

# Cadernos Jurídicos

Ano 21 - Número 55 - Julho-Setembro/2020

## Paradigmas jurídicos no pós-pandemia



Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2020



*Diretor*

Desembargador Luis Francisco Aguilar Cortez

*Vice-Diretor*

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

*Conselho Consultivo e de Programas*

Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho

Desembargador Dácio Tadeu Viviani Nicolau

Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia

Desembargador Luciana Almeida Prado Bresciani

Desembargador Moacir Andrade Peres

Desembargador Renato Rangel Desinano

Juiz Carlos Bortoletto Schmitt Corrêa

*Coordenador da edição*

Juiz João José Custódio da Silveira

# **Cadernos Jurídicos**

## **Paradigmas jurídicos no pós-pandemia**

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 55, p. 1-224, Julho-Setembro/2020

CADERNOS JURÍDICOS / Escola Paulista da Magistratura  
V. 1, nº 1 (2000) - São Paulo: Escola Paulista da Magistratura

---

Bimestral

2000, v. 1 (1 - 2)  
2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)  
2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)  
2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)  
2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)  
2005, v. 6 (25)  
2006, v. 7 (26 - 27 - 28)  
2007, v. 8 (29 - 30)  
2008, v. 9 (31)  
2009, v. 10 (32)  
2011, v. 11 (33)  
2012, v. 12 (34 - 35)  
2013, v. 13 (36 - 37)  
2014, v. 14 (38)  
2015, v. 15 (39 - 40 - 41)  
2016, v. 16 (42 - 43 - 44 - 45)  
2017, v. 17 (46)  
2019, v. 18 (47 - 48 - 49 - 50 - 51 - 52)  
2020, v. 19 (53 - 54 - 55)

---

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



**Escola Paulista da Magistratura**

Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar

CEP 01301-100 / São Paulo - SP

Fones: (11) 3256-6781 / 3257-0356

[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)

[imprensaepm@tjsp.jus.br](mailto:imprensaepm@tjsp.jus.br)

## I - Direito Público

1. O Judiciário e as políticas públicas no combate à pandemia  
*Luis Francisco Aguilar Cortez*..... 11
2. Atos e sanções resultantes da intervenção do Estado no domínio econômico e social como forma de solução dos problemas advindos na pandemia  
*Wagner Roby Gídar*..... 23
3. Pandemia e tributação: tempo de reflexão  
*Renato Siqueira De Pretto* ..... 31
4. Audiência virtual da Fazenda antes do deferimento de liminar.  
Um novo caminho?  
*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*..... 41

## II - Direito Processual

1. Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia  
*Fernando da Fonseca Gajardoni*..... 51
2. Teleaudiências – celeridade e redução de custos: um novo paradigma para a tramitação processual  
*João José Custódio da Silveira* ..... 63
3. Atendimento virtual  
*José Roberto dos Santos Bedaque*..... 77
4. Trabalho remoto em segunda instância  
*Antonio Carlos Villen* ..... 83
5. Medidas de execução indiretas em tempos de pandemia da Covid-19  
*Frederico dos Santos Messias* ..... 89

## III - Direito Privado

1. Solidariedade, autorresponsabilidade e contrato: lições de protagonismo nas relações contratuais de Direito Privado em tempos de pandemia de Covid-19  
*Alexandre Guerra*..... 95
2. Pós-pandemia – responsabilidade civil na área da saúde  
*Luiz Fernando Cardoso Dal Poz*..... 117

## IV - Direito Empresarial

1. A Covid-19 e alguns reflexos no Direito Empresarial  
*Fernando Antonio Maia da Cunha e Silas Silva Santos*..... 125
2. Recuperação e falência: a repercussão da crise da Covid-19  
*Paulo Furtado de Oliveira Filho*..... 135

## **V - Advocacia e soluções autocompositivas virtuais**

1. **Audiências virtuais: uma visão advocatícia**  
*Alexandre A. F. Tella* ..... 143
2. **Mediação e conciliação on-line, vulnerabilidade cibernética e destaques do ato normativo nº 1/2020 do NUPEMEC/SP**  
*Fernanda Tartuce e Débora Brandão* ..... 153

## **VI - Ministério Público e atuação na pandemia**

1. **Novas perspectivas de atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo: mudança de paradigmas**  
*Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner e Motauri Ciocchetti de Souza*.. 163
2. **Aspectos práticos da atuação do Ministério Público: um olhar para o futuro**  
*Manoel Sergio da Rocha Monteiro* ..... 169

## **VII - Direito Notarial**

1. **A pandemia e os serviços notariais**  
*André Filócomo* ..... 175
2. **Atos notariais eletrônicos: análise do Provimento nº 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça**  
*Laura Ribeiro Vissotto* ..... 193

## **VIII - Justiça do Trabalho, execução penal e Juizados Especiais**

1. **Coronavírus e meio ambiente de trabalho: o “novo normal” no juslaboralismo**  
*Guilherme Guimarães Feliciano e Paulo Roberto Lemgruber Ebert*..... 201
2. **Prisão e execução penal: novas reflexões no pós-pandemia**  
*Henrique de Castilho Jacinto*..... 209
3. **Impactos futuros da pandemia nos Juizados Especiais**  
*Ricardo Cunha Chimenti*..... 215

## Apresentação

É com imenso prazer que apresento ao público leitor a obra *Paradigmas jurídicos no pós-pandemia*, editada pela Escola Paulista da Magistratura, sob a direção do Desembargador Luis Francisco Aguillar Cortez.

Cuida-se de obra produzida com cuidado e esmero e que procura refletir e apontar caminhos para o Direito, após o impacto causado pela pandemia que ora atravessamos e nos atingiu a todos e, de modo especial, nossa vida social estruturada sobre um individualismo extremado, degradação ambiental, consumo desenfreado e exclusão social.

A obra de caráter abrangente procura refletir sobre o impacto desse acontecimento sanitário e social, sobre os diversos ramos do Direito e seus respectivos regimes jurídicos.

Obra de grande fôlego intelectual, perpassa o Direito Público, de modo especial, o impacto produzido nas políticas públicas, na intervenção do Estado no domínio econômico, na tributação e na própria dinâmica da prestação de serviços públicos e, inclusive, o de natureza jurisdicional e seus aspectos processuais.

Por outro lado, investiga essas mesmas consequências no plano do Direito Privado, notadamente aquelas que dizem respeito aos contratos e responsabilidade civil na área da saúde; no Direito Empresarial e o reflexo quanto a recuperação e falência das empresas; no Direito Notarial; e Direito do Trabalho, o inevitável impacto da pandemia nas relações e ambientes laborativos e, finalmente, no Direito Penal e as consequências sobre a prisão e a execução penal.

Aponta ainda essas consequências para todos os atores jurídicos, não só os juízes, como ainda Ministério Público e advocacia.

Anoto, ainda, que a obra é produzida por profissionais de grande envergadura intelectual e com longa experiência no âmbito do ramo de suas atuações e dos diversos regimes jurídicos sobre os quais procuram refletir em razão dos reflexos decorrentes da pandemia de Covid-19.

Não tenho dúvida alguma em afirmar que a obra agradará ao leitor e contribuirá para a construção de novos modelos e paradigmas tão necessários à vida social e ao Direito.

***Paulo Magalhães da Costa Coelho***  
Desembargador Presidente da Seção de  
Direito Público do Tribunal de Justiça  
do Estado de São Paulo



## Agradecimentos

Este projeto, à partida introduzido ao grupo de Coordenadores Regionais da Escola Paulista da Magistratura e onde recebeu pronto incentivo e compromisso à participação, foi apresentado e contou com imediata aprovação pelo Exmo. Desembargador Diretor da EPM, Luis Francisco Aguilar Cortez, além do valioso apoio de seus Eminentes Ex-Diretores, Desembargadores Antonio Carlos Villen e Fernando Antonio Maia da Cunha, todos integrantes da obra.

A Escola Paulista da Magistratura, mais uma vez, prima pela formação continuada dos Magistrados Paulistas e, parafraseando a saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover, aborda crises como desafios, verdadeiras oportunidades ao encorajamento de soluções voltadas à melhoria nos serviços judiciários.<sup>1</sup>

Este é o escopo da Coletânea, cuja materialização destina-se a prover à comunidade jurídica instrumentos capazes de obliterar dificuldades oriundas dos tempos pandêmicos e iluminar novos paradigmas ao aperfeiçoamento da Justiça vislumbrados por seus integrantes.

São Paulo, 10 de setembro de 2020.

**João José Custódio da Silveira**  
Coordenador e organizador

---

<sup>1</sup> Cf. Ada Pellegrini GRINOVER, *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 28.



# O Judiciário e as políticas públicas no combate à pandemia

*Luis Francisco Aguilar Cortez<sup>1</sup>*

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A atividade estatal e as políticas públicas; 3. O controle da Administração e das políticas públicas; 4. Limites para o controle jurisdicional das políticas públicas; 5. A pandemia e o controle jurisdicional; 5.1. A importância da atuação do Supremo Tribunal Federal; 5.2. A função uniformizadora exercida pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

A crise (ou as crises) decorrente dos efeitos da pandemia na vida das pessoas e no funcionamento das atividades públicas e privadas ressaltou velhos problemas existentes em nossa sociedade e instituições, com reflexos que também atingiram a prestação jurisdicional, com postulações pertinentes ao próprio funcionamento dos órgãos públicos e escolhas governamentais.

O Judiciário já vinha sendo chamado a interferir em políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, meio ambiente e moradia, muitas vezes auxiliando no redirecionamento de recursos públicos para setores vitais. Com a crise provocada pela pandemia de infecções causadas pelo Covid-19, a busca por soluções judiciais ampliou-se, não só na esfera de ação direta do Executivo, como também nas relações privadas (recuperação judicial, revisão de contratos, questões familiares etc.).

O presente trabalho limita-se a analisar as intervenções no âmbito das atividades do Executivo, nas quais o Judiciário tem conseguido, após sucessivas ações judiciais, auxiliar na formulação e execução de políticas públicas. Em regra, tem sido positiva a participação do Judiciário, contudo, se todo exercício de poder exige limites, questiona-se a legitimidade das intervenções e seus limites.

Pretendemos indicar tópicos relevantes para o debate, diante das decisões judiciais proferidas neste período de combate à pandemia, conhecendo as dificuldades para sistematizar o tema, buscando tão somente apresentar ideias para reflexão considerando a situação concreta enfrentada.

## 2. A atividade estatal e as políticas públicas

O nascimento do Estado moderno e o incremento da atividade econômica, com as transformações sociais e políticas decorrentes, exigiram, principalmente a partir da

---

<sup>1</sup> Diretor da Escola Paulista da Magistratura, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa, professor na Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

metade do século XIX,<sup>2</sup> respostas governamentais como forma de garantir a própria governabilidade e a legitimidade no exercício do poder.

A ampliação das ações governamentais setoriais dirigidas para determinados fins, como condição de governabilidade, exigiram a coordenação dos diversos meios disponíveis, públicos e privados, expressos, muitas vezes, em programas de ação governamental, com maior ou menor alcance.

As diversas configurações da atuação estatal ao longo do tempo não dispensam a ação governamental, condição evidenciada principalmente em períodos de crise, como se viu, recentemente, com a crise econômica em 2008 e, agora, com a disseminação do Covid-19, gerando efeitos devastadores para as pessoas e para a sociedade em geral.

Ainda que possam variar, e muito, as formas de atuação dos agentes públicos, as ações governamentais exigem a participação e integração de outros atores; seus resultados dependem de uma boa estruturação e coordenação, realizadas, como toda a ação governamental, nos limites do Direito.

A abrangência da ação governamental autoriza, então, a definir política pública como “tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer”,<sup>3</sup> ou, em uma conceituação mais estrita, como um “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados”<sup>4</sup> para a consecução de objetivos determinados.

Tais definições incorporam uma dimensão técnica, na busca dos instrumentos adequados para a solução dos problemas, e uma dimensão política, na qual os atores devem estabelecer qual é o problema e qual é a solução adequada.<sup>5</sup>

No caso brasileiro, os objetivos e fins estão definidos no texto constitucional,<sup>6</sup> porém, devem ser concretamente delimitados em cada setor de atuação governamental.

Ao lado da necessidade de efetiva concretização, a fim de assegurar a governabilidade e a legitimidade no exercício do poder, a crescente complexidade das relações sociais e econômicas tem exigido novas formas de atuação pública e privada e, conseqüentemente, tem suscitado novas formas de controle e acompanhamento da atividade administrativa e das políticas públicas.

### 3. O controle da Administração e das políticas públicas

A estruturação do Estado moderno e, posteriormente, do Estado de Direito, decorre da inquestionável necessidade de “domesticação” ou controle do Poder.

As obras de Locke, Montesquieu, Rousseau e outros autores clássicos posteriores, forneceram a base para deflagração e posterior consolidação de movimentos que afirmaram uma nova configuração estatal:<sup>7</sup> o Estado de Direito.

---

<sup>2</sup> MULLER, Pierre. *Les Politiques publiques*. Paris: PUF, 2018.

<sup>3</sup> HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 6.

<sup>4</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>5</sup> HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony, op. cit., p. 4-23.

<sup>6</sup> Especialmente no artigo 3 da Constituição Federal.

<sup>7</sup> A respeito: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

Além da afirmação inicial dos direitos fundamentais, a separação dos poderes e a preocupação em estabelecer meios para o controle do exercício do poder, por meio da lei, apontaram especialmente para a necessidade de eleições regulares, liberdade de associação, de opinião e manifestação, fundamentos de uma Constituição.

Especificamente quanto ao controle dos atos e atividades administrativas, diversas classificações dos meios de controle da Administração são sugeridas.

Em regra, todo ato e toda a atividade da Administração Pública, o que inclui os três poderes em suas atividades administrativas, pode ser objeto de controle.

No Direito Administrativo, a referência a controle diz respeito à verificação de conformidade da atuação administrativa a determinados princípios impostos pelo ordenamento jurídico.<sup>8</sup>

Existem vários critérios para classificação das modalidades de controle,<sup>9</sup> o que nos autoriza a destacar uma classificação inicial, mais genérica, a saber:

- Controles internos: exercidos pela própria administração (autotutela) em relação aos seus atos.
- Controles externos: exercidos pelos outros poderes ou funções estatais – Legislativo e Judiciário – ou pela própria sociedade – controle social.  
Contudo, para melhor refletir a abrangência atual do controle e seus efeitos e evitar uma concepção que pode induzir à falsa ideia de controles somente a *posteriori*, podemos afirmar que o controle da atividade estatal significa que os agentes públicos devem ser responsabilizados por suas atividades, ser punidos por eventuais atos ilícitos e prestar contas de seus atos aos cidadãos e/ou outras instituições.  
Tal definição corresponde à noção de *accountability* e permite classificar os controles em<sup>10</sup>:
  - Controle vertical (*accountability* vertical) – correspondente ao controle da sociedade em relação ao Estado, realizado, por exemplo, mas não apenas, por meio das eleições.
  - Controle horizontal (*accountability* horizontal) – controle por meio dos diversos setores que integram a esfera pública, os quais podem ser:
    - a) controles administrativos (autocontrole);
    - b) controles legislativos (controle político exercido pelo Legislativo diante do Executivo);
    - c) controles de contas (essencialmente técnicos);
    - d) controles judiciários.

As várias classificações atendem a exigência de impedir o exercício do poder sem limites, reconhecendo que a configuração estatal não dispensa a verificação da forma de sua implementação e das condicionantes históricas que moldam seu exercício.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 694-695.

<sup>9</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 2012.

<sup>10</sup> SPECK, Bruno Wilhelm (org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

Nesse sentido, o que se discute atualmente é a extensão do controle que pode ser exercido, especialmente pelo Judiciário, em relação a políticas públicas, superada, majoritariamente, a discussão a respeito da possibilidade de controle.

#### 4. Limites para o controle jurisdicional das políticas públicas

Enfrentamos grande dificuldade ao tentar sistematizar regras objetivas a respeito dos limites que devem ser observados pela atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, o que decorre da abertura que o próprio conceito de políticas públicas oferece, conforme já exposto.

A dificuldade também se origina na profunda transformação ocorrida na interpretação e aplicação do Direito e na delimitação das funções atribuídas ao Judiciário no Estado de Direito, notadamente nas últimas décadas.

A Constituição de 1988, ao fixar princípios, valores, objetivos e fins que devem nortear a atividade pública, ampliou a possibilidade jurídica de questionamentos e a legitimação para apresentá-los perante o Judiciário. De outra parte, o enorme déficit histórico na construção de uma sociedade economicamente desenvolvida e socialmente equilibrada, com crônicos problemas de corrupção e má-gestão pública, tem exacerbado a necessidade de transformação no exercício do poder político.

O enfraquecimento das outras formas de controle e participação política canalizou a cobrança por políticas públicas eficientes para o Judiciário. Reconhecendo ou não excessos nesta atuação, o fato é que o atendimento de parte daquelas pretensões, o que às vezes mostra-se inafastável, gera novas demandas, conduzindo ao que já se denominou “judicialização da política” ou mesmo “judicialização da vida”.<sup>11</sup>

Em paralelo ao enfraquecimento do Legislativo, a ênfase no Direito e, em consequência, o crescimento da atividade jurisdicional na sociedade atual não é apenas uma temática brasileira.<sup>12</sup>

O Judiciário era, até a maior parte do século passado, o ator político-estatal “não convidado” para fazer parte da ação política governamental, entretanto, passou a ter protagonismo inédito.

Não é objeto deste estudo desenvolver as causas dessa mudança, mas certamente guarda relação com a crise da democracia representativa como modelo para uma boa governança e atendimento das expectativas sociais.

No âmbito jurisdicional, aceito como incontornável, no estágio atual, o controle jurisdicional de políticas públicas, os limites para a intervenção jurisdicional geralmente destacados referem-se a questões orçamentárias (“reserva do possível”), atuação voltada à preservação da vida com dignidade (“mínimo existencial”), observância do equilíbrio entre os meios empregados e os fins visados (“razoabilidade ou proporcionalidade”) e os denominados limites políticos (relacionados à “separação dos poderes”).

<sup>11</sup> Quadro já ressaltado por Antoine Garapon em 1996, resultando nas referências ao Judiciário como “muro das lamentações do mundo moderno”, em *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>12</sup> Entre outras obras, ver: CAMPILONGO, Celso. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011; GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma: Laterza, 2015; MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: LGDJ, 2015; ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.

Podemos, ademais, estabelecer a necessidade de observar outros limites específicos voltados a eficiência, conhecimento técnico, exequibilidade, legitimação etc.<sup>13</sup> Todavia, persiste a dificuldade em sistematizar algum padrão para a atuação jurisdicional.

A doutrina,<sup>14</sup> em parte introduzida nos julgados, aponta, então, a necessidade de uma “racionalidade constitucional” na ação pública, ou seja, uma racionalidade aferida em função da pauta constitucional, bem como a necessidade de preservar espaços exclusivos para a atuação dos outros poderes estatais, expressos na fórmula denominada como autocontenção do Judiciário.

Persiste, ainda, um conceito vago, que pode levar a equivocadas decisões a respeito de qual “racionalidade” deve prevalecer, por isso, acrescenta-se igualmente a obrigatoriedade de verificar a coerência entre meios e fins visados na atividade administrativa.

Objetivamente, a intervenção jurisdicional nas políticas públicas tem sido mais aceita nos casos de omissão dos outros poderes ou de falhas na execução de políticas públicas já existentes, em condições violadoras de direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Por outro lado, deve ser menor a interferência no que diz respeito à formulação de políticas públicas e suas escolhas políticas, esferas mais próximas daquela sua dimensão política anteriormente lembrada.

Finalmente, a possibilidade de questionamento judicial não deve resultar na infundada substituição da discricionariedade do administrador ou ignorar os limites reais para a sua atuação, o que implica cuidado na avaliação da própria exequibilidade das medidas determinadas.

Ainda assim, são critérios que não chegam a sistematizar, de maneira clara e objetiva, aqueles limites, restando como critérios orientadores para a atividade jurisdicional em relação às políticas públicas.

## 5. A pandemia e o controle jurisdicional da ação governamental

Em razão da pandemia enfrentada, o Judiciário está se deparando com pretensões que envolvem não apenas a avaliação da atuação (ação ou omissão) estatal setorial direta (políticas públicas), mas também voltadas às relações entre agentes privados.<sup>15</sup>

As medidas judiciais buscando aferir a atuação do Poder Público no combate à pandemia têm direta relação com a maior ou menor eficiência dos órgãos públicos em oferecer respostas adequadas, oportunas e convincentes para a população e agentes privados.

Não é difícil concluir, então, que no contexto federativo nacional e considerando as características de propagação do vírus, a adoção de uma estratégia nacional e de medidas gerais de controle da enfermidade era essencial para reduzir seus danos. Não tivemos

<sup>13</sup> CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 285-307.

<sup>14</sup> Também, entre outros trabalhos: CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011; PALU, Osvaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>15</sup> Conforme mencionado, proliferam os pedidos de recuperação judicial, revisões de contratos, ações envolvendo relações familiares e de trabalho, e mesmo de agentes econômicos privados perante o poder público: recolhimentos de tributos, manutenção de atividades etc.

tal atuação, o que certamente contribuiu e ainda contribui para um grande número de casos, como se constata nas estatísticas diárias, por todo o país.

Neste quadro, citaremos aqui alguns casos que mereceram apreciação judicial no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confrontando as decisões com os critérios acima lançados para os limites do controle jurisdicional.

### 5.1. A importância na atuação do Supremo Tribunal Federal

No ordenamento jurídico brasileiro, é inegável que a formatação da Suprema Corte, nos moldes adotados pelos Estados Unidos da América, vinculado ao sistema jurídico distinto, com condições econômicas, sociais e políticas diversas, tem gerado o superdimensionamento das atribuições do Supremo Tribunal Federal.

Nos limites aqui propostos, a análise consiste em verificar os parâmetros adotados nos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal em virtude da crise provocada pela pandemia; avaliação positiva, pelas razões que serão expostas.<sup>16</sup>

Destacamos que as inúmeras decisões proferidas, relativas às ações/omissões governamentais diante da pandemia, contribuíram para dar estabilidade não só às ações governamentais, mas também às instâncias inferiores do Judiciário, evitando a multiplicação de ações e divergências jurisprudenciais, ao estabelecer critérios orientadores para os casos.

A maioria das ações analisadas ainda não mereceram julgamento definitivo, mas é possível destacar que as decisões têm afirmado:

- o respeito à separação dos poderes, evitando interferências imotivadas em políticas públicas iniciadas;
- que o Judiciário não pode substituir a discricionariedade do Executivo, todavia, é possível a verificação dos atos administrativos face “a realidade dos fatos e sua coerência lógica com as situações concretas”;<sup>17</sup>
- a competência geral da União para as medidas de combate à pandemia, a qual, contudo, não elimina a competência concorrente dos Estados e suplementar dos Municípios, no seu interesse específico;
- a necessidade de “diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo em matéria de políticas públicas”;
- a observância de preceitos fundamentais deve prevalecer em relação a medidas pontuais adotadas no contexto de combate à pandemia.

Inúmeras foram as medidas judiciais apresentadas perante o Supremo Tribunal Federal, a confirmar o excesso de meios de acesso àquela Corte, o que compromete sua principal e mais importante função, como guardião e intérprete final da Constituição Federal.

Exemplificamos com alguns casos, esclarecendo que pretendemos demonstrar a variedade dos temas e de meios de questionamento, escolhendo julgados de maior repercussão; a saber:

---

<sup>16</sup> Anotado, porém, que a mesma função poderia ser exercida por outra Corte inferior, reservando ao Supremo Tribunal Federal a atribuição de Corte Constitucional, reduzindo os desgastes políticos que o modelo atual provoca ao STF.

<sup>17</sup> ADPF 672, Min. Alexandre de Moraes, 9.4.2020.

**Ação Cível Originária – ACO:**

- indeferiu pedido de tutela provisória de urgência formulado para compelir o Poder Executivo Federal a adotar o teletrabalho para todos os servidores da Administração Direta e Indireta.<sup>18</sup>

**Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI:**

- referendou medida cautelar deferida que reconheceu a competência do Presidente para regulamentar, por meio de Decreto, a configuração de serviços públicos e atividades essenciais, preservada a atribuição de cada esfera de governo (competência concorrente);<sup>19</sup>
- referendou medida cautelar deferida para suspender dispositivos da MP 928/2020 que permitiam a não aplicação da Lei 12.257/2011 – lei de acesso à informação – por parte de setores da Administração Pública, cujos servidores estivessem em teletrabalho, quarentena ou equivalente, deixando de fornecer de informações relativas à atividade pública no período da pandemia;<sup>20</sup>
- negou pedido liminar para implementação de programa emergencial de manutenção do Emprego e Renda e medidas trabalhistas complementares;<sup>21</sup>
- suspendeu a eficácia da MP 954/2020 que autorizava o compartilhamento de dados por empresas prestadoras de serviços de telefonia com a Fundação IBGE para suporte à produção de estatística oficial durante a pandemia;<sup>22</sup>
- deu interpretação conforme a Constituição a dispositivos da MP 966/2020, relativa à responsabilização de agentes públicos na prática de atos relacionados ao combate a pandemia da Covid-19, firmando as seguintes teses:

*1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.*

*2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.* (ADI 6421, Min. Roberto Barroso, 21.5.2020)

**Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO:**

- julgou prejudicado o pedido de fixação de renda mínima a fim de garantir o mínimo existencial, no período da pandemia, às pessoas privadas de renda (prejudicado o pedido porque editada norma correspondente);<sup>23</sup>

<sup>18</sup> ACO 3364, Min. Cármen Lúcia, 24.3.2020.

<sup>19</sup> ADI 6341, Min. Marco Aurélio, 24.3.2020.

<sup>20</sup> ADI 6351, Min. Alexandre de Moraes, 30.4.2020.

<sup>21</sup> ADI 6363, Min. Ricardo Lewandowski, 17.4.2020.

<sup>22</sup> ADI 6387, Min. Rosa Weber, 7.5.2020.

<sup>23</sup> ADO 56, Min. Marco Aurélio, 30.4.2020.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF:

- negou pedido cautelar para adoção de medidas relativas à proteção da população carcerária durante a pandemia (consideraram já existir Recomendação do CNJ – n. 62, de 17/03/2020 – e Portaria Ministerial, ambas a respeito do tema);<sup>24</sup>
- negou seguimento a pedido que, em nome da proteção à saúde, autorizava a “requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde”.<sup>25</sup>
- deferiu em parte cautelar:

*RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. (ADPF 672, Min. Alexandre Moraes, 9.4.2020)*

- deferiu tutela cautelar parcial a fim de que a União mantivesse a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia.<sup>26</sup>
- deferiu em parte providências cautelares para suprir falhas e omissões no combate à pandemia da Covid-19 entre os povos indígenas, destacando a necessidade de observância dos princípios da precaução e prevenção, a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo em matéria de políticas públicas e a imprescindibilidade do diálogo intercultural nas questões relativas aos povos indígenas.<sup>27</sup>
- Suspensão de Liminar (SL), Suspensão de Segurança (SS) e Suspensão de Tutela Provisória (STP), medidas apreciadas pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (min. Dias Toffoli), nas quais foram afastadas decisões judiciais nos seguintes temas:
  - suspendia atividades do Airbnb no Município de Gramado;<sup>28</sup>
  - suspendia a aplicação de penalidades de cunho tributário, pretensão que fora deferida em agravo de instrumento por Tribunal estadual;<sup>29</sup>
  - autorizava que fossem postergados os recolhimentos de obrigações tributárias;<sup>30</sup>
  - autorizava a suspensão temporária dos recolhimentos de ISS e IPTU no Município de São Paulo;<sup>31</sup>

<sup>24</sup> ADPF 347, Min. Marco Aurélio, 7.4.2020.

<sup>25</sup> ADPF 671, Min. Ricardo Lewandowski, 3.4.2020.

<sup>26</sup> ADPF 690, Min. Alexandre de Moraes, 8.6.2020.

<sup>27</sup> ADPF 709, Min. Roberto Barroso, 8.7.2020.

<sup>28</sup> SL 1334, 26.5.2020.

<sup>29</sup> SS 5373, 17.4.2020.

