de excepcionalidade mundial, na medida em que todos estão expostos ao risco

do vírus, não devendo banalizar a busca de sustentação da sobrevivência não só da sociedade, como também das empresas como um todo, bem como a própria manutenção dos empregos.

Considerações finais

Foram trazidas, neste capítulo, algumas reflexões e muitos questionamentos sobre as relações de trabalho em tempo de pandemia do COVID-19. Atualmente não se tem soluções definitivas para os problemas apresentados, de modo que, aos poucos, com bom-senso e muita reflexão coletiva sobre o assunto, assentar-se-ão as balizas para o enfrentamento das demandas apresentadas. Em verdade, de tão excepcional que esse tempo é, pode-se concluir que todas as atitudes, decisões e soluções entrarão para a história. Por isso, a atuação legislativa e jurisdicional deve sempre se atentar para a segurança jurídica das relações de emprego, como corolário do Estado Democrático de Direito.

A solidariedade, exaltada no artigo 3º da CRFB/88, constitui os objetivos fundamentais da República brasileira e o dever fundamental de cooperação. Sobretudo em tempos de coronavírus, eis que é de importância vital para que toda a sociedade desenvolva uma ação conjunta no enfrentamento desse tempo tão difícil. Somente assim, poderemos possibilitar a garantia da dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Referências

- ALMEIDA, Renato Rua de. O vetor constitucional da liberdade econômica em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). *Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo. Saraiva. 2018.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1943**. Cria a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Palácio do Catete, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15.ago.2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Estabelece a nova ordem jurídica e política do Estado Democrático de Direito brasileiro. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15.ago.2020.

- BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8213cons.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Instituiu o Novo Código de Processo Civil. Brasília, Palácio do Planalto, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13. 979, 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. Brasília: Palácio do Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13789.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 6 de 2020, de 20 de março de 2020**. Reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública. Brasília: Senado Federal, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 927, 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Brasília: Palácio do Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 01 de abril de 2020**. Instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Brasília: Palácio do Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 944, de 03 de abril de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos. Brasília: Palácio do Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Medida Provisória nº 946, de 07 de abril de 2020**. Extingue o Fundo PIS-Pasep. Brasília: Palácio do Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020**. Instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Brasília: Palácio do Planalto, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.
- COVID19 - VEJA COMO A JT ESTÁ JULGANDO OS PEDIDOS DE REVISÃO DE ACORDOS FIRMADOS ANTES DA PANDEMIA. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/covid19-veja-como-jt-est%C3%A1-julgando-os-pedidos-de-revis%C3%A3o-de-acordos-firmados-antes-da>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- COVID-19: ATOS E PRODUTIVIDADE. **Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 15 ago. 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/COVID-19-atos-e-productividade>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- FREIRE, Bruno; BRANDÃO, Patrícia. ALGUNS IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NO PROCESSO DO TRABALHO. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). **Direito do Trabalho na Crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020.

- NAHAS, Thereza C.; MARTINEZ, Luciano. Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da seguridade social e da prevenção de riscos laborais. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). **Direito do Trabalho na Crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020.
- PASCOAL, Valdecir. **Papel do Estado em tempos de pandemia: combate ao vírus e à crise econômica e social**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/papel-do-estado-em-tempos-de-pandemia-combate-ao-virus-e-a-crise-economica-e-social-05042020>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Fraternidade enquanto categoria constitucional em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). **Direito do Trabalho na Crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- TERMÔMETRO COVID-19 NA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Data Lawyer**, São Paulo, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://www.datalawyer.com.br/dados-COVID-19-justica-trabalhista>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Alguns efeitos médico-jurídicos da COVID-19: a Medida Provisória nº 966/2020 e a contratação precária de médicos

Daniel Zandonade Matta¹

João Pedro di Cavalcanti Gaspar de Oliveira²

Gilberto Fachetti Silvestre³

-
1. Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); pesquisador do Grupo de pesquisa “Medicina Defensiva”. E-mail: danielzandonade@hotmail.com.
 2. Acadêmico de Direito pela Ufes; pesquisador do Grupo de pesquisa “Medicina Defensiva”. E-mail: dicavalcanti.oliveira@gmail.com.
 3. Professor da Ufes; doutor em Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); mestre em Direito Processual Civil, pela Ufes; coordenador dos Grupos de Pesquisa “Desafios do Processo” e “Medicina Defensiva”. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

Considerações iniciais

A atuação dos agentes públicos está diretamente relacionada à realidade fática vivenciada por uma sociedade. Diferentes momentos históricos implicam diferentes posturas a serem adotadas, a fim de que a solução dos novos problemas possa ser alcançada. A pandemia da COVID-19 (Corona Virus Disease - 2019) trouxe inúmeros desafios ao Estado na busca pelo combate dos reflexos trazidos pela nova doença, os quais certamente não se restringem ao campo da saúde pública.

A nova realidade pandêmica transformou profundamente a atuação dos agentes públicos, sejam eles médicos, policiais ou governantes. A busca por informações e medidas adequadas ao enfrentamento do novo vírus passa a ser o ponto fulcral da problemática. O combate aos efeitos socioeconômicos decorrentes do isolamento social e do grave problema de saúde pública vem acompanhado de uma tensão contínua, aliada ao cansaço físico e mental, em um cenário sem paralelo nas experiências anteriores, contexto em que surge a Medida Provisória n° 966/2020.

Os reflexos da COVID-19 também reverberaram nas condições de trabalho dos médicos. No entanto, é comum que a contratação dos profissionais de saúde seja realizada por hospitais a partir de pessoas jurídicas, submetendo-os, muitas vezes, à prática da “pejotização”. Em razão disso, aqueles que estão atuando na linha de frente do combate à COVID-19, a princípio, não poderiam pleitear seus direitos e garantias previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, uma vez que inexistente vínculo empregatício com o hospital.

Esse modelo de contratação, todavia, nem sempre reflete a realidade fática da relação existente entre o médico e o hospital, de modo que, muitas vezes, atua a mascarar verdadeiras relações empregatícias, a partir do fenômeno da “pejotização”. Desse fato, depreende-se a importância de se analisar a relação existente, a fim de se verificar a possibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego, tendo como plano de fundo as mudanças nas rotinas de alguns médicos, provenientes da pandemia.

Os efeitos da Medida Provisória nº 966/2020.

A Medida Provisória nº 966/2020 busca uma forma de aliviar a aplicação da responsabilidade civil e administrativa aos agentes públicos, no contexto de combate à pandemia da COVID-19. Conforme Marçal Justen Filho (2020, p. 3), para que todas as providências que busquem reduzir os danos causados pela pandemia sejam adotadas, é indispensável que os agentes públicos realizem seus deveres com tranquilidade e segurança.

Não obstante, a situação de incerteza torna-se aparente quando se observam os riscos de responsabilidade aos agentes no momento de adotar determinadas decisões, *v.g.*, nas determinações sobre o isolamento social e sobre suas decorrências econômicas, bem como na escolha de qual medicação deve ser utilizada para o tratamento da nova doença.

Na tentativa de criar um regime especial de responsabilidade, a norma editada pelo presidente da República visa conferir maior liberdade aos agentes públicos, restringindo as hipóteses em que ela poderá ser configurada, mediante alteração de um dos elementos que a constitui: a *culpa*.

Com intuito de demonstrar a espécie de responsabilidade alterada pela Medida Provisória nº 966/2020, analisaremos, no presente capítulo, que a responsabilidade civil, a despeito das inúmeras classificações, pode ser subdividida segundo a ótica de duas diferentes teorias: a teoria subjetiva e a teoria objetiva. As teorias fundamentam-se na consideração ou não da *culpa* como elemento constituinte da obrigação de reparar o dano.

A teoria clássica, também chamada teoria subjetiva, esteia-se na ideia de que a culpa consiste em um elemento fundamental da responsabilidade. Para essa teoria, a prova da culpa passa a ser pressuposto necessário ao dano indenizável, de modo que a responsabilidade do causador do dano somente se configura com uma atuação de cunho doloso ou culposo. Conforme Cristiano Chaves, Felipe Peixoto e Nelson Rosendal (2018, p. 185), apesar das divergências doutrinárias existentes, os pressupostos da teoria subjetiva são classificados de forma tetrapartida: (i) ato ilícito; (ii) nexos causal; (iii) dano; e (iv) culpa.

A teoria objetiva, por sua vez, encontra-se nos casos em que a imputação do dano ao agente se desvincula de toda roupagem de subjetividade, impondo a lei, em determinadas situações, a obrigação de determinadas pessoas

repararem um dano, sem a análise da culpa (PREVOT, 2010, p. 150). Assim, a supressão da necessidade do elemento subjetivo demonstra que, para configuração da responsabilidade civil objetiva, será necessário preencher apenas três requisitos: (i) ato ilícito; (ii) nexo causal; e (iii) dano.

Via de regra, a responsabilidade civil do Estado pelo dano causado a terceiro deve ser analisada sob a ótica objetiva. Consoante Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 60), a Constituição da República Federativa do Brasil adotou a teoria da responsabilidade objetiva ao Poder Público, sob a modalidade do risco administrativo, o qual demonstra que a responsabilidade do Estado pode ser atenuada caso comprovada a culpa parcial e concorrente da vítima, ou até ser excluída, se demonstrada a culpa exclusiva da vítima.

A análise da responsabilidade civil do Estado paira, então, sobre todos os atos praticado por seus agentes públicos, que não responderão pessoalmente pelos danos eventualmente causados a terceiros, desde que praticados durante o exercício do múnus público. Ou seja, qualquer agente que aja ou se omita em nome do Estado – desde o Presidente da República até o médico que trabalha em hospital público – pode dar causa à responsabilidade civil estatal.

A norma constitucional que dispõe sobre a responsabilidade do Estado pelos atos praticados por seus agentes prevê, em compensação, a possibilidade de o Estado realizar a cobrança do montante despendido no cumprimento da obrigação de indenizar o terceiro lesado. A cobrança realizada pelo Estado dá-se por meio de uma ação regressiva contra o agente público que efetivamente praticou o ato, mas limita-se aos casos em que pode ser comprovado que esse agente atuou com dolo ou culpa, conforme § 6º do Art. 37 do texto constitucional.

Justamente nesse segundo momento - no regresso estatal pelo dano praticado - a Medida Provisória nº 966/2020 buscou aliviar o regime de responsabilidade subjetiva dos agentes públicos. O novo diploma dispõe que esses agentes somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se atuarem ou deixarem de atuar com *dolo* ou *erro grosseiro* na prática de atos relacionados ao enfrentamento da emergência de saúde pública e ao combate aos efeitos socioeconômicos decorrentes da pandemia da COVID-19, conforme Art. 1º do texto normativo.

O dispositivo estabelece, ademais, os casos em que a responsabilidade pela opinião técnica utilizada como *ratio decidendi* deverá ser estendida ao

agente público decisor. Somente nos casos em que for possível ao agente público ter conhecimento de que a opinião técnica se encontra eivada de *dolo* ou *erro grosseiro*, ou nos casos em que for possível aferir a existência de um *conluio* entre os agentes, a responsabilidade civil e administrativa deverá ser estendida do agente que articulou o parecer técnico àquele que o adotou em sua decisão.

A despeito das críticas realizadas por parte da doutrina aos enunciados normativos da Medida Provisória nº 966/2020, a maior parte dos dispositivos ali previstos derivam da repetição de uma norma já consagrada no ordenamento jurídico brasileiro. Os Arts. 22 e 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como os arts. 8º e 12 do Decreto nº 9.830/2019, podem ser considerados a principal fonte do texto descrito na Medida Provisória nº 966/2020. Esses dispositivos já previam, em momento anterior à pandemia da COVID-19, a existência de um regime especial de responsabilidade para os agentes públicos, condicionando igualmente essa responsabilidade aos atos praticados com *dolo* ou *erro grosseiro*, realizando uma espécie de gradação da culpa (OLIVEIRA, 2020, p. 769-770).

Em ambos os textos normativos, o regime especial de responsabilidade tem sua aplicação limitada àqueles que podem ser considerados *agentes públicos*. Todos os indivíduos que desempenham uma função pública, seja ela remunerada ou não, permanente ou temporária, desde que vinculada ao Estado, deverão ser enquadrados nos ditames do conceito (DI PIETRO, 2017, p. 690-691).

Exempli gratia, devem ser incluídos, dentro desse conceito, os médicos de hospitais públicos ou de postos de saúde, assim como policiais, professores de escolas públicas, mesários a serviço da Justiça Eleitoral, servidores administrativos dos tribunais, dentre outras inúmeras funções que se encaixam na fórmula constitucional.

Especificamente na seara do direito médico, os danos sofridos pelos cidadãos usuários de hospitais públicos ou de postos de saúde estão fora da órbita das relações de consumo, devendo ser inseridos no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que a jurisprudência dos Tribunais, em geral, tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *eventus*

damni ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva ou negativa imputável a servidor público com atuação na área médica (STF, 2008)⁴.

Partindo dessa premissa, quando configurada a responsabilidade objetiva do Estado pelo dano causado ao usuário de hospital público, a ação regressiva estatal deverá ser regida pela modalidade especial de responsabilidade civil, criada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e reiterada pela Medida Provisória nº 966/2020. Nesse caso em específico, o médico atua sob o véu do preceito constitucional de *agente público*, podendo ser responsabilizado nas esferas civil e administrativa somente em caso de *dolo* ou *erro grosseiro*.

A problemática do novo texto provisório passa, então, à análise do requisito subjetivo criado a partir da gradação da culpa, consubstanciado no termo “erro grosseiro”. O Art. 2º da Medida Provisória nº 966/2020 afirma que erro grosseiro é o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado pela ação ou omissão do agente com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. O dispositivo demonstra que o erro grosseiro se equipara aos atos praticados com culpa grave, a qual pode ser compreendida como o mais alto patamar na gradação da culpa, extraída das fontes romanas como *magna culpa*. Esse tipo de culpa se caracteriza pela conduta praticada com uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, em que o agente se omite na observação de um grau mínimo e elementar de diligência que seria seguido por qualquer pessoa (CAVALIERI, 2018, p. 39-40).

De análise conjunta, o Art. 3º do texto provisório demonstra que, para aferir a ocorrência do erro grosseiro, devem ser considerados: os obstáculos e dificuldades reais dos agentes; a complexidade da matéria e das atribuições exercidas; o contexto de incompletude de informações nas situações de urgência; as circunstâncias práticas que limitam ou condicionam a ação dos agentes; e o contexto de incertezas acerca das medidas mais adequadas para enfrentar a pandemia do COVID-19 e suas consequências econômicas.

4. RE. nº 495.740, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 15 abr. 2008.

É notório que a figura do *erro grosseiro* irrompe como uma forma de afrouxamento das restrições legais para viabilizar a tomada de decisões urgentes e efetivas nos mais variados campos de atuação do Poder Público, surpreendido pelo cenário excepcional da pandemia do COVID-19. A norma busca frisar a aplicação do regime especial e, certamente, limitado, de responsabilidade civil anteriormente criado aos agentes públicos, trazendo, em contrapartida, as mesmas discussões sobre a (in)constitucionalidade quando da edição da Lei nº 13.655/2018.

O julgamento positivo do Supremo Tribunal Federal.

Para além das indagações doutrinárias acerca do tema, o texto veiculado na Medida Provisória nº 966/2020 ensejou grandes debates na seara política, de modo que a constitucionalidade do termo *erro grosseiro*, como elemento subjetivo para configurar a responsabilidade civil dos agentes públicos, foi questionada por sete ações diretas de inconstitucionalidade: ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.431.

De forma semelhante, todas as ações constitucionais sustentam que os critérios utilizados no texto da Medida Provisória nº 966/2020 poderiam implicar a anistia ou o salvo-conduto a toda e qualquer atuação estatal. Em tese, o referido diploma, ao limitar o texto constitucional de ações regressivas em face de agentes públicos aos casos em que esses agirem com dolo ou com erro grosseiro (culpa grave), estaria realizando uma restrição indevida à Constituição, que não manejou, no bojo do Art. 37, § 6º, a gradação dos tipos de culpa (grave ou simples) que ensejariam a possibilidade de regresso estatal.

Alegam, ainda, que o Art. 3º do novel texto provisório contempla uma série de critérios e conceitos vagos que serviriam à criação de balizas para a configuração da responsabilidade. Os parâmetros interpretativos definidos para que a autoridade julgadora, no âmbito administrativo ou judicial, afira o que deve ser compreendido como um *erro grosseiro* permitiriam pretensas decisões fundamentadas em argumentos fluidos e superficiais, logrando a impunidade dos agentes públicos e, conseqüentemente, causando um grave dano ao erário.

Debruçando-se sobre o pedido cautelar realizado nas ADIs, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão conjunta realizada por videoconferência,

decidiu pela constitucionalidade do novel texto provisório, conferindo interpretação conforme a Constituição, para delimitar o âmbito de compreensão do elemento *erro grosseiro*. A tese do julgamento foi fixada da seguinte forma:

Tabela 1 – Tese de Julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade

Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância:	A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente:
(i) de normas e critérios científicos e técnicos;	(i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades, internacional e nacionalmente reconhecidas;
(ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.	(ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Fonte: STF (2020)⁵.

Notória é a preocupação do Pretório Excelso com a exigência de que as medidas adotadas na prática de atos relacionados ao enfrentamento da crise de saúde pública possuam respaldo em normas e em critérios científicos preestabelecidos. O contexto caótico decorrente da pandemia da COVID-19, aliado a uma ausência de precedentes semelhantes, demanda uma atuação efetiva e imediata do Poder Público, que se deve lastrear nas informações obtidas de organismos e de entidades que possuem artifícios para demonstrar os meios efetivos de combate.

Os reflexos dessa situação podem ser observados na situação dos médicos de hospitais públicos e de postos de saúde, os quais, atuando na qualidade de agentes públicos, em diversos momentos, deparam-se com questões que exigem extremado rigor técnico, *v.g.*, na prescrição de medicamentos *off label*

5. ADI. nº 6.421, rel. min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgada em 21 maio 2020.

para o tratamento da nova doença. Situações de risco como essa, capazes de gerar danos aos usuários do sistema público, podem ensejar a ação regressiva do Estado sobre o ato praticado pelo médico, razão pela qual ele deve fundamentar corretamente sua atuação em critérios cientificamente comprovados e reconhecidos, criando um lastro probatório de justificação das suas ações em meio ao contexto anormal da pandemia da COVID-19.

A contratação Precária de Médicos - “pejotização”.

A contratação de pessoa jurídica no lugar de pessoa física, com o fim de descharacterizar a relação empregatícia e de afastar a legislação trabalhista, consiste na prática do fenômeno da “pejotização” (FRANCO FILHO, 2008, p. 166).

Os atos praticados com esse fim de impedir ou de fraudar a aplicação das leis trabalhistas são considerados nulos pela inteligência do Artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT. Por esse motivo, as contratações realizadas por intermédio de pessoa jurídica devem ser analisadas, verificando-se a ocorrência da “pejotização”, hipóteses nas quais serão nulas.

Essa análise acarreta importantes consequências para o Direito, uma vez que, anulado o contrato de prestação de serviços de pessoa jurídica, em razão da incidência da “pejotização”, é reconhecida a existência de relação empregatícia com a consequente aplicação da CLT.

Esse fenômeno é identificado quando, apesar de a relação entre as partes – médico e hospital – ter sido pactuada a partir de contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas, a realidade dos fatos demonstrar a existência de relação empregatícia entre elas.

Isso ocorre mediante a identificação dos cinco elementos fáticos-jurídicos descritos no artigo 3º da CLT. São eles: (i) a pessoa física, (ii) a pessoalidade, (iii) a não eventualidade, (iv) a subordinação e (v) a onerosidade.

Sobre a pessoa física e a pessoalidade, entende-se que o trabalho deve ser realizado por pessoa natural específica, sendo a relação de emprego firmada a partir de relação jurídica *intuitu personae* (DELGADO, 2018, p. 339).

A não eventualidade não deve ser confundida com a continuidade. Ou seja, para o preenchimento desse requisito, basta que o serviço seja realizado

com certa regularidade, independentemente do intervalo existente entre as prestações (VIEGAS; ROCHA, 2020, p. 6).

A subordinação, elemento de maior proeminência na caracterização da relação de emprego, consiste na submissão ao poder diretivo do empregador no que concerne à realização dos serviços prestados. Destaca-se a aplicação desse elemento sob o prisma objetivo e não subjetivo, ou seja, atua sobre o serviço prestado e não sobre a pessoa do empregado (DELGADO, 2018, p. 349). Ressalta-se ainda o conceito de subordinação estrutural, segundo o qual não é necessário que o empregado receba ordens diretas do empregador, sendo a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços suficiente para se verificar a existência de subordinação (VILHENA, 1975, p. 235).

Por fim, a onerosidade é verificada pela contraprestação econômica ao serviço prestado, consubstanciada no salário (DELGADO, 2018, p. 345).

Uma vez presentes todos esses elementos, está caracterizada a relação de emprego, independentemente da forma que tenha sido estruturada para a prestação dos serviços e da vontade das partes no momento da contratação, em decorrência dos princípios da imperatividade das leis trabalhistas, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da primazia da realidade sobre a forma.

Sobre a imperatividade das leis trabalhistas, Delgado entende que prevalece, no Direito do Trabalho, o domínio das regras jurídicas obrigatórias, sendo essas imperativas, não podendo ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes (2018, p. 234-235).

Como reflexo do princípio anterior, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas é traduzida na:

[...] inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato (DELGADO, 2018, p. 235).

Por fim, acerca do princípio da primazia da realidade sobre a forma, ponto central da caracterização da relação empregatícia sobre a “pejotização”, a realidade dos fatos prepondera sobre a literalidade dos instrumentos escritos que preveem a forma da contratação.

Desse modo, a identificação de todos os cinco elementos fático-jurídicos no plano fático prepondera sobre a forma acordada para a prestação dos serviços, uma vez que os elementos caracterizadores da relação de emprego ocorrem no mundo dos fatos, independentemente do Direito, e, em razão de sua relevância sociojurídica, são captados pelo Direito, que lhes confere os efeitos compatíveis (DELGADO, 2018, p. 338).

E, assim, uma vez anulada contratação sob a incidência do fenômeno da “pejotização” e reconhecida a relação de emprego, aplica-se a CLT, de modo a ensejar todos os direitos e garantias nela conferidos, os quais se mostram ainda mais presentes no contexto médico em razões das complicações provenientes da pandemia.

Essas mudanças na rotina de trabalho do médico advindas da pandemia ensejam a maior necessidade da proteção da CLT sobre esses profissionais, em razão do aumento da carga de trabalho e do maior risco de contaminação.

Além disso, mudanças adotadas por alguns hospitais podem facilitar a identificação de alguns elementos fático-jurídicos, facilitando, assim, o reconhecimento de vínculo empregatício nos casos de “pejotização”.

Duas dessas medidas se destacam no tocante à demonstração da subordinação – elemento que apresenta maior dificuldade de ser demonstrado com relação aos médicos em razão de inexistência de hipossuficiência técnica e econômica desses profissionais. São elas a imposição de protocolo a ser adotado por todos os médicos e o redirecionamento para área diversa da especialidade do médico, realizado pelo hospital.

Essas práticas, uma vez identificadas, coadunam com a existência de subordinação entre o hospital e o médico, de modo a evidenciar a subordinação à ordem diretiva do empregador.

Considerações finais

Demonstrado o contexto caótico derivado da pandemia da COVID-19, que demanda uma resposta imediata, a atuação dos agentes públicos não pode ser limitada por uma ampla possibilidade de responsabilidade civil e administrativa. A Medida Provisória n° 966/2020 surge como instrumento facilitador da efetiva atuação do Poder Público, desde que respeitadas as

delimitações objetivas da Suprema Corte, consubstanciadas nas exigências de respaldo dos agentes públicos em normas e critérios científicos.

A limitação da responsabilidade ao preenchimento dos requisitos *dolo e erro grosseiro* possibilita que os atos sejam praticados sem amarras, desde que possuam lastro científico predeterminado, como ocorre no caso dos médicos de hospitais públicos que necessitam de utilizar tratamentos inovadores na cura da doença, sem medo de serem responsabilizados por eventuais danos.

Ademais, a despeito de a contratação de médicos a partir de pessoa jurídica ser prática comum dentre os hospitais, o que, a princípio, impediria que os profissionais de saúde exigissem seus direitos e garantias trabalhistas – escancarados com os reflexos da COVID-19 – verifica-se que, uma vez identificado o fenômeno da “pejotização”, a forma contratada é anulada, e o vínculo empregatício reconhecido, de modo a incidir sobre os direitos e garantias previstos na CLT, na relação existente entre o médico e o hospital.

Para isso, é evidente a necessidade de se asseverar a presença de todos os elementos fático-jurídicos previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, sendo que algumas mudanças na rotina dos médicos, decorrentes da nova realidade originada com o coronavírus podem facilitar a identificação desses requisitos, em especial o da subordinação.

Referências

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CHAVES, Cristiano; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FILHO, Marçal Justen. A Medida Provisória nº 966/2020 não é inconstitucional. **Jota**, 25 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-mp-966-nao-e-inconstitucional-20052020>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O trabalho intelectual na era da informação: pejotização, blogs de consultas e contratos de imagem. **Revista TRT 9ª Região**, Curitiba, ano 33, n. 60, jan./jun. 2008.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.
- PREVOT, Juan Manuel. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil. **Revista Chilena de Derecho Privado**, n. 15, p. 143-178, 2010.
- VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; ROCHA, Cláudio Jannotti da. A reforma trabalhista e as modalidades empregatícias estratificadas: autônomo e fenômeno da “pejotização”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.016, p. 117/136, jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421/DF. Requerente: Rede Sustentabilidade. Intdo.: Presidente da República. Relator: min. Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de Jurisprudência**, Medida Cautelar, 21 mai. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário 495.740/DF. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: min.stério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: min. Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 15 abr. 2008. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE-AgR\(495740%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE-AgR(495740%20.NUME.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 20 jul. 2020.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: estrutura legal e supostos**. São Paulo: Saraiva, 1975.

A telemedicina em tempos de COVID-19 e a responsabilidade civil do médico e do hospital

Guilherme Santos Neves Abelha Rodrigues¹

Igor Gava Mareto Calil²

Gilberto Fachetti Silvestre³

-
1. Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica da Ufes; pesquisador do grupo de pesquisa *Desafios do Processo*; pesquisador do grupo de pesquisa *Medicina Defensiva*. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1322897749619572>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-2217-6715>.
 2. Acadêmico de Direito da Ufes; pesquisador do Programa Institucional de Iniciação Científica da Ufes; pesquisador do grupo de pesquisa *Desafios do Processo*; pesquisador do grupo de pesquisa *Medicina Defensiva*. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8802836350537240>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-2461-2362>.
 3. Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes); doutor em Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); mestre em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Coordenador do grupo de pesquisa *Desafios do Processo*. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

Considerações iniciais

A telemedicina é uma categoria geral que diz respeito a todo exercício da medicina por metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, da qual se ramificam diversas modalidades. Importa delimitar, de antemão, quais são essas espécies, a fim de que o leitor compreenda alguns termos eminentemente médicos e adentre na temática de forma consciente.

A teleorientação consiste em uma primeira identificação dos sintomas e na conseqüente orientação do paciente sobre como deve proceder, isto é, deve-se buscar um hospital, realizar uma consulta etc. A teleinterconsulta é a comunicação e o compartilhamento de informações e opiniões entre médicos, com vistas a auxiliar um dos profissionais no tratamento de seu paciente. A teleconsulta é a consulta médica realizada à distância, entre médico e paciente. O telemonitoramento, por sua vez, é a avaliação e a supervisão dos parâmetros médicos do paciente por meios remotos.

Estabelecidas tais premissas, cabe pontuar que a telemedicina é uma temática controversa no meio médico, pois, ao mesmo tempo que corporifica a aplicação das mais recentes novidades tecnológicas, significa a quebra do milenar padrão de relação médico-paciente, em que o contato físico figura como um dos fundamentos da confiança depositada no profissional.

Diante da pandemia de COVID-19, a telemedicina teve suas modalidades ampliadas, sendo permitida, em diversos casos, que, até então, eram proibidos pelo Conselho Federal de Medicina. Assim, este capítulo pretende analisar como se dá a responsabilidade civil do médico e do hospital diante dos danos causados em decorrência das limitações do atendimento remoto. Cabe dizer que o escopo deste não é exaurir a matéria, mas apresentar os principais aspectos e contornos do tema. Por motivos de ordem metodológica, não se aprofundará em seus meandros e detalhes específicos, de modo a tecer uma discussão introdutória acerca dos principais elementos da responsabilidade civil do médico e do hospital no âmbito da telemedicina.

Posto isso, passa-se à exposição do regramento da telemedicina no Brasil.

A disciplina jurídica da telemedicina no Brasil

A Lei nº 3.268/57 atribui ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Medicina diversas funções, qualificando-os como órgãos supervisores da ética profissional, bem como julgadores e disciplinadores da classe médica. Além disso, dentre tais atribuições, cabe ao Conselho Federal votar e alterar o Código de Deontologia que regerá a profissão. Afinal, como autarquia, *i.e.*, entidade da Administração, tem competência para exercer o poder normativo estatal, como é o caso das Resoluções Normativas do Conselho Federal de Medicina (PITELLI, 2002, p. 39).

O Código Brasileiro de Deontologia Médica de 1988 – o sétimo Código de ética vigente e o quarto após a criação do Conselho Federal – não tratava especificamente sobre a telemedicina, todavia já vedava a prescrição de tratamentos ou procedimentos sem a realização de exame direto do paciente, admitindo, como única exceção, os casos de urgência/emergência e de impossibilidade de realização de tal exame, devendo esse ser realizado após cessado o impedimento.

Apenas em 2002, a partir da Resolução nº 1.643, é que a telemedicina passou a ser, de fato, regulamentada e permitida no país, sendo autorizada nos casos de emergência e na hipótese em que o médico responsável solicita a outro que emita o laudo do paciente a distância; podendo esse prestar o devido suporte diagnóstico e terapêutico. Assim, vislumbram-se apenas duas hipóteses de realização de medicina remota, quais sejam: 1) Emergência; 2) Mediante solicitação do médico responsável.

Note-se que a primeira hipótese não figura como verdadeira novidade, pois, ainda que não expressamente, já era permitido o emprego da telemedicina em urgência e emergência pelo Art. 62 da Res. nº 1.246 - Código de Ética Médica de 1988. Por sua vez, a segunda possibilidade figura como inédita, consistindo nos casos em que o médico responsável - aquele que está diretamente envolvido no cuidado do paciente - solicita a um outro profissional da área que, a distância, emita um laudo, podendo esse prestar o devido apoio diagnóstico ou terapêutico.

Ressalta-se que a Res. nº 1.643 não dispunha, de forma clara e direta sobre, as hipóteses e modalidades de telemedicina permitidas. No entanto, como havia a necessidade de o médico responsável solicitar a outro a

emissão de um laudo à distância, excluía-se aquelas espécies em que a relação se estabelece diretamente entre o médico e o paciente, como a teleconsulta.

Em dezembro de 2018, a Res. nº 2.227 – publicada no DOU, em fevereiro de 2019 – veio a revogar a Res. nº 1.643/2002, ampliando as hipóteses de aplicação da telemedicina. Versava, de forma mais precisa, sobre cada modalidade, passando a disciplinar e permitir a prática de novas vertentes, como a teleconsulta, teleinterconsulta, o telediagnóstico, a telecirurgia *etc.*

Apesar de menos lacunosa que sua antecessora, inúmeras propostas de alteração foram encaminhadas ao Conselho Federal de Medicina, bem como solicitações por maior período de vacância para a análise do documento. Diante disso, o CFM acabou por revogar a Res. nº 2.227 - antes mesmo de entrar em vigor - restabelecendo expressamente a vigência da anterior, qual seja, a Res. nº 1.643. Sendo assim, desde março de 2019, vigora o que foi disposto em 2002.

No entanto, diante da pandemia de COVID-19 e da consequente necessidade de se realizar o isolamento social, o CFM, por meio do Ofício nº 1.756/20, enviado ao Ministério da Saúde, reconheceu, em caráter excepcional e enquanto perdurar a pandemia, a possibilidade e a eticidade da prática de telemedicina para além do disposto na Res. nº 1.643/02. Note-se que o documento encaminhado reconheceu - em *numerus clausus* - a possibilidade de realização de teleorientação, de telemonitoramento e de teleinterconsulta; não mencionando, entretanto, a teleconsulta.