<sup>30</sup> SS 5373, 30.4.2020.

<sup>31</sup> SS 5374, 6.5.2020.

- autorizava o funcionamento de Academia de Tênis;<sup>32</sup>
- permitia o funcionamento de estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, com base em norma municipal, em desacordo com a norma estadual que enquadrava o Município em fase mais restritiva para restabelecimento daquelas atividades;<sup>33</sup>
- prorrogava os prazos de pagamento do IPVA para veículos dos Centros de Habilitação de Condutores.<sup>34</sup>

## 5.2 - A função uniformizadora exercida pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Em situações específicas, previstas em lei, a envolver riscos ou grave lesão ao interesse público, pode o Presidente do Tribunal de Justiça determinar a suspensão de decisões judiciais, até que sejam julgados os correspondentes recursos. Tal possibilidade decorre das Leis 8.437/92<sup>35</sup> e 12.016/09.<sup>36</sup>

O uso indiscriminado deste recurso é arriscado, porque efetivamente subtrai a ação do seu curso normal e sempre pode ensejar questionamentos quanto à legitimidade da decisão, porém, em um sistema de amplo acesso à justiça e grande número de legitimados para ajuizar as ações, pulverizadas entre magistrados e graus de jurisdição, efetivamente alguma possibilidade de controle deve ser admitida, ainda que se possa imaginar uma formatação menos centralizadora.

O fato, contudo, é que o uso equilibrado do mecanismo em situações limites, como a atual, pode se revelar de grande relevância, cumprindo papel no qual, diante da proliferação e desencontro de decisões, administrativas e judiciais, o combate à propagação da enfermidade poderia ser ainda mais enfraquecido.

Vários pedidos foram indeferidos, a confirmar o equilíbrio na análise; as decisões adotaram como fundamentação:

- a necessidade de respeitar a discricionariedade técnica da Administração;
- a conveniência de observar uma condução coordenada e sistematizada das medidas de combate à pandemia;
- a ausência de omissão do Poder Público em relação às medidas pretendidas, ainda que não correspondentes integralmente à pretensão exposta em juízo;
- a existência de um planejamento estratégico para a atividade;

---

<sup>32</sup> SS 5377, 6.5.2020.

<sup>33</sup> SS 5403, 24.6.2020.

<sup>34</sup> STP 193, 5.5.2020.

<sup>35</sup> “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

<sup>36</sup> “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

- a necessidade de evitar a excessiva judicialização e interferência em políticas públicas;
- o risco à ordem pública decorrente das decisões atacadas.

Entre as decisões da Presidência do Tribunal de Justiça suspendendo decisões judiciais em primeiro grau, destacam-se os seguintes temas analisados:

- afastava a exigibilidade de créditos tributários até o final do estado de calamidade provocado pela pandemia;<sup>37</sup>
- determinava o bloqueio de rodovias, a fim de evitar o acesso de pessoas a algumas cidades;<sup>38</sup>
- liberava, no âmbito municipal, a abertura e funcionamento de estabelecimentos (academias e salões de beleza), em desacordo com a regulamentação estadual;<sup>39</sup>
- suspendia a cobrança de fornecimento de gás a usuários inadimplentes;<sup>40</sup>
- decisões relativas à alocação de servidores públicos, de equipamentos e definidoras de medidas de proteção a servidores e presos;<sup>41</sup>
- alterava a gestão da alimentação substitutiva escolar aos alunos da educação básica das redes estadual e municipal.<sup>42</sup>

Foram adotados critérios que correspondiam àqueles referidos como necessários ao controle jurisdicional da atividade administrativa e tiveram, como resultado efetivo, a redução de postulações judiciais pulverizadas e dos riscos de decisões contraditórias, fortalecendo a melhor orientação da população e agentes públicos.

Não se trata aqui, ressalvo, de apontar desacertos em decisões de primeiro grau, mas sim de reconhecer que a visão global, recomendada para medidas gerais de amplo alcance, nem sempre pode ser exigida, de imediato, nas ações específicas, e que o tempo “normal” exigido para a atuação jurisdicional poderia comprometer o próprio resultado das medidas questionadas.

Os reflexos positivos também foram observados na atividade da Seção de Direito Público da Corte, evitando proliferação de ações, constando nos julgados referências às decisões do STF e da Presidência, reafirmando a necessidade de coordenação e uniformização das medidas de combate à pandemia.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Nº 2066138.17.2020.8.26.0000, com decisões monocráticas em 8.4.2020, 6.5.2020 e 4.6.2020.

<sup>38</sup> Nº 2055467.18.2020.8.26.0000, entre outros

<sup>39</sup> Nº 2122225.90.2020.8.26.0000, com decisões monocráticas em 4.6.2020, 7.6.2020 e 3.7.2020.

<sup>40</sup> Nº 2070200.03.2020.8.26.0000, com decisões monocráticas em 15.4.2020, 6.6.2020 e 7.7.2020.

<sup>41</sup> Nº 2089587.04.2020.8.26.0000, j. 12.5.2020, DJe 14.5.2020; nº 2093293.92.2020.8.26.0000, com decisão monocrática em 13.5.2020; nº 2062377.752020.8.26.0000, j. 2.4.2020, DJe 7.4.2020; nº 2056293.58.2020.8.26.0000, com decisão monocrática em 25.3.2020; nº 0013592-19.2020.8.26.0000, j. 3.4.2020, DJe 6.4.2020.

<sup>42</sup> Nº 2069336.62.2020.8.26.0000, com decisão monocrática em 14.4.2020.

<sup>43</sup> Muitos julgados foram proferidos, às vezes relativos aos mesmos temas, entre eles: 9ª Câmara, AI nº 2135256.80.2020.8.26.0000, Des. Décio Notarangeli, j. 12.7.2020, DJe 17.7.2020 (recolhimentos de tributos); 4ª Câmara, AI nº 2099056.74.2020.8.26.0000, Des. Paulo Barcellos Gatti, j. 9.7.2020, DJe 14.7.2020 (restrição de acesso a imóvel em cidade litorânea); 10ª Câmara, AI nº 2143309.50.2020.8.26.0000, Des.ª Teresa Ramos Marques, j. 8.7.2020 (suspensão de revisão tarifária e de corte de fornecimento de água); 9ª Câmara, AI nº 2092629.61.2020.8.26.0000, Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 2.7.2020, DJe 9.7.2020 (aplicação de normas estaduais na disciplina de atividades comerciais em Município); 11ª Câmara, AI nº 2050116.78.2020.8.26.0000, Des. Marcelo L. Theodósio, j. 15.5.2020, DJe 16.6.2020 (suspensão de eventos religiosos no santuário de Aparecida); 1ª Câmara, AI nº 2072374.82.2020.8.26.0000, Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 8.5.2020, DJe 19.5.2020 (aplicação de normas estaduais na disciplina do tráfego intermunicipal de pessoas).

## 6. Considerações finais

A excessiva polarização e o “empobrecimento” do debate político refletem a transformação nas esferas públicas até então identificadas como destinadas à sua realização: o Parlamento, os partidos políticos e a grande mídia. Ao mesmo tempo, ocorre a “invasão” do cotidiano pela política, por meio das redes sociais, com a incorporação de novos atores, até então secundários no “jogo” político.

O protagonismo do Judiciário demonstra sua crescente inserção na arena política, diante da incapacidade de reinvenção e de “autodepuração” do sistema político tradicional.

O fato de os juízes não serem eleitos para realizar escolhas de ações governamentais incomoda, todavia, são cada vez mais exigidos pela sociedade para participarem daquelas escolhas e interferirem na gestão pública.

O quadro no Brasil é ainda mais intenso, tendo em vista as históricas fragilidades sociais e econômicas, resultando no crescente número de ações para dar efetividade aos direitos sociais e acompanhar as atividades governamentais, diante da ineficiência estatal e mesmo para amenizar o que se pode chamar “déficit democrático” da nossa sociedade.

Como já observado em outros estudos,<sup>44</sup> desejamos mais direitos individuais, mais liberdade, porém, cada vez mais queremos reduzir riscos e ampliamos nossas expectativas, tudo a exigir mais respostas normativas e estatais.

Evidentemente, o Judiciário não poderá ocupar todo o espaço político, nem conseguirá atender a avalanche de novas expectativas individuais e coletivas que se apresentam. Existe o risco concreto de se atingir uma “saturação” em relação à intervenção do Judiciário na atividade política,<sup>45</sup> com reflexos negativos para a sua atividade.

Entretanto, é inegável que o Judiciário pode e deve colaborar, como confirmado em momentos de crise, para o correto funcionamento da atividade pública e fortalecimento da Democracia, já superada a clássica e limitada atribuição que lhe fora outorgada no Estado liberal, até porque aquele modelo já não atende as necessidades atuais.

Por isso, construir uma sistematização dos limites para a atuação do Judiciário com base no modelo estatal então vigente é inviável. O desafio é transformar o Estado e, conseqüentemente, o próprio Judiciário sob novos paradigmas, estabelecendo relação Estado-Sociedade que dê efetividade aos valores constitucionais.

Por ora, resta ao Judiciário reconhecer os seus próprios limites, evitando a sua captura pela “midiatização” da política, atuando com independência em relação às esferas políticas tradicionais, evitando a excessiva centralização das suas estruturas e buscando reestruturar o próprio sistema judicial; caminhos que contribuirão para assegurar sua legitimidade e ampliar a sua contribuição para o aperfeiçoamento da Administração e ampliação da cidadania.

<sup>44</sup> SUMPTION, Jonathan. *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*. Tradução de Dulcinea Otero-Piñeiro. Barcelona: Antoni Bosh, 2019.

<sup>45</sup> Como se verifica, por exemplo, com o refluxo sofrido pela denominada Operação “Lava Jato”.

## Bibliografia

- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAMPILONGO, Celso. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 285-307.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma: Laterza, 2015.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: LGDJ, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 2012.
- MULLER, Pierre. *Les politiques publiques*. Paris: PUF, 2018.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- SPECK, Bruno Wilhelm (org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.
- SUMPTION Jonathan. *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*. Tradução de Dulcinea Otero Piñeiro. Barcelona: Antoni Bosch, 2019.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

# Atos e sanções resultantes da intervenção do Estado no domínio econômico e social como forma de solução dos problemas advindos na pandemia

Wagner Roby Gídaro<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Calamidades e a pandemia; 2. A intervenção do Estado no domínio econômico e social; 3. A atuação como Estado regulador; 4. O Estado regulador na Pandemia de Covid-19; 5. Os atos e sanções aplicados no Estado de São Paulo; 6. Conclusões; Referências bibliográficas.

## 1. Calamidades e a pandemia

Catástrofes acontecem. Só no Brasil, nos últimos anos, é possível enumerar várias situações que deixaram muitos brasileiros em estado de calamidade, dentre outros: em 05 de novembro de 2015, trágico acidente com rompimento da barragem de lama da Mineradora Samarco no Município de Mariana, Estado de Minas Gerais; em 25 de janeiro de 2019, outro acidente com rompimento de barragem de lama da Vale do Rio Doce, agora na Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho, também Estado de Minas Gerais; as enchentes que matam cerca de 300 pessoas por ano, em média – foram mais de 10 mil registros oficiais entre 1991 e 2010. O Brasil é o sexto país no mundo que mais sofre com catástrofes climáticas.<sup>2</sup> Outros acidentes que trouxeram estado de calamidade foram: o incêndio na Vila Socó em 1984, após falha nos dutos subterrâneos da Petrobrás; a exposição ao material radioativo Césio 137 em Goiânia em 1987; o vazamento de óleo na Baía de Guanabara em acidente com navio petroleiro; o vazamento de barragem em Cataguases em 2003; vazamento de óleo na Bacia de Campos em 2011 e o incêndio na Ultracargo no terminal de Santos em 2015.<sup>3</sup>

Em todos esses casos, houve muita atenção da Administração Pública, notadamente pelas consequências ao meio ambiente e às pessoas diretamente ligadas ou prejudicadas, que perderam suas casas ou parentes e amigos próximos. Foi necessária a intervenção do Estado em todos os níveis, notadamente da Administração Pública.

Agora, o mundo passa por calamidade, pois nada do que foi mencionado se compara à pandemia vivida em 2020 (iniciada no final de 2019 na China) em razão do perigo de contágio por um novo Coronavírus denominado Covid-19.

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito do Estado pela USP. Professor de Direito Administrativo da PUC-Campinas.

<sup>2</sup> Enchentes: O Brasil é 6º país do mundo que mais sofre com catástrofes climáticas. *Rádio Câmara*, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3iQbJxQ>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Darly Prado. Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. *Jornal da Unicamp*, Campinas, 1 dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/312Fm96>. Acesso em: 8 jul. 2020.

O estado de calamidade trazido por aqueles acidentes e acontecimentos naturais mencionados anteriormente passa a ser encarado, após a Pandemia de 2020, de uma forma diferente. A atuação da Administração Pública na vida das pessoas passa a ser necessária de um ponto de vista organizacional e cada vez com maior intensidade.

## 2. A intervenção do Estado no domínio econômico e social

O Direito Administrativo estuda a intervenção do Estado na sociedade por três ângulos diferentes: a intervenção do Estado na propriedade, segundo a qual faz valer a sua função social ajustando seu uso aos interesses gerais da comunidade; a intervenção do Estado no domínio social e a intervenção no domínio econômico. Esses dois, estudados de forma conjunta, na medida em que se valorize a justiça social ainda que prevalente valores como a livre concorrência e o livre exercício de toda atividade econômica (artigo 170, IV e parágrafo único, CF).

A respeito da intervenção no domínio econômico e social, o ocidente passou por várias fases até a situação atual. Num primeiro momento a fase do liberalismo absoluto, quando imperava a livre iniciativa sem muitas regras ou ação estatal para regular ou fiscalizar a sociedade. O Liberalismo é uma doutrina baseada na liberdade individual no seio da sociedade, tanto no campo econômico, quanto nos meios político e religioso. O liberalismo prega a ausência total do Estado na ingerência da vida coletiva da comunidade ou o Estado mínimo. Segundo Carvalho Filho, que estuda a matéria pelo enfoque do direito administrativo, diz que no Século XIX ocorria um liberalismo “puro” justamente em detrimento da valorização do trabalho humano.<sup>4</sup> Nem se diga que o nível de intervenção do Estado na Economia pode ser diferente da intervenção em outras áreas, uma vez que o processo histórico demonstra associação entre a política e a economia, a filosofia (e a religião) e a política. “Em cada fase da evolução dos povos são concebidas doutrinas filosóficas que oferecem seus axiomas para compatibilizar as formas de direção do Estado com os interesses econômicos”.<sup>5</sup>

Num segundo momento, em vista da notória insuficiência dessa teoria liberal para os contornos de desenvolvimento da sociedade, uma vez que só fez alargar o abismo entre as classes, começa a aparecer uma preocupação com o domínio social – ou seja, altera o peso da gangorra da liberdade: o domínio do social.<sup>6</sup> A Constituição do México de 1917

---

<sup>4</sup> “Partindo mais especificamente do Estado Moderno, e a partir do século XVIII, vicejou nitidamente a supremacia da teoria do *liberalismo econômico*, divulgada e praticada por ADAM SMITH, estampada em sua obra *A riqueza das nações*, de 1776. Por essa doutrina que, diga-se de passagem, atendia aos interesses da burguesia que passava a dominar, cada indivíduo deve ter liberdade de promover seus interesses, porque ninguém melhor que ele para avaliá-los. Ao Estado não caberia a interferência nem a regulação da economia; limitava-se apenas a uma postura de mero observador da organização processada pelos indivíduos. O *laissez faire, laissez passer* dava bem a ideia da passividade do Estado diante dos fenômenos econômicos e sociais”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 32ª edição, São Paulo: Atlas, 2018, p. 971.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Olhe o que diz o diplomata Paulo Roberto de Almeida: “O capitalismo globalizado e liberal da *belle-époque* seria transformado a partir dos eventos e processos deslançados com a Primeira Guerra: intervenção dos governos na economia, desafio socialista ao capitalismo, crise de 1929 e depressão dos anos 1930, protecionismo comercial, suspensão da conversibilidade das moedas, desvalorizações cambiais maciças, para não falar da própria destruição física trazida por dois conflitos de proporções gigantescas. A *segunda guerra de trinta anos* vivida pela Europa entre 1914 e 1945 transformou a natureza das relações internacionais tanto quanto a estrutura da economia internacional: ela não apenas retirou a Europa do comando da política mundial – ao precipitar a hegemonia mundial dos dois gigantes planetários, como antecipado por Tocqueville – mas também modificou as bases de funcionamento do capitalismo” (ALMEIDA, 2001).

e a Constituição de Weimar de 1919 apresentaram, de forma inovadora, capítulo próprio para ordem econômica e social.<sup>7</sup> Nos Estados Unidos, logo após a recessão causada pela quebra de 1929, ocorre uma revolução econômica com o *New Deal*, em que o Estado intervém diretamente na economia. Claro que o país do capitalismo não pensaria diferente em que não a manutenção da concorrência e da livre iniciativa, pois a economia era baseada em empreendimentos particulares e assim deveria ser mantida. Necessário um alto investimento, mas foi inevitável o asseguramento de vários direitos trabalhistas, com salário mínimo, máximo de horas trabalhadas e a negociação com sindicatos.<sup>8</sup> No Brasil, ainda que a Constituição de 1891 tenha sido liberal e federalista, o início do século XX foi permeado por ideais sociais, até que se iniciaram as primeiras manifestações a favor dos direitos dos trabalhadores. A Constituição de 1934 resultou do movimento revolucionário que, nada obstante tenha mantido um caráter liberal, havia enfoque numa democracia social com aumento de eleitores, criação do salário mínimo e organização de funções sociais. A Constituição estabelece um capítulo da “Ordem Econômica e Social” e firma uma garantia de “uma existência digna”. Dura três anos e, em novo golpe de Estado, é implantada uma ditadura conhecida como “Estado Novo”. O caráter liberal é rompido, o poder do presidente é aumentado e o Estado intervém mais na economia, agora com foco no domínio social.<sup>9</sup>

A Constituição de 1946 estabeleceu os direitos individuais e os princípios de justiça social. Ainda que tenha mantido a livre iniciativa como princípio da Ordem Econômica, inaugurou a valorização do trabalho humano. O abuso do poder econômico passou a ser combatido com a fiscalização de empresas dominadoras do mercado.

Como se verifica, em meados do Século XX houve as adoções maciças de valores sociais e do trabalho, o que pode ter ajudado a diminuir o abismo social já mencionado neste artigo. De qualquer forma, no fim do Século XX, o capitalismo retoma seu poderio e a Constituição de 1988 não o afasta por completo. Alguns dizem que se trata de uma onda “neoliberal”, enquanto outros simplesmente veem na Constituição de 1988 um grande marco de conquistas sociais. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a Constituição de 1988 em nada se aplica às teorias “neoliberais” na medida em que seus dispositivos não vinculam uma eficiência de mercado à organização econômica e social. Antes, “tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados”.<sup>10</sup>

A Ordem Econômica da CF88 está envolvida nos artigos 170/192 que se desenvolve em quatro capítulos: Princípios gerais da ordem econômica (arts. 170/181); Política urbana

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 973.

<sup>8</sup> HACKER, Louis H. *Capitalismo americano*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1958, p. 113.

<sup>9</sup> Como ordem econômica, estabeleceu: “Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Art. 136 – O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa” (BRASIL, 1986).

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 808.

(arts.182/183); Política agrícola e fundiária e à reforma agrária (arts. 184/191); e Sistema financeiro nacional (art. 192). Os Fundamentos da ordem econômica estão no art. 170 CF:

*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*I – soberania nacional;*

*II – propriedade privada;*

*III – função social da propriedade;*

*IV – livre concorrência;<sup>11</sup>*

*V – defesa do consumidor;*

*VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*

*VII – redução das desigualdades regionais e sociais;*

*VIII – busca do pleno emprego;*

*IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

Dois postulados como fundamentos:<sup>12</sup> Valorização do trabalho humano como uma preocupação em equilibrar os fatores do trabalho com o capital, estabelecendo uma mesma ordem de valores;<sup>13</sup> e Liberdade de iniciativa, como a liberdade para as atividades econômicas, não havendo intervenção, inicialmente, direta entre a atividade do Estado e a iniciativa privada.

As formas de atuação do Estado estão nos artigos seguintes. O art. 174 trata do Estado como agente normativo e regulador, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento.<sup>14</sup> O artigo 175 trata do Estado como executor das atividades econômicas.

### 3. A atuação como Estado regulador

Para esse estudo, o que interessa é a atuação do Estado Regulador e são três formas de atuação: Fiscalização – aqui o Estado busca regular o setor econômico para evitar formas abusivas de comportamento dos particulares, protegendo a sociedade contra os gravames causados aos menos favorecidos, como consumidores, hipossuficientes etc.; Função de incentivo – seria o estímulo oferecido para o desenvolvimento econômico e social, emprestando dinheiro diretamente ou fixando medidas de isenções fiscais, aumento de alíquota para importação, abertura de créditos especiais ao setor agrícola etc. e, finalmente, a função de Planejamento – como o processo técnico instrumentado para transformar a realidade

<sup>11</sup> Súmula vinculante do STF: Enunciado 49: “ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

<sup>12</sup> Parecem antagônicos. É preciso conciliar os fundamentos, criando-se estratégias de restrições e condicionamentos à liberdade de iniciativa a fim de que seja alcançada efetivamente a justiça social e a valorização do trabalho humano.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 975.

<sup>14</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos.<sup>15</sup> Para a função de fiscalização, normalmente o Estado lança mão das agências reguladoras, como autarquias especiais constituídas para regular não só o setor privado, mas também as concessionárias e permissionárias de serviço público.

A Constituição Federal de 1988 também definiu o abuso do poder econômico quando descreve, no artigo 173, § 4º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Dentro dessa perspectiva estruturante do Estado como interventor na economia, qual exatamente o modelo de intervenção que se requer para conter o vírus e o contágio coletivo, elevando as internações em leitos públicos hospitalares e consequente a morte de muitas pessoas pela impossibilidade de cuidados necessários pelo sistema de saúde?

#### 4. O Estado regulador na pandemia de Covid-19

A experiência vivida agora por conta da pandemia de Covid-19 foi significativa para demonstrar a necessidade da intervenção do Estado no domínio econômico. É possível que algumas medidas tenham sido infrutíferas, outras desastrosas, mas o saldo é de que não se poderia permitir que tudo corresse sem qualquer intervenção ou normatividade das atividades econômicas e da vida das próprias pessoas da sociedade.

A experiência de que trata esse estudo deve ser baseada no Estado de São Paulo, seja porque é base de qualquer modelo brasileiro, seja porque é o Estado brasileiro que mais foi atingido pela pandemia. No momento desse artigo, foram 374.607 casos confirmados, com 17.907 óbitos<sup>16</sup>.

Em São Paulo, foram diversos decretos estaduais que estabeleceram o isolamento social e várias restrições às atividades econômicas.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 977.

<sup>16</sup> Dados do dia 13 de julho de 2020. SÃO PAULO (Estado). *SP Contra o Novo Coronavírus*. Disponível em: <<https://bit.ly/2EdAFaK>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>17</sup> Decreto 64.682, de 13/3/2020, que determinou medidas temporárias e emergenciais adotadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta, além de recomendações ao setor privado estadual; Decreto 64.864, de 16/3/2020, que determinou medidas adicionais, de caráter temporário e emergencial, de prevenção de contágio pelo novo coronavírus e outras providências; Decreto 64.865, de 18/3/2020, com recomendações ao setor privado estadual (shoppings e academias); Decreto 64.880, de 20/3/2020, que dispôs sobre a adoção, no âmbito das Secretarias de Saúde e da Segurança Pública, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo novo coronavírus; Decreto 64.879, de 20/3/2020, que reconheceu o estado de calamidade pública, decorrente da pandemia de Covid-19, que atingiu o Estado de São Paulo; Decreto 64.884, de 24/3/2020, sobre a isenção de cobrança de tarifas de transporte coletivo intermunicipal de policiais civis e militares do Estado de São Paulo; Decreto 64.887, de 26/3/2020, que instituiu o Grupo Executivo da Secretaria de Governo e da Secretaria da Saúde; Decreto 64.891, de 30/3/2020, que tratou do atendimento dos alunos da rede pública estadual, ou em situação de extrema pobreza, com pagamento de benefício financeiro para alimentação, pago ao responsável do estudante; Decreto 64.897, de 31/3/2020, que dispôs sobre o funcionamento dos restaurantes do Programa Bom Prato até 1.º de junho; Decreto 64.898, de 31/3/2020, que dispôs sobre a gestão de contratos de prestação de serviços durante a vigência do estado de calamidade pública; Decreto 64.936, de 13/4/2020, sobre medidas de redução de despesas públicas no Estado durante a pandemia da Covid-19; Decreto 64.937, de 13/4/2020, sobre medidas de redução de despesas com pessoal e encargos sociais, durante a vigência do estado de calamidade pública decorrente da Emergência em Saúde Pública Internacional, durante a Pandemia da Covid-19; Decreto 64.881, de 22/3/2020, que decretou a quarentena no Estado de São Paulo; Decreto 64.920, que prorrogou a quarentena até 22 de abril de 2020 e, por último (ao menos no momento em que este artigo estava sendo redigido), o Decreto 64.946, de 17/4/2020, que prorrogou a quarentena até dia 10 de maio de 2020; O Decreto 64.881/20, que recomendou o uso de máscaras pela população; o Decreto 64.953, de 27/04/2020 que determinou a suspensão de atividades não essenciais no contexto da pandemia da Covid-19; o Decreto 64.953, de 28/04/20, que autorizou a Fazenda Pública a outorgar o uso de imóveis aos moradores e comércio de Paraisópolis; o Decreto 64.956, de 29/04/20, que determinou a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção facial no transporte público de passageiros de responsabilidade do

O de maior relevância foi o Decreto 64.881, de 22 de março, quando foi instituída a quarentena. O Decreto cumpre com as determinações da Lei 13.979/20 que firmou a quarentena como:

*“restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, [...] ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus” (art. 2º, II).*

O artigo 4º do aludido Decreto acrescenta: “Fica recomendado que a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais”. São várias as consequências jurídicas extraídas desses dispositivos, que já foram objeto de discussão no STF, como as alegações de inconstitucionalidade da MP 926, em que o debate girou em torno da possibilidade de a União suprimir a competência dos Estados e Municípios em suas funções administrativas.

Como se verifica dos Decretos Estaduais, várias são as restrições estabelecidas para as pessoas físicas e jurídicas e isso inclui atividades comerciais relevantes. Essa é a intervenção do Estado no domínio econômico e isso está protegido e delineado pela Constituição Federal, no artigo 174 e seus parágrafos.

## 5. Os atos e sanções aplicados no Estado de São Paulo

Analisando rapidamente esses Decretos do Estado de São Paulo, dos mais recentes aos mais antigos, verificam-se restrições importantes das atividades econômicas, com sérias sanções em caso de descumprimento. O Decreto nº 65.044, de 03/07/2020 estabeleceu as fases vermelha, laranja, amarela e verde para possibilitar o retorno gradual das atividades e nessas determinou restrições. O Decreto nº 64.975, de 13/05/2020 suspendeu o atendimento presencial em várias atividades, reforçando o Decreto que instituiu a quarentena. O Decreto nº 64.956, de 29/04/2020 fixou a obrigatoriedade do uso de máscaras. E, finalmente, o Decreto nº 64.881, de 22/03/2020, que estabeleceu a quarentena, impôs várias restrições e mencionou como sanção a busca de aplicação dos artigos 268 e 330, ambos do Código Penal.

Como se verifica, só para citar algumas restrições e sanções, estabelecidas por ato normativo administrativo, essencialmente interventivas do Estado nas atividades econômicas e na vida das pessoas. Existe alguma discussão sobre violação do princípio da legalidade? Não. Talvez em relação à obrigatoriedade do isolamento em casa, o que traria várias consequências em razão dos direitos fundamentais do cidadão, sem enumerar várias questões de ordem fática, como as pessoas que vivem nas ruas, pessoas que precisam sair por motivos que não sejam propriamente de compra de mercadorias ou visitas médicas. Todavia, essa não

---

Estado de São Paulo; o Decreto 64.959, de 04/05/20, que determinou o uso geral e obrigatório de máscaras de proteção facial, de preferência as não profissionais, em espaços públicos, no interior de estabelecimentos; o Decreto 64.963, de 05/05/20, que instituiu o Sistema de Informações e Monitoramento; o Decreto 64.967, de 08/05/20, que estendeu até 31 de maio a quarentena; o Decreto 64.994, de 28/05/20, que estendeu a quarentena para todo o Estado até 15 de junho; o Decreto 65.014, de 10/06/20, que estendeu a quarentena para todo o Estado até 28 de junho; o Decreto 65.032, de 27/06/20, que estendeu a quarentena para todo o Estado até 14 de julho. Informações do site do Estado de São Paulo. SÃO PAULO (Estado). *SP contra o novo coronavírus*: tudo sobre a quarentena. Disponível em: <https://bit.ly/3kT4E1k>. Acesso em: 14 jul. 2020.

é a discussão aqui. A intervenção nas atividades econômicas é notória, necessária e tem se mostrado eficiente e a única via para a organização dos trabalhos de prevenção ao contágio.

Essa aplicação da Administração Pública não é de toda uma inovação, pois a Lei nº 8080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde, muito embora não tenha natureza de lei complementar, acabou por cumprir com o instituído pelo parágrafo único do artigo 23, da CF. O SUS é formado pelos entes da administração pública direta e indireta e diz a lei que a execução dos serviços de saúde será realizada de forma “regionalizada” e “hierarquizada” em “níveis de complexidade crescente” (art. 198, CF). Isso significa haver espaços geográficos estabelecidos por municípios ou conjunto de municípios para a melhor organização, planejamento e execução dos serviços de saúde. A hierarquização não significa definição de competências em níveis diferentes, mas a definição de procedimentos técnicos e médicos. Com isso, cabe a todos os entes e de forma programática, a vigilância epidemiológica que, nos termos do artigo 6º, § 2º, é:

*um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.*

## 6. Conclusões

Fica a questão: o Estado intervém muito a ponto de restringir direitos fundamentais na coletividade e violar preceitos fundamentais da Constituição Federal, caracterizando verdadeiro estado policaiesco e ditatorial ou, *contrario sensu*, intervém em medida que preza pelo princípio da razoabilidade e que respeita os direitos fundamentais da coletividade considerados pelo todo, ainda que possa restringir direitos específicos, mas sempre em razão do princípio da supremacia do interesse público?

Tenho que a intervenção do Estado no domínio social e econômico seja necessária. A esse respeito, revelam os autores, como Carvalho Filho, que ensina que é postulado fundamental a supremacia do interesse público sobre os interesses singularmente considerados e isso é a raiz para a própria segurança e sobrevivência do indivíduo. Citando Celso Antônio Bandeira de Mello, a “estabilidade da ordem social depende dessa posição privilegiada do Estado e dela dependem a ordem e a tranquilidade das pessoas”.<sup>18</sup>

Portanto, tem-se na intervenção do Estado uma das ferramentas importantes para a implementação de políticas públicas<sup>19</sup> próprias para manutenção da saúde e a contenção do alastramento do vírus ou de outras consequências.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A economia internacional no século XX: um ensaio de síntese. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, DF, v. 44, n. 1, p. 112-136, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3g2Cu0h>. Acesso em: 13 jul. 2020.

<sup>18</sup> MELLO, op. cit., p. 843.

<sup>19</sup> “Política pública é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país.” MELLO, op. cit., p. 830.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 191-A, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3231RKq>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 7 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 1, 20 set. 1990.

BRASIL. Senado Federal. *Constituição de 1934*. Brasília, DF: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1986. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 3).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 49. Súmula Vinculante 49. Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 121, p. 1, 23 jun. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018

ENCHENTES: o Brasil é 6º país do mundo que mais sofre com catástrofes climáticas. *Rádio Câmara*, Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3iQbJxQ>. Acesso em: 8 jul. 2020.

FRANCO, Luiza. 'Estamos presos naquele dia': 1 ano após rompimento de barragem de Brumadinho, os impactos duradouros da tragédia. *BBC Brasil*, Londres, 25 jan. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/313PkHg>. Acesso em: 8 jul. 2020.

GONÇALVES, Darly Prado. Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. *Jornal da Unicamp*, Campinas, 1 dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/312Fm96>. Acesso em: 8 jul. 2020.

HACKER, Louis H. *Capitalismo americano*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1958.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. Acidente em Mariana (MG) e seus impactos ambientais. *Mundo Educação*, Aparecida de Goiânia, [201-]. Disponível em: <https://bit.ly/2DS2ui7>. Acesso em: 8 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). *SP contra o novo coronavírus: saiba como se proteger*. In: *saopaulo.gov*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EdAFak>. Acesso em: 14 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). *SP contra o novo coronavírus: tudo sobre a quarentena*. In: *saopaulo.gov*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kT4E1k>. Acesso em: 14 jul. 2020.

# Pandemia e tributação: tempo de reflexão

**Renato Siqueira De Pretto<sup>1</sup>**

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** Introdução; 1. Dever de pagar tributos; 2. Covid-19 e atuação legislativa tributária; 3. Covid-19 e atuação jurisdicional tributária; 4. Novos rumos tributários e o controle jurisdicional; 5. Conclusão.

## Introdução

Por meio do presente artigo, trazemos à discussão o tratamento devotado ao Direito Tributário durante o período da Pandemia de Covid-19.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a pandemia referida, haja vista o contágio humano pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2). De forma súbita, nosso país, diante de solicitação do Presidente da República, por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020, igualmente, reconheceu, pelo Decreto Legislativo nº 6 do Congresso Nacional, de 20 de março de 2020, o estado de calamidade pública até 31 de dezembro de 2020. Essa deliberação relaciona-se com as diretrizes do art. 65 da Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de 4 de maio de 2000, notadamente para a dispensa do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da mesma Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Nessa trilha, exige-se, agora, a busca do meio-termo à manutenção da fonte de financiamento do Estado, sobretudo pela tributação, em contrapartida à grave crise sanitária e econômica instalada no território nacional. Demandas judiciais nas quais se intenta a suspensão e/ou a prorrogação do pagamento de tributos, projetos legislativos visando à criação e à majoração de tributos, sobrevivência de empresas e manutenção de empregos são os fatores elementares à problemática da equação flexibilização *versus* robustecimento das obrigações tributárias.

## 1. Dever de pagar tributos

Em virtude da pandemia global causada pelo “Covid-19”, o Estado brasileiro teve de devotar, com prioridade inquestionável, medidas para prevenção da propagação da enfermidade, assim como para o restabelecimento da saúde dos cidadãos efetivamente enfermos. Estabeleceram-se isolamento social, quarentena, proteção primordial para indivíduos em grupo de risco, aparelhamento dos leitos nos hospitais, acarretando, em

---

<sup>1</sup> Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Universitário (PUCCAMP), Professor Assistente dos Cursos de Especialização da Escola Paulista da Magistratura (EPM) em Campinas e Professor de Direito Tributário do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da Escola Paulista da Magistratura.

contrapartida, severa paralisação econômica, que colocou em xeque a preservação do trabalho e da renda.

Entra, dessa forma, em cenário, a relevância da norma tributária como instrumento de combate ao dilema “salvaguarda da saúde *versus* amparo da ordem econômica”. Nessa conjuntura, a tributação deve espelhar dupla finalidade: formação de receita ao Estado e proteção ao contribuinte.

É notória a custódia, pela Constituição de 1988, dos direitos fundamentais. O amplo leque de direitos constante em seu art. 5º, com setenta e oito (78) incisos, além dos demais direitos fundamentais existentes ao longo do Texto Constitucional, em cotejo com sua localização logo no início da Carta de 1988, antes mesmo da organização do Estado e dos Poderes, retrata a magnitude da matéria pelo Constituinte de 1987-1988. No entanto, esses direitos geram também deveres fundamentais,<sup>2</sup> dentre eles o de pagar tributos.

Lembremo-nos que “todos os direitos têm custos públicos”, seja os sociais, cuja visibilidade, por intermédio de prestações estatais, é mais perceptível, seja os direitos negativos, clássicos, ensejando a cooperação social e a responsabilidade individual.<sup>3</sup>

A Constituição Federal, entre os arts. 145 e 162, regulamentou o sistema tributário nacional, destacando, dentre outras tarefas à classe política, a criação de tributos à consecução, pelo Estado, das inúmeras políticas públicas instituídas, respeitadas sempre as limitações constitucionais ao poder de tributar. Trata-se da adoção do modelo de Estado Democrático Fiscal, pressupondo relação do tributo com a liberdade, os direitos fundamentais, os princípios constitucionais relativos à segurança (legalidade) e justiça (capacidade contributiva, custo/benefício e solidariedade) e com o retorno da relevância de sua destinação pública.<sup>4</sup>

Por consequência, em particular pelo princípio estrutural da solidariedade (oriundo do art. 3º da Constituição e, assim, reportado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 3.105 e nº 3.128), todos podem ser chamados a participar do financiamento do Estado, observada sua capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição Federal), correspondente ao conteúdo inerente à preservação do mínimo vital (art. 1º, inciso III, da Constituição) e à vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição). De fato, o Direito Tributário não se reflete apenas na relação cidadão/Estado, mas, igualmente, no vínculo recíproco entre os cidadãos, configurando um direito da coletividade.<sup>5</sup>

Aludido dever, por força do princípio da legalidade (art. 150, inciso I, da Constituição), é aferido, tipicamente, pelos Poderes Legislativo e Executivo, participantes do processo legislativo que culmina na criação do tributo. Ao Judiciário, contudo, atribui-se a função primordial de avaliar o equilíbrio na relação Estado/contribuinte, examinando a

<sup>2</sup> Na Constituição da República Italiana, de 1947, por exemplo, esse dever fundamental é explícito, consoante se denota da redação de seu art. 2º: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

<sup>3</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 19-21, 2015.

<sup>4</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 4, p. 24-25.

<sup>5</sup> TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.

compatibilidade, ou não, da tributação com as normas de competência e de limitações ao poder de tributar instituídas constitucionalmente.<sup>6</sup>

A instabilidade gerada pela pandemia tem provocado a propositura de ações judiciais voltadas, muitas vezes, à suspensão de obrigações tributárias, haja vista a tensão entre o resguardo do direito social à saúde e o amparo do direito ao livre exercício de atividade econômica. Logo, a rigor, a explicitação dos espaços entre os poderes, para minorar os efeitos dessa inquietude, que deve se balizar pela independência e harmonia (art. 2º da Constituição), impedindo que um dos poderes avance sobre o núcleo essencial da função típica de outro, sob pena de preocupante inconstitucionalidade por afronta à cláusula pétreia do inciso III do § 4º do art. 60 de nossa Lei Fundamental.

## 2. Covid-19 e atuação legislativa tributária

Uma vez instaurado o estado de calamidade pública derivado do Covid-19, o Estado brasileiro viu-se compelido a reagir. No exercício das competências federativas, a União detém competência administrativa exclusiva, prevista no art. 21 inciso XVIII, da Constituição, para planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações. Em 6 de fevereiro de 2020, tivemos a edição da Lei nº 13.979, que dispôs “sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019”. Publicaram-se, da mesma maneira, vários outros atos normativos ao combate da pandemia.<sup>7</sup>

De modo concorrente, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a teor do art. 23, inciso II, da Constituição, também devem atuar de forma coordenada com a União à implementação das políticas públicas essenciais de combate à pandemia.<sup>8</sup>

Em reforço, o Decreto Legislativo nº 6 de 2020, instituiu, ao acompanhamento da situação fiscal e à execução orçamentária e financeira das medidas pertinentes à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19), uma Comissão no âmbito do Congresso Nacional, composta por 6 (seis) deputados e 6 (seis) senadores, com igual número de suplentes. Essa Comissão, mensalmente, reúne-se com o Ministério da Economia, para avaliar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19). Além disso, bimestralmente, a Comissão executa audiência pública com a presença do Ministro da Economia para apresentação e avaliação de relatório circunstanciado da situação fiscal e da execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas ao coronavírus (Covid-19), que deverá ser publicado pelo Poder Executivo antes da referida audiência.

Algumas medidas já foram tomadas ante a perda de receita no âmbito privado ao cumprimento das obrigações tributárias, seja para reduzir, seja para suspender exigências tributárias. No plano federal, em particular pela extensão de incidência das normas

<sup>6</sup> PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 13.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2Cl5HyS>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>8</sup> Essa questão de atuação cooperada entre os entes federados durante a pandemia de Covid-19 inclusive foi objeto de julgamento por nossa Suprema Corte na ADI 6341 MC-Ref/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.4.2020.

a todo o território nacional, de modo exemplificativo, destacam-se na esfera do Direito Tributário: Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 152/20; Resolução CAMEX nº 17/20; Decreto nº 10.285/20; Portaria CARF nº 8.112/20; Portaria RFB nº 543/20; Portarias PGFN nº 7.820/20 e nº 7821/20; MP nº 932/20; Portarias nº 103/20 e nº 139/20 do Ministério da Economia; Resolução CODEFAT nº 851/20; IN SRF 1.927/20; Portaria Conjunta PGFN e a RFB nº 555/20.

Visualizam-se, por meio de referidos atos normativos, em rol não exaustivo: a prorrogação do prazo para pagamento dos tributos federais no âmbito do Simples Nacional; o estabelecimento de alíquota zero ao Imposto de Importação e ao IPI para produtos médicos, hospitalares e outros necessários ao combate à pandemia causada pelo Covid-19; a simplificação e agilidade do despacho aduaneiro de mercadorias importadas destinadas ao combate da Covid-19; mudanças no atendimento perante a Receita Federal; suspensão dos atos processuais no âmbito da Receita Federal e do CARF; ampliação de prazo de validade da certidão de débitos (negativa ou positiva com efeito de negativa) por 90 (noventa) dias; suspensão de procedimentos administrativos de cobrança e exclusão de parcelamento; possibilidade de transação extraordinária; redução de contribuições direcionadas ao Sistema “S”.

Em 27 de maio de 2020, houve a edição da Lei Complementar nº 173, que estabeleceu “o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)”, centrando-se: a) na suspensão de pagamento de dívidas contratadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios com a União; b) na reestruturação de operações desses mesmos entes federados quanto ao sistema financeiro e a instituições multilaterais de crédito; c) no repasse de recursos pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios no exercício financeiro de 2020.

Deveras, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, ou seja, à deliberação majoritária, observadas as diretrizes constitucionais, a moldura primária do planejamento orçamentário. A atuação contramajoritária do Judiciário, nessa senda, pode resultar prejuízo à isonomia material e à capacidade contributiva, fazendo com que os custos das despesas ordenadas sejam suportados por toda a sociedade, mesmo sem que os contribuintes atuais ou futuros tenham aquiescido.<sup>9</sup>

### 3. Covid-19 e atuação jurisdicional tributária

Malgrado a implementação de políticas públicas não integre a função típica do Poder Judiciário, em virtude da abrangência da Constituição de 1988 e da expansão da jurisdição constitucional que dela derivou,<sup>10</sup> o Judiciário tem sido chamado à participação em citada seara, a pretexto de proteção de direitos inscritos na Lei Maior, o que não passou em branco, no campo tributário, diante da pandemia de Covid-19.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças públicas, economia e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 702-708.

<sup>10</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, ao abordarem os impactos do neoconstitucionalismo, destacam como um de seus fenômenos, a “judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 202-203.

Por conseguinte, ações judiciais voltadas à suspensão e/ou prorrogação do cumprimento de obrigações tributárias desaguarão nos tribunais.

Motivaram esses pleitos, especialmente, a incapacidade de empresas de continuarem solvendo seus deveres tributários em razão das restrições originadas de decretos governamentais, os quais impuseram o fechamento dos estabelecimentos que não exercessem atividades essenciais como medida de resguardo à disseminação do novo coronavírus.

A título de exemplificação, no Agravo de Instrumento nº 2062467-83.2020.8.26.0000, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fincado no direito ao livre exercício de atividade econômica, nos moldes do parágrafo único do art. 170 da Constituição, determinou, a certo contribuinte, a suspensão das medidas punitivas por eventual descumprimento de obrigações tributárias decorrentes do não pagamento de tributos ao Estado.

Em outras ações benéficas aos contribuintes, a fundamentação utilizada cingiu-se: ao estado de calamidade pública como caracterizador de caso fortuito ou força maior; à inviabilização da atividade econômica empresarial; à função socioeconômica da empresa como móvel à suspensão e/ou prorrogação do cumprimento das obrigações tributárias à satisfação primária das obrigações trabalhistas e comerciais, sendo que numa das ações a tutela provisória que prorrogou o pagamento por três (3) meses, condicionou, mensalmente, a prestação de informação pelo autor quanto ao número de empregados demitidos sem justa causa no mês anterior; à proporcionalidade e à razoabilidade; à aplicação da antiga Portaria nº 12, de 20 de janeiro de 2012, do Ministério da Fazenda – atual Ministério da Economia.<sup>11</sup> Nos autos do Mandado de Segurança nº 1013642-06.2020.4.01.3800, o magistrado ponderou que deveria ser atribuída prioridade ao pagamento dos salários diante da dificuldade concorrente de quitar os tributos devidos, acrescentando que a Portaria nº 139/20 e a Instrução Normativa nº 1.932/20, editadas pelo governo federal, ao suspender a exigibilidade somente das contribuições do PIS e COFINS, previram menos do que deveriam, não alcançando os demais tributos federais também atingidos pela situação de excepcionalidade da pandemia.

De outro lado, as citadas decisões restritivas ao cumprimento de obrigações tributárias foram, paulatinamente, sendo suspensas pelos Colegiados ou, principalmente, pelas Presidências dos Tribunais. Moldaram-nas, sinteticamente, como exemplos, a insegurança jurídica instalada, a afronta ao princípio da isonomia, haja vista o tratamento diversificado entre contribuintes na mesma situação jurídica e a violação ao princípio da separação de poderes. Serviram, identicamente, de supedâneo para essa limitação ao intento dos contribuintes: o “direito dos desastres”, apontando-se, à solução jurídica dos litígios, a indispensável coordenação dos esforços administrativos e o planejamento global das respostas ao “ciclo dos desastres”;<sup>12</sup> impossibilidade de a decisão judicial substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, mormente em tempos de crise e calamidade, não detendo o Judiciário elementos técnicos suficientes para a prolação de decisão equilibrada e harmônica, comprometendo à condução coordenada e sistematizada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela Covid-19;<sup>13</sup> não cabimento

<sup>11</sup> A respeito, de uma maneira geral, confirmam-se os seguintes processos: 1016209-67.2020.8.26.0053; 5000689-48.2020.4.03.6107; 5001503-46.2020.4.03.6144; 5004087-09.2020.4.03.6105; 5002358-30.2020.4.03.6110; 5002343-85.2020.4.03.6102; 1018785-12.2020.4.01.3400.

<sup>12</sup> Agravo de Instrumento nº 5012834-97.2020.4.04.0000/RS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

<sup>13</sup> Suspensão de liminar pela Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo nos Autos nº 2066138-17.2020.8.26.0000. Em similar sentido: TJSP, SS 2066138-17.8.26.0000.

do manejo da tese da “teoria da imprevisão”, aplicável ao equilíbrio das obrigações comutativas, recíprocas e onerosas, mas não à obrigação tributária, porque alicerçada na lei e na falta de fundamentos técnicos ao Judiciário ante a análise das consequências para o orçamento estatal frente a despesas imprevistas e o risco de efeito multiplicador.<sup>14</sup>

A propósito, neste momento de incertezas sobre as sequelas provenientes da pandemia, parecem-nos acertadas as últimas decisões, as quais revelam uma autocontenção judicial acerca dos pleitos deduzidos individualmente pelos contribuintes.

Com efeito, por mais notórios que sejam os estragos já provocados pelo novo coronavírus, abalando assustadoramente a economia, não estamos no ciclo de interferência do Judiciário por meio da inibição de obrigações tributárias, sob pena de quebra em cadeia e agravamento da crise. O amparo que se espera, nessa quadra, é o político, viabilizando solução uniforme por quem ostenta maior competência profissional para tratamento do assunto.

De se recordar que esse suporte estatal implicará gerenciamento orçamentário pelo impacto dos grandes dispêndios direcionados ao estancamento do problema sanitário originado da pandemia. Por isso, impõe-se um juízo crítico pelos magistrados quanto ao efeito macroscópico de suas decisões que ocasionam alocações financeiras, lastreadas na microjustiça do caso concreto, ensejando o remanejamento de outros gastos ou a oneração dos contribuintes com o aumento da voracidade do Fisco.<sup>15</sup>

No âmbito do Direito Tributário, a dilação do pagamento do tributo e/ou o parcelamento das obrigações tributárias subsome-se ao princípio da preeminência legislativa, por meio do qual, como regra, a igualdade realiza-se nos exatos termos da legislação, uma vez que a lei funciona como primeira garantia dos contribuintes,<sup>16</sup> ex vi dos arts. 97, inciso VI, 152 e 155-A, do Código Tributário Nacional e do art. 150, inciso I, da Constituição de 1988.

Ademais, não se pode olvidar da relevância do princípio da legalidade à organização e funcionamento do sistema tributário nacional, do sistema de finanças públicas e do sistema financeiro nacional (arts. 146, 163 e 165, da CF), o que tem ensejado, na hipótese de inconstitucionalidade por omissão, a adoção, por nossa Suprema Corte, de sentenças de perfil aditivo – ADIs 2240 e 3682 e MI 670).<sup>17</sup>

Veja-se, também, que a norma inscrita no art. 916 do Código de Processo Civil, que permite o parcelamento no âmbito de execuções de títulos extrajudiciais, sequer se aplica às cobranças embasadas nos ditames da Lei nº 6.830/80.

De fato, por se revelar como lei especial, não há como se impor o parcelamento previsto na lei geral – Código de Processo Civil – às execuções fiscais (regidas pela Lei nº 6.830/80).<sup>18</sup> Aliás, na hipótese de execução de crédito tributário, o tratamento da

<sup>14</sup> STF, SS nº 5363/SP, SS 5373/SE; SS 5374/SP; SS 5375/PR; STP 185/MA; STP 193/RS.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças públicas, economia e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 684-686.

<sup>16</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. *O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 240-241.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José J. Gomes et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1525-1532.

<sup>18</sup> Nesse vértice, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, ex vi, v.g.: TJSP; Agravo de Instrumento 2153953-86.2019.8.26.0000; Relator (a): Rezende Silveira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2019; Data de Registro: 30/07/2019; TJSP; Agravo de Instrumento 2265444-35.2018.8.26.0000; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de São Caetano do Sul – SAF – Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 11/02/2019; Data de Registro: 11/02/2019.

matéria exige lei complementar, conforme redação do art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, lembrando-se que o Código de Processo Civil tem status de lei ordinária (Lei nº 13.105/15).

#### 4. Novos rumos tributários e controle jurisdicional

Com o decorrer do término da pandemia de Covid-19, a moldura tributária do país deverá ser tecida, então, pelos Poderes Legislativo e Executivo, que levarão em consideração as repercussões econômicas dela geradas.

Para se ter uma ideia, de acordo com pesquisa do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, a lei orçamentária anual vigente – Lei nº 13.978, de 17 de janeiro de 2020 –, estimava um crescimento do PIB brasileiro na ordem de 2,32%, contabilizando a arrecadação total do ano no montante de R\$ 2.799.395.606.407,46. Apesar disso, com o isolamento social até 31 de julho de 2020, permanecendo em funcionamento somente os serviços e atividades essenciais, nos moldes do Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020, as perdas de arrecadação aproximam-se de R\$ 1.100.639.135.479,10 (R\$ 1,10 Trilhão) ou 39,32% do anteriormente previsto na referida lei orçamentária ao ano de 2020. Logo, no cenário de isolamento social estendido até o final de julho, a estimativa de arrecadação total para 2020 passou a ser de R\$ 1,70 Trilhão (e não mais de R\$ 2,80 trilhões).<sup>19</sup>

Segundo dados divulgados pelo Ministério da Economia, a arrecadação total das Receitas Federais atingiu, em abril de 2020, o valor de R\$ 101.154 milhões, registrando decréscimo real (IPCA) de 28,95% em relação a abril de 2019, resultado bastante influenciado pela queda de faturamento no período e também pelos diversos diferimentos decorrentes da pandemia causada pelo coronavírus.<sup>20</sup>

Será inevitável o ajuste tributário, sobretudo em tempos de queda na arrecadação.

Competirá, de modo precípua, à democracia majoritária, a ponderação entre os direitos envolvidos: reabastecimento dos cofres públicos à continuidade de execução das políticas públicas impostas na Constituição Federal e a recuperação da economia, estancando-se a ruína de empresas<sup>21</sup> e o aumento do desemprego.<sup>22</sup> Essa ponderação entre os princípios em colisão, deve, por certo, residir também na concretização legislativa, diante dos projetos em gestação, sem prejuízo de sua incidência nas fases de decisão por meio das atividades administrativa e judicial, proporcionando uma “acomodação otimizada” entre eles.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> *Queda da arrecadação tributária em decorrência dos efeitos da pandemia do coronavírus*. Disponível em: <https://bit.ly/327c5tw>. Acesso em: 12 jul. 2020.

<sup>20</sup> Análise da Arrecadação das Receitas Federais – Abril/20 – Relatório publicado em maio de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/315sYFn>. Acesso em: 22 maio 2020.

<sup>21</sup> No ponto, “Falências aumentam 71%; pequena empresa sofre mais”. Disponível em: <https://bit.ly/2YbR3sh>. Acesso em: 14 jul. 2020.

<sup>22</sup> Veja: “Pandemia faz taxa de desemprego atingir o maior percentual em dois meses”. *Jornal Agora*, Campo Grande, 19 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YciBOJ>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>23</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109-112.

Essas medidas já começam a pulverizar.<sup>24</sup> Fala-se em possibilidade de instituição: do imposto sobre grandes fortunas; da tributação de dividendos pagos por pessoa jurídica a pessoa física; de contribuição sobre movimentação de operações em Bolsa de Valores; de tributo sobre transação digital. Cogita-se, na mesma senda, a majoração da tributação das operações sujeitas ao imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD), com a progressividade de alíquotas até 8%.<sup>25</sup> Ao lado da criação de tributos, intenciona-se a redução de renúncia de receitas.<sup>26</sup>

Concomitantemente, tramitam no Congresso Nacional projetos de emendas constitucionais relativos à tão esperada reforma tributária,<sup>27</sup> com a tentativa de unificação em tributo nacional (Imposto sobre Bens e Serviços – IBS) de impostos de maior arrecadação nas esferas federal, estadual e municipal.

No estágio de uma Administração Pública que deve se pautar pela governança corporativa (capacidade de executar administrativa e financeiramente as decisões empenhadas), espera-se a participação dos cidadãos nos processos públicos de tomadas dessas difíceis decisões, com a garantia de autonomia e isenção do Estado quanto a interesses parciais de grupos de pressão e/ou de interesses político-partidários.<sup>28</sup>

De outro lado, competirá ao Judiciário, de modo subsidiário, zelar pelos compromissos impregnados na Carta da República a título de direitos e garantias dos contribuintes, limitando eventuais abusivos legislativos. Afinal, cabe-lhe o acompanhamento suplementar da implementação das políticas públicas constitucionais tendentes à realização de direitos sociais.

Como dito alhures, nessa fase, exige-se uma maior restrição judicial em relação à intervenção nos planos governamentais desenvolvidos na esfera tributária ao combate dos nefastos efeitos da pandemia de Covid-19. Apesar disso, numa omissão prolongada dos Poderes Legislativo e Executivo a respeito, uma maior atuação do Poder Judiciário poderá acontecer.<sup>29</sup> *Mutatis mutandis*, essa jurisdição constitucional sobre o orçamento reforça-se com a configuração de Estado de Coisa Inconstitucional (ECI), a exemplo do revelado na ADPF 347, autorizando a prolação de decisões judiciais de perfil aditivo, a pretexto de eficiente proteção à dignidade da pessoa humana e ao respeito ao mínimo existencial. Sendo assim, parece-nos que será a hora de, eventualmente, se proceder à suspensão ou à prorrogação do cumprimento de obrigações tributárias sob a assertiva de salvaguarda de empresas e do retorno social que elas provocam, como o primado do

<sup>24</sup> Interessante compilado de projetos de leis tributárias voltados ao Coronavírus, logo no início da pandemia, foi realizado por Alessandra Okuma. Disponível em: <https://bit.ly/3awiUZn>. Acesso em: 1 abr. 2020.