Em consideração ao Ofício nº 1.756 e ante as medidas de enfrentamento do COVID-19 estabelecidas pela Lei nº 13.989, o Ministério da Saúde baixou a Portaria nº 467. Assim, autorizou, em caráter excepcional e temporário, a realização - tanto pelo SUS, quanto pela saúde suplementar e privada - de telemedicina no atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, de monitoramento e de diagnóstico. Percebe-se, portanto, uma necessária flexibilização e expansão das modalidades de telemedicina, abrangendo, inclusive, a teleconsulta.

Importa pontuar, por fim, que a regulamentação da telemedicina somente veio a ser dada, de forma mais definitiva, em abril de 2020, quando publicada a Lei nº 13.989, que autorizou, também em caráter excepcional e temporário, o exercício da medicina mediado por tecnologias, quando tiverem,

por finalidade, a assistência, a pesquisa, a prevenção de doenças e de lesões e a promoção de saúde.

A responsabilidade civil do médico em sede de telemedicina

Estabelecida a possibilidade do atendimento médico à distância, necessário se faz analisar o desenvolvimento da responsabilidade civil nesses casos. Para tanto, o presente capítulo cumpre delimitar certas premissas básicas da responsabilidade civil do médico, com intuito de analisar três possíveis danos passíveis de ocorrência no atendimento por telemedicina, quais sejam: 1) Dano por erro de diagnóstico ou de prescrição terapêutica; 2) Dano por falha no dever de informar; e 3) Dano por violação do sigilo médico.

A princípio, importa dizer que a relação estabelecida entre o médico e o paciente é de natureza consumerista, tendo em vista que presta um serviço mediante remuneração, ex. Art. 3º, § 2º, CDC/90. Em contrapartida, a Res. nº 2.217 do Conselho Federal de Medicina dispõe expressamente que a atuação médica não representa uma relação de consumo, todavia entende o Superior Tribunal de Justiça que tal vínculo, nos casos em que há remuneração, configura, em verdade, uma relação de natureza consumerista. Não resta dúvida acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor, afinal a antinomia entre as normas é somente aparente. De sorte que, ainda que a Resolução do CFM pretenda afastar a natureza consumerista, o Código de Defesa do Consumidor prevalece por ser hierarquicamente superior.

Aplicando-se o regime consumerista, cumpre verificar qual o regramento da responsabilidade civil do médico. O Art. 14, ao tratar da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço, estabelece que o profissional liberal responde somente mediante a aferição de culpa. Deve-se perceber que o médico, ainda que seja um fornecedor de serviços, também se enquadra como profissional liberal, pois não está subordinado tecnicamente a ninguém, mas, tão somente, à própria ciência que desenvolve e exercita. Por isso, a responsabilidade médica é subjetiva, mesmo que inserida em uma relação de consumo.

Para que se examine a responsabilidade civil do médico, faz-se necessário aferir se sua conduta cumpriu com os deveres de cuidado e de diligência que lhe são impostos, os quais passam necessariamente pela observação das normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina. Assim, a verificação

da culpa médica dá-se por meio da comparação de seu comportamento com aquele que seria esperado, nas mesmas circunstâncias, de um profissional diligente, *i.e.*, de um médico padrão.

É preciso observar que, além da culpa do profissional, é necessária a existência de defeito no serviço prestado. Como assevera o Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 1º, o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor razoavelmente poderia esperar, observando-se as circunstâncias relevantes. Logo, para que haja responsabilidade do profissional liberal, faz-se fundamental a verificação do *defeito* e da *culpa*. Importa ressaltar que essa pode ser interpretada tanto como um requisito do defeito – ou seja, sem culpa não há defeito – quanto como um outro requisito independente, de sorte que tal interpretação implica efeitos diversos, principalmente quanto à eventual responsabilidade solidária de hospital para com o médico.

É preciso compreender, ainda, que o médico, ao realizar um negócio jurídico com o paciente, assume obrigações a que deve adimplir. Cumpre delimitar que o conteúdo dessas não é – e nem poderia ser – a obtenção de um resultado pré-estabelecido, mas, tão somente, de empregar os meios adequados e necessários para alcançá-lo, isto é, o médico não possui uma *obrigação de resultado*, mas, sim, uma *obrigação de meio*. Para que se considere adimplida a obrigação, é necessário apenas que o profissional aja de forma cautelosa e diligente, empregando sua melhor perícia e observando as diretrizes e normas de conduta da classe. Assim, não responderá pela não obtenção do resultado pretendido, mas, tão somente, pela inobservância dos deveres de cuidado que lhe são impostos. Note-se que, em alguns casos excepcionais, o médico pode vir a ter uma obrigação de resultado, *e.g.*, nas cirurgias puramente estéticas, em que a não obtenção do resultado pretendido caracteriza o inadimplemento obrigacional por parte do cirurgião.

A distinção entre *obrigações de meio e de resultado* não altera a natureza da própria relação estabelecida, de modo que a responsabilidade do médico permanece sendo subjetiva e contratual, independentemente se está obrigado apenas a prestar diligência ou também a alcançar determinado resultado. Em verdade, tal distinção atua, principalmente, na distribuição do ônus probatório. Enquanto, nas obrigações de meio, impera a regra geral de que incumbe a quem alega a prova do fato; nas obrigações de resultado, há uma presunção *juris tantum* da culpa do ofensor, cabendo a ele o ônus de afastar a presunção. À título de exemplo, colacionam-se os seguintes julgados: REsp

1395254/SC, rel. ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 15 out. 2013, DJe 29 nov. 2013; REsp 985.888/SP, rel. ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 16 fev. 2012, DJe 13 mar. 2012; REsp 236.708/MG, rel. ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª região), 4ª Turma, julgado em 10 fev. 2009, DJe 18 maio 2009.

Estabelecidas tais premissas acerca da responsabilidade civil do médico, parte-se para a análise do primeiro dano, qual seja, o decorrente de erro de diagnóstico ou prescrição terapêutica em sede de telemedicina.

Como outrora dito, a telemedicina pressupõe a ausência do exame físico, tendo em vista que o ato médico se desenvolve à distância. Dessa forma, o atendimento médico prestado de forma remota carrega limitações, que podem dificultar – em maior ou menor grau – o alcance do diagnóstico e da prescrição terapêutica adequados. Em algumas especialidades e em determinados casos clínicos, essa ausência de exame físico não gera maiores empecilhos, enquanto, em outras, pode obstaculizar o próprio desenvolvimento do ato médico. Pretende-se, pois, analisar a responsabilidade civil do médico pelos danos causados em decorrência de tais limitações e vicissitudes, que podem implicar a emissão de diagnósticos equivocados e a prescrição inadequada de tratamentos.

Dentre os fundamentos da Res. nº 1.643, tem-se que o ato médico e a emissão de opiniões e recomendações condicionam-se à suficiência de informações recebidas. Logo, age de forma imprudente o médico que procede ao diagnóstico ou à prescrição sem que possua os elementos necessários para tanto. A conduta diligente e prudente do profissional, nesses casos, seria obter mais informações, seja a partir da requisição de exames suplementares ou pela solicitação de consulta presencial.

Cabe pontuar que lógica inversa impera nas hipóteses de urgência ou de emergência, casos em que o médico deve proceder o atendimento independentemente dos elementos de que dispõe, visto o risco iminente de vida presente. Todavia, ressalta-se que, caso se recuse a assistir o paciente nessas hipóteses, o médico poderá responder – ao contrário – pela omissão, recaindo, sobre ele, o dever de reparar, não obstante se possuía ou não as informações suficientes para realização do ato médico.

Em síntese, conclui-se que o médico responderá pelos erros de diagnóstico ou de prescrição terapêutica decorrentes da telemedicina, apenas se tiver

agido de forma culposa, *i.e.*, sem observar os deveres de cuidado e de diligência que lhe são impostos.

Nessa esteira, tendo sido analisado o caso de responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico ou prescrição terapêutica no atendimento remoto, cumpre verificar como essa se desenvolve nos casos em que o profissional não cumpre com seus deveres de informação e causa dano ao paciente.

É evidente que o ato médico se perfaz a partir de uma intervenção na esfera física do paciente, seja por meio da simples prescrição de um medicamento ou pela realização de um procedimento cirúrgico invasivo. A respeito disso, o Art. 15 do Código Civil assevera que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico que implique risco de vida. Imprescindível é, portanto, que o paciente consinta com o tratamento prescrito, de modo que tal decisão somente pode ser realizada – e ter validade jurídica – se o paciente dispusesse – ou pudesse dispor - dos elementos e informações necessários para tanto.

Aplicando-se o regime consumerista, o médico, como fornecedor de serviços, deve observar uma série de deveres, entre os quais o de informar. Estabelece a Lei nº 8.078/90, Art. 6º, III, que é direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre o serviço ou produto, bem como acerca de seus riscos. De igual maneira, o Art. 8º, *caput*, estatui, como dever do fornecedor, dar as informações necessárias e adequadas acerca do serviço ou produto que venha a ofertar. Já o Art. 9º, ao dispor sobre serviços ou produtos nocivos ou potencialmente perigosos à saúde, estabelece a obrigação do fornecedor de informar, de maneira ostensiva e adequada, sobre sua nocividade ou periculosidade. Por sua vez, o art. 31, *caput*, que versa sobre a oferta e apresentação de produtos ou serviços, determina que devem ser asseguradas informações seguras, claras, precisas *etc.*, assim como os riscos que apresentam à saúde ou à segurança dos consumidores.

Em correspondência ao descumprimento dos deveres de informação supramencionados, o Código de Defesa do Consumidor, ex. Art. 14, atribui ao fornecedor o dever de reparar. É a hipótese de responsabilidade do fornecedor pelos danos decorrentes de informações insuficientes ou inadequadas quanto sua fruição e riscos. Portanto, ao realizar o diagnóstico ou indicar prescrição terapêutica, deve informar ao paciente todas as características, qualidades, benefícios, riscos *etc.* do diagnóstico e do tratamento prescrito.

Somente assim, isto é, após o esclarecimento do paciente e seu consentimento, é que se torna lícito proceder a intervenção terapêutica.

Note-se que, no âmbito da telemedicina, esse dever de informação é ampliado, pois, além de informar quanto ao diagnóstico e tratamento, deve também o profissional esclarecer acerca das limitações e dos riscos inerentes ao sistema de atendimento remoto. Logo, apenas quando exaurido esse amplo dever de informação, tendo sido esclarecidos tais riscos – sejam da telemedicina, sejam do procedimento - é que o paciente estará apto a consentir – ou não – com o prosseguimento do ato médico.

Diante da pandemia do COVID-19, a Lei nº 13.989, Art. 5º, veio a reafirmar o dever de informação médico, especificamente quanto à advertência acerca dos riscos inerentes à telemedicina. Afinal, essa modalidade de atendimento remoto adquire enorme relevo e operabilidade ante ao estado de calamidade pública e concomitante necessidade de isolamento social. Sendo assim, tendo em vista as limitações da telemedicina, como a ausência de exame físico e a maior facilidade da ocorrência de vazamento de informações privadas e confidenciais, recai sobre o médico a responsabilidade civil caso não tenha informado ao paciente acerca dos possíveis riscos e danos.

Importa pontuar que o cumprimento desses deveres de informação, conjuntamente ao assentimento do paciente, não exime o profissional da eventual responsabilidade por erro médico, tão somente afastam o dever de reparar pela não advertência dos riscos, qualidades e características do respectivo serviço prestado. Deve-se dizer que o adimplemento de tais deveres e o correlato consentimento do paciente corporificam-se por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, que adquire relevo no campo probatório. Esse documento serve de prova para o médico, de modo a atestar que forneceu ao paciente, de forma clara e precisa, informações suficientes para que pudesse dispor sobre o próprio corpo.

Por fim, tendo se examinado a hipótese de responsabilidade civil por não observação do dever de informação, passa-se à análise do caso em que o dano é resultado de violação do sigilo médico.

O sigilo profissional, *i.e.*, o genérico dever médico de abster-se de revelar fato de conhecimento acerca do paciente, adquire especial importância no âmbito de atendimento remoto. Afinal, muitas vezes, não se discutem apenas questões médicas na consulta, mas, também, aspectos íntimos que

transcendem a esfera profissional. Na telemedicina, não só o prontuário médico passa a estar sujeito à vazamento, mas também uma série de informações pessoais, como imagens, áudios e, até mesmo, confidências compartilhadas.

No que tange a responsabilidade civil médica por eventuais danos decorrentes do descumprimento desse dever de sigilo, importa pontuar que o profissional somente responderá com a verificação de culpa. Nesse sentido, para que se exima da responsabilidade, o médico deve adimplir seu dever de diligência, observando as regras e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina acerca da proteção de dados do paciente, *e.g.*, Res. nº 1.638/02 e 1.639/02.

Cabe ressaltar que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709, que se encontra em *vacatio legis*, regulamenta, de forma específica, a matéria em análise. Dessa forma, seu Art. 42 reafirma que o agente de tratamento de dados pode vir a responder pelos danos causados, podendo tal responsabilidade ser elidida, *ex. Art. 43*, nos casos de fato exclusivo da vítima (titular dos dados) ou de terceiros, ou quando o agente de tratamento de dados não tiver agido com culpa. Assim, o médico que estiver tratando dados pessoais de seu paciente e causar-lhe dano pode vir a responder se provada sua culpa.

Deve-se ressaltar que o entendimento de que a responsabilidade dos agentes de tratamento é subjetiva não é unânime, havendo quem entenda tratar-se de responsabilidade objetiva. Todavia o presente capítulo considera que o Art. 43, II, é clara evidência da opção pelo regime subjetivo, porém, por questões de ordem metodológica, ao assunto não se dará a profundidade que ele requer.

A responsabilidade do hospital em sede de telemedicina

Como mencionado, a telemedicina tinha sua operabilidade bastante limitada pela Res. nº 1.643, de modo que não podiam os hospitais, médicos ou planos de saúde oferecerem o atendimento remoto como parte de seus serviços normalmente disponibilizados. Dessa forma, ainda que fosse possível a responsabilização dos hospitais por tais serviços fornecidos, não se vislumbrava efetiva aplicação prática dessa questão.

No entanto, diante da pandemia de COVID-19 e da ampliação das hipóteses em que se permite a telemedicina – principalmente a teleconsulta – a responsabilidade dos hospitais privados adquiriu maior relevância, afinal muitos deles passaram a oferecer serviços de telemedicina, buscando evitar a exposição dos pacientes e atenuar a propagação do vírus.

Assim, dois são os serviços predominantemente ofertados pelos hospitais, quais sejam, a teleorientação e a teleconsulta. No que tange a primeira, os hospitais passaram a fornecer uma rede de profissionais de saúde - seja por meio virtual, seja por telefônico - para esclarecer dúvidas quanto ao COVID-19, educar quanto aos hábitos de higiene e, principalmente, identificar possíveis casos, orientando o paciente sobre como deve proceder. Já no que diz respeito à teleconsulta, essa consiste no próprio ato médico, com a realização do suporte diagnóstico e terapêutico, à distância, pelo profissional indicado pelo hospital.

Para analisar a responsabilidade civil, nos casos supracitados, é necessário, antes, estabelecer os contornos gerais dessa matéria no âmbito hospitalar, aplicáveis tanto dentro, quanto fora do campo da telemedicina.

O Código de Defesa do Consumidor, Art. 14, *caput*, estabelece que o fornecedor – aqui representado pelos hospitais privados - responde objetivamente pelos danos decorrentes do serviço defeituoso, isto é, prestado o serviço, verificada a existência de defeito, do dano e do liame causal entre esses, surge a obrigação do fornecedor de reparar. Essa lógica não traz maiores dúvidas quando o dano é causado diretamente pelo hospital, pois, tendo sido ele o próprio agente causador do dano, responderá por fato próprio. Assim, caso o hospital privado forneça os serviços de teleorientação ou teleconsulta – ou qualquer outra modalidade de atendimento remoto - responderá, independentemente da aferição de culpa, pelos defeitos que for a causa direta – *e.g.* erro na plataforma virtual que disponibiliza.

Todavia a questão que surge é saber se haveria ou não solidariedade do hospital privado para com o profissional liberal e, em caso positivo, como essa se desenvolveria. Afinal, enquanto o primeiro responde objetivamente, o segundo, somente quando verificada a existência de uma conduta culposa.

Entender que o hospital responderia solidária e objetivamente, prescindindo de todo e qualquer elemento subjetivo, implicaria sua responsabilidade mesmo que o dano não tivesse decorrido de culpa médica, isto é, levaria

ao absurdo de que, mesmo que o profissional liberal – estando submetido ao regime subjetivo ex. § 4º, Art. 14 – fosse eximido da responsabilidade, o hospital continuaria respondendo, visto que participa da cadeia de consumo e que está submetido ao sistema objetivo. Transformar-se-ia, pois, a obrigação de meio do médico em uma de resultado, de modo que “o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação” (STJ, 2008)⁴.

Assim, o entendimento do STJ é de que somente há responsabilidade solidária do hospital quando o dano causado pelo profissional liberal tiver decorrido de culpa. O hospital continua respondendo objetivamente, mas essa responsabilidade depende da aferição de culpa do profissional liberal. Trata-se, pois, de uma *responsabilidade objetiva indireta e impura*, de modo que os hospitais “só podem ser chamados a responder de modo solidário se havia dever de indenizar por parte do médico” (BRAGA NETTO; CHAVES DE FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 817).

Diante disso, entende-se que, nos casos em que disponibilizar teleconsulta ou teleorientação, o hospital pode vir a responder solidariamente pelos danos causados pelos profissionais liberais, quando esses tiverem agido com culpa.

Importa pontuar que, em muitos dos casos, também há participação dos planos de saúde na cadeia de consumo, de sorte que cumpre verificar se esses também responderiam objetiva e solidariamente pelos danos resultantes de telemedicina.

Entende a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que “a prestadora de serviços de planos de saúde é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados” (STJ, 2000)⁵. É certo que, ao credenciar um médico ou hospital, após um árduo processo burocrático, a operadora se compromete que o serviço por eles fornecido será de qualidade e eficiente. Afinal, como assevera José de Aguiar Dias, o credenciamento

4. REsp. n° 908.359/SC, rel. ministra Nancy Andrighi, rel. p/ Acórdão ministro João Otávio de Noronha, 2ª Seção, julgado em 27 ago. 2008, DJe 17 dez. 2008.

5. REsp. n° 796739/MT, 4ª Turma, min. Aldir Passarinho Junior, j. 17 fev. 2000, DJU, de 17. fev. 2000.

[...] não consiste em um serviço de mera cortesia da entidade credenciadora [...], mas verdadeiro atestado de que o médico credenciado reúne em sua pessoa os atributos de eficiência, operosidade e correção no seu atuar (2006, p. 361).

Dessa forma, compreende-se que as operadoras de planos de saúde respondem objetiva e solidariamente pelos danos decorrentes da telemedicina seja essa praticada e ofertada pelo hospital privado, seja realizada isoladamente por um médico particular, sendo ambos credenciados ao plano.

Considerações finais

Diante da pandemia do COVID-19 e da consequente necessidade de isolamento social, tornou-se imprescindível o uso da telemedicina. Todavia as limitações e lacunas impostas pela Res. nº 1.643 figuravam como empecilho para a plena e efetiva aplicação do atendimento médico remoto. Assim, ante ao estado de calamidade pública, a Portaria nº 467 e a Lei nº 13.989 ampliaram o rol de hipóteses em que se permite a telemedicina, de modo a autorizar outras modalidades, como a teleconsulta, a teleorientação *etc.*

Note-se que a responsabilidade civil pelos danos decorrentes do atendimento remoto assume contornos específicos, bem como se vislumbram particularidades em se tratando do médico ou do hospital privado. Enquanto o médico, como profissional liberal, responde apenas com a verificação de culpa, o hospital responderá objetiva e solidariamente pelos danos causados. A ressalva a ser feita é que apenas haverá solidariedade do hospital se comprovada a culpa do médico.

Nesse sentido, parece que quanto ao período de pandemia, em que a telemedicina teve seu âmbito de aplicação aumentado pela legislação e pelos atos administrativos, não houve grandes modificações no desenvolvimento da responsabilidade, seja do hospital ou do médico. Em verdade, as normas reafirmaram deveres já exigidos anteriormente, como o de informação e de sigilo.

Por fim, ressalta-se que, apesar de a telemedicina possibilitar a ocorrência de novas formas de danos, é importante ter-se em mente que essa

modalidade de atendimento remoto é essencial para o combate da pandemia do COVID-19, figurando como uma tendência a ser incorporada pela sociedade também em situações de normalidade.

Referências

- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 5. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PITTELLI, Sergio Domingos. O poder normativo do conselho federal de medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, São Paulo, 2002.

Intervenção estatal nos contratos, a mitigação da autonomia da vontade e os reflexos das relações jurídicas durante e após o período de pandemia

Sávio dos Santos Moreira¹

Leandro Silva Costa²

Carlos José de Castro Costa³

-
1. Graduando do sexto período do Curso de Direito da Universidade Iguazu – campus V – Unig/Itaperuna, foi estagiário do Escritório Monteiro Porto & Perassoli Advogados, Estagiário voluntário na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, integrante do grupo de pesquisa e debate GEPHIDH.
 2. Doutorando em Ciências Jurídicas – Direito Público, pela Universidade Nacional de La Plata-AR; mestre em Direito – Relações Privadas e Constituição, pela Faculdade de Direito de Campos; pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela Faculdade de Direito de Campos; graduado em Direito, pela Faculdade de Direito de Campos; MBA em Gestão e Negócios de Empresas, Petróleo e Gás, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professor, coordenador da graduação em Direito e vice-reitor adjunto, na Unig. Membro da Comissão Nacional de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).
 3. Doutorando em Ciências Jurídicas - Direito Público, pela Universidade Nacional de La Plata – AR; mestre em Direito, pela Faculdade de Direito de Campos; pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil, pela Faculdade de Direito de Campos. Advogado. Coordenador do Procon/Itaperuna e do Núcleo de Prática Jurídica do curso de Direito da Unig. Professor da Unig/Itaperuna e da Faculdade Redentor/Itaperuna.

Considerações iniciais

No dia 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) recebeu comunicação atinente à existência de inúmeros casos caracterizados como pneumonia, ocorridos na cidade de Wuham, na China. Posteriormente, no dia 07 de janeiro de 2020, as autoridades sanitárias chinesas informaram que a doença seria decorrente da infecção de um novo tipo de vírus, denominado COVID-19, da família de coronavírus.

A doença rompeu as fronteiras da China, e os casos multiplicaram-se exponencialmente. No mundo, milhões de pessoas foram infectadas por todos os continentes, acarretando milhares de mortes.

Reconhecendo a possibilidade da existência de uma pandemia, a Organização Mundial de Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença, causado pelo COVID-19, configura Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional.

Pelo fato de a OMS ter declarado Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional, no Brasil, o Governo Federal editou a Portaria ministerial nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus.

No dia 06 de fevereiro de 2020, entrou em vigor, no território brasileiro, a Lei Federal nº 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Após o transcurso de pouco mais de um mês da publicação da declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela OMS, ou seja, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde modificou a classificação declarando a existência de uma pandemia, pois a COVID-19 apresenta uma rápida disseminação geográfica, com níveis alarmantes de contaminação.

A inexistência de uma vacina e/ou de medicação testada e certificada pelos órgãos competentes levou a Organização Mundial de Saúde a recomendar o isolamento social, que culminou com a paralisação de todas as atividades que não são consideradas essenciais.

Enquanto os técnicos da área da saúde se desdobram em pesquisas buscando soluções para o tratamento no combate ao COVID-19 e pôr um fim à pandemia, as consequências econômicas são nefastas para a sociedade que, com sua liberdade ambulatorial mitigada, experimenta o risco de ausência de circulação de riquezas, inadimplemento contratual, inadimplência de obrigações pecuniárias etc.

Nesse contexto, a paralisação ou o funcionamento em regimes excepcionais – como regime de plantões, rodízios, *home-office* e situações semelhantes – de lojas, fábricas, escolas, universidades, escritórios, shopping centers, centros comerciais, entre outros, espalhou efeitos econômicos e jurídicos em diversos contratos que deixaram ou deixarão de ser cumpridos, gerando impactos negativos na seara econômica, levando o Poder Judiciário a manifestar-se sobre tais relações obrigacionais.

Há quem sustente que as partes envolvidas em um contrato, cujo cumprimento se revela inviável em decorrência dos efeitos nefastos causados pelo isolamento social recomendado, em decorrência da pandemia, têm o dever de renegociar as cláusulas contratuais com o fito de se possibilitar o cumprimento da obrigação e, assim, minimizar os efeitos da crise econômica.

A situação financeira de diversas empresas e cidadãos foi drasticamente afetada pela disseminação do COVID-19. O que se busca responder é: como ficam as relações contratuais em curso?

Trata-se de uma situação jamais vivida pelas gerações que, atualmente, habitam o globo terrestre, e, com o fito de se obter uma solução aplicável aos casos de revisão do contrato quando os contratantes não têm condições de cumprir aquilo que fora avençado antes da determinação do isolamento social.

Na órbita do ordenamento jurídico pátrio, notadamente no Direito Civil, a pandemia, como evento externo, irresistível e imprevisível, pode ensejar, para as partes, a invocação do caso fortuito ou da força maior, prevista no Art. 393 do Código Civil. Ademais, o isolamento social culminou no comprometimento do adimplemento de diversos tipos de contrato, acarretando, para uma das partes, verdadeira onerosidade excessiva para adimplir com a obrigação assumida, em tempos de normalidade. Em se tratando de relações paritárias, a onerosidade excessiva está prevista nos Artigos 317, 478 e subsequentes do Código Civil brasileiro.

Este capítulo apresenta uma reflexão acerca da existência de um dever de renegociar o contrato imposto às partes da relação obrigacional, perfazendo uma análise da aplicação do caso fortuito e da força maior para subsidiar a referida revisão, bem como a possibilidade de aplicação da teoria da onerosidade excessiva, caso haja desequilíbrio das prestações, ocasionado pelos efeitos nefastos do isolamento social.

A mitigação da autonomia da vontade e a possibilidade de o Estado intervir nos contratos

Sendo tão antigo quanto o próprio ser humano, o contrato surgiu quando os indivíduos começaram a se relacionar. Ademais, a própria sociedade traz consigo a ideia de um contrato entre as partes que se relacionam com um objetivo comum (TARTUCE, 2018, p. 572).

Numa perspectiva histórica, tem-se que a Roma Antiga fazia distinção entre contrato e convenção, sendo que convenção representava gênero, que tinha, como espécies, contrato e pacto. O Código Civil Francês, chamado de Código de Napoleão, disciplinou o contrato como um instrumento para a aquisição de propriedade e, dessa forma, a transferência de bens passaria a depender unicamente da vontade dos indivíduos. No ordenamento Alemão, a seu turno, o contrato era considerado uma espécie de negócio jurídico de que *per si* não possuía o condão de transferir a propriedade. Atualmente, as expressões *convenção*, *contrato* e *pacto* são consideradas equivalentes (GONÇALVES, 2017, p. 17).

A concepção tradicional de contrato está intrinsecamente ligada à ideia de autonomia da vontade. Por essa razão, o pensamento jurídico liberal-voluntarista preconiza que a vontade individual consiste na causa primeira do Direito (GOMES, 1967, p. 10). Para o voluntarismo, a vontade humana é fator essencial na criação, na modificação e na extinção dos direitos e de obrigações, dessarte, vontade e negócio jurídico foram assimilados.

As relações jurídicas obrigacionais, na teoria contratual clássica, fundamentam-se no dogma da autonomia da vontade, pois há de garantir a livre movimentação de riquezas, não competindo ao Estado intervir nas relações paritárias. À lei compete, somente, disponibilizar instrumentos para assegurar o cumprimento das avenças oriundas da vontade das partes e, em havendo

necessidade, ocupar uma posição supletiva. Ao Direito, portanto, cabe assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, justificando a teoria dos vícios do consentimento.

O surgimento de problemas sociais, porém, passa a outorgar ao Estado legitimidade para intervir nas relações privadas. Essa intervenção faz com que a autonomia da vontade comece a ser mitigada por normas de ordem pública.

A massificação das relações contratuais com a existência, por exemplo, dos contratos de adesão demonstra que a teoria contratual clássica não mais se adapta à realidade socioeconômica, urgindo, em determinadas hipóteses, o dirigismo estatal para mitigar a liberdade individual e a autonomia da vontade das partes.

Sob a égide da teoria contratual clássica, três princípios reinavam absolutos em torno da autonomia da vontade: a) liberdade contratual; b) *pacta sunt servanda*; e c) relatividade dos contratos. Às relações obrigacionais contemporâneas, entretanto, acrescenta-se o princípio da supremacia da ordem pública, que estabelece limites à atuação das partes contratantes.

Nessa seara, portanto, a liberdade contratual passa a ser informada pela boa-fé objetiva. O denominado *pacta sunt servanda*, consubstanciado no fato de que aquilo que foi avençado deve ser inexoravelmente cumprido pelas partes contratantes, é mitigado pela necessidade de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos. A relatividade dos contratos, a seu turno, é abrandada pela sua função social. Verifica-se que o eixo da relação contratual se desloca da tutela subjetiva da vontade do contratante para a tutela objetiva da confiança.

Na perspectiva do direito civil-constitucional, há uma funcionalização dos contratos, pois o homem deixa de ser instrumento do lucro. Os contratos, dessarte, podem visar o lucro, desde que não atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Ademais, não se pode olvidar de que não basta o simples conhecimento das liberdades jurídicas, ligadas à autonomia da vontade. Configura-se necessário garantir condições mínimas para que a pessoa possa, efetivamente, desfrutar daquilo que lhe garanta uma vida digna (SARMENTO, 2006, p. 149). Essas liberdades não são garantidas por meio de abstenções estatais, mas por meio de ações positivas com fins a liberar a pessoa das restrições que dificultam seu pleno desenvolvimento.

Levando-se em consideração os aspectos supracitados, obtém-se uma base sólida para acolher a possibilidade de modificação daquilo que foi avençado no contrato, em virtude de elementos externos, inevitáveis e imprevisíveis, tais como a existência de uma doença, cuja vacina e/ou tratamento ainda não existe, que se espalhou de forma exponencial, em todo mundo, levando as autoridades a declarar uma pandemia.

As partes do contrato têm o dever de renegociar?

As determinações provenientes dos órgãos governamentais impuseram às pessoas a obrigação de evitar aglomerações. Não pairam dúvidas de que esse fato acarretou reflexos na condição financeira dos cidadãos, que foram obrigados a se adaptar a uma nova realidade e, quiçá, tiveram suas condições econômicas drasticamente alteradas.

Nessa seara, configura-se relevante a análise da possibilidade de alteração de cláusulas contratuais em avenças de trato sucessivo, cujos direitos e deveres foram tratados durante um período completamente diverso do que se verifica no período de isolamento social. O que se busca verificar, no presente tópico deste capítulo, consiste em refletir sobre a existência de um dever de renegociar as cláusulas contratuais.

As relações contratuais envolvem três categorias de deveres: (a) obrigações principais, que têm, por fito, satisfazer o objeto principal da avença, isto é, a razão objetiva pela qual o negócio foi celebrado. Trata-se da prestação e da contraprestação. Por exemplo, um contrato de compra e venda consiste no dever do comprador de pagar o preço (prestação) e no dever o vendedor de transferir o domínio da coisa (contraprestação); (b) obrigações acessórias, ou seja, aquelas que dependem da existência das obrigações principais. A título de exemplo, pode-se citar a cláusula penal moratória decorrente do atraso no cumprimento da obrigação principal.; e (c) obrigações anexas ou laterais decorrentes da cláusula geral de Boa-Fé, preconizada no Art. 422 do Código Civil brasileiro, que são considerados deveres implícitos em todos os contratos.

A doutrina sustenta que o “dever de renegociar” está inserido no item “c”, como um dever anexo de boa-fé objetiva, pois cabe às partes adotar uma conduta voltada a conservar o negócio jurídico diante de fatos supervenientes

que tenham alterado as circunstâncias sobre as quais houve a celebração da avença.

O isolamento social, decorrente da declaração da pandemia, com o escopo de evitar proliferação do COVID-19, constitui um fato superveniente que culminou por alterar a condição das partes que celebraram os mais diversos tipos de contrato, estabelecendo relações jurídicas sob determinada premissa.

Diante desse evento externo, imprevisível e irresistível, surge o questionamento: é possível obrigar uma das partes da relação contratual a renegociar as cláusulas estabelecidas no contrato?