<sup>25</sup> A propósito, o PL 250/2020, em curso na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, o qual “altera a Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, visando à mitigação dos efeitos da pandemia do novo coronavírus – COVID-19 no âmbito do Estado”.

<sup>26</sup> TRUFFI, Renan. Governo almeja reduzir renúncia de receitas. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3aCrBuD>. Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>27</sup> Em resumo, na PEC 45/2019, há previsão de extinção do PIS, COFINS, IPI, ICMS e ISS por um único tributo nacional, que não acarretará redução da carga tributária, mas que promete simplificação da arrecadação, com transição tributária em dez (10) anos. Na PEC 110/2019, existe prenúncio de extinção do PIS, COFINS, IPI, ICMS, ISS, IOF, salário-educação, CIDE-combustíveis e Pasep mediante a substituição pelo IBS, com mesma alíquota a todos os entes fixada em lei complementar. Por meio do último projeto, ainda, o IRPJ incorporaria a CSLL, o ITCMD passaria à competência da União, o IPVA alcançaria novos veículos automotores (aeronaves embarcações) e excluiria outros (veículos destinados à pesca ou transporte público).

<sup>28</sup> MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51-55.

<sup>29</sup> Como exorta Jorge Miranda, existe a possibilidade de as omissões inconstitucionais, de uma forma geral, derivarem da função legislativa, da função política ou de governo, da função administrativa e até da função jurisdicional (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. v. 4, p. 292).

trabalho e a busca do pleno emprego. Autorizar-se-ia, portanto, a interpretação de normas sobre gestão pública, considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, como prescreve o art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

## 5. Conclusão

A pandemia de Covid-19, decorrente de crítica crise de saúde mundial, além dos efeitos impregnados na economia, tem gerado complexas discussões no âmbito jurídico. Em relação ao Direito Tributário, segmento de nosso artigo, logo se percebeu, no Poder Judiciário, a aflição de empresas quanto ao cumprimento de suas obrigações tributárias, em especial pelas medidas de isolamento social, como a suspensão das atividades, que lhes foram ordenadas.

Ações judiciais nas quais se tentou, com inegável franqueza, exteriorizar a depressão empresarial, sob o argumento de impossibilidade de cumprimento das obrigações tributárias, de início, tiveram algum amparo dos magistrados. Não obstante, as tutelas provisórias deferidas foram sendo revertidas, sucessivamente, uma vez que o tempo seria de reforço às receitas orçamentárias, haja vista os inegáveis desembolsos estatais ao estancamento da instabilidade proporcionada pelo novo coronavírus.

De fato, parece-nos acertada essa condução, *prima facie*, dos litígios judiciais, porquanto aos juízes faltariam elementos técnicos suficientes à tomada da decisão equilibrada. Ao Judiciário, não se espelhariam as consequências práticas da decisão inibitória de obrigações tributárias, impondo-se cautela, a teor do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Não se quer, todavia, recomendar o acovardamento do Judiciário. Ao revés, as breves ideias compartilhadas para a construção do debate – e naturalmente para as críticas – ilustram que o controle judicial da situação reforça-se com eventual indiferença dos outros dois poderes constituídos com os nefastos resultados da calamidade pública em causa. Não se pode perder de vista que o problema ganha certa perenidade, exigindo, então, soluções balanceadas, sem imediatismo, por meio das quais culmine uma agenda tributária que cumpra a função instituída em nossa Lei Fundamental de 1988.

O contexto indica o advento de reformas tributárias. O Judiciário, apesar da autoconterção inicial ao manter a agenda político-financeira de pagamento de tributos na pandemia, deverá estar alerta para os possíveis excessos do Estado sob a roupagem de reabilitação fiscal. Espera-se, pois, serenidade, uma vez que da real compreensão das dificuldades presentes moldaremos – para o bem ou para o mal – a tributação das gerações futuras. Logo, que a dificuldade inerente ao período seja móvel para respostas sensatas, sem jamais se perder o otimismo ao “novo normal”, calhando as precisas palavras de Fernando Sabino<sup>30</sup>:

*De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que ele estava sempre começando, a certeza de que era preciso continuar e a certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada; do sono, uma ponte; da procura, um encontro.*

<sup>30</sup> SABINO, Fernando. *O encontro marcado*. 32. ed. Rio de Janeiro: Record, 1981, p. 154.

## Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, João. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2015.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças públicas, economia e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 683-708.

PANDEMIA faz taxa de desemprego atingir o maior percentual em dois meses”. *Jornal Agora*, Campo Grande, 19 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YciBOJ>. Acesso em: 19 jul. 2020.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SABINO, Fernando. *O encontro marcado*. 32. ed. Rio de Janeiro: Record, 1981.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os Tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v.4.

TRUFFI, Renan. Governo almeja reduzir renúncia de receitas. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3aCrBuD>. Acesso em: 15 jul. 2020.

VELLOSO, Andrei Pitten. *O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

# Audiência virtual da Fazenda antes do deferimento de liminar. Um novo caminho?

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Pandemia e Direito: além dos velhos desafios, agora novos; 3. O Judiciário na crise: impulso que faltava para a inovação?; 4. Audiência virtual da Fazenda antes do deferimento da liminar; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

## 1. Introdução

Neste ensaio vamos tratar de um instrumento utilizado por juízes para assegurar o contraditório prévio da Fazenda antes da apreciação de tutelas de urgência em demandas de grave repercussão para a coletividade: a audiência virtual.

Ainda era carnaval em 2020 quando foi veiculado pela primeira vez no noticiário que o Covid-19 havia desembarcado no país.

A imagem que me vem à mente é uma foto de uma passageira no aeroporto de Guarulhos usando uma máscara, artigo que até então normalmente só era visto por aqui em centros cirúrgicos dos hospitais.

Poucos dias depois, em São Bernardo do Campo, houve a notícia de que o Município iria restringir o transporte público na urbe. Pensou-se que o fórum também ia ter que parar, já que o pessoal de apoio não teria como chegar até lá.

Em uma semana previu-se rodízio presencial entre grupos de juízes. Na subsequente, todos em casa. Era um feriado de segunda e terça, no qual ainda dava para acessar o sistema de processo eletrônico do Tribunal. Nos dias seguintes, caos no acesso. Um sistema adaptado a 5 mil servidores trabalhando à distância se via no desafio de comportar cerca de 50 mil nessa modalidade de trabalho.

Na segunda-feira da outra semana, o Tribunal Justiça do Estado de São Paulo estava integralmente *on-line*, com juízes e escreventes lotados em suas Varas, garantindo a prestação da jurisdição de forma ininterrupta para a comunidade.

Afora a dificuldade da empreitada tecnológica, começaram a aportar no Judiciário questionamentos de elevada complexidade sobre as políticas públicas encampadas por Estado e Municípios para enfrentamento da crise sanitária.

Em Municípios que estabeleceram limites à abertura de comércio não essencial no período, vieram ações individuais e coletivas contra esse tipo de restrição. Naqueles que não o fizeram, o Ministério Público propôs ação civil pública para compelir a Administração a agir no sentido de impor isolamento social aos cidadãos.

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito do Estado. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

Em São Bernardo a Prefeitura resolveu, via decreto, proibir a circulação de idosos em seu território, salvo em hipóteses previstas no regulamento.

O Ministério Público se insurgiu contra a medida.

Em tempos normais, a conduta esperada do julgador seria a análise desde logo da liminar<sup>2</sup> ou a postergação da sua apreciação para momento posterior à manifestação da Fazenda nos autos, para o que a lei fixa do prazo de 72 horas.<sup>3</sup>

No caso em tela, entendemos por providência diversa.

Antes de discurrir a respeito, algumas palavras sobre pandemia, direito, desafios e Judiciário.

## 2. Pandemia e Direito: além dos velhos desafios, agora novos

Assim que decretado o estado de calamidade pública pelo governo federal não é de se estranhar a relevância que se deu aos projetos de reforma legislativa entre nós.

Durante vários dias a imprensa falada e escrita repercutiu a necessidade de se aprovar uma alteração constitucional que permitisse ao Estado brasileiro realizar os investimentos exigidos pelo sistema público de saúde para fazer face à nova demanda que se avizinhava.<sup>4,5</sup>

Nesse mesmo momento, ou um pouco antes ou depois, veio a notícia de que o Presidente precisava aprovar uma lei que autorizasse o envio de um avião oficial a Wuhan para o resgate de brasileiros que lá estavam no início do pico da pandemia em território chinês.<sup>6,7</sup>

Para um observador desavisado a impressão que se tinha é que, à vista da gravíssima ameaça à saúde pública, o principal obstáculo a ser enfrentado no país era jurídico, de aprovar ou revogar leis, iniciativa imprescindível para que o governo pudesse fazer aquilo que precisava ser feito.

Esse, convenhamos, é um óbice que costuma ser veiculado em várias narrativas que se propõem a apontar o mau funcionamento de nossas instituições e os caminhos a serem trilhados para sua superação: reforma do Estado, das leis, enfim...

<sup>2</sup> Sob amparo da cláusula prevista no art. 5º, XXXV da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: <https://bit.ly/2EiEeFx>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>3</sup> Art. 2º da Lei 8.437/92 – “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

<sup>4</sup> Senadores apresentam propostas para enfrentar pandemia do coronavírus. In: *Senado Notícias*, Brasília, DF, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gdOLAT>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>5</sup> IRAJÁ, Victor. Após acordo de líderes, Senado aprova ‘Orçamento de Guerra’. In: *Veja*, São Paulo, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/31e0jOA>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>6</sup> “O grande problema que nós temos pela frente é que nós não temos uma lei de quarentena. Ao trazer brasileiro para cá, é nossa ideia, obviamente, colocá-los em quarentena. Mas qualquer ação judicial os tira de lá e aí seria uma irresponsabilidade”, declarou o mandatário, afirmando que, para trazer os brasileiros de volta, será preciso ter a certeza de não contaminação”. Governo descarta enviar aviões da FAB para retirar brasileiros na China. In: *R7*, São Paulo, 1 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kWiYjv>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>7</sup> “O presidente brasileiro também mencionou os custos envolvidos em uma operação de repatriação de brasileiros. A jornalista, afirmou que um voo fretado pode custar até US\$ 500 mil (cerca de R\$ 2.1 milhões). ‘Pode parecer pequeno para o orçamento brasileiro, mas precisa de autorização do Congresso’, disse”. Brasileiros em Wuhan gravam apelo a Bolsonaro por retirada da China. In: *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hgp4iP>. Acesso em: 19 jul. 2020.

Embora só no passado recente não faltem exemplos de como essa visão está equivocada, já que, apesar de aprovadas alterações a toque de caixa na legislação trabalhista e previdenciária, ainda não chegamos ao eldorado, o discurso continua.

No final do ano passado, no dia 24 de dezembro, também conhecido como véspera do natal, foi aprovada ampla modificação da nossa legislação penal e processual penal, incluindo os respectivos códigos,<sup>8</sup> no contexto de um projeto de lei denominado “pacote anticrime”.<sup>9</sup>

Pouco antes, por meio de medida provisória, houve alterações no Código Civil, as quais foram confirmadas por meio da aprovação da chamada Lei de Liberdade Econômica.<sup>10,11</sup>

Agora, precisamos de reforma administrativa e tributária.

Quanto à primeira, nos perguntamos por que, antes de um novo projeto de lei a respeito (que sim, se devidamente pensado e debatido, pode ser oportuno), não se prioriza a aplicação do quadro legal vigente, no qual constam diplomas como a Lei de Desburocratização<sup>12</sup> e o Código de Defesa do Usuário de Serviço Público,<sup>13</sup> que possuem disposições extremamente pertinentes para um aprimoramento da qualidade dos serviços colocados à disposição da população, mas que acabam por ficar esquecidos em meio ao vendaval legislativo que varre o país?<sup>14</sup>

O trabalho para disponibilizar recursos materiais e humanos necessários para que as leis virem realidade na vida das repartições públicas e no cotidiano dos contribuintes talvez seja silencioso demais para render manchetes nos jornais, fator que parece ser

<sup>8</sup> Modificação que, feita em procedimento sem maior reflexão, acaba por minar os próprios propósitos dos projetos de codificação do Direito observados na Europa ocidental a partir do século XIX. Sobre esse ideal, que vem se perdendo entre nós com a falta de hesitação com a qual, por meio de leis esparsas, e até de medidas provisórias (!), se altera diariamente nossos códigos de leis, vale conferir a reflexão de Celso Lafer: “a codificação surge, neste contexto (de valorização do direito posto pelo Estado em detrimento do paradigma do direito natural), como um processo de simplificação e racionalização formal que correspondia a um duplo imperativo sócio-econômico: o primeiro era a necessidade de pôr ordem no caos do Direito Privado para garantir a segurança das expectativas e, atender, desta maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo era o de oferecer ao Estado, através da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 42).

<sup>9</sup> Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/34jhpN4>. Acesso em: 18 jul. 2020.

<sup>10</sup> Lei 13.874/2019, que, apesar de trazer alguns avanços relevantes, possui alguns dispositivos de redação sofrível, como seu art. 4º, que tipifica condutas que se enquadrariam na ideia de abuso do poder regulatório. Disponível em: <https://bit.ly/34uthfl>. Acesso em: 18 jul. 2020.

<sup>11</sup> Para uma crítica acerca da alteração do art. 50 do Código Civil operada de tal forma, pontuando a inadequação da reforma pela via açodada da medida provisória 881/2019, ver: LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. Perfil evolutivo da descon sideração da personalidade jurídica no sistema positivo brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coord.). *Lei de Liberdade Econômica – anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2, p. 182-196.

<sup>12</sup> Lei 13.726/2018, que em alguns pontos inclusive seria dispensável se nossa Administração se preocupasse com a observância de dispositivos constantes do Decreto-lei 200/1967, como o respectivo art. 14, segundo o qual “o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”. Disponível em: <https://bit.ly/3himf00>. Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>13</sup> Lei 13.460/2017. Disponível em: <https://bit.ly/3aEuaTu>. Acesso em: 18 jul. 2020.

<sup>14</sup> Fenômeno que não é novo e nem exclusivo do nosso país. Quanto à experiência análoga vivenciada por nós nos anos 1960, ver reflexão extremamente pertinente de Fagundes, Miguel Seabra. As imperfeições da elaboração legislativa e o exercício da advocacia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 8, p. 119-126, 1969. Identificando na inflação legislativa (aqui entendida como proliferação de leis e regulamentos sobre uma dada matéria) uma fonte de incerteza quanto ao direito aplicável por parte da Administração, a repercutir na nossa clássica concepção acerca do princípio da legalidade administrativa, é a lição de Medauar, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 174. Sobre o problema sob uma perspectiva do sistema jurídico francês, ver Albertini, Pierre. *La crise de la loi: déclin ou mutation?* Paris: LexisNexis, 2015, p. 149 e ss.

necessário para movimentar corações e mentes dos nossos políticos, que continuam a buscar legitimação nessa ciranda legislativa sem fim.

Isso, nada obstante tal tipo de esforço esteja normalmente fadado ao fracasso por só ficar no nível da aparência de ação,<sup>15</sup> o que vai retroalimentando a roda de diagnósticos errados e prognósticos naturalmente inócuos, inevitavelmente frustrando cada vez mais o cidadão, que, apesar de ser religiosamente chamado a dar sua cota de sacrifícios para a manutenção da dispendiosa organização estatal, vê suas condições de vida se deteriorando com o passar dos anos.

Resultado dessa “estratégia”, que em alguma medida pode ser entendida como uma cortina de fumaça a entreter a plateia enquanto muitas das causas reais de disfunções do nosso Estado permanecem intocadas,<sup>16</sup> é a decepção crescente das pessoas que, talvez suspeitando desse jogo de cena, em vez de exigirem uma alteração de postura das nossas autoridades, sentem-se muitas vezes inclinadas a adotar um comportamento de natureza mais iconoclasta, por assim dizer, na linha “do ser contra tudo o que está aí”.<sup>17</sup>

E nessa toada íamos levando nossos dias, sob o influxo da agenda de diversos governos eleitos nessa onda de inconformismo e de desprestígio ao serviço público, com o sério risco de adoção de medidas irreversíveis em franco prejuízo a interesses gerais, como se vislumbra de planos de liquidação de estatais sem maiores estudos sobre a pertinência da medida,<sup>18</sup> cujo questionamento não é nem mesmo aceito em certos salões encantados pela cantilena segundo a qual a opção de exercício de uma dada atividade pelo Estado é sempre a pior possível, já que este seria, por definição, inexoravelmente ineficiente.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Ou no nível do espetáculo, como alguns autores vêm preferindo designar a dinâmica que vem movendo as forças sociais e políticas nessa quadra da nossa história. Para uma passagem de reflexão que usa desse tipo de abordagem, ao tratar de ações estatais que são apresentadas ao grande público como capazes de lhe trazer relevantes benefícios, mas que na realidade não têm esse resultado: “*Las políticas públicas funcionan, pues, como símbolos que calman las ansiedades de grandes grupos de individuos desorganizados, al percibir que el gobierno se está haciendo cargo de resolver sus agravios*” (GALLEGOS, Alejandro López; AMPARÁN, Aquiles Chihu. Símbolos, lenguaje y espectáculo en la democracia: el escepticismo político de Murray Edelman. *Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad*, Guadalajara, v. 18, n. 50, 2011, p. 106). Em aproximação usando a mesma nomenclatura, confira-se a seguinte passagem da doutrina de Marçal Justen Filho: “a preocupação do Estado do Espetáculo não é a alteração da realidade propriamente dita, mas o desenvolvimento de atividades destinadas a gerar imagens, sonhos e manter uma audiência entretida” (JUSTEN FILHO, Marçal. Direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 70).

<sup>16</sup> Um pouco mais de detalhes sobre nossa visão a respeito pode ser conferida em Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da. Precisamos de uma nova Constituição? Um ensaio sobre a Constituição como causa e solução dos nossos problemas In: LOUREIRO, Francisco Eduardo; PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae (coord.). *A vidas dos direitos nos 30 anos de Constituição Federal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 271-282.

<sup>17</sup> Oscar Vilhena Vieira, retomando ensinamentos de Alexis de Tocqueville e Barrington Moore Jr, ao discorrer sobre o cenário de aguda crise política vivenciado no país desde 2013, pontua: “os levantes não necessariamente ocorrem nos momentos de maior injustiça, mas sobretudo em períodos em que melhoras sensíveis no padrão de vida da população ou declinam ou são colocadas em risco; em que as melhorias conquistadas se veem em xeque” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 18). Relacionando o fortalecimento do movimento separatista na Escócia com relação ao Reino Unido à crise financeira de 2007-2009, a qual impôs à população do país uma severa política de austeridade, há a análise de Moran, Michael. *Politics and governance in the UK*. 3. ed. New York: Palgrave, 2015, p. 30.

<sup>18</sup> Para nós, por exemplo, não estão claras as razões que levaram à liquidação da Emplasa-Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano, nem que órgão do Estado de São Paulo se incumbirá da missão, isso, claro, imaginando que esse tipo de planejamento seja considerado como algo relevante de ser feito em prol do adequado desempenho de funções públicas de interesse comum nos Municípios que formam regiões metropolitanas no Estado. O site da empresa, no qual essas informações, s.m.j., não estão disponibilizadas, é o seguinte: <https://bit.ly/3hIvFSQ>. Acesso em: 18 jul. 2020.

<sup>19</sup> Para alguns exemplos de estatais que operam com grande destaque nos seus setores de atuação, a sugerir que o problema da ineficiência de algumas dessas entidades estaria mais em outros fatores do que no modelo público em si, ver: OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene P. *Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 194 e ss.

Até que veio a pandemia.

Apesar da orientação “liberal” defendida de modo mais ou menos consistente por inúmeros chefes do Poder Executivo em todos os níveis de governo nessa quadra de nossa República, a crise sanitária revelou a insuficiência das livres forças do mercado para darem conta dos desafios impostos pela nova conjuntura.

Passou-se a depositar confiança na aptidão do nosso Sistema Único de Saúde (SUS) bem conduzir os cuidados necessários aos pacientes dessa nova doença, dado compreendido como relevante não só para a população mais carente, desprovida de planos de saúde particulares, mas para todos, já que ficou claro que a maior fragilidade de uma parcela da comunidade para evitar a contração do vírus inevitavelmente refletiria no todo do qual ela faz parte.

Determinando-se a interrupção de diversas atividades econômicas, em especial o comércio de produtos e serviços não essenciais, jogou-se luz sobre a imprescindibilidade da organização de um sistema de seguridade social adequadamente estruturado para garantir a subsistência do indivíduo quando, por uma força alheia à sua vontade, este não possa sair de casa para trabalhar.

Assim que passar o momento mais agudo da crise sanitária, dificilmente o Estado conseguirá se desvencilhar dos ônus de promover políticas econômicas voltadas à recuperação dos empreendedores mais fragilizados nesse período,<sup>20</sup> além de políticas ambientais dirigidas a minorar os riscos de que um fenômeno análogo se repita, ao menos com a mesma intensidade do atual.<sup>21</sup>

Muitas concessões de serviço público, como de transporte público de passageiros, conservação de rodovias e de gestão de aeroportos, provavelmente exigirão revisão de seus contratos,<sup>22</sup> de modo a se adequarem à drástica retração de demanda observada durante a política de isolamento social imposta à população, dado que ainda poderá ter alguns efeitos permanentes, caso as novas mudanças de hábitos (como uma maior adoção de *home office* por milhares de brasileiros e a realização de encontros profissionais de modo virtual) realmente tenham vindo para ficar.

<sup>20</sup> Para o que pode ser relevante o oferecimento de linhas de crédito em valores subsidiados por meio de instituições financeiras oficiais, inclusive induzindo, por meio da concorrência, as instituições privadas a adotar política análoga; isso, claro, se o governo não resolver se desfazer de todas elas o mais rápido possível, como aparentemente é o desejo de alguns de seus integrantes mais proeminentes.

<sup>21</sup> Como reflexo dessa preocupação justificou-se, inclusive, a aprovação de um novo marco para o saneamento básico no país (Lei 14.026 de 15 de julho de 2020), isso a partir da votação parlamentar em sistema remoto, dado que não deixa de ser polêmico sob uma perspectiva de um devido processo legislativo. A final de contas, quem foi ouvido antes da aprovação dessa lei? Quais interesses prevaleceram? As comissões temáticas do Congresso conseguiram discutir o tema com a atenção que ele merecia? Para o texto da lei, ver: <https://bit.ly/34uwjAf>. Acesso em: 19 jul. 2020. Para uma crítica ao processo legislativo não presencial realizado nesse período, sobretudo quando envolve temas não diretamente relacionados à pandemia, ver: VILELLA, Renata R. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARRUDA, Carmen Sílvia Lima de; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid-19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. No prelo.

<sup>22</sup> Sobre as dificuldades que se vislumbra para a manutenção de contratos administrativos cujo equilíbrio foi impactado pela pandemia, ver: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; LOUREIRO, Caio de Souza; BORELLI, Raul. *Pragmatismo e continuidade dos contratos administrativos*: a necessidade de um regime jurídico emergencial e transitório para a contratação administrativa. In: *Jota*, São Paulo, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YkAWbZ>. Acesso em: 15 maio 2020; FIGUEIROA, Caio. *Como preservar concessões em momentos críticos?* In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hib6wL>. Acesso em: 29 maio 2020.

### 3. O Judiciário na crise: impulso que faltava para a inovação?

Se a pandemia exige ação do Estado como um todo para fazer face às novas dificuldades experimentadas pelas pessoas sob a perspectiva sanitária ou econômica, ela reclama do Judiciário a capacidade de pacificar os conflitos decorrentes das novas circunstâncias, além de controlar adequadamente o exercício do poder por parte de órgãos executivos e/ou legislativos em todo o país.

Um quadro que já era complexo à vista da pressão exercida pelos números sobre nosso aparato de Justiça, o qual vinha buscando responder a esta basicamente por meio do aumento contínuo de sua estrutura e da exigência de uma performance quantitativa cada vez mais elevada por parte dos seus julgadores,<sup>23</sup> agora ganha novos ingredientes.

Pensamos em dois principais: 1) as restrições orçamentárias que atingiram o erário como um todo também se imporão (como não poderia deixar de ser) ao Judiciário, obrigando-o a rever sua estratégia de “mais do mesmo”;<sup>24</sup> 2) possíveis ondas de litígios que podem surgir tendo por origem comum a pandemia, que, se não tratadas de modo estratégico pelo Judiciário, podem redundar num roteiro por nós já conhecido: décadas sem solução de questões como as atinentes aos planos econômicos que se deram na década de 1990 do século XX, mas que ainda hoje continuam aguardando solução final.

Esse cenário reclama dos magistrados e das direções dos Tribunais criatividade/ inovação na busca da racionalização da prestação jurisdicional, o que a nosso ver depende, antes de tudo, de uma mudança de cultura, pela qual o foco do juiz passe a ser a pacificação de causas, e não o mero julgamento de processos.

Para tanto a tecnologia provavelmente terá um importante papel a cumprir,<sup>25</sup> bem como a exigência de uma tentativa qualificada de se resolver a disputa por meio de canais extrajudiciais<sup>26</sup> e, finalmente, a otimização do próprio espaço judicial na tentativa de realização de acordos para casos que envolvam macro lides.

A seguir, falaremos brevemente sobre essa terceira estratégia, isso a partir da nossa experiência em uma ação civil pública proposta no período da pandemia.

### 4. Audiência virtual da Fazenda antes do deferimento da liminar

Na situação examinada, tendo o processo vindo para conclusão em uma quinta-feira no final da tarde, caso conferido o prazo de 72 horas para a Fazenda se manifestar antes

<sup>23</sup> MANCUSO, Rodolfo de C. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 205 e ss.

<sup>24</sup> NALINI, José Renato. Desafios na gestão judicial. In: CONTI, José Maurício (org.). *Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 163 e ss.

<sup>25</sup> Ajudando a identificar e a apontar para os magistrados a existência de demandas padronizadas, a sugerir a conveniência de reunião de feitos por conexão (art. 55, §3º do C.P.C.) ou então a cooperação entre juizes como meio de sua apreciação de modo coordenado. Reflexão interessante a respeito pode ser vista em: CASTRO JÚNIOR, Antônio Pires; CALIXTO, Wesley Pacheco; CASTRO, Cláudio Henrique Araujo de. Aplicação da inteligência artificial na identificação de conexões pelo fato e tese jurídica nas petições iniciais e integração com o sistema de processo eletrônico. *Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, v. 4, p. 9-18, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EdmDiH>. Acesso em: 19 jul. 2020.

<sup>26</sup> Seja via um processo administrativo efetivo junto a repartições públicas como o INSS ou via canais como consumidor.gov.br, este último objeto de análise no seguinte ensaio: FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento da ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito. *Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, v. 4, p. 19-36, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QbPVjW>. Acesso em: 19 jul. 2020.

da apreciação da liminar, esse prazo terminaria, na melhor das hipóteses, na segunda subsequente, isso se não se aplicasse a regra geral a respeito prevista no C.P.C., excluindo o dia da intimação e com o cômputo do prazo em dias úteis, o que terminaria quarta ou quinta-feira da outra semana, considerando alguma demora para a manifestação respectiva ser disponibilizada para o juízo.

Ou seja, só pela não análise imediata da liminar, teríamos quase uma semana da vigência de disciplina extremamente restritiva a direitos individuais no território do Município, a qual inclusive previa aplicação de multa ao cidadão em caso de seu descumprimento.

Tais características autorizariam, pois, a apreciação da tutela de urgência desde logo com fulcro no comando do inciso XXXV do art. 5º da Constituição.

Nada obstante, a matéria era de extrema relevância para a comunidade, sendo que as informações amplamente divulgadas pelos meios de comunicação à época era que cidades em todo o mundo estavam estabelecendo limitações à circulação de pessoas, o que reforçava, no caso, a presunção de legitimidade que reveste a atuação da Administração no exercício de seu poder de polícia.

Diante de tal quadro, resolvemos marcar uma audiência virtual de conciliação para o dia seguinte, às 16 horas, facultando a presença das partes que a tanto se dispusessem.

Apesar de algum estranhamento por parte do pessoal do cartório ao ser consultado sobre a viabilidade da medida que pretendia adotar, talvez em parte pelo ineditismo, talvez em parte pelo fato de conciliação, em si, ser muito difícil de ser alcançada nesse tipo de demanda, conseguimos concretizar o ato por meio da plataforma eletrônica que passou a ser usada pelo Tribunal, ao menos em tempos de fórum fechado, para esse tipo de interlocução com as partes.

Embora não tenha havido composição entre Ministério Público e Município, ambos compareceram à audiência, que foi bastante produtiva.

Isso não só para já ter informações mais precisas acerca dos motivos que levaram a Administração a estabelecer o regulamento em questão, como pela possibilidade, após as perguntas formuladas às partes, de ter alguma precisão sobre os contornos da lide.

Concluído o ato, nossa decisão foi pelo deferimento em parte da tutela de urgência postulada pelo *parquet*, a qual foi disponibilizada no processo no mesmo dia (ainda que no período noturno, à vista da complexidade da matéria).

## 5. Conclusão

A pandemia que hoje assola o país um dia irá passar.

Resta saber o que levaremos de aprendizado angariado no período para aprimoramento de nossas ações futuras, isso seja como profissionais, seja como cidadãos.

A realização de audiências de conciliação virtuais previamente à apreciação de pedidos de liminares formulados contra a Fazenda pode ser um instrumento que tenha vindo para ficar.

Se ficará, isso dependerá não só dos juízes, como da disponibilidade dos litigantes em aderir a esse tipo de iniciativa, em espírito colaborativo para a construção de melhores decisões nos processos de que fazem parte.

## 6. Bibliografia

ALBERTINI, Pierre. *La crise de la loi: déclin ou mutation?*, Paris: LexisNexis, 2015.

BRASILEIROS em Wuhan gravam apelo a Bolsonaro por retirada da China. *In: Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hgp4iP>. Acesso em: 19 jul. 2020.

CASTRO JÚNIOR, Antônio Pires; CALIXTO, Wesley Pacheco; CASTRO, Cláudio Henrique Araujo de. Aplicação da inteligência artificial na identificação de conexões pelo fato e tese jurídica nas petições iniciais e integração com o sistema de processo eletrônico. *Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, v. 4, p. 9-18, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EdmDiH>. Acesso em: 19. jul. 2020.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Precisamos de uma nova Constituição? Um ensaio sobre a Constituição como causa e solução dos nossos problemas. *In: LOUREIRO, Francisco Eduardo; PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae (coord.). A vidas dos direitos nos 30 anos de Constituição Federal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 271-282.

FAGUNDES, Miguel Seabra. As imperfeições da elaboração legislativa e o exercício da advocacia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 8, p. 119-126, 1969.

FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. Consumidor.gov.br: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento da ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito. *Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, v. 4, p. 19-36, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QbPVjW>. Acesso em: 19 jul. 2020.

FIGUEIROA, Caio. Como preservar concessões em momentos críticos? *In: Consultor Jurídico*, São Paulo, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hib6wL>. Acesso em: 29 maio 2020.

GALLEGOS, Alejandro López; AMPARÁN, Aquiles Chihu. Símbolos, lenguaje y espectáculo en la democracia: el escepticismo político de Murray Edelman. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, Guadalajara, v. 18, n. 50, p. 101-139, 2011.

GOVERNO descarta enviar aviões da FAB para retirar brasileiros na China. *In: R7*, São Paulo, 1 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kWiYjv>. Acesso em: 19 jul. 2020.

IRAJÁ, Victor. Após acordo de líderes, Senado aprova 'Orçamento de Guerra'. *In: Veja*, São Paulo, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/31e0jOA>. Acesso em: 19 jul. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Direito administrativo do espetáculo. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. Perfil evolutivo da desconsideração da personalidade jurídica no sistema positivo brasileiro. *In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coord.). Lei de Liberdade Econômica – anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2, p. 182-196.

MANCUSO, Rodolfo de C. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MORAN, Michael. *Politics and governance in the UK*. 3. ed. New York: Palgrave, 2015.

NALINI, José Renato. Desafios na gestão judicial. In: CONTI, José Mauricio (org.). *Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 161-176.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene P. *Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; LOUREIRO, Caio de Souza; BORELLI, Raul. Pragmatismo e continuidade dos contratos administrativos: a necessidade de um regime jurídico emergencial e transitório para a contratação administrativa. In: *Jota*, São Paulo, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YkAWbZ>. Acesso em: 15 maio 2020.

SENADORES apresentam propostas para enfrentar pandemia do coronavírus. In: *Senado Notícias*, Brasília, DF, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gd0LAT>. Acesso em: 19 jul. 2020

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILELLA, Renata R. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARRUDA, Carmen Silvia Lima de; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid-19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. No prelo.



# Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia

*Fernando da Fonseca Gajardoni*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário.** 1. A tentativa de solução extrajudicial do conflito é condicionante legítima para o acesso ao Judiciário? 2. A evolução da jurisprudência brasileira na última década. 3. Eficiência do sistema extrajudicial de atendimento ao jurisdicionado como requisito necessário para a releitura do princípio de acesso à Justiça. 4. A plataforma *consumidor.gov.br*. 5. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: consequências do descumprimento do dever imposto às partes de buscar a autocomposição. Conclusões. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente estudo sobre acesso à Justiça discorre sobre a regra geral do CPC/2015 que estabelece o dever de todos em incentivar a solução consensual dos conflitos e, como tal, investiga a possibilidade de se condicionar o exercício da ação perante o Poder Judiciário à prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito, especialmente através de plataformas on-line como o *consumidor.gov.br*.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Solução consensual. Conflito. Requerimento administrativo.

## 1. A tentativa de solução extrajudicial do conflito é condicionante legítima para o acesso ao Judiciário?

A tentativa de solução do conflito extrajudicialmente é condicionante legítima para o acesso ao sistema de Justiça? É necessário prévio requerimento administrativo para o acesso ao Poder Judiciário?

Esta questão, que durante longos anos foi respondida no Brasil de modo negativo, tem ganhado novos contornos a partir de diversos precedentes de Tribunais Superiores, em releitura das condições para o exercício do direito de ação, especialmente do interesse processual (interesse de agir).

De fato, visto o interesse processual (art. 17 do CPC) como um duplo juízo de necessidade/utilidade e adequação do provimento jurisdicional<sup>2</sup>, não parece fazer sentido se afirmar *necessário* o pronunciamento judicial sem que o interessado tenha, antes,

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP). Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP-USP).

<sup>2</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 206.

manifestado ao adversário sua pretensão. Afinal, como dizer existente a resistência à pretensão (lide), se o adverso sequer sabe da existência dela?

Além disso, não se pode ignorar o estímulo que o CPC/2015 (Lei 13.105) – nitidamente influenciado que foi pela política de solução consensual dos conflitos inaugurada pela Resolução 125/2010 do CNJ – confere aos meios extrajudiciais de solução de conflitos (art. 3º, § 3º), o que sugere afirmar que, como regra, nenhum conflito deve ser enfrentado pelo Poder Judiciário antes que as partes possam tentar resolvê-lo consensualmente.

Como se isso já não bastasse, tem-se, ainda, a pandemia da Covid-19, que certamente implicará em uma explosão da litigiosidade, algo que paralelamente à crise econômica do porvir, implicará insuficiência de recursos públicos para o Poder Judiciário suportar toda esta demanda.

Desse modo, é necessária a releitura do princípio do acesso à Justiça para afirmar que – dentro de certos parâmetros, e desde que isso seja possível sem maiores dificuldades – não viola o art. 5º, XXXV, da CF e o art. 3º, *caput*, do CPC a exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura de ações perante o Judiciário.

## 2. A evolução da jurisprudência brasileira na última década

É possível verificar a evolução da jurisprudência no sentido da necessidade de prévio requerimento administrativo como condição de acesso ao Judiciário, deixando de lado uma visão de que sempre, em qualquer situação e sem qualquer critério, seria possível ajuizar uma medida judicial diretamente.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 631.240<sup>3</sup>, com repercussão geral reconhecida (tema 350), considerou que a exigência do prévio requerimento administrativo em causas previdenciárias – antes de o segurado recorrer à Justiça para a concessão de benefício previdenciário – não fere a garantia de livre acesso ao Judiciário, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois, sem pedido administrativo anterior, não fica caracterizada lesão ou ameaça de direito.

Em seu voto, o ministro Roberto Barroso considerou que

*não há como caracterizar lesão ou ameaça de direito sem que tenha havido um prévio requerimento do segurado. O INSS não tem o dever de conceder o benefício de ofício. Para que a parte possa alegar que seu direito foi desrespeitado é preciso que o segurado vá ao INSS e apresente seu pedido.*

Ficou decidido, porém – dentro da visão de que a exigência de prévio requerimento perante o INSS não pode ser erigida a instrumento de postergação ou embaraço do acesso à Justiça (ai sim, óbice inconstitucional!) –, que não é necessário o exaurimento de todas as instâncias administrativas, não havendo impedimento ao segurado para que ingresse no Judiciário antes que eventual *recurso* contra a decisão administrativa do INSS seja examinado pela autarquia.

<sup>3</sup> O STJ encampou o entendimento do STF na integralidade, a partir do julgamento em sede de repetitivos, do REsp 1.369.834/SP, de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 24.09.2014, DJe 02.12.2014 (tema 660).

Considerou-se, ainda, não haver de aguardar a apreciação de prévio requerimento administrativo para que o segurado ingresse judicialmente: a) com pedidos de revisão de benefícios (a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato); b) com pedidos em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado (como é o caso das aposentadorias rurais por idade com base exclusivamente em prova oral, nos termos da súmula 149 do STJ); e c) com pedidos em que, apresentado o requerimento administrativo, não haja resposta do INSS em prazo razoável (fixado em 90 dias).

Embora a repercussão geral supra referida se refira a benefícios previdenciários/assistenciais/acidentários, **o entendimento tem sido estendido para outros quadrantes**, aplicando-se a *ratio* do precedente para exigir prévio requerimento administrativo em uma infinidade de outros temas.

A Segunda Turma do STJ tem exigido prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito junto à Secretaria da Receita Federal, para processamento das ações judiciais concernentes às contribuições previdenciárias pagas por empresários, empregadores e afins (revisões de valores, repetição de indébito, compensação, etc.).

De acordo com a Corte Cidadã,

*efetivamente, o direito de ação garantido pelo art. 5º, XXXV, da CF tem como legítimo limitador o interesse processual do pretendo autor da ação. O interesse de agir, também chamado interesse processual, caracteriza-se pela materialização do binômio necessidade-utilidade da atuação jurisdicional. A existência de conflito de interesses no âmbito do direito material faz nascer o interesse processual para aquele que não conseguiu satisfazer consensualmente seu direito [...] Substanciado pelo apanhado doutrinário e jurisprudencial, tem-se que a falta de postulação administrativa dos pedidos de compensação ou de repetição do indébito tributário resulta, como no caso dos autos, na ausência de interesse processual dos que litigam diretamente no Poder Judiciário. O pedido, nesses casos, carece do elemento configurador de resistência pela Administração Tributária à pretensão. Não há conflito. Não há lide. Não há, por conseguinte, interesse de agir nessas situações. O Poder Judiciário é a via destinada à resolução dos conflitos, o que também indica que, enquanto não houver resistência da Administração, não há interesse de agir daquele que ‘judicializa’ sua pretensão [...] Como as matérias tributária e previdenciária relacionadas ao Regime Geral de Previdência Social possuem natureza jurídica distinta, mas complementares, pois, em verdade, tratam-se as relações jurídicas de custeio e de benefício (prestacional) titularizadas pela União e pelo INSS, respectivamente, com o fim último de garantir a cobertura dos riscos sociais de natureza previdenciária, entende-se que a “ratio decidendi” utilizada quando do julgamento da exigência ou não do prévio requerimento administrativo nos benefícios previdenciários pode também ser adotada para os pedidos formulados à Secretaria da Receita Federal concernentes às contribuições previdenciárias (REsp 1.734.733/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 7/6/2018, DJe 28/11/2018).<sup>4</sup>*

<sup>4</sup> Há diversos outros precedentes do STJ no sentido da exigência do prévio requerimento administrativo nos pedidos de compensação das contribuições previdenciárias: AgRg nos EDcl no REsp 886.334/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,

Também em tema de cobrança de seguro obrigatório (DPVAT), há precedente do STF no sentido de que só se é possível afirmar a existência de interesse processual (necessidade) a partir da negativa ou demora na apreciação de pedidos formulados previamente, antes do ingresso em juízo, junto à Seguradora Líder (Resolução CNSP n° 154/2006 e Portaria CNSP n° 2.797/07).

Conforme o Ministro Luiz Fux,

*o estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, conforme firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso” [...] A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracteriza após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas [...] Inexiste necessidade do pronunciamento judicial, pois não havendo que se falar em pretensão resistida a justificar a propositura da presente demanda, não há o interesse de se ingressar com a demanda em juízo” (STF, RE 839.353/MA, Relator Ministro Luiz Fux, DJE 09/02/2015)*

Esse mesmo entendimento também tem sido aplicado aos pedidos de exibição de documentos em geral, inclusive em sede de relações de consumo regidas pelo CDC.

O STJ decidiu, em sede de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973) (art. 1.036 do CPC/2015), que a exigência de requerimento prévio junto aos bancos é indispensável para aquilatar o interesse processual/necessidade no pedido de exibição de documentos, não implicando violação do princípio do acesso à Justiça.

De acordo com a corte, a propositura de pedido de

*exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária” (STJ, Resp. 1.349.453-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 10.12.2014, grifos nossos).<sup>5</sup>*

---

julgado em 10/8/2010, DJe 20/8/2010; REsp 952.419/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2/12/2008, DJe 18/12/2008; REsp 888.729/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 27/2/2007, DJ 16/3/2007, p. 340; REsp 544.132/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/5/2006, DJ 30/6/2006, p. 166.

<sup>5</sup> Este entendimento tem sido diuturnamente reafirmado pelo STJ em diversos julgados: AgInt no AREsp 1.328.134/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 25.11.2019; AgInt no AREsp 1.403.993/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe de 29.3.2019. Contudo, há precedentes do STJ que, mesmo depois do pronunciamento do próprio Tribunal em sede de repetitivos, ainda persistem no entendimento de que é desnecessário prévio requerimento administrativo de exibição para acesso ao Judiciário: AgRg no AREsp 747.499/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17/3/2016; e AgRg no AREsp 799.031/PR, Rel. Diva Malerbi, 2ª Turma, DJe de 18/12/2015.

E, mais recentemente, em pedidos direcionados às pessoas jurídicas de direito público e concessionárias de serviço público, já se encontram alguns julgados que tem aplicado a mesma *ratio* do entendimento do STF no RE 631.240 (tema 350): somente após a prévia negativa do atendimento à demanda pela administração ou afim que se tem permitido o processamento das ações respectivas perante o Poder Judiciário.

O TJSP, exemplificativamente, já entendeu que a concessão de uso especial para moradia, nos termos da MP 2.220/01, pode ser concedida aos possuidores de área pública em dadas condições, mas o acesso à via judicial para tanto depende da omissão ou recusa administrativa, sendo necessário prévio requerimento administrativo, sendo lícito o indeferimento da inicial quando não observada tal condicionante (Apelação Cível 1031511-09.2018.8.26.0506, Relator Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, j. 23.09.2019).

Nos pedidos para fornecimento de medicamentos/insumos pelo Estado, já se encontram decisões exigindo prévio requerimento administrativo para processamento das demandas judiciais, pese a ressalva de que, processada a ação sem a exigência, não se pode, oportunamente, obstar-se o acesso com a extinção da ação sem análise do mérito, vez que a contestação do Poder Público seria suficiente para fazer presente a resistência à pretensão e, conseqüentemente, o interesse processual.<sup>6</sup>

A tendência está bem-posta e ainda que parte da jurisprudência, sem muita reflexão, resista *indevidamente* à aplicação da *ratio* dos precedentes qualificados supra alinhavados<sup>7</sup>, a tendência é que cada vez mais a prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia seja erigida à condição de acesso ao Poder Judiciário como regra geral.<sup>8</sup>

### 3. Eficiência do sistema extrajudicial de atendimento ao jurisdicionado como requisito necessário para a releitura do princípio de acesso à Justiça

A necessidade de racionalização do acesso à Justiça (essencial para a própria contenção de gastos em um Estado agigantado) e de se reduzir o número de demandas derivadas de conflitos hipotéticos (em que o adverso sequer tem conhecimento prévio da pretensão apresentada em juízo) bem indicam que o mote do sistema de Justiça é cada vez mais prestigiar mecanismos extrajudiciais de solução dos conflitos<sup>9</sup>, sejam os contenciosos

<sup>6</sup> STJ, AgRg no REsp 1492148/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, j. 10/03/2016. No mesmo sentido, cf. Recurso Cível n. 71008901381, 2ª Turma Recursal da Fazenda Pública do TJRS, Relatora Rosane Ramos de Oliveira Michels, j. 23-10-2019.

<sup>7</sup> Na jurisprudência do TJSP (Apelação Cível 1001361-57.2019.8.26.0426; Relator: Cauduro Padin, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 20/02/2020; Apelação Cível 1034373-70.2019.8.26.0100; Relatora Ana Catarina Strauch, 27ª Câmara de Direito Privado, j. em 26/11/2019; Apelação Cível 1002989-55.2019.8.26.0079; Relator Fernando Sastre Redondo, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 14/10/2019; Apelação Cível 1017968-82.2017.8.26.0114; Relator Souza Lopes; 17ª Câmara de Direito Privado, j. 24/09/2018) e do TJRS (Apelação Cível n. 70079379012, 2ª Câmara Cível, Relatora Laura Louzada Jaccottet, j. 30/01/2019).

<sup>8</sup> Nesse sentido, a doutrina processual começa a caminhar para a releitura do acesso à Justiça. Como exemplo, João Batista Lopes aponta que o *“atual modelo processual está esgotado”*, sendo necessário repensá-lo, propondo uma série de sugestões para *“coibir o abuso no direito de demandar”*, dentre as quais uma proposta em parte análoga à que se defende neste artigo (Modelo constitucional de processo e lentidão da Justiça, *Revista de Processo*, v. 295, São Paulo, set. 2019).

<sup>9</sup> Conforme argutamente ponderado pelo Ministro Herman Benjamin, *“dois aspectos merecem ser observados quanto a matérias com grande potencial de judicialização, como a tributária e a previdenciária. O primeiro, sob a ótica da análise econômica do direito, quando o Estado brasileiro realiza grandes despesas para financiar o funcionamento do Poder Executivo e do Poder Judiciário para que o primeiro deixe de exercer sua competência legal de examinar os pedidos administrativos em matéria tributária; e o segundo, em substituição ao primeiro, exerce a jurisdição em questões que os cidadãos poderiam ver resolvidas de forma mais célere e menos dispendiosa no âmbito administrativo. Criam-se, assim, um ciclo vicioso e condenações judiciais a título de honorários advocatícios cujos recursos financeiros poderiam ser destinados a políticas públicas de interesse social (...). Outro ponto a ser considerado é o estímulo criado pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 à solução*

administrativos nos casos de demandas contra o Poder Público, os SACs (Serviços de Atendimento ao Consumidor) nas relações de consumo, ou mesmo ferramentas (especialmente virtuais) de recepção e atendimento a reclamações em geral (contra o poder público e/ou empresas privadas).

Evidentemente, a releitura do princípio do acesso à Justiça, com exigência de prévio requerimento extrajudicial como condição para a postulação em juízo, pressupõe um grau de eficiência mínima da instância administrativa. Tanto a administração pública quanto as empresas privadas devem conceber meios eficientes e julgamentos pautados nas reais expectativas jurídicas das partes, solucionando as questões favoravelmente ao demandante todas as vezes que puder identificar que este possui significativas chances de ter seu pedido acolhido caso, no futuro, valha-se do Judiciário<sup>10</sup>.

Colocando em outros termos, só faz sentido condicionar o acesso ao Judiciário mediante demonstração de que houve prévia tentativa de se solucionar extrajudicialmente a questão se – e somente se – o sistema extrajudicial de recepção e solução dos conflitos tenha capacidade de processar a reclamação e atendê-la em tempo razoável, com respostas aos reclamantes que, além de breves, possam, no mais das vezes, atendê-los de maneira satisfatória (algo que deve ser constantemente auditado pelas autoridades públicas, inclusive Judiciárias).

Em sendo o sistema extrajudicial de solução do conflito lento, burocrático, de difícil acesso/manejo e/ou incapaz de dar respostas em tempo razoável ou acolher o reclamo dos jurisdicionados nos casos em que ele efetivamente tenha razão, aí sim a exigência da prévia tentativa extrajudicial de solução do conflito seria óbice inconstitucional ao acesso à Justiça, não sendo minimamente razoável submeter a parte a cumprir essa etapa vazia do procedimento só para demandar perante o Poder Judiciário.<sup>11</sup>

#### 4. A plataforma consumidor.gov.

Neste quadrante do uso de instrumentos extrajudiciais de aporte e solução de reclamações, ganha especial relevo a plataforma **consumidor.gov.br**.

Trata-se de plataforma digital que permite a interlocução direta entre consumidores e fornecedores (inclusive da administração federal<sup>12</sup>), via internet, para solução

---

*consensual da lide, prevendo uma série de instrumentos materiais e processuais que direcionam as partes para comporem, de forma autônoma e segundo sua vontade, o objeto do litígio*” (STJ, REsp 1.734.733/PE, j. em 7/6/2018, DJe 28/11/2018).

<sup>10</sup> Louvável, por isso, a edição do recente Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, regulamentando a nova redação dos artigos 20 ao 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que pretende qualificar a motivação das decisões, inclusive administrativas.

<sup>11</sup> Sobre o tema, já se advertiu: “*Em contrapartida, atualmente ganha força a tese de ausência de interesse processual pela inexistência de exaurimento da via administrativa, exceto se demonstrado, prima facie, a absoluta impossibilidade de qualquer êxito naquela (decisões ou práticas administrativas anteriores e contrárias ao êxito do requerimento administrativo). Conquanto sejamos simpáticos à tese, ela pressupõe e exige a estruturação adequada dos contenciosos administrativos, a fim de oferecer respostas rápidas e com qualidade aos administrados. No contexto atual, em que o procedimento administrativo, ressalvadas algumas exceções, apresenta baixa performance, inviável exigir seu prévio exaurimento, sob pena de erigir mais um obstáculo ao acesso à Justiça.*” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. Parte geral. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 125)

<sup>12</sup> Conforme o art. 1º do Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015 (com a redação dada pelo Decreto 10.197/2020), o “*Consumidor.gov.br é a plataforma digital oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo*”, devendo “*os órgãos e as entidades que possuam plataformas próprias para solução de conflitos de consumo [migrarem] os seus serviços para o Consumidor.gov.br até 31 de dezembro de 2020*”.

de conflitos de consumo, evitando, assim, o ajuizamento de ações perante o Judiciário (especialmente JECs e JEFs).

Monitorada<sup>13</sup> pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), Ministério da Justiça, Procons, Defensorias, Ministérios Públicos e, também, por toda a sociedade, a ferramenta permite que as reclamações dos consumidores sejam encaminhadas diretamente a entidades previamente cadastradas no sistema (inclusive as do poder público federal), que têm o prazo de 10 (dez) dias para apresentar uma resposta à postulação administrativa.

Considerando a possibilidade de aperfeiçoamento da plataforma e expansão de seu alcance para outras empresas e órgãos da administração, afigura-se correto o entendimento, baseado na proposta aqui apresentada, de que o exercício do direito de ação perante o Judiciário seja condicionado à prévia tentativa de solução do conflito através da referida plataforma, desde que se trate de fornecedores/órgãos da administração previamente cadastrados no sistema e que tenham histórico razoável de solução extrajudicial de litígios por esta plataforma (conforme já foi exposto no item 3).

Pedidos de revisão de contratos bancários; pleitos de baixa de apontamentos indevidos em cadastros de maus pagadores (inclusive com reflexos indenizatórios em padrões razoáveis); reclamações sobre o mau funcionamento de serviços (públicos ou privados) como telefonia, energia elétrica, internet, entre tantos outros; somente poderiam aportar perante o Poder Judiciário após o interessado tentar, previamente, a autocomposição administrativa com o uso da plataforma [consumidor.gov.br](http://consumidor.gov.br) (ou afim), preservando o acesso direto à Justiça apenas para aqueles casos em que a resolução extrajudicial não se mostre possível ou recomendável.

Assim, ajuizada diretamente ação judicial sem que a parte, nos casos em que isso seja possível e recomendável, tenha tentado extrajudicialmente a solução do conflito, deve o Judiciário, com base nos artigos 3º e 6º do CPC (dever de autocomposição e cooperação), suspender o feito (e não indeferir a inicial) para que seja, então, feita a postulação pela via administrativa própria pelo autor. Com a notícia de que não houve reconhecimento ou transação extrajudicial com o demandado, o processo terá seguimento, mesma solução a ser adotada se, eventualmente, a resposta à reclamação do jurisdicionado não for dada em prazo razoável (estimado pelo juiz). Caso, contudo, venha a notícia de que as partes se entenderam extrajudicialmente por transação ou reconhecimento jurídico do pedido, não há mais interesse/necessidade da prestação jurisdicional, pelo que o feito prematuramente proposto será extinto, sem análise, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

A legalidade/constitucionalidade da exigência do prévio requerimento extrajudicial, obviamente, só se sustentará a partir da afirmação da credibilidade desse sistema de resolução de conflitos, cuja responsabilidade recai sobre os seus próprios usuários, utilizando-o como oportunidade efetiva de resolver conflitos de parte a parte, sem os custos inerentes ao Poder Judiciário. Uma sociedade que se pretende madura deve ser capaz de resolver algumas controvérsias via negociação direta, não necessitando ser, invariavelmente, tutelada pelo Poder Judiciário.

Por evidente, tanto quanto nos casos de ações previdenciárias, exhibitórias e etc., esse entendimento deve ser temperado pela admissão de hipóteses excepcionais em que

<sup>13</sup> De acordo com dados informados na própria plataforma, 80% das reclamações registradas no [Consumidor.gov.br](http://Consumidor.gov.br) são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias. Evidente, portanto, estar atendido o grau de eficiência mínimo a que se referiu anteriormente.

o acesso à Justiça se daria de forma direta, como nos casos em que: a) a resposta não se dê em tempo razoável (os 10 dias previstos na plataforma ou outro estimado pelo juiz); b) os pedidos de consumidores, de ordinário, não são atendidos pelos fornecedores/órgãos cadastrados (o que, mais uma vez insista, deve contar com o acompanhamento do próprio Poder Judiciário); e c) seja necessária tutela de urgência, não sendo possível ao jurisdicionado aguardar eventual solução extrajudicial.

É de se considerar, ainda, que uma vez tentada a solução extrajudicial do conflito pela plataforma **consumidor.gov.br** ou afim (SACs, etc.) e não havendo sucesso na pretensão administrativamente esboçada: a) fica dispensada a audiência de conciliação do art. 334 do CPC ou do rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, até como forma de acelerar o tramitar do processo judicial e desincentivar comportamento ímprobo de fornecedores/órgãos da administração (que podem ver na prévia exigência do uso da plataforma salvaguarda para postergar a prestação da tutela jurisdicional); e b) o comportamento do reclamado (**apenas nos casos** de não atender pretensões legítimas e razoáveis dos que acessam o sistema extrajudicial de solução dos conflitos), à luz da boa-fé processual (art. 5º do CPC), deve ser considerado pelo juiz no momento da fixação dos valores devidos ao reclamante em juízo, seja no aspecto da litigância ímproba quando ocorrente (arts. 77 e 80 do CPC), seja no próprio arbitramento dos valores devidos pelo dispêndio de tempo do jurisdicionado com a prévia tentativa de solução extrajudicial do conflito (dano marginal).