A liberdade contratual e a autonomia privada não de ser mitigadas pelo princípio da conservação do contrato, pois cabe às partes envidar esforços para que o contrato cumpra sua função social. Nessa órbita, invoca-se a boa-fé objetiva, não como dever de resultado, mas como uma obrigação de meio, ou seja, as partes têm a obrigação de renegociar com lealdade.

Verifica-se, portanto, que não se pode obrigar uma das partes a reformular o acordo de vontades, contudo é possível exigir que as partes se utilizem de todos os meios necessários para a obtenção de uma avença que possibilite o cumprimento do contrato em virtude dos efeitos nefastos da declaração de uma pandemia, que gera um desequilíbrio contratual (SCHREIBER, 2017). No plano teórico, revela-se viável exigir que as partes do contrato – que visa lucro – renegociem as cláusulas, mas como realizar a aplicação prática do instituto do dever de renegociar em um momento delicado de alteração das circunstâncias, por conta da pandemia do COVID-19?

Não obstante a crítica doutrinária acerca da existência de um dever de renegociar, se o admitirmos como uma obrigação de meio decorrente da aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no Art. 422 do Código Civil, corolário lógico tem-se o direito à renegociação do contrato.

Insta salientar que esse direito à renegociação não configura um direito potestativo a um novo contrato e sequer um direito ao arrependimento ou um “salvo-conduto” para não cumprir aquilo que foi avençado, ao revés, constitui o exercício regular de um direito de postular que, em decorrência de fatos supervenientes e extraordinários que alteraram substancialmente a base sob a qual foi celebrado contrato, de se obter novas tratativas com o fito de possibilitar a manutenção do contrato. Há, pois, um direito subjetivo à

renegociação do contrato, observando-se as peculiaridades do caso concreto e em atenção ao desequilíbrio ocorrido. Esse direito, porém, é de renegociar e não de obter exatamente aquilo que deseja ver modificado como obrigação no instrumento contratual.

Ademais, o referido direito configura-se passível de tutela, inclusive pelos meios judiciais de cumprimento forçado, podendo ensejar a responsabilização contratual por inadimplemento ao dever de renegociar.

Considere, por exemplo, um contrato de locação em que o locatário teve sua remuneração reduzida em 50% (cinquenta por cento), em decorrência da redução de sua jornada de trabalho, no exercício de sua profissão. Essa situação superveniente pode acarretar (e acarreta) real dificuldade para o adimplemento dos aluguéis. Tal fato, extraordinário e não previsto, gera risco inerente ao cumprimento da obrigação locatícia.

Vale destacar que, se houver a rescisão do contrato, e o locatário tiver de deixar o imóvel, o locador fica sem receber o aluguel até que seja celebrado novo contrato de locação, o que pode levar algum tempo, e, nesse período, ficará sem nenhum crédito a receber, além de ter de arcar com as obrigações *propter rem* do referido imóvel.

Nessa hipótese, diante da situação de dificuldade de cumprir com o pagamento dos aluguéis, é possível, com base no dever de boa-fé, procurar a outra parte com o fito de propor uma renegociação extrajudicial do valor e/ou da forma de cumprimento. Caso o locador se recuse expressa ou tacitamente, caracteriza a mora *ex persona* possibilitando ao locatário valer-se dos instrumentos judiciais para obter a renegociação, sob pena de ensejar responsabilização por inadimplemento do dever de renegociar.

Há vozes dissonantes no que concerne à essa possibilidade, entretanto admite-se a tutela específica do dever de renegociar, consubstanciado em uma obrigação de fazer, de meio, conforme preconizam os Artigos de 24 a 249 do Código Civil interpretados, em conjunto, com os Artigos de 497 a 501 do Código de Processo Civil, podendo incidir a aplicação da conversão em perdas e danos, conforme disposto no Art. 499 do Código de Processo Civil.

A excessiva onerosidade de um contratante, decorrente do isolamento social, pode deflagrar a revisão do contrato?

Os Artigos 317 e 478 do Código Civil versam sobre as Teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva. Nessas hipóteses, estaria o magistrado apto a promover a revisão do contrato para restabelecer o equilíbrio entre o valor das prestações de um contrato?

A disseminação do COVID-19, que acarretou a decretação da pandemia e a determinação do isolamento social, afetou drasticamente a situação financeira de inúmeros cidadãos e empresas, que, muitas vezes, não poderão adimplir com as obrigações contratuais assumidas em um período de normalidade.

Sinteticamente, são identificados três cenários possíveis: (a) a pandemia como evento de força maior ou caso fortuito, culminando na impossibilidade objetiva do cumprimento do contrato; (b) a pandemia como evento que gera excessiva onerosidade a um dos contratantes; ou (c) a pandemia como evento que desequilibra a situação patrimonial do contratante sem repercussão direta, na economia interna do contrato.

Na primeira hipótese (a), o caso fortuito ou a força maior impedem a execução do contrato e, assim, esse, por causa do fato superveniente, há de ser extinto em virtude da absoluta impossibilidade de seu cumprimento, não incidindo qualquer tipo de responsabilidade pelo descumprimento do contrato. Seria o caso de um intérprete de música popular brasileira contratado para se apresentar em determinado estabelecimento, contudo todas as atividades, no local, foram proibidas pelo poder público em razão da pandemia.

Não se pode deixar de mencionar que alguns autores fazem uma diferenciação entre o caso fortuito e a força maior. Essa estaria ligada a um acontecimento previsível, mas inevitável, enquanto aquela estaria relacionada a uma falha humana. Para outros autores, porém, o conceito é exatamente o inverso. Em termos práticos, porém, a diferenciação é irrelevante (MAZEAUD, p. 663).

O caso fortuito e a força maior estão previstos no Artigo 393 do Código Civil. Nessa seara, a pandemia, como evento externo, irresistível e imprevisível pode, a depender das circunstâncias do caso concreto, acarretar a impossibilidade superveniente, conforme o exemplo supracitado.

Na hipótese (b), de se constatar a pandemia como evento que gera excessiva onerosidade para uma das partes e extremamente vantajosa para a outra parte, há de se observar o princípio do equilíbrio econômico dos pactos, autorizando-se a revisão ou a resolução do contrato quando se verifica um fato extraordinário e imprevisível. Há, nesses casos, um abalo ao sinalagma funcional estabelecido no momento da contratação.

A aplicação da teoria da onerosidade excessiva, entretanto, está adstrita à observância de alguns pressupostos: b.1. existência de um contrato de trato sucessivo ou de longa duração; b.2. ocorrência de um evento superveniente, extraordinário e imprevisível e não imputável a nenhuma das partes; b.3. um dos contratantes seja excessivamente onerado; b.4. extrema vantagem ao outro contratante; e b.5. aquele que pretende invocar a excessiva onerosidade não pode estar em mora, salvo se a mora decorre do próprio evento extraordinário e imprevisível que tornou a relação excessivamente onerosa.

Pode-se citar, à guisa de exemplo, um contrato em que um fornecedor se comprometeu a entregar periodicamente determinado produto pelo prazo de três anos, mas, em virtude da pandemia, o custo de aquisição foi elevado de tal forma que tornou inviável o cumprimento do contrato, pois, para o adimplemento, experimentará enormes prejuízos, uma vez que o preço a receber não será suficiente para pagar os custos do fornecimento. Elucida-se, assim, um caso em que uma das partes se encontra em situação de excessiva onerosidade para cumprir o contrato.

Não se pode olvidar que o risco é inerente ao contrato, dessarte há contratos que não foram afetados pela pandemia e, portanto, não se justifica a rescisão ou revisão do contrato, pois a onerosidade não se configura excessiva.

As hipóteses em que se verifica o preenchimento dos requisitos autorizadores da incidência da onerosidade excessiva podem acarretar duas consequências: resolução do contrato ou sua revisão com o escopo de afastar o desequilíbrio entre as prestações ou a utilização da técnica da razoabilidade e da ponderação para restabelecer o desequilíbrio.

Quando a pandemia constitui evento que gera desequilíbrio na situação patrimonial de um dos contratantes (c), tem-se uma hipótese em que o acontecimento extraordinário e imprevisível não atinge diretamente a relação contratual, mas compromete a condição financeira do contratante, inviabilizando ou reduzindo a possibilidade de adimplir com a obrigação.

Seria aquela hipótese citada anteriormente, em que o locatário tem a sua remuneração reduzida em 50% (cinquenta por cento), em decorrência da redução de sua jornada de trabalho. Esse fato não se refere à relação jurídica contratual estabelecida com o locador, mas pode inviabilizar o pagamento dos aluguéis na forma em que foram avençados, no momento da contratação.

Segundo entendimento doutrinário, essa situação não permite a aplicação da teoria da onerosidade excessiva (Arts. 317 e 478, CC/02), pois o evento superveniente se manifestou na esfera individual do contratante, ainda que tenha perturbado o equilíbrio contratual. As situações subjetivas, de acordo com a doutrina clássica, não autorizam a incidência da teoria da onerosidade excessiva.

O entendimento predominante é no sentido de que a utilização da Teoria da Onerosidade Excessiva se deve pautar, exclusivamente, na relação sinalmática entre as prestações contratuais, de sorte que as consequências pessoais ou subjetivas relacionadas a uma das partes do contrato não podem ensejar a revisão ou rescisão do contrato com fulcro na onerosidade excessiva.

Para esses tipos de situações, ou seja, em que há desequilíbrio da saúde patrimonial do contratante, ressalta a doutrina, a legislação prevê meios próprios para reequilibrar o patrimônio do devedor, como, por exemplo, se uma sociedade empresária passa por crise financeira em virtude da pandemia, o reequilíbrio de seu patrimônio, por meio da reestruturação global de suas dívidas, deve-se realizar por meio do instituto da recuperação judicial.

Assim, a revisão do contrato, baseada na onerosidade excessiva, não pode abranger todas as situações do contratante, com fins de reequilibrar o patrimônio do devedor, pois possui alcance limitado, eis que se aplica a relações contratuais específicas diretamente atingidas pelo evento imprevisível e extraordinário, no caso do presente capítulo, a pandemia.

Na hipótese de o desequilíbrio patrimonial ser proveniente de fatos que atingem a esfera pessoal do contratante, como a perda do emprego ou com uma doença que impeça o adimplemento da obrigação, na forma avençada no instrumento contratual, a onerosidade excessiva não pode ser invocada para buscar soluções plausíveis.

Nada impede, conforme salientado no presente capítulo, que valores éticos (boa-fé objetiva) e o interesse na preservação do contrato determinem o dever/direito de renegociação – como obrigação de meio – para que se possa

alterar a declaração de vontades exteriorizada no momento da celebração do pacto, o que se revela extremamente positivo notadamente levando-se em consideração a expectativa de recuperação da economia para que as relações contratuais subsistam após a crise.

O Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar em diversos tipos de relações jurídicas obrigacionais, com o fito de tentar manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Com o intuito de ilustrar o que foi abordado no bojo do presente capítulo, serão citadas algumas hipóteses que demandam a reflexão do leitor acerca dos temas a seguir explicitados.

Ao se perfazer uma análise dos *cases* citados, observa-se que, em todas as situações, há de ser analisado o caso concreto em que são avaliadas as condições estabelecidas no contrato e as modificações na esfera objetiva e subjetiva, em decorrência da pandemia.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo foi instado a decidir, em demanda na qual o consumidor postulou que não houvesse a inserção de seu nome nos órgãos de restrição ao crédito, pelo inadimplemento de obrigação assumida perante instituição financeira referente a financiamento de veículo, em virtude de ter sofrido redução salarial, devido à pandemia decorrente da COVID-19.

A juíza Danielle Nunes Marinho, da 2ª Vara Cível de Vitória, no processo nº 0008816-02.2020.8.08.0024, deferiu tutela provisória de urgência antecipada determinando que a instituição bancária e financeira se abstenha de gerar restrição no nome do autor.

Configura-se fundamental verificar que o deferimento da tutela provisória de urgência antecipada decorre do fato de que o autor da ação sofreu redução salarial em virtude da pandemia, autorizando a revisão contratual. Verifica-se, portanto, que não são todas as pessoas que celebraram contrato de financiamento de veículo que têm direito à revisão do contrato, mas aqueles que comprovem que, em decorrência dos efeitos da pandemia, sofreram uma redução salarial, o que acarretaria o desequilíbrio das prestações previstas no instrumento contratual.

Na seara do Direito Empresarial, o juiz Marcelo Nobre de Almeida, da 7ª Vara Cível da Barra da Tijuca, no processo nº 0022536-57.2020.8.19.0209, que tramita na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, deferiu

tutela de urgência em ação de revisão de contrato de locação de um espaço comercial em shopping center determinando a redução, em 50%, dos valores pagos a título de aluguel e demais despesas durante o período de fechamento do estabelecimento comercial.

No bojo da decisão, o magistrado ressaltou que as limitações estabelecidas pelos entes públicos, que culminaram com o fechamento dos shopping centers, afetaram diretamente o fluxo de capital das empresas e puseram em risco a manutenção de suas atividades. Por outro lado, há de se considerar a possibilidade de dano reverso ao locador, que não pode assumir, pura e simplesmente, as consequências financeiras decorrentes dos efeitos da pandemia.

A questão da revisão de contratos de locação, em decorrência dos efeitos nefastos do isolamento social, tem habitado os Tribunais. Sobre esse tema, não há condições de se estabelecer uma decisão parametrizada, pois há de se considerar as nuances de cada caso concreto. No caso supracitado, em que há um contrato de locação de uma loja em shopping center, em que ambas as partes são empresárias e têm condições, em tese, de suportar as consequências financeiras do fechamento do estabelecimento comercial, afigura-se que a redução de 50% (cinquenta por cento) do valor dos aluguéis observa a razoabilidade.

Situação diversa, entretanto, seria a de uma pessoa física que aluga o seu imóvel e utiliza o produto da locação como forma de subsistência. Nessa hipótese, ainda que o locatário sofra uma redução salarial em decorrência da pandemia, determinar a redução do valor do aluguel pode configurar transferir as consequências financeiras para o locador, o qual depende dos aluguéis para manter sua subsistência.

Considerações finais

A multiplicação exponencial do número de infectados pela COVID-19, que ensejou a recomendação de isolamento social em diversos países, trouxe consequências nefastas não somente na área da saúde, mas, também, nas searas econômica e jurídica. A paralisação ou o funcionamento, em regime excepcional, de todas as atividades que não são consideradas essenciais espreiaram efeitos em diversas relações obrigacionais decorrentes de contratos,

cujos riscos de inadimplemento sobressai em decorrência de circunstâncias que surgiram com a pandemia.

O presente capítulo fez uma abordagem acerca da existência de um dever e, conseqüentemente, de um direito de renegociar as cláusulas contratuais em decorrência de fatores externos, tais como o desemprego ou a redução salarial de uma das partes contratantes. Constatou-se que o dever/direito de renegociar configura uma obrigação de meio, isto é, pautadas em uma relação de confiança e de lealdade, fincada na boa-fé objetiva, as partes devem envidar esforços para reformular o acordo de vontades para que se verifique possível o cumprimento da obrigação. Ressalte-se, entretanto, que não se pode obrigar a parte a renegociar o contrato, uma vez que essa exigência se consubstanciaria em uma obrigação de resultado.

Nessa seara, perfaz-se uma abordagem acerca da possibilidade de intervenção do Estado nas relações contratuais, como forma de mitigar a autonomia da vontade das partes e, levando-se em consideração as circunstâncias decorrentes da pandemia, analisa-se a possibilidade de aplicação das Teorias da Onerosidade Excessiva e da Imprevisão para fundamentar a possibilidade de alteração da avença para que seja possível adimplir com a obrigação, cujas cláusulas foram definidas em momento anterior ao isolamento social.

São diversas hipóteses em que partes de uma relação contratual estão passando por dificuldades para cumprir as cláusulas contratuais. No caso de uma locação residencial, por exemplo, em que o locatário teve sua remuneração reduzida durante o período de isolamento social, mas o locador depende da renda proveniente do pagamento dos aluguéis para sua subsistência, é possível obrigar o locador a reduzir o valor da locação? Essas questões passaram todo o capítulo, e pôde-se concluir que não há condições de se estabelecer uma fórmula matemática, pois não de ser consideradas as nuances do caso concreto para que, assim, possam as partes ou, até mesmo, o Estado, por meio do Poder Judiciário, equilibrar, novamente, o contrato e ultrapassar esse momento de crise que toda a humanidade passa em decorrência da disseminação da COVID-19.

Referências

- BERTRAND, Wanderer. **Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: 2018.
- DIAS, Antônio Pedro Medeiros. **Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade**. São Paulo: 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1967.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima. **Direito privado e desenvolvimento econômico**. São Paulo: RT, 2019.
- MAZEAUD, *et al.* **Obligations**. T. II, v. 1, 9. ed. Paris: Montschrestien, 1998.
- MORAIS, Ezequiel. **A boa-fé objetiva pré-contratual. Deveres anexos de conduta**. São Paulo: RT, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHEREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e *venire contra factum proprium***. 4. ed. Atlas: São Paulo, 2016.
- SCHEREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHEREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. volume único. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.
- TEPEDINO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil: questões controvertidas**. Rio de Janeiro: Forum, 2019.

Eficácia das medidas tributárias de suspensão e de parcelamentos em face da pandemia do coronavírus

Moyana Mariano Robles-Lessa¹

Marcelo Fróes Padilha²

-
1. Pós-graduada em Direito Tributário, pelo Damásio Educacional, com Docência do Ensino Superior; graduada em Letras pela UNIFSJ; graduanda em Direito pela Unig (Campus V – Itaperuna/RJ). Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa Bioética e Dignidade Humana. Coautora de capítulos de livros e artigos científicos.
 2. Doutorando em Ciências Jurídicas, pela UNLP-AR; mestre em Direito, pela Unig; pós-graduado em Gestão e Negócios de Empresas, Petróleo e Gás, pela FGV; especializado em Direito e Legislação Tributária pela Universidade Estácio de Sá (Unesa); graduado em Direito, pela Universidade Gama Filho. Advogado. Coordenador adjunto e professor titular de Direito Tributário do Curso de Direito da Unig (Campus V).

Padre Antônio Vieira, no “Sermão de Santo Antônio”, ensina que o sal tem duas funções, a de conservar o alimento são e a de impedir que este estrague, que se corrompa. Da mesma forma, o tributo deve ser concebido, regulado e aplicado de modo a permitir a boa conservação do contribuinte e o devido cumprimento da obrigação tributária, sem ser pesado a ponto de corrompê-lo. Trata-se, fora de dúvida, de princípio a ser observado por todos aqueles envolvidos em matéria tributária (AMENDOLA, 2020).

Considerações iniciais

Em tempos de excepcionalidade, as medidas tributárias de suspensão e parcelamento adotadas pela União e pelos demais entes federativos conferem alívio aos contribuintes que foram afetados economicamente devido à pandemia de COVID-19. Iniciada no final de 2019 e, ainda sem expectativas de término, a COVID-19 provocou uma crise sanitária mundial e, com sua perpetuação, outras adversidades foram surgindo e problemas econômicos foram acentuando-se, o que ocasionou o surgimento do chamado direito tributário de exceção para mitigar os danos na economia e nas contas públicas.

A modalidade de parcelamento como forma de hipótese de suspensão do crédito tributário, já prevista no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu Artigo 151, passou a ser de extrema relevância nesse momento, visto que o Governo Federal, bem como estados e municípios, por meio de medidas de contenções optaram por ações emergenciais em matéria tributária para combater a COVID-19, tais como: diferimento para pagamento de tributos pela Receita Federal, incluindo PIS, Cofins, Contribuições e Simples Nacional, além de prorrogações de parcelamentos.

Dessa forma, novos instrumentos jurídicos passaram a vigorar, possibilitado assim, um equilíbrio econômico ao contribuinte e novas formas de se relacionarem juridicamente.

Este capítulo vem suscitar um debate tributário em relação aos possíveis benefícios que as novas medidas proporcionaram ao contribuinte, ao passo que apresenta algumas dessas medidas, observando suas aplicabilidades

e eficácia, atentando-se para os prováveis efeitos que elas poderão causar ao contribuinte após o término da pandemia.

Medidas tributárias de suspensão e parcelamentos: alterações em benefício do contribuinte devido à COVID-19.

O Código Tributário Nacional (CTN) apresenta, em seu Artigo 151 e incisos, hipóteses de suspensão do crédito tributário, entretanto, antes de tratar a respeito das medidas tributárias de suspensão e de parcelamento, faz-se necessário compreender o significado da palavra suspensão, em que suspender apresenta como definição a interrupção temporária, o adiamento (DICIO, 2020). Dessarte, a suspensão da exigibilidade das medidas tributárias apresenta-se de forma momentânea, não acarretando a recontagem, divergindo do significado real de interrupção:

[...] uma vez que nesta - quando cessada causa interruptiva - a contagem reiniciará do zero. Vale dizer que a suspensão é da exigibilidade do crédito tributário e não do crédito em si (EBRADI, 2017).

É certo que o crédito tributário nasce da obrigação tributária, porém é constituído e formalizado pelo lançamento, que evita a decadência, situação que, se concretizada, faz com que o fisco perca o direito de lançar o tributo. Contudo, enquanto existirem causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário,

[...] não poderá haver a exigência de pagamento, a inscrição na dívida ativa e tampouco a execução da quantia. Pois a suspensão do crédito tributário alcança qualquer ato de cobrança, seja amigável, administrativo ou judicial (EBRADI, 2017).

Para que o contribuinte tenha o direito de obter certidões negativas, é fundamental a vedação da inscrição do crédito tributário na dívida ativa, enquanto ele estiver com a exigibilidade suspensa. Em quais situações o contribuinte pode vir a precisar de uma certidão negativa? Se o contribuinte quiser participar de uma licitação, por exemplo, ele precisará da certidão negativa, bem como se quiser atuar em outros negócios jurídicos.

A certidão somente é emitida para o contribuinte devidamente inscrito no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Fiscal de Imóveis Rurais (Cafir) (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020).

Os incisos de I a VI do Artigo 151 do CTN dispõem sobre as hipóteses taxativas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, impedindo, durante a suspensão, a cobrança do crédito tributário. São elas: moratória; depósito do seu montante integral; reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; concessão de medida liminar em mandado de segurança; concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; e parcelamento.

Todo o exposto, até o presente momento, neste capítulo, torna cognoscível a conceituação e a execução do crédito tributário, bem como as hipóteses de suspensão e parcelamento das medidas tributárias em período de normalidade. Entretanto a contemporaneidade apresenta um momento de excepcionalidade, no qual um novo coronavírus vem mudando drasticamente o cotidiano de toda população mundial. A COVID-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2, é altamente transmissível e de rápida propagação. Com o intuito de minimizar a doença e as mortes que dela decorrem, medidas extremas sanitárias e de isolamento social vêm sendo tomadas por governantes mundiais. Como uma das consequências decorrentes da pandemia, tem-se o prejuízo econômico e, com ele, um número expressivo de trabalhadores que tiveram seus salários reduzidos, sendo essa uma das melhores hipóteses, visto que o número de desempregados vem aumentando em virtude desta terrível doença, sem falar na “[...] queda de bolsas de valores, desvalorização recorde do real e queda de atividade nos mais diversos setores da economia” (FREIRE, 2020). O Governo Federal Brasileiro, com o intuito de minimizar os impactos econômicos negativos sofridos tanto pelas pessoas físicas, quanto pelas pessoas jurídicas, anunciou algumas medidas no âmbito tributário, na intenção de beneficiar ou mesmo aliviar os contribuintes no atual período pandêmico.

Medidas foram e continuam sendo estudadas e efetivadas, com o objetivo de desonerar o contribuinte, como, por exemplo, a redução de carga tributária, instituição de possibilidade de transação tributária Lei 13.988/20, a qual, junto com o negócio jurídico processual, servirá para redução dos litígios,

substituição de garantias processuais ou acordos para pagamentos dos tributos, juros e multa com parcelamento ou reduções. Além de prorrogações de vencimentos de tributos, postergação de data máxima de cumprimento de obrigações acessórias e facilitações em outras questões procedimentais (AMENDOLA, 2020).

As empresas e comércio, em geral, vêm apresentando um quadro de extrema preocupação diante do cenário da pandemia, já que a baixa nas atividades econômicas afeta diretamente seus recursos financeiros, produção e circulação de bens e serviços, como, por exemplo, a manutenção do fluxo de caixa, que deve arcar com as despesas necessárias para a continuação de seu funcionamento e, também, o pagamento de aluguéis, de funcionários e de tributos (MARCON, 2020). Algumas medidas tomadas pela União, como forma de contribuir e de aquecer o mercado econômico, sem desviar a atenção das necessidades emergenciais do contribuinte, como a destinação do saldo do fundo do Dpvat de R\$ 4,5 bilhões para o SUS; a liberação de R\$ 5 bilhões de crédito do Proger/Fat para Micro e Pequena Empresas; a simplificação das exigências para contratação de crédito e dispensa de Certidão Negativa de Débitos e Tributos Federais para renegociação de crédito; e a facilitação do desembaraço aduaneiro de insumos e matérias primas importadas antes do desembarque (MARCON, 2020).

Ainda foram apresentadas às empresas outras formas de quitação e extinção dos débitos tributários devidos, com o intuito de fortalecer a economia, tais como:

A compensação:

Atualmente é possível compensar tributos federais de qualquer natureza, inclusive contribuições previdenciárias (INSS) e contribuições destinadas a outras entidades (terceiros) com débitos de contribuições e impostos federais (MARCON, 2020).

A transação:

[...] é um instituto previsto no Código Tributário Nacional, recentemente regulamentado pela Medida Provisória nº 899/2019, [...] possibilita aos contribuintes a celebração de acordos com a administração

tributária federal para pôr fim a litígios tributários e para o pagamento de débitos inscritos em dívida ativa em condições especiais (MARCON, 2020).

O parcelamento:

[...] possibilidade de pagamento de tributos de forma parcelada. Há regras vigentes de parcelamento ordinário de débitos de tributos federais. A grande maioria dos Estados da Federação, assim como alguns municípios, também possuem legislação específica que permite o parcelamento ordinário dos tributos devidos (MARCON, 2020).

Os programas especiais de pagamento de tributos:

[...] são leis especiais publicadas pelos entes federativos possibilitando o pagamento facilitado de débitos tributários, com reduções nos encargos legais e podem autorizar, em situações específicas, a utilização de precatórios para pagamento de tributos (MARCON, 2020).

Por fim, mas não menos importante, a dação em pagamento:

[...] em âmbito federal, a Lei nº 12.259/2016 regulamentou o instituto e permite que o crédito tributário inscrito em dívida ativa da União seja extinto, a critério do credor, mediante a dação em pagamento em bens imóveis, desde que cumpridas as condições previstas em lei (MARCON, 2020).

Aplicabilidade e eficácia das novas legislações tributárias em período de pandemia

O objetivo deste capítulo não é, necessariamente, abordar a falta de pagamento dos tributos e, sim, a aplicabilidade, a eficácia e a vigência de algumas das novas legislações tributárias na esfera federal, no combate ao coronavírus.

O Governo Federal preparou um pacote emergencial de medidas objetivando reduzir os impactos negativos do coronavírus, incrementar o sistema de saúde e estimular a economia (MARCON, 2020).

Algumas das principais medidas anunciadas na área tributária são as seguintes:

Portaria n° 7.821, de 18 de março de 2020,

[...] estabelece medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus (COVID-19), considerando a classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (BRASIL, 2020, p. 2).

Suspensão por 90 dias (até 18/06/2020) da instauração de novos procedimentos de cobrança, do encaminhamento de certidões de dívida ativa para cartórios de protesto, e da instauração de procedimentos de exclusão de parcelamentos em atraso (FREIRE, 2020).

Portaria Conjunta RFB/PGFN n° 555, de 23 de março de 2020,

[...] dispõe sobre a prorrogação do prazo de validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) e Certidões Positivas com Efeitos de Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CPEND), em decorrência da pandemia relacionada ao coronavírus (COVID-19) (BRASIL, 2020, p. 33)³.

Medida Provisória n° 932, de 31 de março de 2020, que “altera as alíquotas de contribuição aos serviços sociais autônomos que especifica e dá outras

3. Prorrogado por 90 dias.

providências” (BRASIL, 2020, p. 1, ed. 62-B, seção 1 – Extra). Redução em 50% das contribuições obrigatórias das empresas do sistema S (Senai, Sesi, Sesc, Senac), de 1º de abril de 2020 até 30 de junho de 2020. As contribuições ao Sebrae não foram alteradas (FREIRE, 2020).

Instrução Normativa RFB nº 1930, de 1º de abril de 2020, que

[...] altera a Instrução Normativa RFB nº 1.924, de 19 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física referente ao exercício de 2020, ano-calendário de 2019, pela pessoa física residente no Brasil (BRASIL, 2020, p. 4, seção 1D).

Prorrogando o prazo de entrega da Declaração de Ajuste Anual das Pessoas Físicas (IRPF), para o dia 30 de junho de 2020 (MARCON, 2020).

Resolução CAMEX nº 28, de 1º de abril de 2020,

[...] concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do coronavírus/COVID-19 (BRASIL, 2020).

Redução temporária a zero por cento das alíquotas de importação para produtos médicos e hospitalares empregados no combate e terapia contra a COVID-19, até de 30 de setembro de 2020 (MARCON, 2020).

Decreto nº 10.302, de 1º de abril de 2020,

[...] reduz temporariamente as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidentes sobre os produtos que menciona (BRASIL, 2020).

Redução temporária a zero por cento das alíquotas do IPI sobre artigos de laboratório, de farmácia, luvas e objetos semelhantes, com exceção para

cirurgia e termômetros clínicos, no período compreendido de 1º de abril a 1º de outubro de 2020 (MARCON, 2020).

Decreto nº 10.305, de 1º de abril de 2020,

[...] altera o Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (BRASIL, 2020, p. 1).

Redução à zero do “IOF/Crédito” para determinadas operações contratadas entre 03 de abril e 03 de junho de 2020 (FREIRE, 2020).

Resolução nº 29, de 1º de abril de 2020,

[...] altera para zero por cento as alíquotas do Imposto de Importação incidentes sobre os Bens de Informática e Telecomunicação que menciona, na condição de ex-tarifários (BRASIL, 2020, p. 64).

Resolução CGSN nº 154, de 03 de abril de 2020, que

[...] dispõe sobre a prorrogação de prazos de pagamento de tributos no âmbito do Simples Nacional, em razão da pandemia da COVID-19 (BRASIL, 2020, p. 8).

De acordo com a Resolução, os períodos de apuração dos meses de março, abril e maio de 2020 serão prorrogados para os meses de outubro, novembro e dezembro de 2020, respectivamente, para os tributos federais, e serão prorrogados, para os meses de julho, agosto e setembro de 2020, o ICMS e o ISS (MARCON, 2020).

Portaria nº 9.924, de 14 de abril de 2020,

[...] estabelece as condições para transação extraordinária na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) na capacidade de geração de resultado dos devedores inscritos em DAU (BRASIL, 2020, p. 52).

Certamente as medidas determinadas pela União são em número bem maior do que as que aqui encontram-se exemplificadas, entretanto as portarias, decretos e resoluções evidenciadas neste capítulo figuram como uma noção do quanto um vírus invisível e mortal pode afetar a vida, o cotidiano e, até mesmo, a economia de um país com proporções continentais como o Brasil. Decerto, a revisão fiscal pode acabar distinguindo

[...] eventuais inconsistências na apuração e no recolhimento dos tributos, bem como para identificar a existência de créditos tributários passíveis de utilização (MARCON, 2020).

Os efeitos das medidas tributárias após a COVID-19 e as possibilidades para o contribuinte

Passados o primeiro momento de insegurança e desconhecimento em relação à COVID-19, pesquisadores, economistas e a população de modo geral, começam a perguntar-se quais os efeitos que a pandemia causará tanto no âmbito da saúde, quanto no âmbito da economia, afinal, apesar da negação de alguns especialistas no início da pandemia, o país passa por uma dupla crise: a sanitária e a socioeconômica.

Com a agravante desta dupla crise, tem-se o prolongamento da pandemia, sem previsão de término, visto que um possível tratamento medicinal ainda não foi apresentado. A grande preocupação se dá em não haver um equilíbrio entre a saúde e a economia, pois, se de um lado, o isolamento social foi imposto com o intuito de preservar vidas, por outro, sua imposição atingiu, negativamente, o comércio em geral, que, de certa forma, acaba por atingir a proteção à vida, podendo-se, então, afirmar que saúde e economia são fundamentais para a garantia do direito à vida.

O que se almeja é que, passado o período pandêmico, não ocorra um elevado e expressivo aumento tributário, causando futuramente um prejuízo financeiro a toda sociedade.