##### **5. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: consequências práticas do descumprimento do dever imposto às partes de buscar a autocomposição**

Na Inglaterra, as *Civil Procedure Rules* (CPRs) impõem ao juízo e às partes/procuradores o dever de evitar, sempre que possível, as demandas judiciais (que devem ser processadas apenas em casos extremos), encorajando-se os atores processuais a se utilizarem de outros meios mais apropriados para a resolução dos conflitos (ADR).

Antes de dar início à demanda, ambas as partes deverão fazer ofertas de acordo relacionadas à íntegra ou à parte da pretensão<sup>14</sup>. Havendo necessidade de decisão judicial no processo, eventual recusa imotivada de qualquer das partes à tentativa de utilização da conciliação/mediação ou o comportamento desarrazoado no curso das ADRs, será levado em consideração pelo juiz no momento de decidir.<sup>15</sup>

Embora não haja previsão legal expressa no Brasil a respeito do tema – como há na Inglaterra (CPRs, Part 36 – *offers to settle*<sup>16</sup>) –, é razoável sustentar que, também

<sup>14</sup> Conforme Marcato, “uma das alterações mais significativas foi a introdução de regramentos/protocolos de pre-action, representativos de uma fase prévia, anterior ao processo litigioso, tendente a disciplinar as formas de autocomposição. Por outras palavras, trata-se de método de trabalho destinado a constituir e a aumentar os benefícios da realização de acordos em fase precoce e com boa base de informação para ambas as partes, de modo a satisfazê-las genuinamente em uma disputa. Os propósitos da pre-action são, portanto, (a) chamar a atenção dos litigantes para as vantagens da resolução de uma disputa sem a instauração de um processo judicial; (b) permitir-lhes a obtenção de informações sobre a razoabilidade das exigências para a aceitação de um acordo apropriado, ou, ainda, (c) apresentar uma oferta apropriada de acordo, de tal forma que haja consequências pecuniárias no caso de, diante da recusa da outra parte, o processo deva ser instaurado ou prosseguir; e, finalmente, (d) estabelecer as bases para acelerar os procedimentos judiciais, se e quando não houver acordo nessa fase prévia” (*Algumas considerações sobre a crise da Justiça*. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>. Acesso em: 29.02.2020. Item 5.1).

<sup>15</sup> MARCATO, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da Justiça*. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>. Acesso em: 29.02.2020. Item 5.1.

<sup>16</sup> A normativa inglesa referida pode ser conferida no link: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36#l>

aqui, o comportamento das partes a bem da solução autocompositiva do conflito seja considerado pelo juiz no momento de decidir – algo a ser feito pela aplicação de medidas sancionatórias próprias do sistema (artigos 77, 80 e 81 do CPC), pela elevação/diminuição de valores indenizatórios reclamados (especialmente relacionados a danos morais) e até na consideração do percentual de sucumbência a ser fixado com base no art. 85 do CPC (considerando o maior/menor trabalho do advogado da parte).

Com efeito, o comando processual de que a solução consensual dos conflitos deve ser promovida (art. 3º, § 2º, CPC) e estimulada pelos atores do processo (art. 3º, § 3º, CPC), inclusive no termos da Resolução CNJ 125/2010, não pode ser visto, apenas, como o dever de as partes/procuradores participarem de sessões de mediação e conciliação, ou mesmo de apresentarem prévia postulação administrativa antes do acesso ao Judiciário.

Mais do que isso – e até, em reforço argumentativo, pela incidência dos princípios da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º do CPC) –, o comportamento pré-processual das partes a bem da solução negociada do conflito (a fim de evitar o ajuizamento de demandas judiciais), ou mesmo durante os procedimentos (extrajudiciais e judiciais) de mediação/conciliação (a fim de solucionar os conflitos), é componente importante a ser considerado na tomada de decisão pelo órgão jurisdicional.

Consequentemente, se efetuado o requerimento administrativo pelo consumidor, com pretensão lícita/proporcional, e se observado um comportamento desarrazoado do fornecedor demandado (inclusive do Estado) de negar a solução extrajudicial do conflito despropositadamente (v.g., mesmo não havendo dúvida sobre o fato afirmado e consequências jurídicas), tal conduta deve não só autorizar o ajuizamento da demanda judicial (inclusive com dispensa da audiência do art. 334 do CPC, a fim de acelerar o trâmite do processo), mas também justificar, caso o processo precise mesmo ser julgado, a fixação de multa por litigância de má-fé ao requerido, já que restaram violados não só os comandos dos artigos 77, II e 80, III, IV e V, do CPC, como também as próprias normas fundamentais dos arts. 3º, § 3º, 5º e 6º, todos do CPC.

Acredita-se, ainda – dentro do sistema bifásico de fixação de dano moral ordinariamente adotado pelo STJ<sup>17</sup> –, que o comportamento processual do requerido de negar, sem nenhuma razoabilidade, a solução extrajudicial do conflito, deve justificar, na 2ª fase da fixação do montante indenizatório (caso haja pedido de dano moral), a elevação do valor usualmente fixado para casos semelhantes, firme no ideário de que não houve, pela parte, cumprimento adequado do dever de buscar a solução consensual do conflito (art. 3º, § 3º, do CPC).

O entendimento se torna ainda mais evidente ante o recente reconhecimento, pelo STJ, da teoria do desvio produtivo<sup>18</sup> como fator de indenizabilidade por dano moral (o que

<sup>17</sup> Conforme jurisprudência do STJ, a fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano (AgInt no REsp 1533342/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 27/03/2019; AgInt no AREsp 900932/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/20; REsp 1771866/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019; AgInt no REsp 1719756/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; REsp 1669680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 22/06/2017).

<sup>18</sup> Pela teoria do desvio produtivo, o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável. A 2ª Seção do STJ (direito privado) tem acolhido tal tese e fixado indenização em favor de consumidores que tenham despendido considerável tempo na frustrada tentativa de solucionar extrajudicialmente

afasta a crítica de que a fixação de tal verba não pode ter caráter punitivo). O comportamento da parte em recusar, desarrazoadamente, a solução consensual do conflito no pleito extrajudicial, certamente toma tempo daquele que terá que buscar ou responder no Judiciário pela solução, o que justifica a fixação de indenização reparatória (e não sancionatória) em seu favor.<sup>19</sup>

Por evidente, a tese ora defendida não pode servir de substrato para violar o princípio da autonomia da vontade das partes em se submeter aos processos de mediação, negociação e conciliação. Tampouco visa tornar cogente a celebração de acordos nos instrumentos extrajudiciais e judiciais de solução dos conflitos, sob pena de sancionamento com multas e condenações ao pagamento de altos valores.

O que se propugna por aqui é fomentar o uso responsável do sistema de Justiça, com a participação ativa das partes na busca da solução consensual do conflito. A solução adjudicada da pendenga, via juiz, deve mesmo ser reservada para casos extremos, derivados de fatos complexos, de questões dúbias ou juridicamente intrincadas, não sobre temas a cujo respeito haja previsão expressa da lei ou precedentes qualificados dos Tribunais (art. 927 do CPC). A judicialização dos conflitos não pode ser utilizada pelo demandante para buscar vantagem desproporcional, e nem servir ao demandado para postergar o cumprimento de obrigação que sabe ser devida.

Até porque dados recentíssimos do relatório Justiça em Números do CNJ/STF (2018/2019<sup>20</sup>) revelaram que, mesmo após o advento do CPC/2015, não houve variações significativas no indicador de conciliação no 2º e 1º grau em relação aos anos anteriores, observando-se aumento de 0,2 ponto percentual no 2º grau e redução de 0,7 ponto percentual no 1º grau (de 2017 para 2018). Consta do relatório:

*a conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2018 foram 11,5% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em três anos o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual.*

O indicativo numérico supra reforça o sentido prático da tese ora sustentada de que, para os conflitos em que seja evidente quem está certo e quem está errado, é dever das partes e dos procuradores buscar a solução consensual e extrajudicial do conflito.

---

seus conflitos (REsp 1.634.851/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi; AREsp 1.260.458/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; AREsp 1.132.385/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; e AREsp 1.241.259/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira)

<sup>19</sup> Do mesmo modo — e agora fora dos casos em que se deve exigir prévio requerimento administrativo para admissibilidade do próprio acesso ao Judiciário —, se no curso da audiência de conciliação/mediação designada, na forma dos arts. 334 ou 695 do CPC, alguma das partes se recusar a participar responsabilmente das soluções possíveis para o conflito (v.g. negando aceitação de proposta razoável para resolução da lide, especialmente nos casos em que haja precedente qualificado em desfavor da sua tese), possível a incidência das sanções dos artigos 77, I e 80, III, IV e V do CPC. E em havendo pedido de indenização por danos morais, o comportamento do autor que negou desarrazoadamente a proposta de acordo oferecida pelo demandado em audiência (principalmente nos casos em que o pedido formulado é irascível), deve justificar a eventual redução do quantum devido a título de indenização por danos morais; enquanto que a negativa do requerido em oferecer proposta ou proposta razoável para a solução consensual do conflito, deve justificar a elevação do valor indenizatório a esse título.

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília, DF, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

Trazido o conflito ao Judiciário, aquele que resistiu sem razoabilidade à solução consensual (seja demandante ou demandado), impondo arbitrariamente que o caso seja decidido pelo juiz, deve sofrer as consequências do seu comportamento processual conflitivo, em violação ao espírito dos arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 5º, todos do CPC, e da Resolução 125 do CNJ.

Só assim estaremos, efetivamente, levando o dever de estimular a autocomposição a sério, com a possibilidade concreta de colher frutos futuros e reais de uma verdadeira e efetiva política nacional de solução consensual dos conflitos<sup>21</sup>.

## Conclusões

A proposta de releitura do princípio do acesso à Justiça ora apresentada leva em consideração que o Judiciário deve mesmo ser a *ultima ratio* do sistema de Justiça, especialmente nestes graves tempos de pandemia, em que a explosão da litigiosidade aliada à crise financeira do Estado não permitirá a ampliação do atendimento judicial.

Sendo possível a apresentação de prévio requerimento administrativo por mecanismos formais de recepção e justa apreciação, em tempo razoável, de reclamações (como é o caso da plataforma consumidor.gov.br), tal requerimento deve ser considerado como condição para o exercício do direito de ação (interesse processual – necessidade) perante o Judiciário.

Por outro lado, em havendo resistência injustificada dos que se submetam ao sistema extrajudicial de solução dos conflitos em atender ao pedido legítimo e proporcional dos que o buscarem – em contrariedade à disposição legal expressa ou ao entendimento uniforme e qualificado dos Tribunais a respeito do tema (v.g., art. 927 do CPC) –, ou em aceitar proposta razoável e dentro dos parâmetros legais e jurisprudenciais formulada pelos acionados, tal comportamento deverá ser considerado pelo juiz no momento de julgar a pretensão judicializada, seja para fixação de eventuais apenamentos por conta da violação da boa-fé (artigos 5º, 77 e 80 do CPC), seja na quantificação de indenizações devidas em prol ou contra o jurisdicionado que cumpriu adequadamente o ônus que lhe impunha o art. 3º do CPC (estímulo à autocomposição).

## Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília, DF, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério. *Migalhas*, 2 fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/310064/levando-o-dever-de-estimular-a-autocomposicao-a-serio>. Acesso em: 29 fev. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015*. Parte geral. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2019.

<sup>21</sup> Daí a importância de as partes, no curso do processo e das audiências de conciliação/ mediação, reduzirem a escritos/termo suas propostas de solução consensual do conflito, a fim de que não se lhes aponha, oportunamente, a pecha de não terem colaborado na busca da autocomposição.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. Releitura do princípio do acesso à Justiça: a necessidade do prévio requerimento administrativo e o uso da plataforma consumidor.gov. *Migalhas*, 17 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr>. Acesso em: 29 fev. 2020.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 206.

LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo e lentidão da Justiça. *Revista de Processo*, v. 295, São Paulo, RT, set. 2019.

MARCATO, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre a crise da Justiça*. Disponível em: <http://www.marcatoadogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

# Teleaudiências – celeridade e redução de custos: um novo paradigma para a tramitação processual

João José Custódio da Silveira<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. À Partida; 2. Teleaudiências: panorama geral; 3. Vicissitudes do instrumento; 4. Aprimoramento e perenização; 5. Arremate.

## 1. À Partida

Um passo ainda tímido ao final do século XIX com a introdução da máquina de escrever, uma passada significativa no século XX a partir da adoção do computador pessoal e, finalmente, um salto determinante no século XXI, impulsionado pela sistemática adoção de softwares, desenvolvimento do processo digital e ainda incipiente incorporação da inteligência artificial. Como se percebe, o historiado de formas da prestação jurisdicional retrata um percurso evolutivo inicialmente vagaroso, conquanto seguido de forte guinada em brevíssimo espaço de tempo.

Não foram poucas as resistências, entretanto. Especificamente no Brasil, severas críticas couberam à Lei 11.419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial. Ocorre que o lustro temporal e a vivência na realidade que se impôs ensejaram a inegável constatação da superioridade de benefícios elementares: da economia à celeridade, da publicidade ao ganho de produtividade.

Eis que um novo desafio colocou à prova os recentes avanços e demandou ainda mais, ao exigir imediato redesenho de forma a fim de viabilizar a prática de atividades judiciais em meio a um quadro de isolamento social. Em virtude disso, duas experiências já em curso transitaram da categoria de promessas futuras a necessidades prementes: o trabalho remoto e as audiências e sessões a distância.

No primeiro caso, iniciativas inaugurais exitosas mereceram enfoque acadêmico na área jurídica, firmes a demonstrar potencial ganho de produtividade,<sup>2</sup> bem assim nas investigações sociológicas sobre a tecnologia.<sup>3</sup> Ao Conselho Nacional de Justiça coube unificar alguns parâmetros para a realização do trabalho remoto por meio da Resolução

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Processual pela USP, Coordenador Regional e Professor da Escola Paulista da Magistratura, Professor de Direitos Humanos e Métodos Adequados à Solução de Conflitos na UNIVAP. Autor dos livros *Manual de Fixação das Indenizações*, *Petição Inicial na Visão do Juiz e O Juiz e a Condução Equilibrada do Processo*, além de coparticipações em obras jurídicas.

<sup>2</sup> Nesse passo, confira-se estudo sobre o tema: “O Poder Judiciário Federal, alinhado ao paradigma gerencial fundamentado nos princípios da confiança e descentralização da decisão, desconectou a noção do Tribunal do local de trabalho, propiciando um diferencial competitivo cumprimento de metas funcionais à distância” (GUNTHER, Luiz Eduardo; BUSNARDO, Juliana Cristina. A aplicação do teletrabalho ao poder judiciário federal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 4, p. 1199-1246, 2016, p. 1241).

<sup>3</sup> A propósito: “Embora a implantação do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário esteja alinhada às novas tendências organizacionais e os resultados iniciais pareçam promissores, é necessário cautela, pois há sempre que se considerar que as inovações tecnológicas podem trazer riscos implícitos, não totalmente observáveis num primeiro momento, sem antes que seus delineamentos tenham se estendido ao longo de um certo tempo” (DIAS, Maria Sara de Lima; PEREIRA, Álaba Cristina).

nº 227, de 15 de junho de 2016, até que a emergência se impôs e sobreveio a Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, a estabelecer, 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 no período emergencial, regulamentando o trabalho remoto em âmbito nacional.

No que respeita às oitivas e sessões a distância, há tempos já se considerava que a revolução permeada pelo processo eletrônico, principalmente nos grandes centros, envoltos em questões cotidianas de falta de espaço e penoso deslocamento físico, determinaria que sessões dos tribunais se realizassem “por meio virtual, uma espécie de conferência coletiva”, com a participação dos procuradores de sorte a não restringir o devido processo legal.<sup>4</sup> Essa possibilidade passou a ser, inopinadamente, uma necessidade de primeira ordem, a resultar na criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais com fruição disponibilizada a todos os órgãos do Poder Judiciário (Portaria nº 61, de 31 de março de 2020).<sup>5</sup>

De tudo resultou que as alcunhadas “conferências coletivas”, as epitetadas “oitivas por videoconferência”, saltaram da condição de possibilidade para imprescindibilidade, sendo alçadas a um novo patamar merecedor de designação mais ampla e precisa: “*teleaudiências*”.<sup>6</sup> Assim foram reformatadas as audiências de instrução, as sessões de autocomposição e as sessões colegiadas de julgamento em ambiente totalmente virtual, resposta condizente do Poder Judiciário aos tempos pandêmicos, em firme recusa à paralisação de suas atividades.

Este ensaio se dedica a investigar as audiências telepresenciais e determinar até que ponto essa nova providência possui atributos que lhe confirmam a condição de um novo formato de aprimoramento da prestação jurisdicional. Dado o vasto campo de estudos e a brevidade que ora se promete, as análises estarão restritas às audiências e sessões no primeiro grau de jurisdição. Mais ainda, no limite espacial da experiência brasileira.

É o que se pretende desenvolver.

## 2. Teleaudiências: panorama geral

O tema das oitivas a distância e seus incontestes benefícios não constituem novidade alguma na comunidade internacional.

No âmbito europeu, compreende-se a tecnologia como aliada de grande valor na modernização da Justiça, a ponto de cunhar a expressão *e-justice* para traduzir o empenho em aumentar a eficiência, reduzir custos e alargar o acesso. Um dos pontos cruciais está

---

Tecnologia, trabalho e teletrabalho no poder judiciário: discussões iniciais. In: GUILHERME, Willian Douglas (org.). *Desafios e soluções da sociologia*: volume 2. Ponta Grossa: Atena, 2019, p. 141-150. p. 148).

<sup>4</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. Processo Eletrônico. *Revista Eletrônica Juslaboris*, Brasília, DF, v. 2, n. 15, p. 53-62, 2013, p. 54.

<sup>5</sup> Forte nessa premissa emergencial, afirmou-se “chegado o momento de se dar um novo passo para responder às necessidades decorrentes do isolamento social e da continuidade da prestação jurisdicional: as audiências todas devem ser feitas por videoconferência e não apenas para as hipóteses do artigo 185 do Código de Processo Penal” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Correlações entre Covid-19 e o processo penal: algumas reflexões iniciais*. *Revista dos Tribunais On-line*, São Paulo, v. 1017, 2020, p. 2).

<sup>6</sup> Do grego *tele* (longe de) ao latim *audire* e *audientia* (ouvir), parece haver aqui uma designação precisa para as oitivas não presenciais no âmbito judiciário (cf. CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 2. ed., 7. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 83 e 761).

em vencer a burocracia e a longitude próprias das lides intercomunitárias, ao conduzir moções na Comissão Europeia na tentativa de impor o uso de tecnologias remotas.<sup>7</sup>

Especificamente quanto às oitivas telepresenciais no processo judicial, sua regulamentação germinou na Itália diante das dificuldades enfrentadas no combate à criminalidade organizada,<sup>8</sup> a partir de 1992. Hoje, curiosamente, a eficácia da medida e o combate a seus detratores têm encaixe suave para dar seguimento a processos penais em tempos pandêmicos.<sup>9</sup>

Na esteira italiana, França (1998), Portugal (1999) e Espanha (2003) normatizaram a videoconferência com réus presos,<sup>10</sup> valendo o destaque de que essa modalidade foi mesmo a precursora das oitivas remotas. Por seu turno, a Holanda disponibiliza, há tempos, sistema exclusivamente desenhado para a colheita de depoimentos e participação de detentos no interior das unidades prisionais;<sup>11</sup> trata-se do Telehoren en Telepleiten (THTP), introduzido em 2007.<sup>12</sup>

Em Austrália, a utilização da videoconferência na Justiça se espalhou também por evidenciar a facilitação no acesso, eficiência na oitiva de prisioneiros e julgamentos preliminares.<sup>13</sup> Outrossim, dado o êxito do projeto denominado Audio-Visual Link (AVL), a resultar em drástica redução de custos — “adult (64.4%) and juvenile jurisdictions (63%)” —, elaborou-se até mesmo um roteiro voltado à capacitação dos participantes.<sup>14</sup>

De todo modo, ainda que a gestação das audiências a distância deite origens na facilitação para oitiva de réus presos, tanto em razão da diminuição no custo quanto em função do incremento na proteção de magistrados, partes e testemunhas, suas virtudes logo foram cooptadas para as mais variadas aplicações na Justiça.

<sup>7</sup> “An obligation to use videoconferencing, teleconferencing, or other means of distance communication for the purpose of oral hearings and the taking of evidence, where the person to be heard was domiciled in another member state” (KRAMER, Xandra E. Access to justice and technology: transforming the face of cross-border civil litigation and adjudication in the EU. In: BENYEKHLIF, Karim et al. (org.). *E-Access to Justice*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2016, p. 360).

<sup>8</sup> MAIEROVITICH, Wálter Fanganiello. As associações mafiosas. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 102-107, 1997, p. 107.

<sup>9</sup> “Alla luce di questa nuova emergenza, e delle misure per limitarne il contagio, siamo di fronte ad un nuovo e inaspettato uso della partecipazione a distanza, che ci consente ancora una volta di confermare come l’applicazione dello stesso istituto nei più diversi contesti, sia legittimata e giustificata dal principio del bilanciamento degli interessi” (GIOVANNELLI, Ester. Partecipazione a distanza dell’imputato nel processo penale. *Diritto & Diritti*, Santarcangelo, n. 11, p. 1-8, 2020, p. 6).

<sup>10</sup> Para aprofundamento no tema: ESTRADA, Jesús José. Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso videoconferencia, cooperación judicial internacional e debido proceso. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Assunção, n. 10, p. 153-173, 2017, p. 155-157.

<sup>11</sup> “The Telehoren en Telepleiten (THTP) system is a videoconferencing technology that allows audiovisual connection between detention centres and courtrooms. Thanks to this technology defendants can remain in the detention center while the hearings take place” (FABRI, Marco. *Some European and Australian e-justice services*. Bologna: Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, 2012, p. 46).

<sup>12</sup> “THTP was introduced in 2007 with the intention to create more efficient proceedings in criminal and immigration-related cases by using videoconferencing technology.” (HENNING, Florian; YEIN, Gar. *Steering collaborative e-justice: an exploratory case study of legitimization processes in judicial videoconferencing in the Netherlands*. Maastricht: Graduate School of Governance, 2012, p. 5).

<sup>13</sup> “Video conferencing is already used in a variety of ways within the Australia courtrooms, as a means for vulnerable parties to present evidence, for prisoners in correctional facilities to appear remotely, as an alternative to circuit hearings, pretrial conferences [...]” (PICKETT, Katelyn. *Immersive Justice: The Impact of Face to Face Communication and Video Mediated Communication in the Quality of Discussion and Deliberation in the Justice Process*. 2018. Dissertação (Mestrado) — Western Sydney University, Sidney, 2018, p. 5).

<sup>14</sup> “The aim of the project is to develop strategies to improve the experience of all participants involved in Audio Visual Link appearances between court and correctional facilities in the juvenile and adult jurisdictions” (LULHAM, R. et al. *Court-custody audio visual links: designing for equitable justice experience in the use of court custody video conferencing*. Sidney: University of Technology Sydney, 2018).

Com projeções de aprimoramento, o Judiciário canadense apregoara tempos atrás a disponibilização de ferramentas tecnológicas, inclusive tele e videoconferências, para incrementar seu funcionamento.<sup>15</sup> Portugal tem em sua codificação processual civil disposição expressa acerca da possibilidade de oitiva de testemunhas por videoconferência, cuidando para excepcionar apenas situações que impossibilitem a operação (art. 500, CPC).

Como se vê, evidenciada efetiva tendência na adoção das oitivas telepresenciais, com ampla aceitação e movimentos de extensão.<sup>16</sup>

Esse brevíssimo relance sobre a experiência estrangeira demonstra que a utilização do sistema telepresencial oferece não apenas uma redução de custo ao aparato estatal, mas também aos utentes, desobrigados do deslocamento.<sup>17</sup> Isso sem contar o considerável tempo gasto por partes, procuradores e testemunhas em preparação e participação nas audiências, não raro a consumir-lhes um dia completo.

É por isso que já se prescreveu de maneira contundente, quando das primeiras atividades remotas com utilização do Skype para oitivas: “the legal system is going to be exposed to ridicule if we don’t move forward with innovative ways of taking evidence”.<sup>18</sup> E quando se constata que experimentos e estudos internacionais já estão em um segundo estágio, qual seja, o de perscrutar sobre a influência de questões técnicas na percepção dos espectadores durante sessões conduzidas remotamente,<sup>19</sup> é imperativo que o Brasil acelere a passada para construir suas próprias diretrizes para a prática de atos processuais a distância.

A base legal já está presente. O artigo 1º, da Lei 11.419/2006, reguladora da informatização processual, não apenas estende seus efeitos aos processos civis, penais e trabalhistas, mas também confere permissão inequívoca à realização de atos processuais a distância.<sup>20</sup> O diploma também promoveu alteração na codificação processual penal para acrescentar ao seu artigo 154 o § 2º, pontuando que todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei.

<sup>15</sup> “Teleconferencing, videoconferencing and internet-based conferencing (e.g. Skype) should be widely available for all appearance types, including case management, status hearings, motions, applications, judicial dispute resolution proceedings, mediation, trials and appeals, etc.” (ACTION COMMITTEE ON ACCESS TO JUSTICE IN CIVIL AND FAMILY MATTERS. *Access to civil & family justice: a roadmap for Change Action Committee*. Ottawa: 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2YpZ7pE>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 15.

<sup>16</sup> “A growing trend can be noted in the use of videoconferencing in European judicial systems, especially in criminal cases. In many European states, these new reforms or projects aim at introducing or extending the use of videoconferencing - Germany, Croatia, Denmark, France, Italy, Lithuania, Republic of Moldova, Monaco, Norway, Romania, Russia, Czech Republic” (COUNCIL OF EUROPE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE. *Efficiency and quality of justice: An overview* European Commission for the Efficiency of Justice. Estrasburgo: Cepej, 2014, p. 15).

<sup>17</sup> “For videoconferencing systems, the indicator can be measured by cost reduction for the justice institution (in terms of personnel and fuel) because witnesses no longer need to travel” (BENYEKHFLEF, Karim; BAILEY, Jane; BURKELL, Jacquelyn; GÉLINAS, Fabién. *E-Access to justice*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2016, p. 75).

<sup>18</sup> Nas palavras de Brian Gover, advogado veterano em Toronto, Canadá, que ainda acrescenta: “one of the great issues for us in a time of austerity is going to be cost control and delivering justice in an efficient way. Technology has provided an answer to the problem.” (apud MAKIN, Kirk. Courts turn to video-conference testimony to cut costs. *The Global and Mail Journal*, Ottawa, 14 maio 2012. Disponível em: <https://tgam.ca/2Ymnh4e>. Acesso em: 10 jun. 2020.)

<sup>19</sup> Para consulta a estudo aprofundado sobre a questão: JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. *Research on videoconferencing for pretrial release hearings*. Washington, DC, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2QdaBrR>. Acesso em: 9 jun. 2020.

<sup>20</sup> “Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se: I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Por sua vez, o atual Código de Processo Civil reafirma a possibilidade em seu artigo 193, bem como testifica no artigo 194 que a automação processual abrange “audiências e sessões de julgamento”. Para o caso da colheita de depoimento pessoal, há previsão específica acerca da opção pela videoconferência (art. 385, § 3º, CPC). Também o Código de Processo Penal viabiliza a colheita do interrogatório pela via remota, ainda que especifique particularidades para o permissivo (art. 185, § 2º), além da oitiva de testemunha de fora, como asseverado anteriormente.

Em complemento, a Lei nº 13.994/2020 alterou a Lei nº 9.099/1995 para permitir a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Deu nova redação ao artigo 22 com o fito de admitir as sessões de maneira remota, bem como ao artigo 23 para prescrever que a ausência ou recusa do demandado em participar propiciará imediata sentença pelo juiz togado.