[...] não há como definir o valor total do impacto, pois a pandemia ainda está ativa e o isolamento social continua, mesmo com o funcionamento dos serviços essenciais, não dá para prever o gasto final

com os custos gerado pela COVID-19. Só nos resta aguarda o fim da crise [...] (NASCIMENTO, 2020).

Ainda é consideravelmente antecipado prever os efeitos pós-pandemia, entretanto aponta-se para fortes indícios de uma recessão econômica mundial, que não seria indiferente ao sistema econômico brasileiro. O país estava no início de uma recuperação econômica antes do advento da COVID-19 que, infelizmente, acabou mudando esse cenário de melhoria financeira.

[...] em poucos meses, passamos de um cenário razoavelmente promissor para o contexto atual, em que previsões indicam a possibilidade de retração da economia brasileira em até 6%. [...] há grande incerteza sobre a magnitude exata da queda da atividade econômica, mas não há dúvida de que esta foi considerável (IPEA, 2020).

Como forma de minimizar impactos futuros na economia, o Governo Federal, como estratégia, implementou o auxílio emergencial com o intuito de gerar renda à população e, desse modo, incentivar o consumo, dando tempo ao mercado de se recuperar, bem como disponibilizou empréstimo à prazo às empresas brasileiras, objetivando que empregos fossem preservados (CAMPOS JR., 2020).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), aponta que o momento de excepcionalidade vivenciado, causa uma

[...] potencial inflexão para a trajetória nacional de desenvolvimento. Nesse sentido, propostas de políticas públicas e evidências robustas e objetivas são insumos críticos para norteamento da ação governamental de curto, médio e longo prazo (IPEA, 2020).

O Ipea atua no auxílio ao Governo Federal, ajudando-o a planejar e recuperar a atividade econômica pós-pandemia, intentando melhores oportunidades de emprego e de renda, que efetivariam, conseqüentemente, a melhoria da condição de vida de toda população, tendo um olhar mais específico para a população vulnerável, oferecendo

[...] possibilidades concretas de proteção social e de políticas públicas de fomento setorial e regional, e úteis à sobrevivência das empresas, em especial daquelas mais vulneráveis em razão do porte e do setor de atuação (IPEA, 2020).

Decerto, as medidas tributárias propostas e vigentes neste período singular, proporcionaram grande colaboração aos contribuintes, entretanto, ainda assim, pairam dúvidas a respeito do futuro tributário brasileiro que só poderão ser solucionadas após a COVID-19. Observando o que dispõe a legislação brasileira, há recursos que podem ser utilizados, trazendo um certo alívio aos contribuintes, como por exemplo: a variação cambial (com as alterações promovidas pela Instrução Normativa nº 1.656/2016, essa regra comporta exceção na hipótese de elevada oscilação da taxa de câmbio verificada pelo contribuinte), sendo de grande valia em período de crise como o atual; a compensação cruzada entre créditos e débitos das contribuições previdenciárias com os demais tributos administrados pela receita Federal (sendo uma boa alternativa para evitar o dispêndio financeiro e o acúmulo de créditos tributários); a habilitação dos créditos de PIS e Cofins sobre os insumos que a empresa deixou de levantar (créditos de PIS/Cofins “esquecidos”, podem dar uma ótima ajuda no caixa nesses tempos de crise); a implementação de outras teses tributárias e previdenciárias (com uma possível pressão no fluxo de caixa das empresas, esse recurso pode ser considerado como uma boa medida geradora de créditos tributários suscetíveis de compensação com outros tributos – evitando inadimplência fiscal e consequências penais); e a oportunidade de reorganizações societárias (considerando a crise causada pela COVID-19 e o potencial efeito de perdas e prejuízos por ela gerados, assim como a desvalorização do preço das ações de algumas empresas, pode ser propício a realização de reorganizações societárias).

Apesar das incertezas econômicas em um futuro próximo, soluções existem para que o contribuinte não sofra além do que a pandemia do novo coronavírus já o tem feito padecer. Há possibilidades garantidas na legislação brasileira que podem ser aplicadas em favor do contribuinte, promovendo um novo aquecimento econômico e contribuindo para o crescimento de toda nação.

Considerações finais

Está claro que a COVID-19 vem marcando um novo tempo a toda sociedade global, medidas em diferentes áreas tiveram que ser adotadas quase que instantaneamente. O vírus, silencioso e mortal, além do pânico, promoveu uma mudança drástica no cotidiano acelerado da contemporaneidade, denominando esse tempo pandêmico como o “novo normal”.

Todas as providências que o Estado vem tomando possuem o intuito de preservar vidas, que, de forma ampla, abrange as preocupações sanitárias, sociais e econômicas. Além da crise na área da saúde, foi preciso estar atento e rever questões tributárias, visto que não é possível preservar a vida, se não preservar a economia. Medidas apontadas no presente capítulo embasam a inter-relação presente entre saúde, vida e economia.

Registra-se que, após o término desta crise multifacetada, é indispensável que o Estado continue atento às necessidades do contribuinte, visto que o período após a COVID-19 será de reestruturação econômica tanto para a pessoa física, quanto para a pessoa jurídica, sendo relevante a propositura de projetos que visem ao desenvolvimento da produtividade no mercado nacional, afinal, não há que se falar em tributos, quando não se tem desenvolvimento econômico, ambos estão interligados e fazem parte da construção e desenvolvimento social do país.

Ao finalizar, constata-se a importância das medidas/incentivos tributários promovidos pela União, na intenção de proteger o contribuinte e, por conseguinte, proteger a economia. Medidas de suspensão e parcelamento que visem proteger o capital das pessoas e empresas acometidas pela pandemia tornam-se um valioso incentivo fiscal que, certamente, corroboram com o aquecimento econômico de todo o país.

Referências

AMENDOLA, Antonio Carlos de Almeida. Medidas tributárias adotadas no combate à crise da COVID-19. **Espalha Fatos**, 14 mar. 2020. Disponível em: <https://espalhafatos.com.br/medidas-tributarias-adotadas-no-combate-a-crise-da-COVID-19/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério da Economia. Certidão Negativa. **Receita Federal**, 28 mar. 2015. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/certidoes-e-situacao-fiscal/orientacoes-gerais#Informacoesgerais>. Acesso em: 31 jul. 2020.
- BRASIL. Portaria nº 7.821, de 18 de março de 2020. Estabelece medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus (COVID-19), considerando a classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS), no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 mar. 2020. ed. 53-C, seção 1 - Extra, p. 2, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-7.821-de-18-de-marco-de-2020-248644106>. Acesso em: 05 ago. 2020.
- BRASIL. Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 555, de 23 de março de 2020. Dispõe sobre a prorrogação do prazo de validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) e Certidões Positivas com Efeitos de Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CPEND), em decorrência da pandemia relacionada ao coronavírus (COVID-19). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 mar. 2020. ed. 57, seção 1, p. 33, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-555-de-23-de-marco-de-2020-249439539>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- BRASIL. Medida Provisória nº 932, de 31 de março de 2020. Altera as alíquotas de contribuição aos serviços sociais autônomos que especifica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mar. 2020. ed. 62-B, seção 1 – Extra, p.1, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-932-de-31-de-marco-de-2020-250477890>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 10.302, de 1º de abril de 2020**. Reduz temporariamente as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidentes sobre os produtos que menciona. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.
- BRASIL. **Decreto nº 10.305, de 1º de abril de 2020**. Altera o Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. **Diário Oficial [da] União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 abr. 2020. ed. 64, seção 1, p. 1, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.305-de-1-de-abril-de-2020-250853594>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa RFB nº 1930, de 01 de abril de 2020**. Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.924, de 19 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física referente ao exercício de 2020, ano-calendário de 2019, pela pessoa física residente no Brasil. Brasília: Receita Federal, [2020]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Resolução CAMEX n° 28, de 1° de abril de 2020. Concede redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação ao amparo do artigo 50, alínea d, do Tratado de Montevideu de 1980, internalizado pelo Decreto Legislativo n° 66, de 16 de novembro de 1981, tendo por objetivo facilitar o combate à pandemia do coronavírus/ COVID-19 **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 abr. 2020. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2683-resolucao-n-28-de-1-de-abril-de-2020>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Resolução n° 29, de 1° de abril de 2020. Altera para zero por cento as alíquotas do Imposto de Importação incidentes sobre os Bens de Informática e Telecomunicação que menciona, na condição de ex-tarifários. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 abr. 2020. ed. 65, seção 1, p. 64, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-29-de-1-de-abril-de-2020-251062839>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Receita Federal. **Resolução CGSN n° 154/2020, de 03 de abril de 2020**. Dispõe sobre a prorrogação de prazos de pagamento de tributos no âmbito do Simples Nacional, em razão da pandemia da COVID-19. Brasília: Receita Federal, 2020. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Portaria n° 9.924, de 14 de abril de 2020. Estabelece as condições para transação extraordinária na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) na capacidade de geração de resultado dos devedores inscritos em DAU. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 abr. 2020. ed. 73, seção 1, p. 52, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-9.924-de-14-de-abril-de-2020-252722641>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. IPEA. Brasil pós COVID-19. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36143. Acesso em: 31 jul. 2020.

CAMPOS JR., Ricardo. O que esperar da economia pós-COVID-19. **Correio do Estado**, 2020. Disponível em: <https://correiodoestado.com.br/economia/o-que-esperar-da-economia-pos-covid-19/373412>. Acesso em: 15 jun. 2020.

EBRADI. Escola Brasileira de Direito. Entenda as cinco hipóteses de suspensão do crédito tributário. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/448301005/entenda-as-cinco-hipoteses-de-suspensao-do-credito-tributario>. Acesso em: 01 ago. 2020.

FREIRE, Tozzini. COVID-19 – Tributário: medidas na área tributária. **TozziniFreire Advogados**, 22 mar. 2020. Disponível em: <https://tozzinifreire.com.br/boletins/COVID-19tributario-medidas-na-area-tributaria>. Acesso em: 31 jul. 2020.

MARCON, Ivana Ribeiro de Souza. Impactos tributários do COVID-19 (“coronavírus”) em empresas e pessoas físicas. **Baptista Luz Advogados**, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/impactos-tributarios-do-coronavirus/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

NASCIMENTO, Elayne Layane Ferreira. Coronavírus e o impacto fiscal aos cofres públicos brasileiros. **Âmbito Jurídico**, 01 jul. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/coronavirus-e-o-impacto-fiscal-aos-cofres-publicos-brasileiros/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

SUSPENDER. *In*: **DICIO, Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/suspender/>. Acesso em: 01 de agosto de 2020.

Contratos de consumo em tempos de excepcionalidade

Alinne Arquette Leite Novais¹

1. Mestre em Direito Civil, pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Uerj); especialista em Gestão Judiciária, pela Universidade de Brasília (UNB). Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível e Diretora do Foro da Comarca de Muriaé, TJMG; diretora do Núcleo Regional da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes/TJMG (Ejef), em Muriaé – MG.

A história nunca é uma página em branco.

Quem acredita que tudo continuará igual está errado.

Quem acredita que tudo vai mudar também está enganado

(ANDRÉ COMTE-SPONVILLE).

Considerações iniciais

A Constituição da República estabeleceu, como direito fundamental, a defesa do consumidor, determinando, em seu Art. 5º, XXXII, que o Estado deverá promovê-la.

Assim, considerando a relação de consumo como merecedora de disciplina especial e, seguindo ao mandamento constitucional, o legislador ordinário editou o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990, delimitando o campo de atuação dessa norma por meio da conceituação do sujeito tutelado.

De fato, o Código de Defesa do Consumidor, ao trazer quatro conceitos de consumidor, foi além das relações contratuais, superando, em vários pontos, a dicotomia entre o contratual e o extracontratual, para tutelar o consumidor, independentemente de ter celebrado o contrato de consumo.

O mercado consumidor claramente está sendo muito afetado pela pandemia de COVID-19, trazendo inúmeros questionamentos jurídicos, que merecem ser analisados à luz do Código de Defesa do Consumidor e, ainda, das leis emergenciais, como a Lei nº 14.010, de 2020, que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (Rejt) no período da pandemia do coronavírus (COVID-19).

Assim, o presente capítulo busca analisar a situação do consumidor à vista do momento excepcional estabelecido pela pandemia de COVID-19, que está impactando sobremaneira a vida das pessoas em todos os seus aspectos, inclusive financeiros, trazendo reflexos para suas relações jurídicas, contratuais e extracontratuais.

Por meio de pesquisa bibliográfica, foi, inicialmente, analisada a caracterização do contrato de consumo, depois foi dedicado um tópico para a

reflexão sobre a pandemia e a excepcionalidade por ela estabelecida e, por fim, foi feita uma análise sobre as maneiras de equacionar os impactos da pandemia nas relações consumeristas, a fim de preservar os direitos dos consumidores e, ao mesmo tempo, minimizar o prejuízo causado na economia.

A metodologia utilizada, no presente estudo, foi a qualitativa, com base no referencial teórico sobre as questões tratadas e na legislação aplicável.

Os contratos de consumo

As origens do contrato podem ser buscadas no Direito Romano, que estruturou essa figura sobre a base de um acordo de vontade a respeito de um mesmo ponto, embora, na realidade social, a prática da contratação seja muito mais remota, pois surgiu como forma de possibilitar a vida em sociedade.

Instituto jurídico dos mais antigos, o contrato não está conceituado na legislação, sendo sua definição objeto da doutrina que, com algumas variações pontuais, o entende como o acordo de vontades, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecido com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Como uma espécie de negócio jurídico, o contrato sujeita-se às regras relativas a ele, de modo que, para que se forme validamente, as partes precisavam observar os requisitos básicos de todo negócio jurídico, previstos no Art. 104 do Código Civil: agente capaz, que constitui o requisito subjetivo; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, o requisito objetivo; e forma prescrita ou não defesa em lei, o requisito formal.

É fato que o conceito e a disciplina atuais do contrato, com todas as características que lhe são inerentes, são frutos de um grande período de evolução, que se iniciou na antiguidade romana e tende a percorrer toda a história da humanidade e, como em toda evolução, alguns pressupostos que dele faziam parte deixam de permeá-lo para, em consonância com a nova realidade social, adaptá-lo, de modo que a concepção romanista do contrato deu lugar à concepção liberal, que, por sua vez, está-se esvaindo por não mais atender aos anseios da sociedade, o que não significa o ocaso do instituto, mas sua adaptação.

Na verdade, o contrato está cada vez mais presente no âmbito da sociedade, sem o qual essa não sobreviveria, tendo ocorrido, no entanto, claras mudanças nos paradigmas e nos pressupostos do direito contratual.

A concepção tradicional do contrato, em que a vontade era a única fonte criadora de direitos e obrigações, e a visão do Estado ausente, apenas garantidor das regras do jogo estipuladas pela vontade dos contratantes, perdeu e vem perdendo espaço, pois o contrato se transformou, passando, no dizer de Marques (2005, p. 51),

[...] de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas equitativas.

Assim é que Enzo Roppo (p. 310) afirma que o contrato se transforma para se adequar ao tipo de mercado e de organização econômica em cada época prevalecente, o que possibilita que ele continue a desempenhar a sua função fundamental nas economias capitalistas de mercado – de instrumento da liberdade de iniciativa econômica.

Acompanhando a evolução da sociedade e a conseqüente passagem do Estado liberal para o Estado social, a teoria contratual evoluiu, superando o dogma da autonomia da vontade como o máximo balizador do direito contratual e adotando novos princípios para tal posição, destacando-se o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente (ARQUETTE, 2001, p. 71).

A mudança de paradigmas da teoria contratual, refletindo as transformações sociais decorrentes da massificação e da despersonalização das relações, importou na necessidade de adequação do ordenamento jurídico, com a edição de leis condizentes com os novos parâmetros. Seguindo esse norte, a Constituição da República estabeleceu a defesa do consumidor como direito fundamental, determinando ao Estado a sua promoção, o que foi uma das mais significativas contribuições da Constituição de 1988 para a consecução da igualdade substancial e do equilíbrio e justiça no âmbito do direito contratual, até então palco de inúmeros abusos (ARQUETTE, 2001, p. 87).

Em obediência à ordem constitucional, foi, então, elaborado o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990, que incorporou os

princípios da boa-fé objetiva e da tutela do hipossuficiente, tratando de proteger o consumidor não apenas nos contratos de consumo, mas nas relações de consumo.

De fato, relações de consumo constituem um gênero, do qual fazem parte os contratos de consumo, na medida em que não apenas o contratante é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, mas, também, qualquer pessoa física ou jurídica atingida em sua esfera jurídica por um evento de consumo.

Mas, afinal, quem é o consumidor?

Para delimitar o seu âmbito de incidência, o Código de Defesa do Consumidor conceituou o consumidor padrão e ainda trouxe três conceitos de consumidor por equiparação, o que fez, no dizer de Benjamin (2017, p. 271), em face da complexidade das matérias de que cuida.

O Código de Defesa do Consumidor traz, inicialmente, em seu Art. 2º, caput, o conceito básico do agente merecedor de sua tutela, o consumidor padrão ou, como prefere Cláudia Lima Marques (2005, p. 302), consumidor *stricto sensu*.

Em tal conceito legal, tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas podem figurar como consumidoras, incluindo a doutrina, a jurisprudência e os entes despersonalizados, eis que o legislador não o incluiu, provavelmente por um lapso. Portanto, no aspecto subjetivo, qualquer sujeito de direitos pode ser considerado consumidor, a depender da conjugação dos demais elementos.

Sob o ponto de vista objetivo, consumidor é quem adquire ou utiliza produtos e serviços, revelando que não apenas o adquirente ou o contratante se enquadra no conceito, mas, também, o usuário.

Por fim, no que se refere à finalidade que será dada ao objeto do consumo, elemento teleológico do conceito, o dispositivo exige que o sujeito seja destinatário final do produto ou do serviço, valendo o registro da grande discussão envolvendo a interpretação da expressão destinatário final, se fático e econômico, ou apenas fático, fazendo surgir correntes como a finalista, a maximalista e aquelas que mesclam seus aspectos (ARQUETTE, 2001, p. 123/129).

Para além do conceito de consumidor padrão, outros sujeitos foram equiparados ao consumidor e protegidos pela lei.

No Art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, encontra-se o segundo conceito de consumidor, em que a coletividade é a ele equiparada, demonstrando que, ao lado da proteção garantida ao consumidor individual, o Código também a confere à coletividade de consumidores, tutelando direitos ou interesses coletivos e difusos.

A terceira definição de consumidor está no Art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, que equipara ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo, conceito válido apenas para a seção em que está inserido – Arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, ligado à questão da responsabilidade civil do fornecedor decorrente do fato do produto ou do serviço, os chamados vícios por insegurança.

Por fim, o Art. 29 do Código de Defesa do Consumidor traz o último conceito de consumidor, equiparando a ele todas as pessoas expostas às práticas comerciais e aos contratos de consumo.

Se, de um lado da relação, para que se caracterize como consumerista, precisa estar a figura do consumidor, do outro, necessariamente, deve estar a figura do fornecedor, também conceituada pelo Código de Defesa do Consumidor que, em seu Art. 3º, a define, englobando todos os participantes da cadeia produtiva e de fornecimento dos produtos ou serviços, também definidos nos parágrafos do mesmo dispositivo legal.

Essa generalização dada pela norma ao conceito de fornecedor demonstra que o objetivo legal é a proteção do consumidor, de modo que, perante ele, todos os integrantes da cadeia de fornecimento estão obrigados a cumprir as normas protetivas, importando mais a diferenciação entre as várias categorias de fornecedores para fins de responsabilização e exercício de eventual direito regressivo (FILOMENO, 2017, p. 50).

Assim, qualquer relação, contratual ou não, estando presentes, de um lado, o fornecedor e, de outro, o consumidor, enquadrado em qualquer um dos conceitos legais, está sujeita à legislação consumerista, embasada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, da tutela do hipossuficiente.

A excepcionalidade imposta pela pandemia

O momento atual é ímpar – uma pandemia atinge o mundo, adoece as pessoas fisicamente e leva muitas à morte e, como ela é causada por um vírus altamente contagioso, diante da falta de vacina e de medicamentos efetivamente eficazes em seu tratamento, disseminou-se a determinação de isolamento social e de proibição de funcionamento de estabelecimentos comerciais, gerando reflexos, também, na saúde mental e psicológica das pessoas e em sua saúde financeira, assim como na das empresas.

Tudo começou quando a imprensa passou a divulgar informações, a partir de dezembro de 2019, de que muitas pessoas da cidade de Wuhan, na Província de Hubei, na China, estavam sendo infectadas com pneumonia, tendo sido a OMS alertada sobre o fato, até que, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus, denominado, em seguida, de SARS-CoV-2, sendo a doença por ele causada nomeada COVID-19, em referência ao ano de seu surgimento.

A disseminação pelo mundo foi rápida e sem possibilidade de contenção, tendo a OMS declarado, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença constituía, àquela altura, uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

Continuando a se espalhar desenfreadamente, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia, em 11 de março de 2020, constatando-se, então, a disseminação da doença por todo o mundo.

Desde a identificação da contagiosidade da doença e, portanto, antes de sua propagação pelo mundo, a COVID-19 começou a gerar enorme preocupação nos cientistas e nos governos que, então, começaram a adotar medidas para tentar conter o seu avanço, buscando evitar o colapso dos sistemas de saúde, na medida em que muitos infectados evoluíam mal, principalmente do ponto de vista respiratório, precisando de internação e de suporte ventilatório.

Não obstante a adoção de estratégias para contenção da doença, ela continuou a se espalhar e, segundo Oliveira e outros (2020), o primeiro caso de COVID-19, no Brasil, foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, a partir de quando se propagou rapidamente e, embora os estudiosos afirmem que a

letalidade da doença seja baixa em comparação com o número de infectados, o fato é que ela continua a fazer vítimas fatais.

Assim como em vários outros países, aqui também foram tomadas várias medidas de isolamento social, cujos efeitos para o fim de evitar o contágio ainda não estão comprovados, mas que, ao que parece, tiveram a consequência de evitar a contaminação concomitante de um sem número de pessoas e, assim, diminuir a crise no sistema público de saúde.

Fato é que isolamento social vertical, isolamento social horizontal, distanciamento social e *lockdown* são expressões que, de desconhecidas, passaram a ser corriqueiras e modificaram sobremaneira a dinâmica social, limitando a convivência social e a circulação ampla das pessoas, gerando outros dilemas, inclusive de ordem econômica, pois as empresas pararam de funcionar, deixando de lucrar, o que repercutiu nos empregos e na sobrevivência dos indivíduos, na medida em que a questão econômica extrapola profundamente os limites financeiros, afetando as famílias e as pessoas também em sua dimensão humana, ferindo sua dignidade e comprometendo sua vida e sua sobrevivência.

Nesse contexto, as relações econômicas e, dentre elas, as relações de consumo, estão sofrendo importantes impactos decorrentes da pandemia seja em razão da falta de atendimento pessoal, levando as pessoas à contratação direta, por meio da internet ou do telefone, seja em razão do aumento da inadimplência, pela perda de empregos e de renda, ou, ainda, por causa da excessiva onerosidade causada pela excepcionalidade dos novos tempos.

Diante da realidade que se impõe, além das soluções já alcançáveis pelo ordenamento jurídico vigente à época do início da pandemia, objeto de estudos e discussões, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no Brasil, foram, ainda, editadas leis emergenciais, o que demonstra o forte impacto da pandemia nas relações privadas e a necessidade de enfrentamento diferenciado dessas repercussões, a fim de minimizar as nefastas consequências socioeconômicas, buscando a preservação dos contratos e a proteção dos seus agentes.

Nas relações de consumo, por óbvio, as consequências da pandemia também são enormes, sendo necessário e urgente enfrentar a questão não apenas sob a perspectiva de proteção do consumidor, mas, também, de manutenção da empresa o que, em última análise, revela a necessidade de proteção do próprio mercado de consumo.

A proteção do consumidor e a preservação da empresa: equacionando os impactos da pandemia nos contratos de consumo

Ciente da posição frágil do consumidor nas relações com o fornecedor, detentor dos meios de produção, o legislador pátrio editou o Código de Defesa do Consumidor, como forma de realização material do princípio da igualdade, estabelecendo a vulnerabilidade do consumidor como presunção em seu Art. 4º, I, além de prever regras para a proteção de seus direitos, partindo, no dizer de Filomeno (2017, p. 78), “do princípio da fraqueza manifesta do consumidor no mercado para lhe conferir certos instrumentos para melhor se defender”.

Na base de toda essa construção, está a dignidade da pessoa humana, como seu fundamento máximo, na medida em que, erigido a fundamento da República pelo Art. 1º, III, da Constituição, deve nortear todo o ordenamento jurídico, inclusive as relações inter-privadas. Nesse sentido é que o próprio Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, em seu caput, estabelece o respeito à dignidade do consumidor como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo.

De outro lado, a Constituição Federal também traz os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República, em seu Art. 1º, IV, o que parece colidir com a intervenção estatal, nas relações de consumo, mas isso não acontece, porque, na verdade, a Constituição adota um:

[...] conceito de liberdade necessariamente atrelado à dimensão social do homem, superando-se o atomismo liberal nas relações econômicas e existenciais sem deixar de assegurar a liberdade necessária para que o ser humano mantenha sua dignidade (CORVAL, 2006, p. 75).

Nesse cenário, levando-se em conta o primado da dignidade da pessoa humana e, ainda, o fundamento de que a liberdade de iniciativa deve atender aos seus valores sociais, chega-se à clara conclusão de que o exercício da liberdade econômica pode sofrer intervenção estatal, na medida em que, embora não haja, em tese, um fundamento republicano que se sobreponha ao outro, de modo que todos estão dotados da mesma hierarquia constitucional,

é fato que nenhum dos demais faz sentido se não se considerar a supremacia da dignidade da pessoa humana, essa que é a grande razão de ser do direito.

Aliás, a defesa do consumidor, ao contrário de violar a ordem econômica, fundamenta-a tanto quanto a livre iniciativa e a livre concorrência, pois o Art. 170 da Constituição da República a estabeleceu como um dos seus pilares, conforme bem acentua Filomeno (2017, p. 78).

Portanto, ao lado da proteção do consumidor como agente mais fraco na relação de consumo, reconhece-se a necessidade de garantir a liberdade de mercado de concorrência, direitos que também têm base constitucional e, ainda, são objeto de recente Lei Protetiva, a Lei nº 13.874, de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabeleceu garantias de livre mercado e alterou várias leis, dentre as quais o Código Civil.

Embasadas, ainda, no princípio da boa-fé objetiva, as leis que regulam as relações de consumo e a atividade econômica, que o preveem expressamente, devem ser aplicadas em observância à função social do contrato e à solidariedade social e, até mesmo, contratual.

Assim, em momentos de normalidade da vida social, a realidade é, portanto, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e, por conseguinte, a aplicação das normas protetivas editadas em seu favor para reequilibrar as relações de consumo, sem, contudo, deixar de proteger a livre iniciativa e a livre concorrência.

Ocorre que, embora felizmente raros, há momentos de excepcionalidade, como o que ora se vive em decorrência da pandemia de COVID-19, em que as soluções pensadas para a normalidade não funcionam bem, não respondendo às necessidades urgentes e extraordinárias que, a todo momento, exigem tomadas de decisões e posicionamentos.

Em razão da excepcionalidade possível em qualquer momento é que a própria legislação ordinária prevê possibilidades, também extraordinárias, de flexibilização do cumprimento obrigatório dos contratos, com o objetivo de respeito, para além do dogma da autonomia da vontade, dos demais princípios que fundamentam essa relação, como a boa-fé objetiva, a tutela do hipossuficiente, a função social do contrato, a solidariedade social e contratual, a preservação da empresa, a valorização do trabalho e da livre iniciativa, todos fulcrados no primado da dignidade da pessoa humana.

O momento atual atinge não apenas o consumidor, mas, também, o fornecedor, que precisou suspender o atendimento, diminuindo profundamente seus lucros. O exercício do imperativo de boa-fé objetiva impõe a necessidade de diálogo em busca da preservação da relação, principalmente a de natureza contratual, a fim de minimizar os impactos negativos nas esferas pessoais, econômicas e jurídicas dos envolvidos.

Isso significa que a primeira e mais adequada forma de buscar o equilíbrio da relação é a tentativa de preservação do vínculo, ainda que sob outras condições, revelando-se imprescindível a abertura de canais de comunicação entre consumidor e fornecedor, além da flexibilização de cláusulas e de prazos contratuais e de eventuais encargos decorrentes da mora. Nesse sentido, pontuam Souza e Silva (2020) que “devem-se prestigiar sempre as soluções consensuais que possam ser alcançadas em cada setor econômico, sobretudo em um momento excepcional como o presente”.

Ora, ainda que haja previsão legal de penalidades pelo inadimplemento, o rompimento do vínculo pode ser prejudicial a ambas as partes no momento extraordinário, podendo, inclusive, serem invocadas excludentes de responsabilidade civil pelo consumidor, ainda que não previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor poderia, por exemplo, invocar a excludente de responsabilidade do caso fortuito ou força maior, para justificar sua inadimplência e, assim, ser isento das penas decorrentes do descumprimento contratual, mas, nem sempre, essa solução é satisfatória, pois, muitas vezes, a necessidade do consumidor seria melhor atendida com a preservação do contrato e com a negociação do cumprimento das obrigações.

Além disso, a excepcionalidade garante ao consumidor, nos termos do Art. 6º, V, segunda parte, a revisão de cláusulas contratuais “em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Embora o citado dispositivo preveja duas situações em que é cabível a revisão contratual, uma delas, a já citada, e a outra, prevista na parte inicial do inciso V, que dispõe sobre a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, em que a prestação já nasceu desproporcional para o consumidor, a situação que interessa para o estudo é aquela prevista na segunda parte do mesmo.

Assim, a relação de consumo de execução diferida ou sucessiva, estabelecida antes da pandemia, mas atingida, durante sua vigência, pela crise

provocada por ela, pode ser revista se se tornar excessivamente onerosa para o consumidor, que se valerá do citado artigo.

O consumidor pode, se não alcançada a solução consensual, valer-se, então, do Código de Defesa do Consumidor para pleitear judicialmente a revisão do contrato ou a isenção de penalidades decorrentes da mora em caso de inadimplemento que cause a resolução.

Pode ocorrer, de outro lado, que a pandemia impossibilite não ao consumidor, mas ao fornecedor o cumprimento do contrato nos termos pactuados. Mais uma vez, revela-se imprescindível o diálogo, pois, conforme bem observa Tartuce (2020), “chegou o momento de as partes contratuais, no Brasil, deixarem de se tratar como adversários e passarem a ser comportar como parceiros de verdade”, agindo com solidariedade.

Dialogando, é possível que seja alcançada uma solução que evite o rompimento do vínculo, permitindo sua manutenção, ainda que com o cumprimento das obrigações de forma diversa da pactuada, ou em prazo maior.

Judicialmente, o fornecedor não tem à sua disposição os mecanismos de defesa do consumidor para a revisão do contrato, mas poderá valer-se dos institutos do Código Civil para tanto, a depender do caso concreto.

Aliás, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, de forma bastante restrita, as causas excludentes da responsabilidade civil do fornecedor, sequer prevendo, dentre elas, o caso fortuito e a força maior. Contudo, no caso do fortuito externo, a jurisprudência tem entendido pela exclusão da responsabilidade civil, na medida em que sua ocorrência rompe o nexo de causalidade entre o evento e dano, não se situando no campo da culpa, sequer perquirida no modelo de responsabilidade objetiva adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante, as soluções previstas na legislação já existente, quando da pandemia, em busca de minimizar os impactos da calamidade sanitária nas relações privadas, foi editada a Lei 14.010, de 2020, que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (Rjet) no período da pandemia do Coronavírus (COVID-19), que, quanto às relações consumeristas, suspendeu temporariamente o direito de arrependimento para vendas fora do estabelecimento comercial, prevendo, em seu Art. 8º, que

[...] até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do Art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

Antes da citada previsão legal temporária, doutrina e jurisprudência já discutiam sobre a correta interpretação do Art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de saber se todas as vendas fora do estabelecimento ensejariam o direito de arrependimento, havendo clara tendência no sentido de permiti-lo para assegurar ao consumidor a aquisição consciente (PEÇANHA, 2020), não se aplicando de forma irrestrita, pois o fundamento de tal direito, para os contratos à distância, está no reconhecimento de que o consumidor

[...] não vê o produto nem amostras do serviço contratado, além de, notadamente em compras pela internet, não haver tido um auxílio técnico na realização da contratação e sequer acesso a todas as informações do serviço e do produto (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2020).