Com base em tais permissivos legais e na já referida conformação ditada pelo Conselho Nacional de Justiça, as cortes brasileiras passaram a implementar as audiências e sessões virtuais como regra durante a pandemia da Covid-19. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, editou Provimento Inicial que ainda submetia os atos à anuência das partes,<sup>21</sup> com ajuste na sequência para recusa dependente de motivação concreta.<sup>22</sup> Frise-se que o CNJ apreciou pedido de providências sobre o tema e corroborou a necessidade de justificativa.<sup>23</sup>

Perspectivado o tema sob as lentes da experiência estrangeira e do quadro normativo brasileiro, segue-se o enfrentamento das dificuldades próprias das audiências e sessões a distância como forma de investigar suas forças para ultrapassar o período pandêmico.

### 3. Vicissitudes do instrumento

Antes de prosseguir com propostas voltadas à internalização das audiências telepresenciais no cotidiano forense, é preciso considerar algumas dificuldades detectadas *prima facie* na ferramenta, até como forma de buscar soluções ao seu aprimoramento.

A despeito da já experimentada videoconferência em processos criminais com réus presos, bem como do estofo normativo a permitir sua realização nas demais áreas da prestação jurisdicional, as circunstâncias impostas pela pandemia da Covid-19 tornaram sua implementação imprescindível em curtíssimo espaço de tempo.

Malgrado já fosse o processo digital uma realidade decantada na Justiça brasileira, a permitir em brevíssimo interregno o pleno funcionamento do trabalho, com retorno no fluir dos prazos e conseqüente prática dos atos processuais, mostrou-se inadiável que a colheita das provas orais também fosse retomada. Para tanto, as mais variadas plataformas de videoconferência foram adotadas e adaptadas pelas cortes, ação que trouxe

<sup>21</sup> Provimento CSM nº 2.554/2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gjfh8>. Acesso em: 21 ago. 2020.

<sup>22</sup> Provimento CSM nº 2557/2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gkgez8>. Acesso em: 21 ago. 2020.

<sup>23</sup> “Pedido de providências. plantão extraordinário implantado como medida de combate à proliferação do novo coronavírus – Covid-19. Sistemática de suspensão de audiências por videoconferência e de julgamento de processos submetidos à sessão virtual. Manifestação de advogado sem anuência da parte adversa. indispensabilidade de pedido devidamente fundamentado a ser submetido à avaliação do magistrado responsável pela condução do feito” (PP - Pedido de Providências 0003406-58.2020.2.00.0000, Sessão 22ª, Sessão Virtual Extraordinária, Rel. Marcos Vinícius Jardim Rodrigues, mv., 10 de junho de 2020).

consigo dificuldades de ordem técnica inerentes a qualquer mudança abrupta dependente de meios tecnológicos.

Com o objetivo de tentar facilitar a travessia, o Conselho Nacional de Justiça cuidou para disponibilizar aos tribunais e magistrados brasileiros a Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais,<sup>24</sup> projeto de duração concomitante ao período especial vivenciado pela pandemia e não exclusivo a soluções tecnológicas semelhantes optadas por órgãos judiciários.

Nada obstante, tal como ocorreu com o trabalho remoto, o caráter emergencial da medida delegou a magistrados e funcionários a assunção de responsabilidade pela estruturação pessoal para tornar possível a utilização de plataformas de videoconferência; do mesmo modo, aos demais operadores do direito, às partes e testemunhas. A convir que nem todos têm desenvoltura técnica e capacidade financeira para atender de maneira satisfatória às exigências de equipamento e velocidade de conexão, tal adversidade se coloca de maneira premente ao pretender-se a perenização da teleaudiência no pós-pandemia.

O entrave se acentua em face do imperativo da desigualdade social, de sorte que não se pode incorporar audiências telepresenciais no espaço judiciário relegando indiscriminadamente aos utentes e colaboradores da Justiça o encargo de aparato e conexão minimamente razoáveis à sua participação. Incumbe ao Estado suprir quaisquer dificuldades financeiras em prol de garantir o acesso à justiça (art. 5º, LXXIV, CF).

A pouca familiaridade de muitos com softwares ou plataformas mais avançadas igualmente deve ser levada em consideração. De juízes a partes carentes, as nuances cognitivas para a tecnologia precisam ser sopesadas na escolha de ferramentas para ouvidas a distância, impondo aos órgãos diretivos do Poder Judiciário investir na construção de plataforma própria ou contratar as disponíveis no mercado com interfaces amigáveis — a depender da equação custo-benefício —, sem descuidar da oferta de informações didáticas aos usuários.

Essas ponderações respondem à legítima preocupação da Advocacia com eventuais tribulações técnicas e financeiras dos profissionais.<sup>25</sup> Tanto assim que, instado a tratar da suspensão de audiências virtuais quando da impossibilidade de participação no ato manifestada por um advogado, o Conselho Nacional de Justiça pontuou a necessidade de observação pelo juízo.<sup>26</sup>

Noutro lado, é relevante atentar para a questão da higidez da prova, sobretudo em circunstâncias nas quais pode haver suspeita de intimidação de partes ou direcionamento de testemunhos. É evidente que são exceções, mas a disciplina de um novo paradigma necessita prever situações adversas.

Posto que sejam todas conjunturas sensíveis, em boa hora podem ser obliteradas sem grande esforço em prol de benefícios inequívocos para a prestação jurisdicional e seus destinatários.

<sup>24</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3hiNrfv>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>25</sup> A propósito, confira-se o Ofício encaminhado pela OAB-SP ao E. TJSP: OF. GP. 99 - Comunicado nº 284-2020: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Comunicado nº 284 de 17 abr. 2020*. Orientações para a realização de audiências virtuais. São Paulo: OAB-SP, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3l6ew8d>. Acesso em: 17 jun. 2020.

<sup>26</sup> Sobre o tema: Pedido de Providências n. 0004046-61.2020.2.00.0000, Plenário, Rel. Cons. Maria Cristiana Ziouva, d.j. 05/06/2020; na mesma linha: Procedimento de Controle Administrativo n. 0003753-91.2020.2.00.0000, Rel. Cons. André Luiz Guimarães Godinho, Sessão18ª Sessão Virtual Extraordinária, dj. 01.06.2020.

#### 4. Aprimoramento e perenização

Expostas algumas das principais dificuldades verificadas por ocasião da realização interativa de audiências telepresenciais no período pandêmico, quadra investigar soluções ao aprimoramento da medida com vistas à sua perpetuação.

Uma das primeiras questões diz com a tecnologia empregada. Como salientado, a urgência por resultados determinou a adoção de variadas plataformas digitais de videoconferência cortes afora, diversidade que pode acarretar alguma dificuldade para o exercício da advocacia em múltiplos órgãos jurisdicionais, a exigir do profissional familiaridade e instalação de sistemas diversificados. Boa parte dos Tribunais terminou por aderir à Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais referida anteriormente, tais como TJMG, TRT/1 e TJCE, entre outros.<sup>27</sup> Também houve aqueles que optaram por formatos próprios ou do mercado, como por exemplo: TJBA, sistema Lifesize;<sup>28</sup> TJSP, TJPA e TRT/ES, plataforma Teams;<sup>29</sup>; TRT/5, plataforma Google Meets.<sup>30</sup>

Cada uma a seu modo, todas as experiências foram razoavelmente satisfatórias, mas é evidente que arestas precisam ser aparadas, quiçá em busca de uniformidade, com especial atenção para colher percepções da Advocacia, do Ministério Público, da Defensoria Pública, Procuradorias Fazendárias e demais instituições indispensáveis a colaborar para o aperfeiçoamento de uma sistemática simples, pouco custosa e dotada de interface capaz de permitir a qualquer usuário participação efetiva.

Item, é essencial considerar que há um custo a envolver a participação dos operadores do direito, bem como de partes e testemunhas, seja com equipamentos, seja com velocidade aceitável à transmissão de dados. Embora muitos já desfrutem de condições mínimas e estejam aptos a eleger o conforto e o proveito temporal da operação a partir de escritórios, locais de trabalho ou residências, incumbe ao Poder Judiciário viabilizar o acesso a partir de equipamentos instalados em suas dependências. Desse modo: realizar audiências presenciais em respeito aos necessitados, mesmo propiciando a advogados e partes integração simultânea ao ato de forma remota se assim o preferirem; reservar salas com horários exclusivos para oitivas entre localidades diversas, dispensando cartas precatórias; propiciar espaços nos CEJUSCs para recepção de interessados sem condição de acesso à internet, inclusive a fim de permitir sua participação a distância em sessões de conciliação ou mediação com o outro interessado.

Sem prejuízo, as subseções da Ordem dos Advogados igualmente podem contribuir com a disponibilização de equipagem e espaços próprios nas salas que ocupam junto aos prédios do Poder Judiciário ou em suas sedes, com grande capilaridade territorial para fazer valer sua relevância na administração da Justiça (art. 133, CF); diga-se o mesmo quanto à Defensoria Pública (art. 134, CF).

Outro tópico a ressaltar diz com a garantia de publicidade das audiências e sessões a distância, fator determinante para que os atos sejam gravados e estejam à disposição

<sup>27</sup> TJMG: Disponível em: <https://bit.ly/3gkJ16J>. Acesso em: 21 ago. 2020; TRT/JT: Disponível em: <https://bit.ly/32eIRsp>. Acesso em: 21 ago. 2020; TJCE: Disponível em: <https://bit.ly/32aSsk4>. Acesso em: 21 ago. 2020.

<sup>28</sup> Decreto Judiciário nº 276, de 30 de abril de 2020.

<sup>29</sup> TRT/ES: Disponível em: <https://bit.ly/3alZCQm>. Acesso em: 21 ago. 2020; TJSP: Disponível em: <https://bit.ly/31f2z8a>. Acesso em: 21 ago. 2020; TJPA: Disponível em: <https://bit.ly/2CMGeWa>. Acesso em: 21 ago. 2020.

<sup>30</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3j0otlK>. Acesso em: 21 ago. 2020.

de partes, procuradores e demais interessados, ao menos por um prazo razoável. Tal como ocorre nas audiências e sessões presenciais, partes e procuradores necessitam obter irrestrito acesso aos atos ali praticados, no momento e posteriormente.<sup>31</sup>

São elementos de suma importância a respeitar por força de disposição legal (art. 194, CPC),<sup>32</sup> bem como garantias constitucionais de acesso à justiça, devido processo legal e publicidade.

Não se pode esquecer, de resto, do compreensível zelo da Advocacia pertinente à higidez da prova oral, como se retratou, por exemplo, no já citado Ofício encaminhado pela OAB-SP ao E. TJSP (Of. GP. 99 - Comunicado nº 284-2020). No entanto, o tema não aparenta suscitar problemática intransponível quando se pensa na manutenção das audiências e sessões telepresenciais no pós-pandemia, já que poderão ser realizadas de maneira híbrida, sendo remota para detentos, patronos e promotores de justiça, e presencial com a participação de juiz e testemunhas na eventualidade de circunstâncias intimidatórias, dúvida sobre a incomunicabilidade ou impossibilidade de meios, como já ressaltado.

De qualquer sorte, na transição até um sistema mais específico para a realização das teleaudiências, a preocupação da OAB também é legítima quando se reflete sobre a eventual postura de alguns atores em meio à produção da prova oral. Com efeito, a proximidade das testemunhas no mesmo ambiente remoto pode seduzir a práticas pouco ortodoxas durante a ouvida, mormente a considerar que a câmera está focada apenas no depoente; nesse contexto, orientação do depoimento por quem não aparece na imagem ou permissão para que uma testemunha esteja próxima e ouça as demais antes de depor.

É evidente que a percepção do magistrado sobre comportamentos questionáveis autoriza advertência e, na reiteração, suspensão do ato, com envio da gravação para providências cabíveis, sem prejuízo de designar data para audiência mista. Contudo, promoção normativa das Cortes para regulamentar tópicos sensíveis das teleaudiências parece mais apropriado para prevenir dissabores. Nessa tessitura, não se afigura qualquer afronta à lei ou à garantia de ampla defesa a formatação que impeça testemunhas de prestarem depoimento remoto no mesmo local de partes, patronos e outras testemunhas; porventura não reúnam condições técnicas de conhecimento e equipamento, serão ouvidas de maneira mista.

## 5. Arremate

Após percorrer com indiscutível lentidão o período inicial de sua trilha evolutiva, a atividade jurisdicional finalmente começa a adquirir um ritmo capaz de ombrear com a velocidade exigida pela dinâmica social. No Brasil, tendo como marco divisor a

---

<sup>31</sup> Imprescindível “facilitar a manifestação na audiência ou na sessão de julgamento, sobretudo em caso de razões finais” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 188 ao 293*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 42).

<sup>32</sup> Art. 194, CPC: “Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções”. BRASIL Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, p. 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

implementação do processo eletrônico e a informatização de rotinas,<sup>33</sup> a pandemia da Covid-19 conformou um panorama vaticinado há décadas, qual seja, o de que estaríamos a transitar a “passos irretornáveis pela substituição, ainda que não absoluta, da cultura literária, determinada pela invenção da imprensa no século XV, para uma cultura baseada em costumes visuais e auditivos”.<sup>34</sup> Irrompeu de modo abrupto, como a despertar do torpor hesitações enevoadas, cuja motivação nem mesmo era bem compreendida, perante as virtudes da tecnologia para o aperfeiçoamento de uma nova Justiça.

Vencidas as dificuldades, é previsível que sobrevenham as costumeiras desconfiças, vício atemporal ante ao inédito, a recair sobre a ferramentaria engendrada para manter em funcionamento a engrenagem da Justiça. Assim foi por ocasião: a) da introdução da máquina de escrever, inventada por Christopher Latham Sholes em 1867, vendida à Remington Company em 1873 e com fabrico iniciado em 1877; b) da ascensão da quarta geração de computadores, correspondente à atual e iniciada em 1970; c), da popularização dos modelos portáteis e conectados em rede na década de 80.<sup>35</sup>

Com efeito, ao início do século XX não foram raras as sentenças anuladas por haverem sido datilografadas, e não manuscritas; ao final da década de 1980, outras tantas o foram porque os prolores utilizaram microcomputadores. No primeiro caso, preconizava-se estar em risco o sigilo antes da publicação; no segundo, a produção seriada teria o condão de prejudicar a atenção individualizada do magistrado. Mas já no limiar do século XXI, luminares alvitavam a necessidade de resistir às amarras da resistência ao novo e acreditar na prática em gestação da ‘videoconferência’, pressagiando um futuro em que até mesmo as sessões do Supremo Tribunal Federal seriam “realizadas com o uso deste instrumento, com o advogado participando e sustentando do seu próprio escritório e ministros podendo votar a partir de gabinetes instalados em suas cidades de origem”.<sup>36</sup>

Observadas as precauções consentâneas às garantias de higidez a um devido e legal processo, parece indiscutível que a aposta em novas tecnologias trará benefícios dos mais variados à rotina judiciária, da qualificação e barateamento na prática dos atos processuais, à descoberta de novos formatos para simplificação e aceleração procedimental.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Pode-se afirmar que “a Lei n.º 11.419/2006 inaugurou, oficialmente, a era do processo judicial eletrônico brasileiro, totalmente informatizado e sem uso do papel, na medida em que autorizou a prática e o armazenamento dos atos processuais de modo integralmente digital - em arquivo eletrônico inviolável” (SANTOS JR., Rubens Fernando Clamer dos. Evolução do processo brasileiro: história e perspectiva do processo judicial eletrônico. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, v. 12., p. 177-192, 2012, p. 184).

<sup>34</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 557.

<sup>35</sup> CURY, Luciene; CAPOBIANCO, Lígia. Princípios da História das Tecnologias da Informação e Comunicação - Grandes Invenções. In: ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA, 8., 2011, Porto Alegre. *Anais [...]*. Porto Alegre: UFRGS, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3glV2J0>. Acesso em: 5 jun. 2020.

<sup>36</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Judiciário brasileiro ainda reluta a avanços tecnológicos. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 set. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2E5m3ne>. Acesso em: 5 jun. 2020.

<sup>37</sup> Nesse sentido, “the use of modern technologies should lead to qualitative changes in legal proceedings, contribute to the improvement of existing procedural institutions, and lead to the development of new ones. They can make it possible to perform procedural actions in a different way and at a higher technical level, which previously, without the use of such technologies, could not have been carried out at all, or were carried out for a very long time” (RUDNEV, Vladimir; PECHEGIN, Denis. The impact of the leading digital technologies on criminal proceedings: a case of video conferencing. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Paris, v. 441, p. 323-329, 2019, p. 325).

Há tempos, a facilitação de acesso e as vantagens hauridas com a oitiva de testemunhas que se encontrem em locais distantes têm sido constatadas e estimuladas no âmbito da União Europeia.<sup>38</sup>

Sessões de autocomposição, por seu turno, também já não são mais novidade no palco internacional, com amplo desenvolvimento no esteio das chamadas ODRs – online dispute resolutions –;<sup>39</sup> seguem de maneira mais tímida no Brasil, a despeito de permissivo legal expreso (art. 46, Lei da Mediação). O êxito é compreensível por evidenciar a informalidade do ato, que permite o acesso do usuário a partir do local que escolher e o isenta de gasto temporal e econômico com o deslocamento. Sobretudo, a familiaridade com o ambiente eleito pode contribuir para serenar os ânimos e permitir conversação mais franca entre os participantes, a ensejar resultado ainda mais promissor.

Por tais razões é que se mostra necessário enaltecer os predicados de mecanismos criados ou incentivados durante a pandemia que ostentem potencial de contribuir para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional. Esse é o caso das audiências, ou teleaudiências, objeto específico deste ensaio.

Consoante mencionado alhures, já satisfatoriamente testada e aprovada a videoconferência na seara criminal a fim de evitar o deslocamento de réus presos, percebe-se agora que não há entrave algum para a disseminação do método nas demais áreas da jurisdição.

Não se subestimam possíveis carências técnicas, logísticas e jurídicas, algumas delas pinceladas nos tópicos anteriores, muito embora de todo escusáveis diante de sua implementação emergencial determinada pelo repentino isolamento social. Aliás, não apenas veniais, mas subjugáveis.

Para tanto, mostra-se produtora a estruturação de uma plataforma específica para teleaudiências, à moda daquela operada circunstancialmente pelo Conselho Nacional de Justiça, quiçá unificada, conquanto compatível com os variados sistemas de informatização adotados na Justiça Brasileira. Sendo imprescindível o aporte de impressões de todos os órgãos e profissionais envolvidos em seu funcionamento, de sorte a elaborar-se uma sistemática simples, pouco custosa e dotada de interface capaz de permitir participação a qualquer usuário.

A falta de familiaridade com celulares ou computadores pessoais pode ser suprida aos advogados pelas próprias subseções da OAB, viabilizando informação didática e espaços próprios nas salas que ocupam junto aos prédios do Poder Judiciário, de modo a fazer valer sua relevância na administração da Justiça (art. 133, CF). Aos utentes em geral, nos locais onde há estruturação da Defensoria Pública e do Ministério Público para atendimento ao público, também existe a possibilidade de agregar às suas competências

<sup>38</sup> A corroborar a assertiva: “Videoconferencing has been one of the top priorities of the Multiannual European e-Justice Action Plans 2008-2013 and 2014-2018. Both versions highlight the potential of videoconferencing for improving judicial efficiency and access to justice, and thus for strengthening the rights of European citizens. In line with this, an increasing range of European legal instruments allows for the use of videoconferencing technology in legal proceedings, e.g. for the hearing of remote witnesses” (BRAUN, Sabine. Videoconferencing as a tool for bilingual mediation. In: *Understand Justice*. London: Short Run, 2016, p. 198).

<sup>39</sup> Como exemplo, “a Convenção de Mediação de Cingapura e a Australian Dispute Centre (ADC) reflete esta tendência mundial, possuindo o ADC virtual, uma plataforma que permite a realização de audiências virtuais – em sessões abertas ou separadas, nas diversas salas de reunião virtual – e que os documentos sejam assinados e trocados” (NETTO, José Laurindo de Souza; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Métodos autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 1, n. 26, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32cUaBx>. Acesso em: 18 ago. 2020.)

a orientação e a recepção de partes ou testemunhas intimadas a participar de teleaudiências ou sessões a distância.

Todavia, é sabido não contarem todas as Comarcas ou Seções judiciárias com estrutura mínima para os órgãos citados, além de incumbir ao Poder Judiciário, em primeiro plano, contornar adversidades surgidas na inauguração de novos paradigmas.

As *audiências híbridas* podem facilmente contornar tribulações advindas de questões técnicas ou financeiras para a integração de partes, advogados e terceiros. Similarmente, constituem garantia de impedimento a pressões, manipulações ou fraudes que a distância pode favorecer.<sup>40</sup> Nesse contexto, os variados ganhos para evitar o deslocamento de testemunhas, partes e patronos são mantidos com a realização de uma audiência ou sessão em parte física, em parte virtual. A condução do ato pode se dar pelo magistrado a partir das instalações do Poder Judiciário, em companhia de funcionários e daqueles cuja participação em um ato integralmente virtual não é factível ou recomendável. Na outra ponta os demais, optantes pela atuação a distância. Em verdade, nada de novo, uma vez que as videoconferências com réus presos assim já se realizam.

Suplantados eventuais inconvenientes — e outros que porventura tenham escapado a essa investigação acadêmica —, podem ser listados inúmeros os melhoramentos em prol do prestamento jurisdicional.

Sob as lentes processuais, são evidentes a aceleração procedimental, a economia processual e o reforço à imediatidade.<sup>41</sup> Nessa perspectiva, as morosas cartas precatórias ou rogatórias e adiamentos em razão de viagens de partes e testemunhas já não serão mais entraves temporais; as diligências de intimação pelo Estado ou encargos dos advogados cederão ao mero apontamento de endereço eletrônico para comunicação sobre o ato; a imediatidade estará garantida não apenas em primeiro, mas em segundo grau de jurisdição, inclusive com a facilidade de nova oitiva virtual ordenada e concretizada pela própria corte.<sup>42</sup> No que toca com a garantia constitucional da publicidade, além de oportunizar o acompanhamento virtual do ato, sua gravação integral pelo juízo estará disponível aos interessados.

Na ótica gerencial, sensíveis melhorias são visíveis à partida. A economia financeira com a locação e manutenção de prédios físicos tende a ser um diferencial, uma vez que o andamento processual já formatado para operação remota passa a incluir a realização de atos que, até então, só poderiam ser presenciais, tudo a significar integral digitalização processual. Com isso, o custo com deslocamento de funcionários e magistrados diminuiria

<sup>40</sup> Sob esse aspecto: “A pesar de tales ventajas, por ahora no parece aconsejable valerse de la presencia virtual para toda intervención oral, porque ello podría poner en peligro el principio de intermediación en ciertos casos susceptibles de ser manipulados, en especial mientras se aprende a dominar los aspectos técnicos de la intervención procesal electrónica” (REVERÓN, Gustavo Adolfo Amoni. El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal. *Revista IUS*, Puebla, n. 31, p. 67-85, 2013, p. 84).

<sup>41</sup> Acerca dos três predicados citados, confira-se: BEBBER, Júlio César. Uso de equipamento para transmissão e recepção de sons e imagens nas audiências trabalhistas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 281-290, 2016. *passim*.

<sup>42</sup> De fato, a informatização do processo tende a dar qualidade aos elementos de oralidade, “tendo em vista que a colheita da prova oral poderá ser feita à distância em menos tempo, a gravação de uma audiência pode ser analisada pelo órgão recursal” (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 664).

no quesito transporte, sem contar a benesse do home office sobejamente comprovada nos aspectos personalíssimos<sup>43</sup> e de produtividade.<sup>44</sup>

Para os utentes em geral, o deslocamento dos advogados, já reduzido drasticamente com a digitalização de autos, será praticamente eliminado com a participação em teleaudiências, angariando o subproduto das economias financeira e temporal. Partes, ao seu critério, acompanharão o ato no escritório dos patronos ou de sua própria residência; por sua vez, as testemunhas estarão menos pressionadas pela ritualística uma vez ouvidas a partir de seu próprio ambiente.

A merecer estudo próprio, otimização nas sessões de autocomposição realizadas pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), cujo espaço físico será destinado apenas aos interessados desprovidos de acesso a distância.

Admite-se supor que a prática terminará por incentivar não apenas o atendimento virtual a advogados por magistrados, como igualmente revelará idênticos ganhos no atendimento ao público realizados pelas Defensorias e Ministério Público, bem como Delegacias da Mulher, ao facilitar o apoio às vítimas.

Em suma, verdadeiro redesenho procedimental determinante para uma Justiça mais ágil, econômica e adaptada às nuances da modernidade.

São as considerações.

## Referências

ABRÃO, Carlos Henrique. Processo Eletrônico. *Revista Eletrônica Juslaboris*, Brasília, DF, v. 2, n. 15, p. 53-62, 2013.

ACTION COMMITTEE ON ACCESS TO JUSTICE IN CIVIL AND FAMILY MATTERS. *Access to civil & family justice: a roadmap for change action committee*. Ottawa: 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2YpZ7pE>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BEBBER, Júlio César. Uso de equipamento para transmissão e recepção de sons e imagens nas audiências trabalhistas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho: 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 281-290, 2016.

BENYEKHELF, Karim; BAILEY, Jane; BURKELL, Jacquelyn; GÉLINAS, Fabián. *E-Access to Justice*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2016.

BRASIL. Lei n° 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, p. 2, Brasília, DF, 20 dez. 2006.

BRASIL Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, p. 1. Brasília, DF, 17 mar. 2015.

<sup>43</sup> No particular, contudo, impende ressaltar que há vantagens – “ganhos de produtividade, melhora dos prazos de entrega, crescimento sem mudanças estruturais e busca de talentos em outras áreas geográficas” –, mas cuidados a serem tomados – “possibilidade de perda de dados confidenciais, prejuízo às relações hierárquicas, dificuldade de controle do trabalho e queda na motivação dos colaboradores” (CEPELLOS, Vanessa Martines. Recursos humanos na linha de frente. *GV-Executivo*, São Paulo, vol. 19, n. 3, p. 35-37, 2020. p. 36), tudo a merecer grande atenção dos setores de Recursos Humanos das Cortes de Justiça a fim de extrair o máximo proveito do teletrabalho.

<sup>44</sup> Basta conferir os expressivos números do Poder Judiciário catalogados no Painel de Produtividade Semanal criado pelo CNJ. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRAUN, Sabine. Videoconferencing as a Tool for Bilingual Mediation. In: *Understand Justice*. London: Short Run, 2016. p. 194-227.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CEPELLOS, Vanessa Martines. Recursos humanos na linha de frente. *GV-Executivo*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 35-37, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Judiciário brasileiro ainda reluta a avanços tecnológicos. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 set. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2E5m3ne>. Acesso em: 5 jun. 2020.

COUNCIL OF EUROPE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE. *Efficiency and quality of justice: an overview* European Commission for the Efficiency of Justice. Estrasburgo: Cepej, 2014.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 2. ed. 7. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 188 ao 293*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CURY, Luciene; CAPOBIANCO, Ligia. Princípios da história das tecnologias da informação e comunicação: grandes Invenções. In: ENCONTRO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA, 8, 2011, Porto Alegre. *Anais [...]*. Porto Alegre: UFRGS, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3glV2J0>. Acesso em: 5 jun. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. Correlações entre Covid-19 e o processo penal: algumas reflexões iniciais. *Revista dos Tribunais On-line*, São Paulo, v. 1017, 2020.

DIAS, Maria Sara de Lima; PEREIRA, Álaba Cristina. Tecnologia, trabalho e teletrabalho no poder judiciário: discussões iniciais. In: GUILHERME, Willian Douglas (org.). *Desafios e soluções da sociologia: volume 2*. Ponta Grossa: Atena, 2019. p. 141-150.

ESTRADA, Jesús José. Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso videoconferência, cooperação judicial internacional e devido processo. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Assunção, n. 10, p. 153-173, 2017.

FABRI, Marco. *Some European and Australian e-justice services*. Bologna: Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziarip, 2012.

GIOVANNELLI, Ester. Partecipazione a distanza dell'imputato nel processo penale. *Diritto & Diritti*, Santarcangelo, n. 11, p. 1-8, 2020.

GUNTHER, Luiz Eduardo; BUSNARDO, Juliana Cristina. A aplicação do teletrabalho ao poder judiciário federal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 4, p. 1199-1246, 2016.