Por óbvio, o isolamento social decorrente da pandemia fez aumentar as vendas fora do estabelecimento comercial, por meio do sistema de entrega domiciliar, pois as necessidades das pessoas continuam existindo, mas elas se viram impedidas de circular e, ainda, porque os fornecedores foram impedidos de manter seus estabelecimentos abertos para recepção de clientes. Ocorre que esse aumento está trazendo novas questões ligadas ao direito de reflexão e de arrependimento do consumidor, podendo gerar, para o fornecedor, uma insegurança jurídica quanto à manutenção dos contratos.

Assim, para evitar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a interpretação do Art. 49 da Lei nº 8.078, de 1990, durante a pandemia, e o consequente aumento de vendas diretas, o legislador, ao menos temporariamente, estabeleceu, no dizer de Gagliano e Oliveira (2020), “uma interpretação extensiva do mesmo, especificamente para dois tipos de produtos essenciais: os bens perecíveis ou de consumo imediato e os de medicamento”, conforme previsão do Art. 8º da Lei nº 14.010, de 2020.

A análise do citado dispositivo revela que a suspensão do direito de arrependimento, previsto no Art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, não afeta todas as vendas diretas, mas apenas aquelas referentes a produtos perecíveis ou de consumo imediato e a medicamentos, de modo que, como não poderia deixar de ser, o consumidor de todos os demais produtos e serviços continua protegido com o direito de arrependimento.

Peçanha (2020) faz uma criteriosa reflexão sobre a previsão normativa do Rejet quanto aos contratos de consumo, afirmando que o dispositivo gera certo desconforto e precisa ser interpretado com cautela, para não permitir, “sob o pretexto de minorar os custos da pandemia”, o sacrifício de direitos fundamentais, “consagrados com elevado custo na ordem constitucional, como é o caso das garantias do consumidor, cuja proteção é esculpida na Constituição da República”.

Além do Rejet, outras leis foram editadas, com vigência temporária, para regular questões privadas durante a pandemia, com importantes reflexos em contratos de consumo, valendo destacar a Lei nº 14.034, de 5 de agosto de 2020, e a Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020.

A Lei nº 14.034, de 2020, dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira, em razão da pandemia da COVID-19, e prevê, no seu Art. 3º, regras sobre o reembolso do valor da passagem aérea devido ao consumidor por cancelamento de voo, no período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, tendo, como claro objetivo, a preservação da saúde financeira das companhias aéreas, tão atingidas durante a pandemia (BELMONTE; ZANINI, 2020). Portanto, a preocupação aqui, do mesmo modo, não é precipuamente com o consumidor, mas com a manutenção do setor aéreo que, embora não se possa olvidar da importância de medidas tais, deve haver o mesmo cuidado para não gerar perda de direitos tão caros aos consumidores.

Por fim, destaca-se a Lei nº 14.046, de 2020, dispondo 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 decorrente da pandemia que, novamente, protege o fornecedor, a fim de evitar o colapso desse setor do mercado, já tão prejudicado pelas medidas de isolamento social estabelecidas.

As leis elaboradas para atendimento das situações atingidas pela pandemia, como as referidas neste capítulo, demonstram a preocupação do

legislador com a preservação das empresas que, no atual momento de crise sanitária, estão sofrendo graves prejuízos financeiros e cujas falências, em última análise, também impactarão sobremaneira a vida dos consumidores, do que não se pode esquecer.

Solidariedade é a palavra de ordem, e diálogo nos contratos de consumo é a prática da vez, possibilitando a conjugação dos direitos do consumidor com a preservação das atividades econômicas e minimizando os impactos da pandemia na vida e na sobrevivência das pessoas.

Considerações finais

Pelo presente capítulo, elaborado com o objetivo de traçar um panorama do impacto da pandemia de COVID-19 nos contratos de consumo e de pesquisar as possíveis soluções para os conflitos de interesses entre consumidor e fornecedor surgidos em razão dela, foi possível verificar que, se de um lado, é necessário evitar a doença e as mortes por meio do isolamento social, de outro, é fato que as providências restritivas também estão gerando problemas, destacando-se aqueles relacionados às questões econômicas.

É que a pessoa humana deve ser analisada para além de sua dimensão física, não se podendo esquecer que a questão econômica extrapola, profundamente, os limites financeiros, afetando as famílias e as pessoas, que, na verdade, formam as empresas, ferindo sua dignidade e comprometendo sua vida e sua sobrevivência.

Ainda que existam soluções legais para a resolução dos contratos ou para seu inadimplemento sem penalidades, com a invocação do fortuito externo, é fato que a preservação do vínculo, ainda que sob condições diversas daquelas pactuadas inicialmente, é a medida que melhor atende aos princípios que norteiam a teoria contratual e as relações de consumo, fundados na dignidade da pessoa humana, como a boa-fé objetiva, a tutela do hipossuficiente, a função social do contrato, a força obrigatória dos contratos, a liberdade econômica e de concorrência.

Verificando como a pandemia está atingindo frontalmente as relações privadas, dentre as quais as de consumo, e, visando a sua conservação, o legislador

brasileiro elaborou as Leis nº 14.010, 14.043 e 14.046, todas em 2020, tentando conciliar a proteção do consumidor com a preservação da empresa, o que é louvável.

Contudo há que se ter cuidado para que, no afã de responder rapidamente à crise econômica originada pela pandemia, não se esqueça dos direitos duramente conquistados pelo consumidor brasileiro por meio da edição do Código de Defesa do Consumidor, em atendimento ao comando constitucional, e se passe a aplicar as regras excepcionais sobre as situações gerais ou, ainda, a interpretação legal cabível para situações extraordinárias para os momentos ordinários.

Referências

- ARQUETTE Leite Novais, Alinne. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BELMONTE, Renata; ZANONI, Amanda. **Os avanços trazidos com a edição da lei 14.034/20**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331775/os-avancos-trazidos-com-a-edicao-da-lei-14034-20>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev. atu. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 259-512.
- CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Os valores sociais da livre iniciativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano. 43, n. 171, p. 75, jul./set. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92842/Corval%20Paulo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 abr. 2020.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Disposições gerais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev. atu. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 15-74.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11. ed. rev. atu. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. **Comentários à “Lei da Pandemia” (Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020 - RJET)**: análise detalhada das questões de direito civil e direito processual civil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/859582362/comentarios-a-lei-da-pandemia-lei-14010-2020>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- OLIVEIRA, Adriana Cristina de; LUCAS, Thabata Coaglio; IQUIAPAZA, Robert Aldo. O que a pandemia da COVID-19 tem nos ensinado sobre adoção de medidas de precaução? **Texto contexto – enferm.**, Florianópolis, Epub, v. 29, maio 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072020000100201&lng=pt&nrn=iso. Acesso em: 28 ago. 2020
- PEÇANHA, Danielle Tavares. **Impactos da pandemia nas relações de consumo: o direito de arrependimento e o PL 1.179/2020**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/959210B9855DC1_Impactosdapandemianoambitodasr.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. **Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- TARTUCE, Flávio. **O coronavírus e os contratos: extinção, revisão e conservação – boa-fé, bom senso e solidariedade**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Relações jurídico-processuais eletrônicas e o direito fundamental de acesso à justiça pelo cidadão em tempos de pandemia

Leila Maria Tinoco Boechat Ribeiro¹

Carlos Henrique Medeiros de Souza²

-
1. Professora de Direitos Humanos e Especialista em Direito Público, na Universidade de Iguazu (Unig - Campus V - RJ). Oficial de Justiça Avaliadora Federal (SJRJ). Mestre e doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf). E-mail: leilaboechat@yahoo.com.br
 2. Professor Associado e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Cognição e Linguagem da Uenf. Doutor em Comunicação, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: chmsouza@gmail.com.

Considerações iniciais

As tecnologias da informação e da comunicação, ao longo das últimas décadas, em especial, a partir do advento da internet, têm sido, cada vez mais, utilizadas no âmbito do Judiciário nacional e, mais recentemente, responsáveis pela modernização e pelo aperfeiçoamento dos serviços judiciais, desde os juizados até a mais alta Corte, sobretudo no tocante à implementação dos sistemas de processamento eletrônico. As relações jurídico-processuais, na atualidade, estabelecem-se exclusivamente por meio eletrônico. Essa realidade se torna desafiadora principalmente para os cidadãos que, embora possuam, nas hipóteses previstas no ordenamento, o direito de acesso direto à Justiça, independentemente de advogado, ainda não dispõem de meios tecnológicos (computadores, smartphones, scanners, acesso à internet) e/ou o conhecimento técnico para sua utilização, sendo possível que não lhes esteja sendo, na prática, assegurado esse direito-garantia humano/fundamental na amplitude em que é consagrado, na Constituição e nas legislações pátrias, o que pode, sem dúvida, comprometer o exercício de outros direitos fundamentais, mormente, na situação de excepcionalidade vivenciada pela pandemia do coronavírus (COVID-19), em que se verifica a intensificação de demandas judiciais e a suspensão das atividades presenciais dos órgãos jurisdicionais.

Nesse cenário, o presente capítulo visa solver a seguinte questão problema: de que maneira o Judiciário tem viabilizado a efetividade ao direito de acesso à Justiça, diretamente pelo cidadão, no âmbito das relações jurídico-processuais eletrônicas, em tempos de pandemia? Objetiva-se, então, analisar a efetividade do acesso à Justiça pelo cidadão, via processo judicial eletrônico, no contexto da COVID-19, numa abordagem interdisciplinar do Direito e das Novas Tecnologias da Informação e Comunicação, baseada em dados estatísticos apresentados pelo CETIC.br (2020) e na obra de autores como Cappelletti e Garth (1988), Souza (2003), Bueno (2016) e Barcellos (2018), perpassando fundamentos teóricos sobre o conceito de acesso à Justiça e às relações jurídico-processuais eletrônicas, o perfil da população brasileira no acesso às tecnologias, o contexto da pandemia, e, por fim, aspectos normativos e práticos relativos à efetividade do acesso à Justiça, pelo cidadão, na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em especial, nesse cenário de excepcionalidade, bem como apresentando sugestões ao seu aprimoramento.

Justifica-se o presente capítulo por sua relevância acadêmico-científica e social, à medida que se propõe a investigar a acessibilidade ao Judiciário, pela via eletrônica, inclusive aos cidadãos brasileiros que se encontram à margem da utilização das novas tecnologias, buscando efetivar seu direito fundamental social de acesso à Justiça. A metodologia adotada é, portanto, qualitativa, quanto ao problema; exploratória, quanto aos objetivos; e pesquisa bibliográfica, quanto aos procedimentos técnicos. Propõe-se, em última análise, contribuir para a efetividade do direito de acesso à Justiça, pela via eletrônica, de forma direta, pelo cidadão, direito esse humano/fundamental de envergadura constitucional.

O acesso à Justiça como direito-garantia humano/fundamental social do cidadão brasileiro e sua efetividade face aos desafios da utilização do processo eletrônico

Os direitos humanos, segundo Ramos (2020, p. 31), “consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para a vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade”. Sua consagração, no plano internacional, teve, como marco, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, que estabelece, dentre outros, o direito de acesso à Justiça, em seu Artigo X:

[...] toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele (DUDH, 2009, p. 7).

A partir daí, esse direito essencial da pessoa humana passou a ser consagrado em pactos internacionais, dentre eles, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, I, do Decreto nº 592, de 1992) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, I, do Decreto nº 678, de 1992).

No Brasil, o acesso à Justiça foi expressamente consagrado como direito fundamental pela Constituição de 1946, ao estabelecer que a lei não poderia excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (SEIXAS;

SOUZA, 2013). Atualmente, esse direito é previsto, de forma mais ampla, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no rol de direitos fundamentais do Artigo 5º, em seu inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal dispositivo enuncia, pois, o direito humano e constitucional fundamental de acesso à Justiça que, segundo Cappelletti e Garth (1998), em sua obra intitulada *Acesso à Justiça*, é expressão de difícil definição, mas determina, como finalidades básicas do sistema jurídico – aquele pelo qual se pode reivindicar direitos e/ou resolver litígios pelo Estado – a acessibilidade a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos. Os mencionados autores debruçam-se, em sua obra, sobre o primeiro aspecto, sem se descuidar do segundo, afirmando ser o acesso efetivo um pressuposto da justiça social.

Trata-se de um direito social, de segunda geração ou dimensão que, opostamente aos direitos individuais ou de liberdade, impõe um fazer estatal para assegurar sua efetividade. E, ainda, de um direito-garantia, segundo Barcellos (2018), por ser um direito em si, mas objetivar assegurar o respeito aos direitos e liberdades. Não bastasse o pleno acesso à Justiça, como direito fundamental social que é, e, nessa qualidade, corolário do princípio da igualdade, torna-se imprescindível para a eficácia jurídica da dignidade da pessoa humana. Isso porque, no entendimento de Barcellos (2008), o acesso à Justiça constitui, ao lado dos elementos materiais (educação, saúde e assistência aos desamparados), elemento instrumental do núcleo essencial ou mínimo existencial da dignidade humana, pois todas as pessoas devem ter acesso ao Judiciário e “[...] o acesso à Justiça é um meio, um instrumento para os demais direitos, mas não há um outro meio que viabilize o próprio acesso à Justiça” (BARCELLOS, 2008, p. 325).

Inegável que as novas tecnologias da informação e comunicação (NTICs) – que, segundo Marinho (2017), são tecnologias e métodos para se comunicar, surgidas no contexto da Revolução Informacional, da Revolução Telemática ou da Terceira Revolução Industrial, desenvolvidas gradativamente desde a segunda década de 1970, principalmente nos anos 1990, trazem consigo inúmeras vantagens dentre as quais se podem destacar a maior facilidade e rapidez de acesso às informações e a melhor coordenação de colaboradores dispersos geograficamente, sendo, por esse motivo, caras aos ideias de modernização e de celeridade processual buscados pelo Judiciário pátrio. Assim, essas tecnologias, que não prescindem da Internet para sua utilização

(SOUZA, 2003), têm-se manifestado no contexto dos serviços judiciários, não apenas sob forma de e-mails, sites, audiências por videoconferências, mas, também, mais modernamente, sob a forma de sistemas eletrônicos de processamento e comunicações processuais via e-mail e WhatsApp®.

Embora crescente o número de brasileiros que acessam a internet, constata-se que essa, ainda, não é a realidade de toda a população. A Pesquisa TIC Domicílios 2019, mais importante levantamento sobre acesso às tecnologias da informação e da comunicação, realizada pelo Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (CETIC.br), vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, realizada em 23.490 domicílios, em todo o território nacional, entre outubro de 2019 e março de 2020, constatou que o Brasil conta com 134 milhões de usuários de internet, o que representa 74% da população com 10 anos ou mais e que, apesar do aumento significativo nos últimos anos, na proporção da população brasileira que usa a Internet, cerca de um quarto dos indivíduos (47 milhões de pessoas) seguem desconectados, persistindo diferenças de acesso por renda, gênero, raça e regiões (BRASIL, 2020).

Segundo Salvador (2020), os custos de acesso à internet, no Brasil, são os mais elevados, somando-se a isso os problemas de acesso à rede e, em alguns casos, a inexistência de acesso em algumas regiões, devido à infraestrutura de telecomunicações, ocupando o Brasil a 111ª posição no mundo, em qualidade e velocidade de internet, atrás de países como Quênia, Armênia e Marrocos.

Percebe-se, pois, que, no tocante ao acesso à Justiça, de forma exclusiva, pela via eletrônica, os resultados dos esforços empreendidos por Cappelletti e Garth (1988), ao proporem as três ondas renovatórias como soluções ao acesso – a assistência judiciária aos pobres, a representação dos interesses difusos e um novo enfoque de acesso à Justiça, traduzido pela Lei dos Juizados Especiais, acessível, indistintamente, a todos, informal e celeremente – parecem experimentar um retrocesso na medida em que as exigências tecnológicas para esse acesso direto e gratuito do cidadão à Justiça não asseguram essa acessibilidade tão ampla conforme desejada – e, até mesmo, em certa medida, já conquistada – considerado o perfil da população brasileira, concernente ao acesso às tecnologias, resultado da Pesquisa TIC Domicílios 2019, por razões, inclusive, como visto, de ordem econômica, o que poderia caracterizar indevido retrocesso na conquista desse direito fundamental social, conforme estudos de Ribeiro, Frias e Souza (2018).

Evidente que o acesso do cidadão à Justiça, ainda que sob o enfoque do sistema acessível a todos (acesso à Justiça institucionalizada), não se restringe ao peticionamento pelo próprio cidadão, como é possível, por exemplo, em sede de Juizados Especiais e na Justiça trabalhista, mas abrange sua efetiva participação no curso do processo, bem como o exercício, perante a Justiça, do direito de defesa que, nesse contexto do processo eletrônico, por sua vez, também demandará a observância das mesmas exigências de natureza tecnológica, podendo comprometer a efetividade de princípios constitucionais como contraditório e ampla defesa (RIBEIRO; SOUZA, 2019).

Assim, na seção seguinte, analisam-se as normas que, em âmbito nacional, buscam assegurar efetividade a esse direito humano/fundamental de acesso à Justiça, sob o enfoque de acesso à Justiça institucionalizada – cuja efetividade é pressuposto lógico necessário do acesso à Justiça como valor do justo – no contexto excepcionalíssimo da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), por que passa a humanidade.

As relações jurídico-processuais eletrônicas e o acesso à Justiça pelo cidadão brasileiro em tempos de pandemia

O limiar da nova década exsurge com a Declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (Espin) pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, em razão do surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19), que reverberou, no âmbito interno, na Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, pela Portaria nº 188 do Ministério da Saúde (MS), em 4 de fevereiro de 2020, tendo sido a COVID-19 reconhecida como pandemia, pela OMS, em 11 de março de 2020, em razão, não da gravidade da doença, mas de sua distribuição geográfica, por seus surtos atingirem vários países e regiões do mundo, estando confirmados 18.902.735 casos de COVID-19 e 709.511 mortes até 7 de agosto de 2020 (BRASIL, 2020), e tendo o Brasil, no dia seguinte a esse, ultrapassado a marca de 100 mil mortes pela pandemia (MARTINS, 2020).

No Brasil, após a promulgação do texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional acordado na 58ª Assembleia da Geral da OMS, pelo Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020, da Presidência da República, foi

publicada a Lei nº 13.979/20, em 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas a serem adotadas pelas autoridades, no âmbito de suas competências, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019. No âmbito das unidades federativas, decretos estaduais e municipais passaram regulamentar a mencionada lei, estabelecendo, dentre outras normas, a suspensão de atividades educacionais, políticas, culturais, esportivas e econômicas não essenciais, o que redundou em considerável crise econômica, levando o Governo Federal a adotar medidas tendentes a minimizar seus nefastos efeitos, como, por exemplo, assumindo a complementação de salários de trabalhadores que tenham sua jornada reduzida, abrindo linha de crédito para pagamento de salários durante a calamidade pública, promovendo a abertura de créditos extraordinários para pagamento do auxílio emergencial (GALVÃO, 2020). Esse último veio a ser instituído pelo Artigo 2º da Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, no valor de R\$ 600,00 por mês, para trabalhadores afetados pelas medidas de restrição de funcionamento de atividades comerciais e de isolamento social em função da pandemia, preenchidos os requisitos da Lei.

Por evidente, a pandemia do coronavírus, pelas proporções em que afeta a sociedade brasileira, desafia, sobretudo, as autoridades governamentais na tomada de decisões políticas sobre como melhor assegurar os direitos essenciais e vitais dos seus cidadãos, buscando conciliar os interesses econômicos responsáveis pela subsistência com aqueles relativos à preservação da saúde pública e da vida dos cidadãos. Afeta, igualmente, a vida em sociedade, os comportamentos e relacionamentos sociais – sendo crescentes as estatísticas relativas aos casos de divórcio e de violência doméstica (BRASIL, 2020) – e, até mesmo, o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos como, por exemplo, a liberdade de locomoção e liberdade de exercício de atividades profissionais, em face das medidas restritivas adotadas pelas autoridades. Todo esse panorama de profundas transformações nos mais diversos âmbitos da vida em sociedade – política, educação, cultura, saúde, economia – redundou em um sem-número de ações judiciais que visam à proteção dos direitos dos cidadãos lesados ou sob ameaça de lesão em meio à crise.

Como cediço, a propositura de uma ação nada mais é que o exercício de um direito subjetivo público de pleitear, perante o Estado-Juiz, a tutela jurisdicional, e isso se faz por meio do processo. Bueno (2016, p. 76) relata que a

mais conhecida e difundida corrente doutrinária sobre a natureza jurídica do processo é a desenvolvida por Oskar von Bülow, de que o “processo é relação jurídica de direito público e trilateral, envolvendo o magistrado, o autor e o réu” e, como em toda relação jurídica, mesmo pública, há diversos elos entre seus participantes geralmente identificados pelas noções de ônus, deveres, direitos, faculdades, obrigações e sujeições. Tais relações jurídico-processuais estabelecem-se, na atualidade, graças ao desenvolvimento das NTICs, não mais de forma física, mas de forma eletrônica, dada a implementação, pelo Judiciário Nacional, dos sistemas eletrônicos de processamento (regulamentados pela Lei nº 11.419/2006).

Assim sendo, se, para o cidadão que não dispõe de acesso às tecnologias e/ou habilidades que lhe possibilitem se utilizar do processo eletrônico para defesa de seus direitos em Juízo, já era um desafio fazê-lo em condições normais, enquanto todos os órgãos jurisdicionais se encontravam com seus atendimentos presenciais ativos, para o fim de prestar eventuais orientações ou esclarecimentos acerca da utilização do processo eletrônico, ou, mesmo, viabilizar a consulta ao processo eletrônico na sede do Juízo (Artigo 35, § 4º da Resolução nº TRF2-RSP-2018/00017, de 26 de março de 2018), por maior motivo agora o será, já que nem mesmo essa via lhe é disponível, não restando outra opção senão a de, por si, desincumbir-se do ônus de conseguir equipamentos tecnológicos e condições para acessar os serviços judiciários eletrônicos, para que veja seus direitos assegurados em Juízo ou, então, mais uma vez, depender de outrem para que o faça em seu favor (BRASIL, 2018).

Isso porque, nesse complexo contexto de prevenção e contenção da COVID-19, o Judiciário também fecha fisicamente as suas portas, suspende suas atividades presenciais em âmbito nacional. No entanto a atividade essencial que é, a atividade jurisdicional não pode deixar de ser exercida, nem mesmo e, principalmente, em meio à excepcionalidade da pandemia. Assim, buscando conciliar a natureza essencial da atividade jurisdicional e a necessidade de se assegurarem condições mínimas para sua continuidade, com a preservação da saúde de magistrados, de agentes públicos, de advogados e de usuários em geral, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – a quem incumbe a fiscalização e a normatização do Poder Judiciário e dos atos praticados por seus órgãos (Artigo 103-B, § 4º, I, II e III, da CF) – edita a Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, que estabelece regime de plantão extraordinário para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, em âmbito nacional,

com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo coronavírus (COVID-19) e garantir o acesso à justiça nesse período emergencial (BRASIL, 2020).

Em seu Artigo 3º, a mencionada Resolução determina a suspensão do atendimento presencial de partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado pelos meios tecnológicos disponíveis. Eis a questão. Meios tecnológicos disponíveis a quem? Àqueles que possuem acesso a tais meios, excluídos aqui, pois os desconectados, aqueles que não dispõem de acesso a equipamentos tecnológicos (NTICs) e/ou habilidades que lhes permitam se utilizar desses meios para o fim de acessar a Justiça. Os parágrafos do mencionado dispositivo estabelecem, ainda, que cada unidade judiciária deverá manter canal de atendimento remoto a ser amplamente divulgado pelos tribunais e que, não logrado atendimento dessa forma, os tribunais providenciarão meios para atender, presencialmente, advogados, públicos e privados, membros do min.stério Público e da Polícia Judiciária, durante o expediente forense.

Observe-se, portanto, que o cidadão que, pela Constituição e Leis dos Juizados Especiais, por exemplo, teria amplo acesso à Justiça, de forma direta e gratuita, nesse momento de excepcionalidade, não o terá caso não tenha acesso aos meios tecnológicos que viabilizem essa comunicação e sequer, a teor do texto da Resolução, o terá presencialmente caso não logrado atendimento de forma eletrônica pois, aqui, não se previu essa modalidade de atendimento às partes, merecendo o mencionado dispositivo interpretação ampliada para alcançar igualmente os cidadãos no exercício do *jus postulandi*, em consonância com o princípio constitucional da isonomia, já que, nessa qualidade, postulam diretamente em Juízo, não se podendo apresentarem em desvantagem quanto ao seu acesso à Justiça em relação aos procuradores, quer públicos, quer privados, ou mesmo o min.stério Público.

Não obstante, não se ignoram nem se desconsideram os esforços que o Judiciário tem empreendido no sentido de se fazer mais acessível ao cidadão nesse tempo de excepcionalidade, buscando lhe viabilizar o acesso à Justiça. Assim é que, dentre outros atos normativos expedidos pelo CNJ, destacam-se: a) a Portaria nº 61, de 31 de março de 2020, que institui a plataforma emergencial de videoconferência para a realização de audiências e de sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia COVID-19; e b) a Resolução nº 317, de 30 de abril de 2020, que estabelece e regulamenta a realização de perícias médicas e socioeconômicas, por meio eletrônico, em processos judiciais que versem

sobre benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto perdurarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus, visando primados constitucionais da garantia do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana e dada a exigência de adoção de alternativas tecnológicas na condução dos processos para solucionar os litígios, de modo a preservar a incolumidade sanitária de todos os que atuam no sistema de justiça, em razão do isolamento social, para conter a transmissibilidade do coronavírus, com respaldo, ainda, na Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020, que autoriza o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus.

Estabelece, ainda, a Resolução nº 317/20, que os tribunais deverão instituir serviço de atermção on-line para dar resolutividade aos processos judiciais por benefícios previdenciários ou assistenciais (Artigo 3º) e que o Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de desenvolvimento Sustentável (Lioids) deve avaliar e propor ao CNJ plano de ação para melhoria do acesso à justiça, da resolutividade e do fluxo de dados dos processos judiciais referentes aos benefícios previdenciários e assistenciais (Artigo 4º), assegurando a apreciação dessas matérias no período de plantão extraordinário, instituído pela Resolução nº 313/20 (Artigo 5º).

Na seção seguinte, abordam-se os aspectos normativos e práticos relativos aos desdobramentos da referida normativa do CNJ no âmbito do TRF2, em especial, na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, buscando-se atribuir efetividade ao acesso à justiça, pelo cidadão, no contexto excepcional da pandemia.

A efetividade do acesso à Justiça pelo cidadão nas relações jurídico-eletrônicas, em tempos de pandemia, na Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Os tribunais têm, então, no âmbito de sua jurisdição, regulamentado a Resolução nº 313/20 do CNJ, como assim o fez o TRF2, que abrange as Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, em especial, por meio da Resolução nº TRF2-RSP-2020/00012, de 26 de março de 2020 (BRASIL, 2020), que reitera o meio exclusivamente eletrônico para comunicação de advogados, partes e membros do ministério Público com as unidades judiciárias (Artigo 3º, § 6º) – devendo essas informarem dados de contato, preferencialmente e-mail, divulgado, de forma destacada, nos portais da internet do

Tribunal e Seções, assegurando o pronto e efetivo atendimento de advogados e procuradores (Artigo 3º, § 5º) – e veda, expressamente, o acesso aos prédios da Justiça Federal, salvo para realização de serviços essenciais que não possam ser realizados por meio remoto e na hipótese do § 7º do Art. 3º dessa Resolução (Artigo 2º, § 3º), que trata da necessidade de atendimento presencial, a critério do magistrado, diante da impossibilidade de atendimento remoto, restrita essa possibilidade às matérias do artigo da Resolução nº 313/2020, do CNJ (BRASIL, 2020).

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ), em seu site (jfrj.jus.br), em mensagem inicial, em destaque, intitulada “A Justiça Federal não parou! Estamos trabalhando remotamente. Como ser atendido durante a pandemia?”, disponibiliza orientações sobre o acesso à Justiça pelo cidadão no período da pandemia, informando telefones da central de teleatendimento, inclusive para informações sobre o processo eletrônico, e fornece contato das Seções de Atendimento ao Jurisdicionado e Cidadania para orientações quanto ao Primeiro Atendimento dos Juizados Especiais Federais, bem como o link de ajuda no acesso aos sistemas processuais, listas de contato com as Varas, Juizados e Gabinetes, via e-mail, telefone ou WhatsApp®. Ainda, em cumprimento à determinação do Artigo 3º da Resolução nº 317 do CNJ, disponibiliza, em seu site, o serviço de primeiro atendimento on-line (BRASIL, 2020a).

Visando facilitar a propositura da ação relativa ao auxílio emergencial diretamente pelo próprio cidadão, o *site* da SJRJ traz, já na página inicial, intitulado “JFRJ: como dar entrada em uma ação sobre auxílio emergencial sem advogado”, um link específico com o passo a passo para ajuizamento da referida demanda, em linguagem acessível, expressando sua expectativa no sentido de facilitar a propositura da ação diretamente pelo cidadão e oferecendo auxílio adicional eventualmente necessário pelo Su-proc (suporte), concluída com “Atenciosamente, Equipes de Atendimento ao Jurisdicionado e Cidadania e de Suporte ao Usuário da Subsecretaria de Atividades Judiciárias”, o que demonstra não só a preocupação em satisfazer a necessidade do cidadão usuário, como também cordialidade no tratamento a ele dispensado (BRASIL, 2020b).

O site da SJRJ (BRASIL, 2020c) traz, ainda, informações sobre o cadastramento no sistema de processamento eletrônico e-Proc, no sentido de que, durante o período de suspensão do atendimento presencial ao público, em decorrência da pandemia do novo coronavírus, a ativação do cadastro será

por meio do envio, por meio do sistema Su-proc, de documento com número do CPF e foto, após o que a unidade de suporte ao usuário contactará o demandante para indicar os procedimentos para realização de videoconferência, visando à identificação pessoal e à conclusão da validação do cadastro.

Tais exemplos demonstram o intuito de se tornar efetivo o acesso à Justiça institucionalizada pelo cidadão, o que se coaduna com a missão da Justiça Federal ali expressa, que é “[...] garantir à sociedade uma prestação jurisdicional acessível, rápida e efetiva”, muito embora não se prescindia do acesso pela via eletrônica, inclusive nos serviços de ouvidoria, que disponibilizam e-mails para contato, sendo possível o contato telefônico nas hipóteses alhures mencionadas (BRASIL, 2020d).

Essa preocupação também se faz perceber no tocante à realização de perícias virtuais, que viabilizam a obtenção de benefícios previdenciários e assistenciais, inseridas pelo Artigo 5º da Resolução nº 317/20, no Artigo 4º, inciso XI, da Resolução nº 313/20, sejam as médicas ou as socioeconômicas. Essas últimas, no âmbito da Justiça Federal da 2ª Região, realizadas mediante o cumprimento de mandados de avaliação socioeconômica pelos oficiais de justiça avaliadores federais (Ojafs). Assim, pela Portaria nº JFRJ-PGD-2020/00016, de 29 de maio de 2020 (BRASIL, 2020e), além dos mandados urgentíssimos cumpridos em regime de plantão ordinário e extraordinário, preferencialmente pela via eletrônica, os Ojafs da SJRJ passaram a cumprir, também, exclusivamente pela via eletrônica, em regime de mutirão, notificações em Mandados de Segurança e mandados expedidos em procedimentos dos Juizados Especiais Federais, cuja parcela significativa cabe às avaliações socioeconômicas. Na Subseção Judiciária de Itaperuna, em especial, os Ojafs, via de regra, utilizam-se, para tanto, de chamadas de vídeo via WhatsApp® – estabelecendo contato direto com a parte autora, por meio do próprio aparelho ou por auxílio de um familiar, vizinho ou advogado – mediante preenchimento de formulário e juntada de fotos e eventuais laudos e documentos enviados pelas partes que possam auxiliar o Juízo na decisão da demanda.

Mais uma vez, é primordial o uso da tecnologia para viabilizar o acesso do cidadão à Justiça, dessa feita, na fase instrutória do processo. Ocorre que muitos dos requerentes de tais benefícios, em especial, os assistenciais de prestação continuada – que consistem na garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos

ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, previstos na Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/93) – não possuem smartphone com possibilidade de realização de chamada de vídeo ou, mesmo, não possuem acesso à internet ou alguém que os auxilie. Então? Seriam esses autores, por esse motivo, preferidos quanto ao andamento de suas demandas em relação aos demais, pelo simples fato de não possuírem esse acesso à tecnologia? Nesses casos, os Ojafs da Subseção Judiciária de Itaperuna, por exemplo, realizam o cumprimento de tais mandados pela via telefônica, exatamente pelo fato de que, possivelmente, esses sejam os que mais necessitam do benefício nesse momento de crise, dada sua natureza assistencial, que visa à provisão de mínimos essenciais, ou seja, a garantia das necessidades básicas do cidadão. Nesse sentido, tais cumprimentos têm sido validados pelo Juízo do Juizado Especial Federal Cível e Previdenciário de Itaperuna, assegurando-se o efetivo acesso do cidadão à Justiça, quanto ao cumprimento de mandados dessa natureza pela via eletrônica ou, mesmo, telefônica, na excepcionalidade trazida pela pandemia. Atribui-se, assim, na prática, efetividade ao princípio constitucional da isonomia, sob o aspecto material que, na concepção aristotélica, consiste em conferir a alguém um tratamento diferenciado na exata proporção de sua desigualdade, nesse caso, de ordem tecnológica.

O exemplo mencionado parece conciliar, a um só tempo, o acesso à Justiça pelo cidadão sob ambos os aspectos mencionados por Cappelletti e Garth (1988), sob a perspectiva de acesso à Justiça institucionalizada e igualmente sob a perspectiva da justiça social, como valor do justo, assegurando, dessa forma, o efetivo acesso do cidadão à Justiça nas relações jurídico-processuais eletrônicas, seja na fase inicial do processo (atermação on-line), seja no curso do processo (medidas de urgência deferidas pelo Juízo e cumpridas pelos Ojafs plantonistas, a fim de resguardar direitos fundamentais no curso da pandemia, a exemplo das tutelas relativas a saúde e alvarás de soltura), ou, mesmo, na fase instrutória (por meio de audiências por videoconferência e por perícias virtuais, como, por exemplo, as socioeconômicas, relativas aos pedidos de benefício assistencial).

Não obstante, nessas relações jurídico-processuais eletrônicas, não se prescinde do acesso às NTICs, persistindo a barreira tecnológica de acesso à Justiça àqueles desconectados, cuja remoção ou considerável atenuação pode e deve-se dar mediante a adoção de medidas, no âmbito do Judiciário

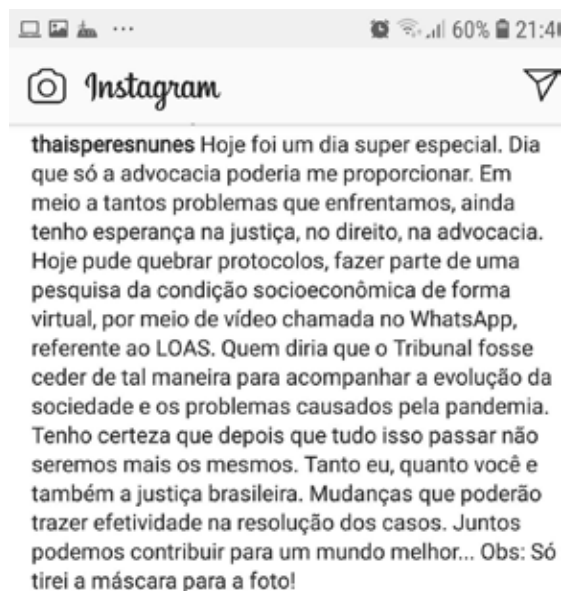
nacional, responsáveis por dar efetividade às normas já previstas na legislação pátria, apontadas por Ribeiro e Souza (2018): a manutenção de equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais, pelos órgãos jurisdicionais, à luz do Artigo 10, § 3º, da Lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/06), e a promoção da inclusão digital, a partir do fomento à cultura digital e da promoção da internet como ferramenta social, conforme preconiza o Artigo 27, inciso I, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14).

Figura 1 – Print de videochamada via WhatsApp®, em perícia socioeconômica, durante a pandemia



Fonte: acervo pessoal da autora.

Figura 2 – *Print* de mensagem publicada na internet (dra. Thais Peres Nunes)



Fonte: Instagram® da advogada.

Considerações finais

Assegurar a efetividade de acesso à Justiça ao cidadão sempre foi questão tormentosa na doutrina, chegando Cappelletti e Garth, em sua obra clássica “Acesso à Justiça” (1988), a proporem três ondas renovatórias para solucionar o problema, quais sejam, a assistência judiciária aos pobres, a representação dos interesses difusos e um novo enfoque de acesso à Justiça, traduzido pela Lei dos Juizados Especiais, acessível indistintamente a todos, informal e célere.

Não obstante, como se percebe, o advento das novas tecnologias da informação e da comunicação e sua utilização cada vez mais intensa e diversificada (sistemas de processamento eletrônico, e-mails, videoconferências, entre outras), no âmbito do Judiciário Nacional, tem trazido novos desafios, em especial, àqueles cidadãos que não dispõem de acesso aos meios tecnológicos (computadores, smartphones, scanners, conexão à internet) e de habilidade

técnica para deles se utilizar a fim de efetivar seu direito humano/fundamental de acesso à Justiça, que, na atualidade, faz-se pela via eletrônica.

Assim, nesse contexto em que as relações jurídico-processuais se estabelecem exclusivamente pela via eletrônica, em especial, no âmbito da pandemia do coronavírus (COVID-19), intensifica-se esse desafio ao cidadão que, em tese, conforme lhe facultam a Constituição e legislação pátrias, poderia exercer esse direito por si, independentemente de advogado, mas não dispõe sequer da possibilidade de se dirigir ao balcão do órgão jurisdicional para obter informações sobre como o fazer ou, mesmo, ter, ali, acesso ao seu processo, ainda que eletrônico, não lhe restando outra opção a não ser, por si, buscar acesso às NTICs e desvendar esse universo tecnológico para resguardar seus direitos, sem o que, necessariamente, estará fadado a socorrer-se de um advogado, público ou privado, para esse fim.

Não obstante, constata-se, neste capítulo, que muitas têm sido as iniciativas do Judiciário Nacional na tentativa de assegurar, tanto quanto possível, efetividade ao direito de acesso à Justiça ao cidadão, em especial, na excepcionalidade da pandemia, disponibilizando e-mails e telefones para contato, promovendo a atermação on-line, audiências por videoconferência, perícias virtuais, intimações por WhatsApp®, disponibilizando informações acessíveis ao cidadão sobre como, por si, pode realizar a propositura de uma ação relativa ao benefício emergencial, como o fez, por exemplo, em seu site, a SJRJ.

Medidas essas que, por melhores que sejam, atenuam as dificuldades de acesso, mas não as excluem daquela parcela de cidadãos brasileiros que ainda permanece desconectada, segundo as estatísticas apresentadas pelo CETIC.br. Nessa hipótese, a fim de efetivar direitos fundamentais durante a pandemia, em alguns casos, o Judiciário tem admitido a excepcionalidade de utilização da via telefônica, quando essa é a única alternativa a viabilizar a realização da justiça como fim, como o fez o Juízo do Juizado Especial Federal Cível e Previdenciário de Itaperuna, no tocante à validação do cumprimento de mandados de avaliação socioeconômica pela via telefônica.

No mais, no âmbito das relações jurídico-processuais que ora só se estabelecem pela via eletrônica, sabe-se que, para que esse óbice tecnológico ao acesso do cidadão à Justiça seja removido senão atenuado, torna-se necessário o efetivo acesso do cidadão aos meios tecnológicos (equipamentos e acesso

à internet) e sua inclusão digital específica no âmbito do Judiciário que lhe viabilize, em igualdade de oportunidades, o acesso direto e gratuito à Justiça nos moldes, em que preconizado pelo ordenamento jurídico pátrio, máxime a Constituição Cidadã de 1988, que internaliza esse direito humano/fundamental social como um meio para outros direitos, a constituir, dada a inexistência de outro meio que o viabilize, o elemento instrumental do núcleo essencial da própria dignidade humana.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da humana. 2. ed. Amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01 jul. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Brasília: Presidência da República, [2006]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01 jun. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece normas, princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, [2014]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 jun. 2020.
- BRASIL. CETIC.br. Três em cada quatro brasileiros já utilizam a Internet, aponta pesquisa TIC Domicílios 2019. **CETIC.br**, 26 maio 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet-aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. CNJ. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília: CNJ, [2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-313-19-marco-2020-cnj-cnj.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- BRASIL. IBDFAM. Crescem os números de violência doméstica no Brasil durante o período da quarentena. **IBDFAM**, 29 abr. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7234/Crescem+os+n%C3%BAmeros+de+viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica+no+Brasil+durante+o+per%C3%ADodo+de+quarentena>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188/GM/MS, de 04 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 04 fev. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 27 jul. 2020.

- BRASIL. Opas Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde Américas. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). **Opas**, 17 jul. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. SJRJ. Justiça Federal não parou. Estamos trabalhando remotamente. Como ser atendido durante a pandemia? **SJRJ**, 31 maio 2020a. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/noticia/justica-federal-nao-parou-estamos-trabalhando-remotamente-como-ser-atendido-durante-pandemia>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. SJRJ. Atendimento dos Juizados sem advogado. Ação sobre auxílio emergencial. **SJRJ**, 2020b. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/atendimento-dos-juizados-sem-advogado/acao-sobre-auxilio-emergencial-sem-advogado>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. SJRJ. Cadastramento como jus postulandi. **SJRJ**, 2020c. Disponível em: https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/SAJ/cadastramento_como_jus_postulandi-suproc.pdf. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. SJRJ. Ouvidoria: um serviço essencial ao exercício da cidadania. **SJRJ**, 2020d. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/noticia/ouvidoria-um-servico-essencial-ao-exercicio-da-cidadania>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- BRASIL. SJRJ. Portaria nº **JFRJ-PGD-2020/00016, de 29 de maio de 2020**. Brasília: **SJRJ**, [2020e]. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/SEASI/jfrjpgd202000016a.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- BRASIL. TRF2. Resolução nº **TRF2-RSP-2018/00017, de 26 de março de 2018**. Rio de Janeiro: TRF2, 2018. Disponível em: <http://portaleproc.trf2.jus.br/wp-content/uploads/2018/04/trf2-rsp-2018-00017.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.
- BRASIL. TRF2. Resolução nº **TRF2-RSP-2020/00012, de 26 de março de 2020**. Rio de Janeiro: TRF2, 2020b. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2020/03/trf2-rsp-2020-00012.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- BUENO. Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- GALVÃO, Paulo. Governo Federal anuncia pacto de R\$ 200 bilhões contra crise gerada. **Estado de min.s**, 01 abr. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/04/01/internas_economia,1134606/governo-federal-anuncia-pacote-de-r-200-bilhoes-contra-crise-gerada-p.shtml. Acesso em: 20 jul. 2020.
- MARINHO, Elton. Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (NTICs). **Docsity**, 30 jul. 2010. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABaiMAB/novas-tecnologias-informacao-comunicacao-ntics>. Acesso em: 30 maio 2018.
- MARTINS, Humberto. Em dia de marca de 100 mil mortes, Governo diz que Brasil é “exemplo ao mundo todo”. **Estado de Minas**, 8 ago. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/08/08/interna_politica,1174473/em-dia-de-100-mil-mortes-governo-diz-que-brasil-e-exemplo-ao-mundo.shtml. Acesso em: 10 ago. 2020.

- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Acessibilidade: NTICs como “instrumento ao quadrado” no âmbito do processo judicial eletrônico. **Al-tus Ciência**, Faculdade Cidade de João Pinheiro (FCJP), v. 07, p. 410-427, jan./dez. 2018.
- RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros De. Processo eletrônico e (não) comunicação dos atos processuais ao cidadão: violação ao contraditório e ampla defesa?. In: CONINTER, 8., 2019, Maceió. **Anais [...]**. Maceió: Centro Universitário Tiradentes, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/coninter2019>. Acesso em: 28 jul. 2020.
- RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat; FRIAS, Mônica Lúcia do Nascimento; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. Juizados Especiais e Processo Eletrônico: Vaivém das Ondas Cappellettianas e Retrocesso Social? **Revista Lex Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre-RS, v. 86, p. 64-81, set./out. 2018.
- SALVADOR, Maurício. O e-commerce no Brasil: desafios, microempresas e o futuro da logística. In: **TIC EMPRESAS** (livro eletrônico). São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/20200707094721/tic_empresas_2019_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.
- SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. **Direito e Democracia**, Canoas, RS, v. 14, n. 1, p. 68-85, jan./jun. 2013.
- SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. **Comunicação, educação e novas tecnologias**. Campos dos Goytacazes, RJ: Fafic, 2003.

O papel da Ouvidoria Pública de Saúde em face da pandemia da COVID-19

Maria Luiza Mota Almeida¹

Alex da Silva Xavier²

Nilo Lima de Azevedo³

1. Graduanda em Administração Pública.

2. Doutor em Sociologia Política.

3. Doutor em Sociologia Política.

Considerações iniciais

Em sua origem, na Suécia, no início do século XIX, o Ombudsman surgiu como um órgão de controle constitucional da Administração Pública e, em alguns casos, aliado ao controle da Justiça. Embora, em um primeiro momento, não fosse possível observar a difusão desse instituto, em 1918 surge a segunda experiência Ombudsman na Finlândia, que é seguido pela Dinamarca em 1953. O Ombudsman não foi uma novidade em relação ao controle da Administração, uma vez que já existiam órgãos de natureza fiscalizatória; a novidade deu-se pela independência em referência ao poder político e pelo uso da magistratura da persuasão como instrumento central do controle.

No mundo ibérico, a chegada do Ombudsman apresenta uma originalidade, advinda, principalmente, do resultado do período em que Portugal e Espanha viveram sob duras ditaduras que, ao terminarem, colocaram em questão a proteção e o respeito aos Direitos Humanos. Surge, então, em 1975, o Provedor de Justiça em Portugal e, em 1978, o Defensor del Pueblo na Espanha, inscritos na parte declarativa das respectivas Constituições, incorporando, além do controle da Administração, a salvaguarda dos direitos humanos (CONSTENLA, 2011).

O mesmo ocorre na América Latina do século XX, que foi o cenário de uma onda de ditaduras militares como a da Argentina, do Chile, do Uruguai e do Brasil. Porém, em meados da década 1970, iniciam-se as transições democráticas, terreno fértil para a internalização do Ombudsman no continente, no qual difundiu o instituto, porém prevalecendo o modelo e a nomenclatura do Defensor del Pueblo. Esse movimento também alcança o Brasil, na figura das Ouvidorias.

No caso brasileiro, na redemocratização, a primeira Ouvidoria Pública de fato efetivada no país foi a de Curitiba, por meio da gestão do então prefeito Roberto Requião. Essa Ouvidoria alcançou resultados significativos que reforçaram a credibilidade do instituto. Seu titular, Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, em lei orgânica do município, conseguiu vincular a Ouvidoria ao Poder Legislativo Municipal, porém esse dispositivo nunca foi regulamentado.

A partir daí começaram a surgir inúmeros modelos de Ouvidorias setoriais: no nível federal do governo, um exemplo é a Ouvidoria-Geral do Ibama. A pri-

meira experiência em nível estadual, a Ouvidoria Pública do estado do Paraná foi espelhada na iniciativa da Prefeitura Municipal de Curitiba, que se tornou o modelo de Ouvidoria vinculada ao Poder Executivo brasileiro mais difundido (GOMES *et al.*, 2002).

Nesse ponto, surge uma importante crítica em relação às Ouvidorias públicas brasileiras, qual seja, em geral, essas sofrem controle interno por parte da Administração Pública. Elas são criadas apenas com o intuito de cumprir uma exigência normativa e, muitas vezes, nem sequer ocupam lugar no organograma institucional.

Sua vinculação ao Poder Executivo, gera um enfraquecimento de sua autonomia e independência, uma vez que terá que defender os cidadãos desse mesmo Poder. Por esse motivo, a maioria dos países que adotam o Ombudsman clássico o vinculam ao Poder Legislativo e garantem que o instituto possa desempenhar suas funções com total autonomia. Porém, ao contrário desses países, no Brasil, os ouvidores, em muitos casos, não conseguem ter total autonomia por dois principais motivos. O primeiro, pela já mencionada vinculação direta da Ouvidoria ao Poder Executivo, ou ao próprio órgão que irá supervisionar. Um segundo ponto refere-se ao cargo de Ouvidor, que, em sua grande maioria, no Brasil, nomeia-se por meio de cargo em comissão e sem mandato definido.

Outro momento de destaque em relação à Ouvidoria no caso brasileiro foi observado, em 1995, quando Luiz Carlos Bresser Pereira se encontrava à frente do ministério da Administração e Reforma do Estado. Esse período se caracteriza pelo paradigma de uma Administração Pública gerencial, no qual o modelo de Ouvidoria responde a uma racionalidade de controle de conformidade, afastando-se do ideal de participação social que irá ser retomado no início dos anos 2000, especialmente na política de saúde (XAVIER, 2020).

Assim, no governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, fortaleceu-se, dentro das experiências de Ouvidoria no Brasil, o Sistema Nacional de Ouvidoria do SUS, que, em um ambiente sem uma normatização geral do instituto no país, logrou uma coordenação nacional, descentralizada, levando em conta o desenho federativo brasileiro. O SUS mostrou-se essencial frente ao combate à pandemia e à proteção à população, e a sua Rede de Ouvidoria, como espaço de participação social, essencial para gestão e sistematização das informações decisivas para a tomada de decisões que

impactam, inclusive, sobre a sobrevivência dos cidadãos e colaboram na tensão para que os governos ajam com transparência e dentro das melhores práticas da ciência.

O Sistema Único de Saúde e a Ouvidoria do SUS

O Sistema Único de Saúde (SUS) é constituído por uma complexa rede de ações e serviços de saúde operacionalizado pelos três entes federativos. De maneira que a oferta de serviço de saúde com qualidade à população depende, em grande medida, da capacidade de gerenciamento de toda essa rede, considerando os diversos atravessamentos nela existente. De modo geral, os serviços de saúde estão significativamente organizados para lidar com situações endêmicas, e com relativa estrutura que os permite responder com assertividade nas epidemias, especialmente aquelas relativas a doenças ou riscos amplamente conhecidos. Entretanto a organização dos sistemas de saúde é desafiada, em seu limite, quando se trata da pandemia, ou seja

[...] ocorrência epidêmica caracterizada por uma larga distribuição espacial, atingindo várias nações. A pandemia pode ser tratada como uma série de epidemias localizadas em diferentes regiões e que ocorrem em vários países ao mesmo tempo (ROQUAYROL, 2009, p. 340).

A pandemia tende a desorganizar os serviços de saúde e exige da gestão uma rápida resposta para enfrentamento. No caso específico da pandemia de COVID-19, acrescentam-se aos desafios o fato de se tratar de doença ainda desconhecida no cenário mundial, recursos terapêuticos limitados e alta transmissibilidade. Todos esses fatores associados impactam diretamente na capacidade de resposta do sistema de saúde. Acrescenta-se que, em um Estado federado, como o caso brasileiro, tal resposta deve estar estruturada na coordenação dos entes, a partir do Governo Central, em uma organização da rede de atenção à saúde de cada uma das esferas de governo e de um sistema de informação e de comunicação oficial transparente e confiável. Assim, a Ouvidoria do Sistema Único de Saúde apresenta-se como importante elemento institucional com potencial para contribuir positivamente no enfrentamento da pandemia.

A criação da Ouvidoria do SUS é parte de uma estratégia maior que busca incluir, na política pública de saúde, um conjunto de mudanças de desenho institucional comprometidas com a retomada dos princípios da reforma sanitária da década de 1980. A Ouvidoria foi citada oficialmente no relatório final da 10ª Conferência Nacional de Saúde, em 1996, como um instrumento de controle social que deveria ser implementado, vinculado aos conselhos de saúde, como mais um mecanismo de participação social, entretanto sua efetivação, no SUS, só foi possível a partir da influência de Sérgio Arouca, com a criação da Secretaria de Gestão Participativa, em 2003, no primeiro Governo Lula.

Para Arouca, tratava-se de institucionalizar novos espaços de participação social com a intenção de realizar a “reforma da reforma”. O intuito era ampliar, para além dos Conselhos, Conferências e Comissões em curso, as possibilidades de participação social, construir novos caminhos. (DOWBOR, 2019; XAVIER, 2020). Nesse sentido, a participação social não está restrita ao ato de fiscalizar, ela está voltada à proposta de oportunizar às pessoas, de modo individual ou coletivo, espaços de construção de determinada ação, serviço ou mesmo uma política pública. Aqui retomamos a noção conceitual de Dagnino (2004) quanto à existência de um sentido político da participação, onde o compartilhamento de poder de decisão entre o Estado e a sociedade civil é crucial para a construção da política pública.

A criação da Ouvidoria-Geral do SUS, em 2003, agregou um conjunto de serviços voltados à provisão de informações em saúde já existentes no âmbito do ministério da Saúde, o que aponta, desde o início, para a sua concepção privilegiada de órgão de processamento de gestão da informação. Outra especificidade na criação da Ouvidoria do SUS é o fato de ela estar relacionada à pandemia de Aids. Embrião do serviço de Ouvidoria do SUS, em 1996, foi criado o *Pergunte Aids*, um serviço de teleatendimento realizado à época pelo 0800 61 2437, pelo qual as pessoas podiam tirar dúvidas a respeito da doença e demais infecções (BRASIL, 2010a).

Dentre as funções da Ouvidoria-Geral do SUS, coube a implementação da política de Ouvidoria do SUS e sua coordenação para os demais entes federativos, de modo que foi implantado um conjunto de medidas que beneficiou a descentralização desse serviço para estados e municípios (BRASIL, 2009). Em 2018, o Sistema Nacional de Ouvidorias do SUS contava com um conjunto de 1.922 Ouvidorias contempladas, Ouvidorias de Secretarias Municipais de Saúde, Secretarias Estaduais de Saúde, regionais de Saúde,

Distritos Sanitários Especiais Indígenas e unidades de saúde distribuídas em todo território nacional (BRASIL, 2019).

A existência de Ouvidorias do SUS, nas 26 Secretarias Estaduais de Saúde brasileiras e na Secretaria de Saúde do Distrito Federal, somada à capacidade de articulação entre seus respectivos Ouvidores, demonstra-se como um importante potencial de resposta a pandemia de COVID-19, considerando que os casos não iniciaram em todas as regiões, de modo imediato, o que possibilitaria que Ouvidorias do SUS, em estados e municípios inicialmente não afetados, pudessem-se planejar, ainda que em curto tempo, para tomada de ações emergenciais.

A gestão da informação realizada pela Ouvidoria do SUS em face da pandemia

Atualmente parece não haver dúvidas da necessidade de tornar o Poder Público cada vez mais transparente. É visível o avanço que os serviços públicos realizaram nos debates desse campo, especialmente no caso brasileiro, com a sanção da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), que garante às pessoas amplo acesso às informações produzidas no setor público ou, ainda, no privado, que recebam financiamento público para realizar ações de interesse público, entretanto ainda temos o desafio cada vez maior de conseguir tratar tais informações de maneira que possam ser traduzidas em conhecimento para tomadas de decisões, sejam essas no âmbito público, privado, individual ou coletivo.

Nesse sentido, as Ouvidorias do SUS, do lugar de instrumento de gestão, possuem importância ímpar no recebimento, no processamento e na transformação de informações em conhecimento para a tomada de decisões. Voltada à qualificação da gestão do SUS, ela transforma manifestações individuais em recomendações aos gestores que podem subsidiar a alteração de uma determinada ação, programa ou, mesmo, política pública, quando aponta para necessidades coletivas. Em outra medida, ela pode, especialmente em tempos de urgência (como é o caso da pandemia de COVID-19), disseminar, para os indivíduos, informação segura e de qualidade em saúde, para que as pessoas também contribuam individualmente no seu processo de cuidado em saúde, o que reforça o cuidado coletivo.

Uma rápida análise dos relatórios demonstra que, de modo geral, a pandemia de COVID-19 aumentou, significativamente, o número de manifestações recebidas pelas Ouvidorias do SUS. Na região Sudeste, por exemplo, o relatório do 1º quadrimestre de 2020 da Secretaria Estadual de Espírito Santo registrou um aumento de 172% no quantitativo de manifestações recebidas, quando comparado com o mesmo período de 2019. Na mesma direção, o 1º relatório trimestral de 2020 da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro demonstrou um aumento 60% em relação ao mesmo trimestre de 2019. Se comparado por mês, no Rio de Janeiro, esse percentual atinge, aproximadamente, 278%, comparado a março de 2020 e 2019.

Acresce a esse aumento percentual de manifestações a capacidade reduzida da força de trabalho, dado que, de modo geral, esses serviços retiraram, conforme protocolo, profissionais pertencentes a grupo de risco e aqueles com sintomas de COVID-19. De modo geral, podemos dizer que as Ouvidorias do SUS operacionalizam suas ações por intermédio de uma rede de colaboradores, ou seja, ela depende da mobilização dos demais setores ou áreas técnicas da saúde para que as manifestações registradas sejam tratadas e para que as respostas sejam levadas aos usuários. Nesse caso, diminuir a equipe, seja de profissionais que atuam diretamente nas Ouvidorias do SUS ou na rede de atenção à saúde impacta diretamente no serviço prestado por essas unidades, entretanto várias ações foram articuladas para manter a efetividade do trabalho prestado.

Segundo matéria veiculada no site da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman, em 25 de março de 2020, buscaram-se alternativas que pudessem resguardar a saúde dos profissionais que atuam no setor, sem, todavia, interferir na capacidade de atuação das Ouvidorias que, de modo geral limitaram, seu atendimento aos meios digitais (ABO, 2020). Ademais, foram mantidos os prazos de respostas da Lei nº 13.460/2017, que dispõe sobre participação, sobre a proteção e sobre a defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública e que, dentre outras questões, regulamenta as Ouvidorias. No caso da LAI, o Governo Federal, por meio de decreto, tentou modificar o regramento e alterar os prazos, mas o Supremo Tribunal Federal acolheu o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil e suspendeu o trecho em questão, não tendo prosperado posteriormente.

Algumas experiências na prática de construção do conhecimento a partir da Ouvidoria do SUS, em tempos de pandemia de COVID-19

As Ouvidorias do SUS que já possuíam expertise no atendimento eletrônico e telefônico, para além do presencial, no momento da pandemia, buscaram dedicar-se ao atendimento nessa modalidade remota. Em um cenário de muitas dúvidas e incertezas, tal como o apresentado pela pandemia do coronavírus, é fundamental que os setores estratégicos para produção e divulgação de informação e para mediação de conflitos sejam valorizados. Nesse sentido, seria, no mínimo, um equívoco fechar a Ouvidoria do SUS nesse momento, logo seu principal desafio é reinventar-se. É esperado que uma situação de pandemia deflagrará um aumento expressivo dos serviços de saúde, o que, em tese, levar-nos-ia a apostar que também aumentariam as necessidades de comunicação, tal como os conflitos, naturais da condição humana.

Não há dúvidas de que a Ouvidoria é um órgão com expertise em comunicação, e podemos afirmar que o cotidiano desse serviço fomenta um cenário bastante propício para capacitação de seus funcionários para lidar com a comunicação de risco. Conforme Rangel-S, (2007, p. 1.379):

A U.S. Public Health Services define, como princípios da comunicação de risco: aceitar e envolver o público como um parceiro legítimo; planejar cuidadosamente e avaliar os esforços realizados; ouvir as preocupações do público específico; ser honesto, franco e aberto; coordenar e colaborar com outras fontes confiáveis; definir a necessidade de mídias; falar claramente e com compaixão.

Assim, a Ouvidoria do SUS possui potencial, inclusive, para munir os usuários de informação, de maneira que se evite a presença física nas unidades de saúde de maneira desnecessária.

Em outra medida, a Ouvidoria do SUS também se ocupa, em grande parte, de sua rotina no trânsito entre os demais setores de saúde que constituem sua rede de colaboradores e na mediação de conflitos do Sistema Único de Saúde. Essa habilidade é fundamental, especialmente em um momento que

o potencial de transmissibilidade e gravidade da doença não permitirá aos familiares um acompanhamento presencial de seus entes. Dessa maneira, a Ouvidoria do SUS apresenta-se como parte fundamental do serviço de saúde que contribui com a estruturação estratégica dos serviços de saúde no enfrentamento desse momento de crise.

Uma experiência que merece destaque na compreensão da Ouvidoria do SUS, como instrumento estratégico de gestão no enfrentamento da pandemia, pode ser observado no Paraná. Naquele estado, o Secretário de Estado da Saúde, ao ativar, por meio da Resolução Sesa Paraná n° 0126/2020, o Centro de Operações de Emergências (COE) para o enfrentamento do novo Coronavírus (2019-nCoV), incluiu na composição do grupo técnico a Ouvidoria-Geral da Saúde. O COE é a estrutura responsável, dentre outras funções, por coordenar, planejar e monitorar, em seu âmbito governamental, as ações voltadas ao enfrentamento da COVID-19. Logo, a Ouvidoria, nesse espaço, tem oportunidade de contribuir com relatórios e recomendações a partir dos dados registrados e participar efetivamente do processo de planejamento e tomada de decisões com acesso célere as ações a serem operacionalizadas.

Outra ação realizada pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, com potencial impacto, foi a realização de um chamamento público por meio da Escola de Saúde Pública, com objetivo selecionar 30 estudantes de Medicina do 4°, 5° ou 6° ano para atendimento telefônico à população, realizado na Ouvidoria-Geral da Saúde, voltada ao esclarecimento de dúvidas e à prestação de orientações relacionadas à prevenção, aos cuidados e ao combate à COVID-19. Essa medida certamente contribui para qualificar as informações técnicas, em um momento de muitos questionamentos sobre a doença. Entretanto, considerando que muitas Ouvidorias do SUS não possuíam essa capacidade de suporte de equipe, outra estratégia utilizada foi a diminuição do distanciamento entre os setores produtores das informações em saúde e a população.

Dada a verticalização e a especialização técnica das áreas de serviço do SUS (Vigilância Epidemiologia, Vigilância Sanitária, Atenção Básica, e outros), as informações encontram dificuldade para circular de forma rápida e eficiente. Dessa forma, a rede de Ouvidorias do SUS pode e deve contribuir na mudança desse cenário, funcionando como um instrumento de mediação institucional. Por outro lado, em momentos de crise como experimentamos

durante a pandemia de COVID-19, existe um desconhecimento completo por parte da população em relação ao que está acontecendo e como o sistema de saúde se organiza para dar respostas. Logo, um rápido treinamento da equipe de Ouvidoria pode contribuir para que ela seja capaz de orientar a população em questões mais simples, sejam essas relacionadas a protocolos clínicos realizados pela equipe técnica, por exemplo, ou a esclarecimentos em relação aos decretos que organizam o funcionamento dos serviços, muito comum nesse período. Assim, a Ouvidoria, agilizando o processo de disseminação de informação, funciona como um catalisador que, também, fortalece a sua rede colaborativa interna.

A atuação da Ouvidoria do SUS durante a pandemia é essencial na articulação entre serviço de saúde e usuários do SUS, em um período que é exigido do SUS rápidas adequações administrativas para prevenir e conter a disseminação da doença. Nesse sentido, são importantes pontos de apoio para o usuário que pode encontrar dificuldades para se localizar em meio à reorganização do sistema. De forma proativa, pode a Ouvidoria ajudar na divulgação das mudanças e na orientação da gestão quanto as maiores dificuldades encontradas pelo usuário.

Outra importante ação estimulada pela Ouvidoria do SUS foi o reconhecimento dos profissionais de saúde pela população. Os profissionais de saúde, para além de sua importância vital no tratamento das pessoas vitimadas pela doença, possuem a especificidade de estarem em alto risco de contaminação, o que acrescenta às duas respectivas responsabilidades profissionais maior tensão, dada a possibilidade de contaminar-se. Segundo o Conselho Federal de Enfermagem (2020), entre os dias 20 de março de 2020 e 31 de julho de 2020, foram reportados 31.104 casos de profissionais (enfermeiros ou técnicos de enfermagem) contaminados pela COVID-19, com 325 óbitos. Nesse sentido, algumas medidas tomadas pela Ouvidoria estimulam a população a reconhecer a atenção prestada pelos profissionais de saúde. A exemplo, o material divulgado pela Ouvidoria da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo (Figura 1) e pela Secretaria de Estado da Saúde de Tocantins (Figura 2). Tal ação merece destaque especialmente no cenário de tanto risco, como o de pandemia da COVID-19, e em uma cultura na qual, geralmente, o serviço de Ouvidoria é comumente ligado à reclamação e à denúncia.

Figura 1 – Estímulo à valorização dos profissionais de saúde da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo



Figura 2 – Estímulo à valorização dos profissionais de saúde da Secretaria de Estado da Saúde de Tocantins



Fonte: Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2020.

Considerações finais

O Brasil, apesar da falta de coordenação do Governo Federal, frente à pandemia de COVID-19, que assola o país desde o surgimento do primeiro caso em 14 de março de 2020, conta com o Sistema Único de Saúde, o maior sistema público universal do mundo, que, mesmo precarizado, apresenta-se como o principal instrumento de combate a propagação do coronavírus.

São vários os instrumentos de participação que colaboram para uma gestão compartilhada, que busca os consensos possíveis e a superação dos obstáculos envolvidos na ação coletiva, em prol da cooperação entre o Estado, o mercado e a sociedade, na construção da política de saúde. Instrumentos como as Conferências, os Conselhos Gestores, as Audiências Públicas e as Ouvidorias empoderam os usuários, que passam a ter, nos direitos de cidadania, a capacidade de demandar do sistema que levem em conta as suas reivindicações, seus interesses e necessidades.

O SUS, entre os seus princípios fundadores, elencados na Lei Federal nº 8.080/1990, no seu Artigo 7º, apresenta a universalidade, a equidade, a integralidade e, no caso do capítulo em questão, a participação da comunidade na formulação e na gestão da política pública brasileira de Saúde. De fato, é no desenho institucional do SUS que outras políticas nacionais encontram a referência para a sua constituição, como é o caso do Sistema Nacional Assistência Social e do Sistema Nacional de Cultura. Em relação às Ouvidorias, também é no SUS que se encontra o melhor modelo de um sistema coordenado constituído no país, que possibilita, em alguma medida, a operacionalização da própria atenção à saúde, dado que o sistema é também inter-federativo.

Nesse sentido, em um momento de excepcionalidade, como é o caso da pandemia do COVID-19, esse não pode ser uma justificativa para privar os cidadãos dos direitos fundamentais estabelecidos pelo SUS, uma vez que são esses mesmos direitos a base e alicerce da sua existência e essência. Nessa lógica, nos momentos de excepcionalidade, esses instrumentos e direitos devem ser fortalecidos.

A Ouvidoria do SUS é uma instituição participativa especificamente desenhada para ouvir o cidadão individualmente, assim possui um papel fundamental na gestão de fases críticas, como no caso de pandemias. Sua capacidade de responsividade nas ocorrências de urgência contribui tanto

com a possibilidade de munir o Poder Público para tomar as decisões específicas, quanto em minimizar o pânico da população no enfrentamento de cenário ainda desconhecido.

A Ouvidora é, assim, um ponto de referência para o cidadão, onde, em um ambiente de comunicação de risco, a informação correta é um recurso escasso e estratégico para a condução da crise e da sobrevivência das pessoas.

Referências

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE OUVIDORES/OMBUDSMAN. **Como a COVID-19 impactou as Ouvidorias e as transformou só em virtuais**. São Paulo, 23 mar. 2020. Disponível em: <http://www.abonacional.org.br/artigo/285>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa no SUS – ParticipaSUS**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. 44 p.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Ouvidoria-Geral do SUS. **Falando de Ouvidoria: experiências e reflexões**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. 90 p.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Ouvidoria-Geral do SUS. **Relatório de Gestão/2018**. Brasília: Ministério da Saúde, 2019. 43 p.
- CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Governo do Tocantins promove reconhecimento de profissionais de saúde por meio de Ouvidoria. Brasília, 20 jul. 2020. Disponível em: [https://www.conass.org.br/governo-do-tocantins-promove-reconhecimento-de-profissionais-da-saude-por-meio-de-ouvidoria/#:~:text=Governo%20do%20Tocantins%20promove%20reconhecimento%20de%20profissionais%20da%20Sa%C3%BAde%20por%20meio%20de%20Ouvidoria,Publicado%20em%20%7C20&text=%E2%80%9CTendo%20em%20vista%20o%20cen%C3%A1rio,\(SUS\)%2C%20Luciene%20Vasconcelo](https://www.conass.org.br/governo-do-tocantins-promove-reconhecimento-de-profissionais-da-saude-por-meio-de-ouvidoria/#:~:text=Governo%20do%20Tocantins%20promove%20reconhecimento%20de%20profissionais%20da%20Sa%C3%BAde%20por%20meio%20de%20Ouvidoria,Publicado%20em%20%7C20&text=%E2%80%9CTendo%20em%20vista%20o%20cen%C3%A1rio,(SUS)%2C%20Luciene%20Vasconcelo). Acesso em: 10 ago. 2020.
- CONSTENLA, Carlos. Del Ombudsman Escandinavo al Defensor del Pueblo Latinoamericano. Lyra, Rubens Pinto. (Orgs.). **Do tribuno da plebe ao ouvidor público: estudos sobre os defensores da cidadania**. João Pessoa: UFPB, 2011. p. 35-55.
- DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? **Políticas de Ciudadanía y Sociedad Civil en tiempos de globalización**, Caracas, p. 95-110, 2004.
- DOWBOR, Monika. Sergio Arouca, construtor de instituições e inovador democrático. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 4, p. 1.431-1.438, abr. 2019.
- GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo; VISMONA, Edson Luiz; OLIVEIRA, João Elias de. Experiências brasileiras com Ouvidorias e Ombudsman. In: SPECK, Bruno Wilhelm. **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um Sistema Nacional de Integridade**. 1. ed. Campinas: Unicamp, 2002. p. 31-43.

- RANGEL-S, Maria Ligia. Comunicação no controle de risco à saúde e segurança na sociedade contemporânea: uma abordagem interdisciplinar. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 5, p. 1375-1385, out. 2007.
- ROQUAYROL, Zélia. Contribuição da Epidemiologia. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Souza (Org.). **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. p. 319-373.
- ESPÍRITO SANTO. Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo. **Relatório Quadrimestral 1º Quadrimestre/2020**. Espírito Santo, 2020. Disponível em: <https://saude.es.gov.br/Media/sesa/Presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Contas/PRESTA%C3%87%C3%83O%20DE%20CONTAS%20-%20201%C2%BA%20quadrimestre%202020-%20FINAL.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- RIO DE JANEIRO. Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro. Ouvidoria. **Relatório de Produção da Ouvidoria-Geral da SES/RJ - 1º Trimestre de 2019**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MjE0OTk%2C>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- RIO DE JANEIRO. Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro. Ouvidoria. **Relatório de Produção da Ouvidoria-Geral da SES/RJ - 1º Trimestre de 2020**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzA1NzY%2C>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- SOUSA, K. A.; MASSA, A.; DE ITOZ, C.; DE OLIVEIRA SOUZA, D.; THIELY DE MACEDO, M. Gestão da informação em tempos de crise: a experiência da Universidade Federal do Tocantins na pandemia Covid-19. **DESAFIOS - Revista Interdisciplinar da Universidade Federal do Tocantins**, v. 7, n. Especial-3, p. 2-8, 22 abr. 2020.
- XAVIER, Alex da Silva. **Dilemas e estratégias na construção da Ouvidoria do SUS: um instrumento de “reforma da reforma”**. 315 p. Tese (Doutorado em Sociologia Política) - Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf), Campos dos Goytacazes, 2020.

COVID-19 e a confirmação da importância da Justiça do Trabalho: a atuação do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região

Igor de Carvalho Soares Magalhães¹

Ari Gonçalves Neto²

Claudia Marcia de Carvalho Soares³

-
1. Graduando em Direito, pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).
 2. Advogado Trabalhista. Mestre e Doutorando em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (Uenf).
 3. Doutora em Direito. Juíza Titular da 28ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro do TRT-1. Presidente da Associação de Juízes do Trabalho da Primeira Região (AjuTra).

No novo paradigma, o trabalho é um veículo de transformação (MARILYN FERGUSON).

Considerações iniciais

A legislação trabalhista, no Brasil, surgiu pela necessidade de consolidar os direitos sociais dos trabalhadores brasileiros que, nos primeiros anos do século XX, não os tinham assegurados em um instrumento normativo. A Consolidação das Leis do Trabalho, portanto, regulamenta as relações subordinadas de emprego por mais de 75 anos, até ter sua mais expressiva alteração pela Lei nº 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista.

Em verdade, havia a necessidade de uma atualização nas normas consolidadas que precisavam acompanhar as evoluções sociais, como a globalização, o surgimento das novas tecnologias e a modernização da mão de obra, exigida, cada vez mais, pelo mercado. Contudo não se chegou ao que muitos operadores de Direito do Trabalho pretendiam ver publicado, isto é, não foi elaborado um Código do Trabalho ou um Código de Processo do Trabalho, em que pese inúmeras alterações que foram implementadas no Direito Material e Processual do Trabalho.

Desse modo, e, com a atualização do arcabouço jurídico, bem como com a implementação do processo eletrônico, a Justiça do Trabalho saiu à frente prestando, de forma efetiva e muito célere, a atividade jurisdicional. Contudo os efeitos da pandemia provocada pelo SARS-CoV-2, o novo coronavírus, exigiu mais. A Justiça do Trabalho precisou-se atualizar ainda mais. E, agora, não quanto aos instrumentos processuais e legais, mas, sim, no que se refere à sua forma de atuação, pois o paradigma clássico de prestação de serviços jurisdicionais foi abruptamente rompido, exigindo medidas urgentes e importantes para o período de pandemia, medidas essas que, de tão eficazes, tendem a se prolongarem no tempo, tornando-se ações efetivas que serão utilizadas pelos Tribunais Trabalhistas do país. Assim, analisa-se, neste capítulo, a atuação e a confirmação da importância da Justiça do Trabalho, sobretudo no que diz respeito à atuação do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. Para tanto, utilizou-se, como metodologia, a bibliografia baseada em autores do tema e nas determinações legais e administrativas adotadas no período de pandemia.

O COVID-19 e o estado de pandemia

Dessa forma, as recomendações para lidar com o vírus são a limpeza das mãos e braços com álcool em gel, ou sabão, bem como de superfícies possivelmente infectadas, sobretudo do que se leva e traz da rua; a lavagem das roupas que se usam fora de casa, portanto, em ambientes possivelmente infectados; e evitar o contato pessoal e a proximidade com outras pessoas. Tais procedimentos são um paliativo, considerando que o problema da instaurada pandemia (tanto no Brasil, quanto em nível global) se trata de saúde pública (FIOCRUZ, 2020).

Ainda em março, muitas instituições de ensino e empresas suspenderam aulas e atividades laborais presenciais, por determinação do executivo estadual e/ou municipal. Esse foi o primeiro desencontro entre as políticas públicas de saúde e o mercado de trabalho, pois muitas atividades de trabalho demoraram a ser suspensas pelo poder público, de forma que fossem sobrando apenas as atividades consideradas “essenciais” como mercados, farmácias, serviços de transporte, hospitais, segurança pública, dentre outros (G1, 2020). O fato é que se formou uma tensão entre o Governo Federal e os governos estaduais e municipais, de forma que não houve uma uniformidade no tratamento da nova situação na qual o país se encontrava. Cada Estado adotou sua política pública, no que pôde ser chamado de *estado de quarentena*, simplesmente *quarentena* ou, até mesmo, de *lockdown*. Tal política consiste na proibição de diversas atividades econômicas presenciais que gerem aglomeração, ou sem autorização expressa para funcionamento, de forma a manter as pessoas em suas residências (G1, 2020).

Nessa conjuntura, o mundo do trabalho muda bastante para umas e pouco para outras categorias de trabalhadores. Tornou-se realidade para muitos o chamado *home-office* (literalmente “escritório doméstico”), que já não é novidade para algumas modalidades de trabalho, que a conhece como teletrabalho. Para outros, o que já podia não ser cômodo acabou-se tornando um risco. O deslocamento, característica que deve ser muito considerada no contexto do mundo do trabalho brasileiro, tornou-se um martírio para os dependentes do transporte público. Já sendo, naturalmente, um foco de aglomeração em dias normais, a pandemia fez com que empresas e consórcios diminuíssem a quantidade de linhas e de veículos disponíveis, aglomerando, ainda mais, as pessoas que não puderam deixar de sair para trabalhar

e se deslocar até a sede de sua atividade laborativa. Tempos depois, veio até a mídia estudo que comprovou que essas estavam mais suscetíveis do que se pensava ao contágio (G1, 2020).

Embora a situação seja negativa, na maioria dos pontos de vista sociais e econômicos, gerando um período de recessão sentido pelo mundo todo, com queda da produção industrial brasileira em 18,8%, em abril de 2020 (IBGE, 2020); do PIB, com projeção de queda de 91%, (FMI, 2020); as demissões e o aumento do desemprego subindo de 11,9%, no primeiro trimestre, para 12,9%, no segundo trimestre no Brasil, alguns setores se beneficiaram da situação (IBGE, 2020). O setor de vendas on-line cresceu (mais de 100%), junto com os serviços igualmente suportados por aplicativos como entregas de comida como o iFood®, que cresceu em 44% de aumento no número de pedidos. Junto a isso, novos padrões de consumo de mídia se apresentam no povo brasileiro, como a demanda das chamadas *lives* (shows e transmissões ao vivo, via internet) de artistas, músicos e outras celebridades (IBGE, 2020). O serviço de *streaming* aqueceu bastante o seu mercado, sobretudo com o aporte financeiro da norte-americana Amazon®, investindo em propaganda e em serviços a preços acessíveis. Ela já operava no Brasil, mas viu, na pandemia, uma oportunidade que representou um aumento expressivo do seu lucro durante o período, isto é, em sete vezes mais, com sua ação chegando a valer o dobro, com U\$10,30 por ação em julho contra U\$5,01 em abril. Ainda, cresceram as indústrias de higiene e saúde, com o aumento da procura por cosméticos, álcool em gel, papel higiênico, bem como diversos outros medicamentos e equipamentos (UOL, 2020).

Ainda que a pandemia avance a passos largos no país, com o atual número de mais de 115 mil mortes, a flexibilização da quarentena para reabertura de comércios (e o correlacionado aumento dos casos com o fato), bem como políticas públicas falhas e a falta de testes para o vírus, bem como o ansioso aguardo para uma vacina, deparam-se com um novo ambiente do trabalho. O que já existia é potencializado e ventilado como sendo “o futuro do trabalho”, e o mundo jurídico abraça seus ecos de maneira convicta e já estuda meios de se adaptar não só à realidade iminente, como também gerar meios de facilitar o acesso aos canais legais e de justiça no Brasil.

A atuação da Justiça do Trabalho e os efeitos da quebra de paradigma clássico de prestação jurisdicional

No contexto da pandemia do coronavírus, o Poder Judiciário brasileiro deparou-se com a quebra de um paradigma clássico: prestação jurisdicional de forma presencial. Esse fato, em verdade, causou grandes inquietações, seja por parte dos juízes, advogados e jurisdicionados, pois todos estavam preocupados especialmente com a efetivação do princípio constitucional do acesso universal à justiça como corolário do Estado Democrático de Direito (RENCK, 2020). Verdade se diga que, considerando os devastadores efeitos da crise de saúde pública e de igual forma crise econômica, Renck afirma que:

Vivemos, com certeza, o maior desafio desta geração. Além da grave ameaça à saúde, os impactos econômicos da pandemia sugerem tempos muito difíceis. Se a doença é democrática, atingindo a todos, seus efeitos são muito mais agudos nas populações vulneráveis. A enorme desigualdade social do País desnuda-se de forma assustadora (RENCK, 2020, p. 02).

Assim e num primeiro momento, especialmente para a Justiça do Trabalho que de há muito vem sofrendo com regulares ataques por certos segmentos da sociedade, imaginou-se hipoteticamente a paralisação das atividades jurisdicionais. Contudo, de forma conjunta com as medidas adotadas pelos Poderes Executivo e Legislativo das três esferas, o Direito e a Justiça do Trabalho avançaram com vistas a garantir, mesmo com a adoção das medidas restritivas de isolamento social, o regular funcionamento dos Tribunais pelo país. Martins Filho, em recente artigo publicado afirma que:

[...] para responder aos desafios da pandemia, medidas basicamente de duas ordens tiveram de ser implementadas pelo setor público e privado: socorro financeiro emergencial a governos locais, trabalhadores e empresas, e investimento no desenvolvimento científico e tecnológico (...) Em relação a ambos os conjuntos de medidas, o Direito foi chamado a disciplinar o modo como seriam implementadas, visando otimizar recursos financeiros, médicos e tecnológicos, e garantir direitos mínimos de acesso a esses recursos, colocando-se limites à liberdade indi-

vidual e coletiva, em prol do bem comum da sociedade, tão duramente afetada (MARTINS FILHO, 2020, p. 1).

Assim, ao longo do período de isolamento social, medidas administrativas e judiciais foram adotadas para fins de garantir a efetividade e a celeridade processual, por meio de ferramentas para a manutenção das atividades jurisdicionais. A Justiça do Trabalho saiu à frente apresentando medidas para a manutenção dos trabalhos judiciais, confirmando, para a sociedade brasileira, sua singular importância.

Analisa-se, nesse momento, algumas dessas medidas adotadas desde meados do mês de março de 2020 para a manutenção das atividades jurisdicionais da Justiça do Trabalho, em nível nacional, para que, no subtópico seguinte, seja analisada a atuação específica do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em março de 2020, editou a Resolução de nº 313, de 19 de Março de 2020, estabelecendo o Plantão Extraordinário no âmbito do Poder Judiciário Nacional, com a finalidade de uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantindo o acesso à justiça no período emergencial de pandemia. E, de acordo com esta Resolução, os Tribunais passaram a definir as atividades essenciais a serem prestadas, bem como a garantia de distribuição dos processos judiciais e administrativos, dando-se prioridade aos procedimentos de urgência, com o estabelecimento de atendimento remoto aos Advogados, Defensores Públicos, Procuradores e Promotores de Justiça. Essa Resolução confirmou a Resolução de nº 56, estabelecendo a suspensão dos prazos processuais até 30 de abril de 2020.

Ainda no mês de março, o CNJ editou a Portaria de nº 61, regulamentando a utilização da plataforma *Cisco Webex* para a realização de atos, audiências e sessões de julgamento em todo o país. Há que se ressaltar que a Justiça do Trabalho, por meio do Ato Conjunto de nº 01 e 02 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho (CGJT), de Março de 2020, suspendeu a prestação de serviços presenciais nos âmbitos do 1º e 2º graus. Nesse momento, a Justiça do Trabalho passou a atuar 100% remotamente e, graças ao acervo de mais de 97%

dos processos já em tramitação eletrônica, segundo dados do próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST) do ano de 2020. No que se refere ao teletrabalho, importante pontuar que essa modalidade de prestação de serviços foi instituída no plano judiciário, por meio da Resolução de nº 227 de junho de 2016, do CNJ, mostrando-se importante ferramenta para a manutenção dos trabalhos durante a pandemia, com produção recorde. No entanto a referida Resolução limita a quantidade de servidores em teletrabalho, por unidade, em 30% de sua lotação, admitida excepcionalmente a majoração para 50%, a critério da Presidência do órgão (Art. 5º, III).

A Recomendação de nº 01 do CSJT orientou pela adoção de diretrizes excepcionais para o emprego de instrumentos de mediação e conflitos individuais e coletivos em fase processual e pré-processual por meios eletrônicos e por videoconferência, durante a pandemia (ARAÚJO, 2020). Nesse sentido, propôs-se aos Magistrados a adoção de esforços

[...] no sentido de promover, com a participação dos interessados, por aplicativos de mensagens eletrônicas ou por videoconferência, a mediação e a conciliação de conflitos que envolvam a preservação da saúde e segurança do trabalho em serviços públicos e atividades essenciais previstas no Decreto nº 10.282/20 (ARAÚJO, 2020).

E, ainda, segundo Araújo (2020), a Recomendação de nº 01 do CSJT também orientou para que os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupeme) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) disponibilizassem mediadores e conciliadores em conflitos individuais e coletivos, no âmbito pré-processual. Essas ferramentas trouxeram, como resultados, um grande quantitativo de julgamentos mesmo no período de pandemia e de isolamento social (ARAÚJO, 2020).

A CGJT editou o Ato de nº 11, de abril de 2020, suspendendo todas as atividades que demandassem presença junto às dependências dos Tribunais do Trabalho. O Ato conjunto de nº 05 do CSJT e CGJT, à luz das Resoluções 313 e 314 do CNJ, prorrogou a suspensão dos prazos processuais no âmbito da Justiça do Trabalho, até 04 de maio de 2020.

O Ato Conjunto do CSJT e da CGJT, de nº. 06, de maio de 2020 e, com a retomada dos prazos processuais apenas dos processos com tramitação eletrônica,

de forma pormenorizada, estabeleceram-se as medidas de enfrentamento da pandemia, mantendo a prestação de serviços jurisdicionais remotos, inclusive, para fins de realização de audiências e de sessões de julgamentos, bem como regulamentando a prestação de serviços pelo regime do teletrabalho temporário. Essa medida, considerando o estado de calamidade pública instituído pelo Decreto-Legislativo nº 06/2020 e a necessidade de manutenção do distanciamento social, muito provavelmente vigorará por todo o ano de 2020.

Contudo, pelos instrumentos normativos mencionados, a Justiça do Trabalho vem cumprindo com seu mister constitucional e institucional. Veja-se que, no período de pandemia, a prestação jurisdicional, por meio do teletrabalho, apresentou, como resultado, mais de um milhão e meio de Sentenças e Acórdãos prolatados, bem ainda mais de um milhão e oitocentas mil Decisões Interlocutórias; e mais de sete milhões de Despachos, de acordo com os dados do Painel Semanal do Poder Judiciário em Regime de teletrabalho, em razão da COVID-19, instituído pelo CNJ, isto é, a adoção rápida, estratégica e eficiente do teletrabalho, no âmbito da Justiça do Trabalho, fez por garantir a prestação jurisdicional de forma efetiva às partes.

Há que se ressaltar que o teletrabalho não apenas garantiu a elaboração das decisões judiciais propriamente ditas. Garantiu, também, a continuidade das atividades cartoriais, pois, de igual forma, são importantes e necessárias para o andamento dos processos judiciais (ARAÚJO, 2020). Viu-se, portanto, que a atuação conjugada de todos os servidores, com a realização de atividades telepresenciais pelos Juízes e Desembargadores, fez por garantir a prestação jurisdicional pelo período de pandemia (ARAÚJO, 2020).

Não houve problema em relação à continuidade das atividades jurisdicionais, em relação ao prosseguimento dos processos eletrônicos. O PJe já está devidamente implementado no Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região desde 2012. Logo, todos os advogados já estavam devidamente ambientados no mundo cibernético. Em relação aos processos físicos, esses estão com o prazo suspenso, ante a diretriz do isolamento social. Somente quando do retorno das atividades presenciais, esses processos retornarão ao fluxo normal. Também foi constatado que alguns processos eletrônicos tiveram sua continuidade suspensa, tendo em vista que, para o regular prosseguimento, era necessária a consulta aos documentos juntados no processo físico e, nessa impossibilidade, mesmo com a migração para o PJe, para tais processos, foi necessária a suspensão do prazo.

O procedimento que surgiu, nesse momento pandêmico e que resultou em inúmeros questionamentos, foi a audiência telepresencial.

Para essas, é necessário acessar a Plataforma Webex®, possuir um computador com câmera, ou celular, e internet suficiente para participação do ato.

Assim, alguns jurisdicionados tiveram dificuldade considerando que não possuem o aparato tecnológico necessário. Houve até alegação de que advogados também não teriam, mas, para esses últimos, a alegação torna-se injustificável, eis que já trabalhavam diuturnamente com o PJE, que exige a utilização de internet e de computadores.

No entanto, para o jurisdicionado propriamente dito e para algumas testemunhas, esse é um dificultador. E a prudência do magistrado deve ponderar. Quando há justificativa, devidamente fundamentada, noticiando tal dificuldade, o processo não deverá ser incluído em pauta (ou retirado, caso já o tenha sido incluído) e ficará aguardando o retorno das audiências presenciais.

E, mesmo assim, ou seja, mesmo quando houver o retorno da possibilidade das audiências presenciais, já é senso comum que não haverá possibilidade de inclusão de muitos processos na pauta; não haverá possibilidade de se realizar audiências nos dias e horários anteriormente designados por cada Vara. Haverá um rodízio, devidamente organizado pelas Corregedorias Regionais, delimitando horário das audiências, número de Varas por andar e um intervalo mínimo de segurança entre as audiências, muito longe do histórico cinco minutos entre uma audiência e outra, tudo isso para evitar aglomeração, medida impositiva para evitar o contágio do COVID-19. Quando esse momento pandêmico terminar, o Judiciário trabalhista deve rever sua forma de trabalho na realização das audiências, eis que sequer é razoável manter um número extremamente significativo de pessoas no mesmo ambiente. Não é salubre. Não é seguro.

Nesse sentido, surge o procedimento das audiências híbridas, mistas ou semipresenciais, com autorização expressa do Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 322, Art. 5º, IV. O juiz pode optar por ouvir testemunhas na sede de cada Vara, para imprimir mais segurança ao depoimento; ou pode optar por propiciar as condições técnicas àqueles que não a possuem e poderão comparecer no Fórum, quando do retorno das atividades presenciais, permitindo aos demais a continuidade da participação no modo telepresencial.

Qualquer que seja a opção, o que se busca é a segurança no procedimento que deve ser acessível às partes do processo, bem como às suas testemunhas.

Uma nova Justiça do Trabalho: a atuação do TRT-1

De igual forma, no âmbito nacional, o Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região (TRT-1), um dos maiores Regionais Trabalhista da Federação, adotou, desde o início da pandemia, medidas de enfrentamento para a não paralisação da atividade jurisdicional. Nesse sentido, no que se refere às Diretrizes Processuais, foi elaborado o Ato Conjunto de nº 02 o qual dispôs sobre as medidas temporárias de prevenção ao contágio de pessoas pelo novo coronavírus em todas as dependências do Tribunal. Também foi elaborado o Ato Conjunto de nº 03, que manteve a prestação de serviços pelo regime do teletrabalho, inclusive com a adoção de audiências e de sessões de julgamento virtuais e telepresenciais.

Ademais, a fruição dos prazos processuais foi regulamentada, inicialmente, pela Portaria Conjunta da Presidência e da Corregedoria do Tribunal de nº 01, bem ainda, pelo Ato Conjunto de nº 04, promoveu-se a orientação quanto ao cadastramento nos sistemas processuais do assunto complementar COVID-19 para fins de celeridade nas ações que versavam sobre questões relacionadas à pandemia. Já o julgamento eletrônico, por meio do plenário virtual, também foi regulamentado pelo Ato Conjunto nº 04, sendo essa medida expandida para os demais órgãos judicantes, por meio da Resolução Administrativa nº 07, isto é, tanto as instâncias de primeiro e segundo grau e os órgãos especiais, inclusive o Cejusc, passaram a utilizar a plataforma digital. O Ato Conjunto de nº 07 regulamentou, no âmbito do Regional Fluminense, a suspensão dos prazos processuais dos processos físicos e eletrônicos pelos dias 17 de março a 31 de abril e, de 12 a 31 de maio de 2020.

Por outro lado, no que se refere às Audiências e às Sessões de Julgamento, o TRT-1 editou o Ofício Circular de nº 22 dispondo, pormenorizadamente, sobre a utilização de plataformas digitais no período de pandemia, orientando os servidores na utilização deste instrumento. Nesse mesmo sentido, foi o Ato Conjunto nº 06 e o Ofício Circular de nº 56, o qual determinou a marcação de audiências telepresenciais, de acordo com o Ofício de nº 1183/2020 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

Com a adoção dessas medidas, o Regional Fluminense atuou para garantir a prestação jurisdicional, minimizando os efeitos da pandemia seja para os trabalhadores, seja para os empregadores. Em verdade, pelas informações constantes do Painel Semanal do Poder Judiciário em regime de teletrabalho, em razão da COVID-19, instituído pelo CNJ, tem-se que, até o dia 25 de agosto de 2020, foram elaboradas mais de 150 mil Sentenças e Acórdãos, bem como mais de 160 mil Decisões Interlocutórias e mais de 890 mil Despachos, tendo arrecadado mais de 10 milhões de reais.

De modo que o TRT1 confirma, durante o período de pandemia, sua importância para o equilíbrio entre o capital e o trabalho, prestando, de forma célere e efetiva, o provimento jurisdicional, garantindo a preservação de direitos, bem como determinando a adoção de todos os cuidados para a preservação da saúde dos trabalhadores e a continuidade das atividades econômicas.

Esse protagonismo assumido se deu, ainda, graças à boa gestão dos recursos, da administração do pessoal e das demandas apresentadas, o que fez por desmistificar as teorias conspiratórias que pregam a desnecessidade de existência de uma Justiça Especial para o enfrentamento de demandas personalíssimas oriundas das relações de emprego. Nesse contexto, há que se ressaltar que a pandemia demonstrou a existência de mais de 30 milhões de informais (ROUBICEK, 2020), bem como demonstrou que os empregados formais quiçá auferem recursos capazes de garantir o mínimo existencial (FARIA; VALVERDE, 2020), ao passo que a existência de uma Justiça forte, atuante e comprometida não com ideologias, mas com a valorização social do trabalho e com a livre iniciativa é condição indispensável para avanço econômico do país, sem deixar de lado a garantia de direitos fundamentais para os trabalhadores.

Assim, o TRT-1 vem demonstrando competência para o enfrentamento da crise, bem como para o enfrentamento dos efeitos deletérios, no âmbito financeiro e econômico, que se prolongarão no tempo, até que, com a superação da doença pela descoberta de remédios efetivos ou, mesmo, paliativos, possa-se voltar ao “novo normal” (FARIA; VALVERDE, 2020).

Lado outro, tem-se, também, que a atuação jurisdicional se tornou mais simples, isto é, a realização do trabalho remoto, bem ainda de audiências e de sessões virtuais e telepresenciais aclarou a todos a possibilidade de uma

Justiça do Trabalho mais eficaz e menos onerosa para os cofres públicos. Veja-se que, no TRT-1, há um grupo de trabalho realizando análises e traçando estratégias para a digitalização dos autos físicos ainda existentes, de modo que não haverá mais necessidade da ocupação de tantos prédios para a alocação das 146 Varas de Trabalho do Regional. A estrutura física poderá ser compartimentada, inclusive, com o compartilhamento de salas de audiência entre as Varas do Trabalho de um mesmo prédio.

Ademais, a adoção do teletrabalho permitirá, se implementada como vem sendo discutida, para além dos períodos de pandemia, uma mobilidade urbana menos complexa para juízes, servidores, advogados e jurisdicionados. Mesmo com a adoção das sessões híbridas a considerar que apenas algumas pessoas se farão presentes nas dependências do Tribunal, garantir-se-á menor fluxo de pessoas e de equipamentos para o atendimento presencial, sem contar a maior segurança de todos, pois não necessitarão se deslocar até as dependências do Tribunal e de suas respectivas Varas do Trabalho. Em verdade, a adoção das audiências híbridas garantirá, ainda, o acesso efetivo e regular daquelas partes e de advogados que não possuem condições pessoais de garantir este acesso. Vê-se que a pandemia demonstrou, a considerar pelo quantitativo de julgamentos, que o teletrabalho é, sim, mais célere, oportunizando economia de tempo seja no que se refere ao deslocamento, seja no processamento das ações trabalhistas.

Ainda há que se ressaltar que a reestruturação do Regional para o enfrentamento da pandemia demonstrou o quanto ainda é possível economizar se adotadas, de forma permanente, as políticas para assegurar a continuidade da prestação jurisdicional, de modo que é possível economizar ainda mais garantindo que a dotação orçamentária não seja sob nenhuma hipótese comprometida.

Assim sendo, o Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, com todas as medidas e políticas adotadas para o enfrentamento das demandas apresentadas pelo período de pandemia, confirma sua importância institucional, concretizando, de forma efetiva e eficaz, a prestação jurisdicional. A Justiça do Trabalho é importante, eficiente, célere e justa, ou seja, imprescindível para o desenvolvimento humano, social e econômico do país.

Considerações finais

O Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região adotou, de forma rápida e efetiva, medidas de enfrentamento das demandas apresentadas pela pandemia do novo coronavírus. Isso fez por confirmar mais uma vez a importância da Justiça do Trabalho fluminense e não só desta, mais da Justiça do Trabalho como instituição democrática.

Em verdade, as profundas mudanças pelas quais o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho deram a *expertise* necessária para o enfrentamento das mudanças e adaptações necessárias. E não só isso, mas também asseguraram, como dito nesse capítulo a atuação jurisdicional imprescindível para a manutenção dos empregos, da produção de riquezas e do desenvolvimento do país.

Assim, e, agora, com uma Justiça do Trabalho, cada vez mais, preparada, possivelmente menos onerosa para os cofres públicos e, cada vez mais, célere, garantir-se-á a continuidade da prestação jurisdicional.

Referências

- ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. Desemprego sobe para 12,9% e país tem tomo recorde no número de ocupados. **Globo**, 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/30/desemprego-sobe-para-129percent-em-maio.ghml>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- ARAÚJO, Luis Fernando Cintra. **A importância da tecnologia na Justiça do Trabalho em meio a pandemia da COVID-19**. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326093/a-importancia-da-tecnologia-na-justica-do-trabalho-em-meio-a-pandemia-da-COVID-19>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Ato Conjunto da Vice-Presidência do TST e do CSJT n° 1, de 20 de março de 2020**. Dispõe sobre as políticas de enfrentamento da pandemia do COVID 19. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, [2020]. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/COVID-19-atos-relacionados>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Decreto-Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece o estado de calamidade pública. Brasília: Senado Federal, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Ato Conjunto da Vice-presidência do TST e do CSJT n° 5, de 20 de abril de 2020**. Dispõe sobre as políticas de enfrentamento da pandemia do COVID 19. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, [2020]. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/covid-19-atos-relacionados>. Acesso em: 16 ago. 2020.

- BRASÍLIA. **Ato Conjunto da Vice-presidência do TST e do CSJT nº 6, de 5 de maio de 2020.** Dispõe sobre as políticas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, [2020]. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/covid-19-atos-relacionados>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Portaria nº 61, de 31 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3266>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016.** Estabelece a possibilidade de prestação de serviços públicos via Teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2016]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2245>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020.** Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASÍLIA. **Resolução nº 56, de 2020.** Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3255>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- ENTENDA o que é “lockdown”. **Globo**, Rio de Janeiro, 5 de maio de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/06/entenda-o-que-e-lockdown.ghtml>. Acesso em: 26 ago. 2020.
- EVITAR o contágio no transporte público é um dos desafios da pandemia. **Globo**, Rio de Janeiro, 21 de julho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/07/21/evitar-o-contagio-no-transporte-publico-e-um-dos-desafios-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 26 ago. 2020.
- FARIA, Carolina Tupinambá; VALVERDE, Marina Novellino. **Um novo normal para o Direito do Trabalho.** In: O Direito do Trabalho na crise da COVID-19. Coordenadores Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão – Salvador: JusPodivm, 2020.
- GERBELLI, Luiz Guilherme. Com impacto do coronavírus, FMI prevê queda de 9,1% para o PIB do Brasil neste ano. **Globo**, Rio de Janeiro, 24 de junho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/24/com-impacto-do-coronavirus-fmi-preve-queda-de-91percent-para-o-pib-do-brasil-neste-ano.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- IBGE: **análise sobre o desemprego.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- IFOOD chega a 39 milhões de pedidos por mês durante a pandemia. **Estadão**, São Paulo, 12 de agosto de 2020. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,ifood-chega-a-39-milhoes-de-pedidos-por-mes-durante-pandemia,70003397024>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. **O Direito e o trabalho humano em tempos de pandemia da COVID-19.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/ives-gandra-filho-direito-trabalho-humano-Covid-19>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ORTEGA, Rodrigo. Lives seguem em queda, e buscas não chegam a 25% do que eram no auge, em abril. **Globo**, Rio de Janeiro, 28 de julho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/2020/07/28/lives-seguem-em-queda-e-buscas-nao-chegam-a-25percent-do-que-eram-no-auge-em-abril.ghtml>. Acesso em: 26 ago. 2020.

PAINEL CORONAVÍRUS. Ministério da Saúde, Brasília, sem data. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PIRES, Eduardo Rockenbach. **Audiências telepresenciais no Processo do Trabalho**: a verdade à distância. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-13/eduardo-pires-audiencias-telepresenciais-processo-trabalho>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PRIMEIRO caso de COVID-19 no Brasil permanece sendo o de 26 de fevereiro. Brasília, min.stério da Saúde, sem data. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47215-primeiro-caso-de-COVID-19-no-brasil-permanece-sendo-o-de-26-de-fevereiro>. Acesso em: 26 ago. 2020.

PRODUÇÃO industrial cai 18,8% em abril. Agência IBGE Notícias, 16 de jul. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/27853-producao-industrial-cai-18-8-em-abril>. Acesso em: 15 ago. 2020.

QUANTO tempo o coronavírus permanece ativo em diferentes superfícies. FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/quanto-tempo-o-coronavirus-permanece-ativo-em-diferentes-superficies>. Acesso em: 15 ago. 2020.

RECK, Beatriz. **Direito e Justiça do Trabalho em tempos de pandemia**. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/305527>. Acesso em: 15 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. **Ato Conjunto Presidência e Corregedoria TRT-1 nº 2, de 16 de março de 2020**. Dispõe sobre as políticas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Rio de Janeiro: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, [2020]. Disponível em: <https://www.trt1.jus.br/web/guest/covid19-atos-relacionados>. Acesso em: 16 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. **Portaria Conjunta nº 1 do TRT-1, de 30 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento do COVID-19. Rio de Janeiro, Tribunal Regional do Trabalho da 01ª Região, [2020]. Disponível em: <https://www.trt1.jus.br/web/guest/covid19-atos-relacionados>. Acesso em: 16 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. **Ato Conjunto da Presidência e Corregedoria do TRT-1 nº 3, de 24 de Março de 2020**. Dispõe sobre as políticas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Rio de Janeiro: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, [2020]. Disponível em: <https://www.trt1.jus.br/web/guest/covid19-atos-relacionados>. Acesso em: 16 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. **Resolução Administrativa nº 7, de 24 de Abril de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da pandemia do COVID-19. Rio de Janeiro, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, [2020]. Disponível em: <https://www.trt1.jus.br/web/guest/covid19-atos-relacionados>. Acesso em: 16 ago. 2020.

ROUBICEK, Marcelo. **Os dados do desemprego e a fragilidade do trabalho informal**. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/08/06/Os-dados-do-desemprego-e-a-fragilidade-do-trabalho-informal>. Acesso em: 26 ago. 2020.

TAITO, Ligia. Produtividade semanal do Poder Judiciário regime de teletrabalho em razão do COVID-19. **Jornal Estadão Mato Grosso**, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-8-5ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=currssel&select=clearall>. Acesso em: 16 ago. 2020.

TOLOTTI, Rodrigo. Amazon tem lucro 7 vezes maior que esperado com receita impulsionada por consumo na pandemia. **Infomoney**, São Paulo, 30 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/amazon-tem-lucro-7-vezes-maior-que-esperado-com-receita-impulsionada-por-consumo-na-pandemia>. Acesso em: 15 ago. 2020.

VENDAS pela internet crescem mais de 100% no Brasil com coronavírus. **UOL**, 21 de março de 2020. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2020/03/vendas-pela-internet-crescem-mais-de-100-no-brasil-com-coronavirus.shtml>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Regime jurídico emergencial: aspectos temporais da Lei nº 14.010/2020 e seu impacto sobre a revisão e a resolução contratuais

Lorenzo Caser Mill¹

Anselmo Luiz Bacelar Junior²

-
1. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Pesquisador do Grupo de pesquisa “Desafios do Processo” (PPGDir/Ufes). E-mail: lorenzo.cm@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7549291684429116>.
 2. Mestrando em Direito Processual, pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes - Bolsista Fapes). Pesquisador do Grupo de pesquisa “Desafios do Processo” (PPG-Dir/Ufes). Advogado. E-mail: anselmo.bacelar@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7723820625276085>.

Considerações iniciais

A pandemia do novo coronavírus demandou medidas legislativas emergenciais por parte do Congresso Nacional, dado o reflexo da moléstia nas relações jurídico-sociais. Afinal, enquanto artificialidade humana de conteúdo econômico e cultural (WEBER, 2011, pp. 128-130), o direito inevitavelmente responde às alterações do mundo real-social.

A imposição de quarentena integral ou vertical a grande parte da população impactou as relações cotidianas que envolvem geração e troca de valores pecuniários entre os indivíduos; e, se essas relações ganham novos contornos, é escopo do direito acompanhá-las e normatizar tais contornos. Com esse raciocínio propedêutico, podemos entender a edição da Lei nº 14.010/2020 – resultado de longa discussão em torno do Projeto de Lei nº 1.179/2020 –, denominada correntemente como Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de direito privado (RJET).

Por sinal, a justificação contida na minuta do Projeto de Lei (doravante referenciado como “PL”) mencionou providências legislativas recentemente tomadas pelos parlamentos britânico, alemão e norte-americano, cuja ênfase se dá em setores do direito privado – sobretudo os ramos comercial e contratual cível –, voltadas a preservar as relações jurídicas paritéticas e assimétricas comprometidas pelo cenário social disruptivo.

Muitas das disposições do PL foram vetadas e não compuseram o texto final da Lei n.º 14.010/20, destacando-se as relacionadas a “Resilição, Resolução e Revisão dos Contratos” (Capítulo IV). Necessário questionar, então, se o veto desse capítulo obsta as possibilidades até então trazidas pelos artigos 6º e 7º do PL, bem como de que modo a Lei nº 14.010/20 altera a perspectiva da relação contratual conquanto não apresente dispositivos jurídicos específicos sobre o tema.

Para isso, antes, vamos brevemente entender os termos inicial e final para a produção dos efeitos por parte das normas instituídas e, após, analisar de que forma a principiologia jurídica, juntamente com tal marco temporal, oferece um novo olhar para o estudo contratual em um período com as particularidades socioeconômicas geradas pela pandemia.

O marco temporal do Regime Jurídico Emergencial

A Lei nº 14.010/20 estipula o dia 20 de março de 2020, data de publicação do Decreto Legislativo Federal nº 6 – que reconheceu, para os fins do artigo 65 da Lei Complementar nº 101, o estado de calamidade pública em território nacional –, como termo inicial dos eventos relacionados à pandemia no país.

Ainda que o decreto tenha efeitos práticos apenas no âmbito fiscal, entende-se que somente a partir dessa data estão juridicamente reconhecidos os *atos da pandemia* no Brasil. Assim, o termo inicial de *vigência* do texto aprovado – data de publicação, vide artigo 21 – jamais pode ser confundido com a delimitação temporal de situações jurídicas potencialmente por ele alcançadas, o que indica uma produção de efeitos retroativa. A data de publicação no Diário Oficial da União é 21 de junho de 2020, enquanto o parágrafo único do artigo 1º promete tutelar eventos ocorridos a partir de 20 de março de 2020.

Esse fenômeno é possível devido à diferenciação entre vigência e eficácia da norma. Vigência é atributo de norma válida, consistente na prontidão de produzir os efeitos para os quais está preordenada tão logo aconteçam os fatos nela descritos (CARVALHO, 2017, pp. 103-107). Diz-se vigente a norma jurídica quando está ela apta a qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos de direito no que concerne ao espaço e ao tempo. Já a eficácia, atentando-se aos seus aspectos jurídico e social,³ é a propriedade do fato jurídico de provocar os efeitos pretendidos no prescritor da norma (VILANOVA, 2000, pp. 74-75), impactando eventos do mundo real-social conforme o consequente, *i.e.*, o dever-ser.

Portanto, se uma lei entra em vigor na data de sua publicação (21 de junho de 2020) e seu texto promete tutelar eventos ocorridos a partir de 20 de março de 2020, conclui-se que haverá uma produção de efeitos retroativa a

3. Paulo de Barros Carvalho, juntamente com as ideias de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, subdivide a eficácia em técnica – disposição de todos os elementos necessários para a incidência da norma –, social – cumprimento da disciplina da norma pelos destinatários, satisfazendo os anseios e as expectativas do legislador –, e jurídica – realização da hipótese normativa ou do fato previsto no antecedente que enseja a incidência e consequente produção de efeitos da norma, prescritos no consequente.

fim de atender ao escopo a que se propôs a norma; afinal, na linha da sobre-dita definição de Paulo de Barros, é essa a cobertura do mundo externo para a qual está preordenada a norma.

Caso fortuito e força maior nas relações contratuais e o panorama pandêmico

O caso fortuito e a força maior foram mencionados na justificção do PL para orientar a revisão, resilição e resolução de contratos, tema que ocupava os artigos 6º e 7º do texto original. Embora sejam conceitos tratados de forma idêntica pelo artigo 393 do Código Civil, acatado o conselho de Pontes de Miranda no sentido de que se deveria cuidar do caso fortuito e da força maior como equivalentes (TARTUCE, 2019, p. 409), é válida uma breve conceituação de cada um deles a partir da literatura jurídica para destaque de suas nuances.

Caio Mário define que o caso fortuito é o acontecimento natural, ou o evento derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação e o terremoto, ao passo que a força maior consiste no dano originado do fato de outrem, como a invasão do território, a guerra, a revolução, o ato emanado da autoridade (*factum principis*), a desapropriação, o furto e afins (PEREIRA, 2019, p. 329).

Em suma, ambas as figuras são hipóteses de desoneração da responsabilidade contratual, já que consistem em situações lesivas irresistíveis munidas de imprevisibilidade e, por isso, acabam justificando o inadimplemento de uma obrigação sem maiores consequências jurídicas para a parte inadimplente. Enquadram-se na chamada inexecução involuntária ou inimputável do contrato por impossibilidade superveniente, liberando o devedor de reparar perdas e danos pois não há mora de sua parte, razão pela qual não cabe ao credor o direito de invocar o artigo 475 do Código Civil para resolver a relação e pleitear indenização (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 605).

Ocorre que, ao contrário do que se prega na responsabilidade civil aquiliana – o fato irresistível e imprevisível implica exclusão do nexu causal, suprimindo inexoravelmente o dever de indenizar por ausência dos pressupos-

tos de responsabilização –, essa desoneração da responsabilidade contratual pode ser mitigada a partir d’a análise do vínculo previamente existente entre os contratantes e d’as particularidades do fato tomado por caso fortuito ou força maior. Orlando Gomes, ao abordar a impossibilidade superveniente *objetiva – i.e.*, que independe de concorrência da pessoa do devedor para caracterizar-se –, afirma que deve ser ela total para impor resolução contratual; em sendo parcial, a resolução não é imperativa, vez que o credor ainda pode ter interesse na execução do contrato na parte que se mostra viável. Tal interesse pode existir nos contratos cujo objeto seja a prestação de várias coisas principais ou de uma coisa principal e de uma ou de várias coisas acessórias, por exemplo (GOMES, 2008, pp. 211-212).

Ademais, a impossibilidade deve ser definitiva. Se temporária, como frequentemente observado nos contratos de prestação continuada, novamente a resolução não é medida que se impõe, salvo se o óbice persistir por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. Enfim, em contraste com o que se verifica na responsabilidade extracontratual, a inexecução involuntária que determina a extinção do vínculo contratual “decorre apenas de impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva” (GOMES, 2008, p. 212).

Enzo Roppo traz perspectiva semelhante no contexto da onerosidade excessiva. Para que o remédio da resolução por onerosidade excessiva possa operar, devem verificar-se duas condições: uma, externa, atinente às circunstâncias que determinam o agravamento econômico da prestação e o seu consequente desequilíbrio de valor com a contraprestação; a outra, interna, à substância do negócio, concernente exatamente à medida de tal agravamento e desequilíbrio.

Ao tratar da primeira condição, o autor frisa que o fato superveniente gerador da onerosidade deve advir de *acontecimentos extraordinários e imprevisíveis* (ROPPO, 2009, p. 261), pondo o caso fortuito ou a força maior como condição precedente e *sine qua non* para que se cogite a resolução contratual; em seguida, analisar-se-ão as peculiaridades do negócio. Em outras palavras, a inferência do operador do direito precisa estar no sentido da impossibilidade de exigência de conduta capaz de evitar ou minorar os possíveis efeitos prejudiciais do caso fortuito ou da força maior (DE LA MAZA GAZMURI; OLIVARES, 2020, p. 152) (MONTEIRO FILHO, 2020a, p. 296).

Parecendo endossar a posição da literatura jurídica até então alinhavada, o Superior Tribunal de Justiça exige, para a desoneração de responsabilidade pelo inadimplemento contratual, “a necessariedade (fato que impossibilita o cumprimento da obrigação) e a inevitabilidade (ausência de meios para evitar ou impedir as consequências do evento)”,⁴ devendo a impossibilidade de cumprimento da obrigação ser *absoluta*⁵.

Podemos citar como exemplos as pestilências no campo e no meio urbano, desastres ambientais com interferência humana e, inclusive, catástrofes econômicas de ampla dimensão – não meras crises, ressalte-se. Diante de circunstâncias que pertencem ao ordinário curso dos acontecimentos naturais, políticos, econômicos ou sociais, podendo ser previstas quando da celebração do negócio,

[...] não há razão para tutelar o contraente que nem sequer usou da normal prudência necessária para representar-se a possibilidade da sua ocorrência e regular-se de acordo na determinação do conteúdo contratual (ROPPO, 2009, p. 262).

A lei deve, nesse sentido, apresentar guarda apenas em matéria de riscos absolutamente anômalos.

Observando o caso fortuito e a força maior especificamente no contexto da pandemia, há de se considerar algumas particularidades antes de concluirmos se é possível encaixar a pandemia em um desses conceitos jurídicos. Verificamos que os critérios apontados pela literatura jurídica, conforme citado e explicado acima, conjugando ambos os institutos, seriam: i. situação lesiva irresistível; ii. situação imprevisível; e iii. impossibilidade prestacional definitiva ou que perdure por tanto tempo que a obrigação deixa de interessar ao credor (NAVARRO MENDIZABAL, 2017, p. 1).

4. STJ. REsp nº 1.564.705/PE, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Publicação: DJe 05.09.16.

5. STJ. AREsp nº 1.347.713/SP, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, Data de Publicação: DJe 19.09.18.

Ao analisar-se a pandemia, decerto o critério da imprevisibilidade estaria consubstanciado em análise abstrata. Qualquer contrato firmado em tempo anterior, com termo final durante o período pandêmico, não se fez pensando nas alterações cambiais, inflacionárias e propriamente fáticas das partes em meio a uma crise sanitária que tem na gripe espanhola seu último precedente equivalente, ocorrida no início do século XX.

Não se pode exigir, das partes pactuantes, atos de previsão em relação a um evento de tamanha proporção e que não apresenta paralelo de magnitude em termos de impactos econômicos, porquanto recentes epidemias não alcançaram tal nível de graveza. Deve ser considerada, no quesito previsibilidade, a regra do *bonus pater familias*, ou o homem médio/termo médio aristotélico, como aponta Coêlho (2016, p. 87):

[...] leva-se em conta a previsibilidade de um ser humano de conhecimentos medianos, comuns a qualquer outra pessoa em sociedade, sem que seja necessário maiores diligências por parte das pessoas no sentido de impedir o fatídico evento danoso.

A lesividade, por outro lado, já não é cabível verificar de plano, sem uma observação detalhada do caso concreto. É tanto imaginável um contrato que persista com seu sinalagma intacto pós-pandemia quanto um que sofra alterações substanciais em razão do evento lesivo imprevisível, merecendo esse um olhar atento quanto à caracterização do caso fortuito/força maior. É justamente o que aponta a doutrina atual, indicando que

[...] é essencial evidenciar-se a ligação direta entre o evento extraordinário e a impossibilidade ou dificuldade no cumprimento da prestação. A natureza do impacto na relação obrigacional é o que determinará a incidência de um ou outro (SANTOS; SANTOS; DINIZ, 2020, p. 67).

No âmbito da impossibilidade prestacional, considerando o exposto acima acerca da inviabilidade total e definitiva ou parcial e temporária da obrigação, deve-se ter em mente que a pandemia e também os seus efeitos não serão perpétuos, o que permite a concepção de um cenário em que, apesar do abalo nos aspectos fáticos do negócio, haverá reestruturação socioeconômica

das partes para subsistência do cumprimento da avença. Contudo, observando índices de desemprego⁶ e os impactos econômicos da pandemia em todo o mundo, igualmente é visível um cenário em que a recuperação das partes não é promissora, de modo que a pandemia se caracteriza como evento causador de inexecução involuntária das obrigações contratuais; é necessário, então, uma observação casuística para se constatar a (im)possibilidade de adimplemento da prestação, pautando-se na gradação da sua dificuldade ou impossibilidade (MONTEIRO FILHO, 2020b, pp. 74-93).

Desse modo, seria possível a desoneração da responsabilidade contratual da parte em razão da pandemia pela ocorrência de caso fortuito/força maior. Não é uma situação absoluta em abstrato; porém, é inegável a aplicabilidade da teoria sobre casos concretos em que sejam detectados os requisitos elencados na melhor doutrina.

A possibilidade de aplicação da revisão e resolução contratuais e os impactos da Lei nº 14.010/2020 nessa sistemática

Adentrando o questionamento do capítulo: o veto, pela Lei nº 14.010/20, dos dispositivos constantes do capítulo “Resilição, Resolução e Revisão dos Contratos” do PL nº 1.179/20 significaria a proibição desses atos jurídicos ou tão somente a ausência de norma específica que os regule?

Na deontologia jurídica, para ser considerada norma, há a necessidade de a norma compor o ordenamento e ser passível de interpretação de prescrição de conduta, seja ela geral, singular, específica, abstrata, negativa, permissiva, categórica ou hipotética (BOBBIO, 2016, pp. 175-186).

A norma, para que possa passar pelo crivo de validade e de eficácia, deve antes *existir no sistema* (KELSEN, 2009, pp. 11-15), e o ato de veto é justamente a exclusão de uma potencial norma de figurar nesse sistema. Não parece correto o pensamento de que a não inclusão da norma tem por conse-

6. “Pela primeira vez na história, o nível de ocupação no emprego entre março e abril ficou abaixo de 50%, ou seja, mais pessoas estavam sem trabalho do que trabalhando em todo o País”. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/situacao-dramatica-do-desemprego-na-pandemia-esta-oculta-nos-indicadores-oficiais/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

quência a proibição, em termos deontológicos, de seu conteúdo: para haver uma norma proibitiva (negativa), é necessário que ela exista e que preveja negativamente certa conduta. Em termos lógicos: inexistir norma permite que o conteúdo não abordado seja aplicado se o resto do ordenamento dê azo para tal entendimento, pois nada o ordenamento fala sobre o tema. Caso ingresse no ordenamento uma norma específica de proibição – o que não é o caso de um veto –, então, sim, torna-se inviável, em lógica positivista, aplicar outra forma de entendimento em relação àquela matéria.

Sob outra ótica, observando um espectro axiológico do direito, é pertinente a busca pelas repercussões da revisão contratual por uma análise sistêmica. O relevante seria investigar a *ratio juris* das normas, de modo que seria ela encontrada por um estudo principiológico e hermenêutico do sistema (SILVA, 2015, pp. 17-18).

No caso ora em análise, tal situação é pertinente pois inexistente norma regulando a revisão e a resolução contratuais na Lei nº 14.010/20, sendo necessário entender qual é a proposição sistêmica diante do veto dos dispositivos do PL que tratavam do tema. Então, observados importantes princípios do direito civil (*e.g.*, *pacta sunt servanda*, função social do contrato etc.), conclui-se, conforme exposição mais detalhada a seguir, que é oportuno entender-se pela possibilidade da revisão e da resolução contratuais aplicando a Lei nº 14.010/20 como paradigma de compreensão da pandemia *em termos temporais*.

Muito bem. Na teoria jurídica, a cláusula *rebus sic stantibus* – ou a teoria da imprevisão – é tomada como uma figura em abstrato aplicável às revisões contratuais, derivando do próprio princípio do *pacta sunt servanda*, já que busca manter o equilíbrio ou sinalagma contratual estabelecido no pacto originário entre as partes (ZULIANI, 2011, p. 651).

Importante destacar algumas peculiaridades que a literatura jurídica observa nessa cláusula, conforme aponta Gilberto Fachetti Silvestre (2020, p. 7):

Muito embora a cláusula *rebus sic stantibus* histórica e tradicionalmente tenha sido invocada para revisar ou resolver o contrato diante de circunstâncias extraordinárias que causavam onerosidade da prestação (ou das parcelas da prestação), essa não é sua *ratio juris*; a revisão e a resolução são consequências possíveis da sua finalidade. Teleologicamente falando, a cláusula foi concebida para reequilibrar ou garantir

o equilíbrio da comutatividade da relação contratual em perspectiva substancial (e não meramente formal). Por isso, seja qual for a medida aplicada, o que a cláusula quer é assegurar o equilíbrio prestacional e a capacidade de pagamento.

Vemos, dessarte, a revisão contratual como uma possibilidade mesmo em situações alheias à pandemia do novo coronavírus. Nada obstante, a questão, aqui, resume-se ao seguinte: em que a Lei nº 14.010/20 modifica a cláusula *rebus sic standibus*?

Como se percebe já no primeiro artigo do diploma e conforme já mencionado neste capítulo, a Lei estabelece um marco temporal inicial para a pandemia e este pode ser um critério de avaliação extra do magistrado para identificar situações em que há uma alteração específica pelo cenário pandêmico, caso em que a revisão contratual deve ser operada de forma diligente devido ao ineditismo representado pelas rupturas fáticas desse evento – inclusive se comparadas a outras hipóteses de caso fortuito/força maior já observadas no direito civil.

Há de se pontuar, contudo, que nem toda revisão é possível nas atuais circunstâncias. A Medida Provisória nº 948/2020 determinou, em seu artigo 2º, que serviços e reservas de eventos (exemplificados por shows e espetáculos) não precisarão ser reembolsados, tornando ineficaz a revisão contratual no setor de entretenimento enquanto vigorar a citada MP, cabendo apenas seguir o procedimento descrito no próprio artigo 2º.

Então, deduz-se que, em casos mais graves nos quais não é possível a revisão – via preferível devido à lógica de manutenção dos atos jurídicos perfeitos no sistema –, a *resolução* contratual será oponível, sobretudo se houver frustração do fim do contrato.

Por conceito, a frustração do fim é i. uma impossibilidade relativa da execução de ato jurídico válido; é ii. capaz de afetar a causa-fim do negócio jurídico; e iii. possui efeitos resolutórios (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 633). Vê-se que a ideia é diferente das situações consubstanciadas na aplicação da cláusula *rebus sic standibus*: nesta, há problemas relacionados à alteração do sinalagma – isto é, das prestações – e, portanto, surge a necessidade de adequá-lo. Naquela, contudo, é mister a resolução do contrato pois a sua

finalidade deixou de existir, de maneira que as prestações não mais são o importante a se discutir.

Em um cenário de pandemia, é plenamente admissível imaginar um contrato em que a finalidade se perde em razão das alterações fáticas, de modo que a sua resolução passa não só a ser a via possível, mas também a adequada se considerados os interesses primários das partes pactuantes. É vital, então, observar o marco temporal da Lei nº 14.010/20 para fins de estabelecimento do “quando” pandêmico e, assim, para que as partes tenham substrato jurídico ao pugnar pela resolução contratual.

Nota-se, portanto, que existem situações ensejadoras de intervenções modificativas ou extintivas sobre contratos perfeitos, seja pela via da cláusula *rebus sic standibus*, quando há problema quanto ao sinalagma, seja pela resolução por perda de finalidade do contrato, situação mais extrema. As inovações trazidas pelo PL e não introduzidas no ordenamento pela Lei nº 14.010/20 atuam nesse sentido, na medida em que o veto não significa nada ao direito, tão somente inexistindo, no momento, norma regulamentadora daquele tema, mas existindo, por sua vez, todo um substrato que justifica a prática da revisão ou da resolução contratual. Em complementação, o marco temporal da pandemia é substancialmente relevante para dar balizas objetivas ao magistrado na tomada de decisão acerca da revisão e resolução contratuais motivadas pelas alterações fáticas atinentes ao cenário pandêmico.

Considerações finais

A Lei nº 14.010/20 introduziu alterações relevantes para as balizas interpretativas do magistrado em casos envolvendo o direito contratual durante a pandemia. Há, agora, um marco objetivo do quando pandêmico e deve ser ele considerado durante a avaliação dos casos concretos. Saliente-se, ainda, a relevância desse raciocínio devido à série de elementos no arcabouço jurídico que possibilitam a revisão e a resolução contratuais, destacando-se, neste capítulo, a desoneração de responsabilidade pela força maior/caso fortuito, pela cláusula *rebus sic standibus* e pela extinção da finalidade contratual.

Quanto aos vetos ao texto original do PL nº 1.179/2020, constatou-se que não são eles hábeis a alterar toda a sistemática que a literatura jurídica e os julgados já possuem a respeito da revisão e resolução contratuais. Assim,

apesar de a Lei nº 14.010/20 não ter regulado expressamente a temática, não há óbice interpretativo dos eventos relacionados à pandemia conforme a sistemática já consolidada no ordenamento jurídico brasileiro.

Frise-se que é necessária uma análise casuística sobre a revisão ou a resolução da avença, sendo sempre preferível a primeira a fim de manter no sistema os atos jurídicos perfeitos e de zelar pela preservação dos contratos, apenas adequando o sinalagma atingido pela pandemia. Cabe às partes identificar qual é a situação em que se encontram e qual é a solução jurídica adequada, e cabe ao magistrado, caso acionado, identificar o nível de alteração dos elementos fáticos do contrato em razão da pandemia.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COÊLHO, Anna Luiza Matos. Considerações sobre o Caso Fortuito e a Força Maior. *In: THEMIS*, Esmec, v. 5, n. 2, p. 61-90, 2016.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; OLIVARES, Alvaro Rodrigo Vidal. Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19. *In: Revista de Derecho Civil*, v. 7, n. 3, p. 123-161, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 8. ed., Salvador: JusPodivm, v. IV, 2019.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso. **Nuevas perspectivas del caso fortuito y la fuerza mayor**. Espanha: Repositório Comillas, 2017.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Coronavírus e Força Maior: configuração e limites. *In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). Coronavírus e Responsabilidade Civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020a. p. 74-93.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Contratos em tempos de pandemia: descumprimento e força maior. *In: Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 12, p. 292-299, 2020b.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 31. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

- SANTOS, Caroline Silva Arize; SANTOS, Maria Victoria Gallo; DINIZ, Ana Paola Santos Machado. Impactos da pandemia da COVID-19 nas relações contratuais à luz dos institutos da força maior e da onerosidade excessiva. *In: HIRSCH; Fábio Periano de Almeida (Org.). COVID-19 e o Direito na Bahia: estudos da comunidade da Uneb em homenagem à memória de Rivaldo Macedo Costa*. Salvador: Direito Levado a Sério, 2020, pp. 56-86.
- SILVA, Matheus Teixeira da. *A Excepcionalidade Normativa no Processo Decisório*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Novos problemas, antigas soluções: o amplo significado da cláusula *rebus sic stantibus* e a renegociação, a suspensão e a conservação dos contratos cíveis e mercantis. *In: Civilistica.com*, v. 9, n. 1, p. 1-26, 2020.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2019.
- WEBER, Max. *O Direito na Economia e na Sociedade*. Tradução: Marsely de Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do Contrato por Onerosidade Excessiva. *In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

Aqui, domicilia-se a necessidade de ressignificados para o Direito: “saber lidar com o novo”, como propõe o @Akapoeta. Assim, as mais variadas formas de contratos e de famílias, os vínculos laborativos, os atos praticados no processo, a cobrança pelo Fisco, a imputação de responsabilidades... precisam harmonizar-se à excepcionalidade, ao inusitado.

Com essa louvável preocupação, cuida-se de um alvissareiro livro coletivo, focado, muito mais, no para-brisa do que no retrovisor, antevendo uma nova silhueta para as relações jurídicas, em seus mais diversos campos de atuação: desde as relações de família até o campo trabalhista; perpassando as relações contratuais e de consumo; tangenciando situações administrativas e tributárias; sem descuidar de impactos sobre o processo da nova compreensão da eletrônica, para dedicar atenção à nova dimensão da responsabilidade jurídica e da relação fiduciária com a Medicina. Em todos esses setores, a pandemia imporá adequações e atualizações a esse “admirável mundo novo” – que, sem medo de erro, sequer a genialidade futurista de Aldous Huxley conseguiu vislumbrar na tela de sua imaginação.

Praia do Forte, Bahia, no caloroso outubro de 2020, explicitando que as incertezas, quanto ao futuro, também alcançam o clima...

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça do MP/BA; Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).



encontrografia

encontrografia.com.br

www.facebook.com/Encontrografia-Editora

www.instagram.com/encontrografiaeditora

www.twitter.com/encontrografia