HENNING, Florian; YEIN, Gar. *Steering collaborative e-justice: an exploratory case study of legitimization processes in judicial videoconferencing in the Netherlands*. Maastricht: Graduate School of Governance, 2012.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. *Research on videoconferencing for pretrial release hearings*. Washington, DC: NIJ, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2QdaBrR>. Acesso em: 9 jun. 2020.

KRAMER, Xandra E. Access to justice and technology: transforming the face of cross-border civil litigation and adjudication in the EU. In: BENYEKHLIF, Karim et al. (org.). *E-access to justice*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2016.

LULHAM, R. *et al.* *Court-custody audio visual links: designing for equitable justice experience in the use of court custody video conferencing*. Sidney: University of Technology Sydney, 2018.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. As associações mafiosas. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 102-107, 1997.

MAKIN, Kirk. Courts turn to video-conference testimony to cut costs. *In: The Global and Mail Journal*, Ottawa, 14 maio 2012. Disponível em: <https://tgam.ca/2Ymnh4e>. Acesso em: 10 jun. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NETTO, José Laurindo de Souza; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Métodos autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 1, n. 26, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32cUaBx>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Comunicado nº 284 de 17 abr. 2020: orientações para a realização de audiências virtuais*. São Paulo: OAB-SP, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3l6ew8d>. Acesso em: 17 jun. 2020.

PICKETT, Katelyn. *Immersive Justice: the impact of face to face communication and video mediated communication in the quality of discussion and deliberation in the justice process*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Western Sydney University, Sidney, 2018.

REVERÓN, Gustavo Adolfo Amoni. El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal. *Revista IUS*, Puebla, n. 31, p. 67-85, 2013.

RUDNEV, Vladimir; PECHEGIN, Denis. The impact of the leading digital technologies on criminal proceedings: a case of video conferencing. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Paris, v. 441, p. 323-329, 2019.

SANTOS JR., Rubens Fernando Clamer dos. Evolução do processo brasileiro: história e perspectiva do processo judicial eletrônico. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, Goiânia, v. 12, p. 177-192, 2012.

## Atendimento virtual

*José Roberto dos Santos Bedaque*<sup>1</sup>  
Professor e desembargador aposentado

Início este pequeno texto com sinceros agradecimentos ao ilustre Magistrado e prezado amigo Dr. João José Custódio da Silveira pelo honroso convite para participar do projeto Novos Paradigmas Jurídicos Pós Pandemia, por ele organizado com apoio das coordenações regionais da Escola Paulista da Magistratura. O retorno à casa e o contato com os colegas é, para mim, extremamente prazeroso.

Coube-me o tema Atendimento Virtual, cujo exame tem por escopo abordar a nova forma de contato entre o juiz e os sujeitos parciais do processo por intermédio do respectivo representante processual.

Na condição de Desembargador aposentado e Advogado, talvez tenha condições de transmitir a visão dos sujeitos processuais envolvidos nesse relacionamento.

Entre os direitos do advogado previstos no artigo 7º do Estatuto da Advocacia, destaca-se o inciso VIII, segundo o qual é assegurado ao profissional: “Dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada.”

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça fixou a seguinte orientação:

*O magistrado é sempre obrigado a receber advogados em seu gabinete de trabalho, a qualquer momento durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto, e independentemente de estar em meio à elaboração de qualquer despacho, decisão ou sentença, ou mesmo em meio a uma reunião de trabalho. Essa obrigação constitui um dever funcional previsto na LOMAN e a sua não observância poderá implicar em responsabilização administrativa.*

Não obstante o excessivo número de processos submetidos ao Poder Judiciário brasileiro, seus integrantes, em todos os graus de jurisdição, têm se esforçado para atender a esse direito. Após nove anos de exercício da advocacia, sou testemunha da boa vontade da grande maioria dos magistrados.

Pois bem. Até quatro meses atrás, o atendimento dos Advogados pelos Juízes, Desembargadores e Ministros era presencial. Minhas últimas audiências foram com os Ministros Napoleão Maia (STJ) e Luiz Fux (STF), em 5 de março, e com a Desembargadora Maria Olívia (TJSP), em 9 de março. Em 11 de março, compareci ao Superior Tribunal de Justiça para sustentação oral.

---

<sup>1</sup> Livre-Docente, Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP, é Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP desde 2006. Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), integrou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Código do Processo Civil e de rever o substitutivo da Câmara dos Deputados.

A partir de então, em razão da pandemia, os contatos pessoais tornaram-se inviáveis e foram suspensos por força do art. 3º da Resolução do CNJ n.º 313 de 19/03/2020. A relação entre Magistrados e Advogados tornou-se remota (art. 2º, par. 1º, III).

No Superior Tribunal de Justiça, as sessões passaram a se realizar por videoconferência e o prazo foi prorrogado até 1º de julho de 2020 (RESOLUÇÃO STJ/GP N. 6 DE 20 DE MARÇO DE 2020; RESOLUÇÃO STJ/GP N. 9 DE 17 DE ABRIL DE 2020. INSTRUÇÃO NORMATIVA STJ/GP N. 9 DE 29 DE MAIO DE 2020).

No início, confesso, fiquei apreensivo. A experiência, tanto no exercício da judicatura, quanto da advocacia, revelou-me o quão importante é o contato direto entre o juiz e o representante da parte. Esse diálogo informal possibilita esclarecimentos sobre a controvérsia talvez não suficientemente encontrados nas peças escritas. A exposição pontual pelo advogado, se bem feita, facilita o trabalho do julgador. Naquele momento, destacam-se os aspectos essenciais, tanto de direito processual, quanto material. Na condição de Juiz e de Advogado, tenho plena convicção da utilidade dessa audiência. Se tivesse de optar entre o atendimento feito nos gabinetes e a sustentação oral, escolheria a primeira alternativa, sem hesitar.

Por isso, tive receio de o meio virtual não proporcionar o mesmo resultado. Além do mais, apesar de entusiasta da tecnologia, tenho limitações quanto ao acompanhamento da evolução desse meio de comunicação. É mais um “novo normal” ao qual temos de nos adaptar.

Após vários atendimentos, sustentações orais, reuniões e aulas, sinto-me mais confortável, especialmente por contar com o apoio de uma equipe formada por técnicos, advogados mais novos e monitores na Faculdade, todos aptos a esconder minhas deficiências.

Superada a dificuldade operacional, vamos ao exame do resultado obtido com o atendimento virtual.

Início por relatar uma experiência. No dia 18 de junho, tinha agendado atendimento no Superior Tribunal de Justiça às 16h, depois antecipado para as 15h50. Dois dias antes, fui informado de outro agendamento, no Tribunal de Justiça de São Paulo, para a mesma data, às 14h. Como não tenho o dom da ubiquidade, pensei, não poderei comparecer ao segundo compromisso. Além disso, precisaria cancelar uma aula na Faculdade, marcada para as 17h.

Estava raciocinando à luz do “velho normal”. Só poderia despachar com o Ministro Marco Buzzi, no Superior Tribunal de Justiça.

E tem mais. No dia seguinte, 19 de junho, além de uma audiência arbitral, estavam agendadas três audiências no Tribunal de Justiça, em razão de julgamento a se realizar no dia 20, pelo Órgão Especial, com previsão para sustentação oral.

Se tais atividades fossem presenciais, duas não seriam realizadas e as demais demandariam dois dias inteiros.

Tendo em vista a nova realidade virtual, consegui cumprir todos os compromissos em, no máximo, duas horas. E, graças à compreensão e boa vontade do Ministro e dos Desembargadores, senti-me como se estivesse nos respectivos gabinetes e no Plenário do Tribunal de Justiça de São Paulo. Tive condições de expor minuciosamente todos os argumentos relevantes para a compreensão do Recurso Especial e do Incidente de Inconstitucionalidade.

Também tenho certeza de que o tempo despendido pelos julgadores foi bem inferior àquele necessário para o atendimento presencial.

Em síntese, apesar de lamentável a causa, o “novo normal” contribuiu para a celeridade do processo e para a mobilidade dos sujeitos processuais. Tudo foi resolvido sem que nenhum de nós tivesse de se deslocar.

No contato com o Ministro e os Desembargadores, tomei a liberdade de indagar qual a impressão a respeito do atendimento virtual. Todos aprovaram a experiência. O Desembargador Cláudio Godoy, aliás, disse-me pretender adotar esse modelo como regra, mesmo após o final da pandemia.

A propósito, parece-me necessária a fixação de regras objetivas, visando à observância das garantias asseguradas aos advogados.

A Associação dos Advogados de São Paulo, tendo em vista reclamações quanto à falta de padronização para os julgamentos telepresenciais, bem como ao agendamento de despachos, enviou ofício ao Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, solicitando providências. Penso que devam ser consideradas as razões apresentadas pela entidade, pois os problemas apontados, não obstante sejam esporádicos, realmente têm ocorrido.

As dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário em decorrência da pandemia são reconhecidas pela AASP. O intuito da comunicação visa tão somente a contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional e adequá-la às exigências legais.

O primeiro ponto refere-se exatamente ao agendamento de despachos: ausência de resposta às mensagens enviadas aos endereços eletrônicos indicados no site do TJSP ou justificativas inaceitáveis para o não atendimento, como ausência de equipamento adequado ou falta de conhecimento do sistema adotado para o contato virtual.

Quanto ao julgamento telepresencial, a reclamação diz respeito à falta de padrão adotado nas sessões de julgamento, o que tem dificultado sobremaneira a atuação dos advogados. Ressalta-se a falta de informação sobre o andamento dos trabalhos, o que obriga o profissional a aguardar na “sala de espera”, sem saber sequer se está em local correto.

Menciona-se, ainda, a vedação a que o advogado assista às sessões se o respectivo processo não comporta sustentação oral.

Noticia-se, todavia, situação diametralmente oposta, em que o convite para sessão é enviado com grande antecedência e os participantes recebem toda a orientação necessária ao bom desenvolvimento dos trabalhos.

As dificuldades apontadas pela AASP são, salvo melhor juízo, pontuais e de fácil solução. As sugestões apresentadas podem ser perfeitamente implementadas, o que contribuirá decisivamente para aperfeiçoar a atividade à distância. São elas:

- a) fornecer aos magistrados que não possuam equipamentos que viabilizem o despacho telepresencial;*
- b) fornecer treinamento aos magistrados e servidores que não tenham familiaridade com a utilização do Teams;*
- c) padronizar os procedimentos relacionados aos agendamentos de despachos com os juizes e desembargadores; e, por fim,*
- d) padronizar os procedimentos relacionados às sessões de julgamentos telepresenciais, o que dará segurança e previsibilidade aos advogados e jurisdicionados, fornecendo a todos os interessados que solicitarem, advogados ou não, link para acompanhamento de qualquer julgamento (exceto processos que tramitem em segredo de justiça).*

Estou certo de que o Colendo Conselho Superior da Magistratura receberá o pleito da AASP como contribuição para viabilizar o atendimento virtual e o julgamento telepresencial.

Ouso sugerir aos dirigentes da AASP a constituição de comissão destinada a, juntamente com representantes do Poder Judiciário, fixar diretrizes destinadas a nortear essa atividade à distância.

Nessa mesma linha, os Tribunais já vêm adotando o denominado plenário virtual. O processo é colocado em pauta pelo Relator para julgamento eletrônico pelo prazo de sete dias. As partes e os integrantes da Turma Julgadora podem, todavia, requerer a realização de sessão presencial, agora por videoconferência, para possibilitar sustentação oral ou o esclarecimento de dúvidas e a manifestação de eventual divergência.

Esse sistema foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 2007. Trata-se de uma experiência precursora nas Cortes Constitucionais de todo o mundo. A sustentação oral por meio eletrônico foi implantada em 2019.

Em princípio, se corretamente aplicada, essa técnica em nada prejudica o correto desenvolvimento do devido processo legal, pois assegura a observância e a efetividade da principal garantia constitucional desse método estatal de solução de controvérsias, qual seja, o contraditório.

Além do mais, a adoção de mecanismos tecnológicos contribui decisivamente para o atendimento a outro postulado constitucional: a razoável duração do processo.

Considerada a realidade atual, cuja duração, por enquanto, é imprevisível, os Tribunais Superiores e o CNJ também adotaram o sistema das sessões telepresenciais, por meio de videoconferência, com possibilidade de sustentação oral. A partir de 14 de abril de 2020, todas as sessões de julgamento na suprema Corte foram realizadas em ambiente virtual.

Tendo em vista o resultado até agora apresentado pela utilização desse recurso tecnológico, prevê-se a possibilidade de adotá-lo mesmo após o fim da pandemia. Trata-se, a meu ver, de alternativa não só viável como altamente recomendada por vários aspectos. Assegura de forma integral a efetiva participação dos sujeitos parciais do processo, possibilitando-lhes apresentar argumentos visando a influir no resultado do julgamento. Em suma, garante a efetividade do contraditório. Além disso, a economia de tempo e econômica é impressionante, pois tudo é feito sem necessidade de deslocamento.

Em recente artigo intitulado “Em defesa da constitucionalidade do julgamento colegiado virtual”, publicado em 14 de abril de 2020, na revista eletrônica *Consultor Jurídico (Conjur)*, meu caríssimo amigo, Prof. José Rogério Cruz e Tucci, reporta-se à obra de Richard Susskind (*Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, 2019), para quem os julgamentos presenciais estão com os dias contados, o que, a seu ver, contribuirá para o acesso à justiça, a duração razoável do processo e a publicidade das decisões judiciais, garantias constitucionalmente asseguradas.

Nenhuma delas depende da presença física do advogado na sessão de julgamento, como bem destaca o professor das Arcadas de São Francisco, concordando com o autor do trabalho por ele examinado. Em seguida, considerando a realidade e o procedimento adotado para o julgamento, meu colega de magistério coloca em dúvida a utilidade da sustentação oral. Estou absolutamente de acordo com suas ponderações, razão pela qual, como disse acima, se tivesse de optar entre o atendimento pessoal e a sustentação, sem dúvida ficaria com a primeira alternativa. Estou convencido que determinadas formalidades, tidas e havidas como essenciais ao contraditório, pouco contribuem para

a efetividade dessa garantia constitucional. Daí a perplexidade de um juiz americano, descrita no estudo aqui invocado, ao presenciar o procedimento adotado no Brasil durante as sessões de julgamento.

De qualquer modo, o julgamento virtual não constitui óbice à sustentação oral.<sup>2</sup>

Em síntese, tentemos extrair do pior, o melhor. A pandemia impôs a todas atividades profissionais, inclusive à jurídica, a adequação de ferramentas tecnológicas às nossas necessidades. Dentre as inúmeras aplicações desse ramo da ciência ao processo, muito menos complexo do que a já utilizada inteligência artificial, vislumbra-se o contato direto entre advogados e julgadores, inviabilizado pelos riscos decorrentes do contágio, ao menos enquanto inexistente a tão aguardada vacina.

Para esse fim, a experiência adquirida nesses quatro meses revela a possibilidade de superação das dificuldades por meio eletrônico. Os atendimentos e as sessões podem perfeitamente ser realizados à distância, mediante canais de comunicação remota ou teleconferências, sem qualquer prejuízo à efetividade das garantias constitucionais do processo. Ressaltem-se, ainda, as enormes vantagens dessa alternativa, pois torna dispensável o deslocamento, muitas vezes oneroso e demorado.

Dirijo-me, agora, aos idosos. Todos lembram-se da fase anterior ao computador. Nossos trabalhos jurídicos eram redigidos nas charmosas “olivettis” e dispúnhamos de alguns acessórios destinados à correção de não tão eventuais equívocos de datilografia. Depois, vieram as máquinas elétricas, com corretores automáticos. Então, sem prévio preparo, fomos colocados diante dos hoje ultrapassados computadores. Bem ou mal, com algum esforço, aprendemos a operá-los acostumamo-nos e não vivemos mais sem eles.

O “novo normal” jurídico terá de se acostumar com a constante evolução tecnológica. E, certamente, saberemos conviver bem com ela. Só precisamos criar as regras aplicáveis a essa nova técnica.

Preciso encerrar este texto. Em cinco minutos inicia-se mais um atendimento, agendado com Ministro do Supremo Tribunal Federal. Logo em seguida, tentarei resumir ao Relator os argumentos de uma apelação interposta no TJSP. Embora esteja em São Paulo, registrarei presença tempestivamente em ambos os compromissos.

## Referências

TUCCI, José Rogério Cruz e. Em defesa da constitucionalidade do julgamento colegiado virtual. In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34hu8zL>. Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>2</sup> A propósito, como bem observado pelo Prof. José Rogério Tucci, “no direito brasileiro, não há qualquer texto legal impositivo de que a discussão sobre o recurso em julgamento seja feita em sessão presencial. Veja-se bem: a nossa Constituição impõe, expressamente, a “publicidade do julgamento” e não dos debates que antecedem o veredito! No Brasil, a discussão da causa, vale dizer, do recurso, em sessão aberta a quem quer que seja, tem origem na praxe do direito lusitano, que foi recepcionada pelo nosso sistema jurídico.” Essa observação vem acompanhada de interessantes considerações históricas sobre a sustentação oral nas sessões de julgamento.



## Trabalho remoto em segunda instância

**Antonio Carlos Villen<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Em 23 de março de 2020, o Conselho Superior da Magistratura editou o Provimento 2550, que proibiu temporariamente o trabalho presencial nas unidades do Segundo Grau e determinou que todas as atividades do Tribunal de Justiça passassem a ser realizadas em trabalho remoto, no período de 25 de março a 30 de abril deste ano. O prazo foi prorrogado, e só agora, pelo Provimento CSM 2.564, de 6 de julho último, foi instituído o Sistema Escalonado de Retorno ao Trabalho Presencial, inicialmente previsto para vigorar no período de 27 de julho a 31 de agosto, prorrogável, se necessário.

Foram radicais e repentinas as mudanças que o Provimento 2550, alinhado com Resoluções estabelecidas pelo CNJ, introduziu nas atividades de todos os que atuam no Segundo Grau de jurisdição do Estado de São Paulo. O objetivo deste artigo é abordar alguns dos importantes aspectos de tais mudanças e seus reflexos, durante estes mais de quatro meses de trabalho remoto, na rotina de trabalho dos desembargadores e nas relações entre eles e os servidores, de um lado, e os advogados e demais profissionais do direito, de outro.

Em meados de março, todos pudemos perceber que mergulhávamos em uma crise sanitária com consequências sociais e econômicas sem comparativos e que, em relação ao Poder Judiciário, ostentava potencial para levar ao colapso as funções que lhe incumbem por força da Constituição. Passados os primeiros dias do verdadeiro susto que as medidas de distanciamento social representaram para todos os profissionais do direito, durante os quais o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo funcionou exclusivamente em regime de plantão, a instituição do trabalho remoto obrigatório trouxe consigo duas grandes dúvidas a respeito da capacidade de reação da Corte, pois todos questionávamos (i) se a infraestrutura tecnológica já disponível seria suficiente para a implantação do sistema emergencial de trabalho remoto e (ii) se os magistrados e servidores teriam capacidade de adaptação às exigências inerentes ao novo sistema. Os mais de 120 dias já decorridos desde então mostram que, apesar de ser inegável a necessidade de muitas correções e providências de aperfeiçoamento, a resposta, de maneira geral, foi positiva. Para que assim possamos concluir, entendo que devem ser consideradas as experiências ocorridas em três vertentes do trabalho remoto, todas elas permeadas pelas circunstâncias das relações entre os profissionais já mencionados: o julgamento virtual; a sessão por videoconferência; e o atendimento aos advogados, também por videoconferência.

O julgamento virtual vinha sendo adotado pela maioria das Câmaras do Tribunal, antes mesmo do advento do Provimento 2550, com base na Resolução TJP 549/2011, alterada pela Resolução nº 772/2017. Tal adoção, no entanto, não era a regra, pois muitas Câmaras ainda utilizavam as sessões presenciais com exclusividade e muitas empregavam o julgamento virtual apenas para os casos mais simples, onde era pequeno o risco de

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito (1977) e mestre em Direito Processual Civil (2002) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrante da 10ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Membro eleito do Órgão Especial no biênio 2014/2015, Diretor da Escola Paulista da Magistratura no biênio 2016/2017.

divergência. Quando esta se apresentava, era hábito difundido retirar o feito do julgamento virtual para inclusão em pauta de sessão presencial, com o objetivo precípuo de possibilitar maior debate entre os integrantes da turma julgadora.

Instituído, porém, o trabalho remoto obrigatório, o julgamento virtual se tornou regra, ressalvadas apenas as hipóteses de opção do relator pelo julgamento telepresencial (videoconferência) e de manifestação de oposição (cinco dias úteis) de algumas das partes à adoção da modalidade virtual. Vale lembrar que as sessões de julgamento presenciais estão vedadas e assim permanecerão pelo prazo estabelecido pelo Provimento 2564 para o sistema de retorno escalonado, que em princípio expira no próximo dia 31 de agosto.

Nessa extrema inversão de proporcionalidade, em que o julgamento virtual passou a ser adotado na quase totalidade dos feitos em segundo grau, o que se nota, nos pouco mais de quatro meses já decorridos de trabalho remoto obrigatório, é um enorme ganho de velocidade no fluxo processual e o conseqüente aumento do número de julgamentos. O aumento de produtividade foi objeto de notícia veiculada em 3 de julho na página do Tribunal, que informou que dos mais de 10 milhões de atos processuais praticados no âmbito da Corte em 126 dias, o 2º Grau produziu 344.090 despachos, 35.069 decisões monocráticas e 320 mil acórdãos.

Ao contrário dos julgamentos virtuais, as sessões de julgamento telepresenciais não eram realizadas por nenhum dos órgãos colegiados do Tribunal e passaram a ser adotadas apenas com a edição do Provimento 2550. Em relação a elas, o temor de insucesso era muito grande, pois a experiência era nenhuma. Editado o Provimento, algumas Câmaras foram expeditas em adotar tal modalidade, outras tardaram um pouco mais, mas hoje é generalizada sua utilização pelos órgãos da Corte, inclusive pelo Órgão Especial e Turmas Especiais.

Na segunda sessão de julgamento telepresencial de que participei como integrante da 10ª Câmara de Direito Público, cheguei a ficar emocionado quando, ao iniciar sua sustentação oral, um advogado elogiou o Tribunal e o novo sistema de trabalho e informou que fazia a sustentação oral desde seu escritório em Andradina, a quase 700 quilômetros de distância. A repentina desnecessidade de locomoção ao local de julgamento representa enorme ganho não só econômico, mas também de qualidade de vida para todos os envolvidos: magistrados, servidores, advogados, promotores de justiça e jurisdicionados. Particularmente para os advogados, o sistema telepresencial implica participar das sessões no conforto de seu escritório e com possibilidade de realizar outras atividades enquanto aguarda o julgamento de seu processo. Todos os profissionais envolvidos ganham por não haver necessidade de deslocamento ao local do julgamento, e muito importante é a diminuição de custos para o Tribunal. De resto, o que se tem observado em tais julgamentos telepresenciais é uma concentração de casos mais complexos, justificadores de sustentação oral e maiores debates entre os magistrados.

O atendimento aos advogados, e assim também aos demais profissionais do direito, por videoconferência é outra experiência nova e que nos faz deparar com situações há pouco tempo nem sequer imaginadas. O fato de o magistrado “receber em sua casa o advogado” é, pelo menos até o momento, inusitado. As normas contidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional — diploma de 1979 e que, decorridos mais de 30 anos da promulgação da atual Constituição, ainda aguarda o advento de um estatuto que o substitua, com “atualizações” feitas pelo Conselho Nacional de Justiça, estabelecem o dever do Magistrado de atender aos advogados, porém, como regra geral, em seu local de trabalho. Essa regra foi invertida em razão do distanciamento social imposto pela pandemia, de modo

que os atendimentos passaram a ser feitos a partir da residência do magistrado. Aliás, a esse respeito, é digna de nota positiva a iniciativa do Tribunal de divulgar e diariamente reiterar, em sua página, a informação no sentido de que os pedidos de atendimento devem ser encaminhados ao gabinete do desembargador, por e-mail também divulgado no aviso.

Minha experiência pessoal de atendimentos telepresenciais aos advogados revela conduta muito respeitosa, amistosa e, pelo menos aparentemente, mais tranquila que nas ocasiões de atendimento no gabinete. Talvez todos os envolvidos nessas reuniões de atendimento se vejam despojados do estresse gerado pela necessidade de, numa metrópole de trânsito sempre denso e imprevisível, administrar adequadamente os horários dos respectivos afazeres e cuidar da locomoção ideal para chegar ao gabinete do magistrado no horário agendado. Sem falar das desgastantes e onerosas viagens, às vezes de longa distância, que o atendimento presencial exige daqueles que residem e trabalham fora da capital.

Como inicialmente proposto, é necessário considerar as importantes implicações de tais mudanças na rotina de trabalho dos desembargadores e em suas relações com colegas e servidores.

Na rotina de trabalho, muitas novidades: o desafio, para aqueles que até agora trabalhavam em sistema quase que exclusivamente presencial nos gabinetes e que constituem grande parte, senão a maioria dos desembargadores, de se organizar – horários de trabalho, descanso, lazer – no novo sistema. De outro lado, o cuidado de manter, mesmo estando em sua residência e no mais das vezes em traje esporte, a formalidade sem excesso, mas necessária para manter a equidistância das partes. Além disso, a suspensão das relações presenciais com os colegas e servidores, mais propícias a gerar vínculos afetivos e novas ideias atinentes ao exercício das funções e à gestão do gabinete de trabalho.

Com todas as dificuldades e problemas que possam apresentar, penso que pelo menos parte das mudanças adotadas na pandemia deverá ser mantida pelo Tribunal de Justiça, principalmente no Segundo Grau, que é objeto deste artigo e cujos magistrados, em sua maioria, estão na faixa etária considerada de maior risco. Independentemente mesmo da circunstância etária, entendo que muitas mudanças deverão permanecer em decorrência das próprias dificuldades que têm de ser enfrentadas no cotidiano do mundo atual. Aliás, na data em que escrevo este artigo, 26 de julho, a Folha de São Paulo divulga pesquisa do Ibre/FGV (Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas), cujos resultados indicam que 90% das empresas brasileiras promoveram alguma alteração no seu modo de operação durante a pandemia, que 56% delas dizem que as medidas serão incorporadas total ou parcialmente e que apenas 27% dizem que elas serão temporárias, enquanto outras 17% afirmam que ainda avaliam a questão. Em relação não só ao Judiciário, mas a todo o serviço público, pessoalmente, não tenho dúvida de que pelo menos parte das mudanças será mantida.

Se tais mudanças, total ou parcialmente, vieram para ficar, cabe listar algumas das medidas que deverão ser tomadas não apenas para evitar a deterioração do serviço judiciário em 2º Grau, mas para obter o aprimoramento das mudanças implementadas. Não é possível, e nem teria eu tal pretensão, esgotar a discussão em tão breves linhas e num momento em que apenas são ensaiados os primeiros passos de futura transição para a pós-pandemia. Evidente, também, que jamais poderia ter a presunção de oferecer soluções a tais questões. A finalidade é apenas levantar algumas questões que me pareceram importantes no período de trabalho remoto já decorrido e sugerir que sobre

elas o Tribunal abra discussão com a OAB, Ministério Público, Procuradorias do Estado e Municípios, Defensoria e outras entidades que agregam os profissionais do direito. As mudanças impostas pela pandemia oferecem oportunidade de ganho significativo de eficiência e qualidade na prestação jurisdicional – em verdade, no serviço judiciário e no serviço público como um todo –, mas podem representar também um risco de verdadeiro sucateamento se medidas corretivas e de aperfeiçoamento não forem tomadas a curto e médio prazos. Daí a necessidade de pronta atenção ao assunto e pronta discussão sobre o que deverá ser feito. Com tal finalidade, menciono alguns pontos que deverão ser enfrentados e algumas sugestões a seu respeito.

O primeiro deles consiste no apoio que deverá ser proporcionado aos magistrados e servidores. As novas rotinas de trabalho, principalmente a do *home office*, exigem uma adaptação importante e que pode encontrar obstáculos em problemas de convívio familiar e de infraestrutura doméstica. Tenho notícias de servidores com muita dificuldade de exercer suas funções durante a pandemia entre outras razões por causa do pequeno espaço físico de que dispõem em suas residências e que têm de compartilhar com filhos pequenos, pelo menos nesta fase de suspensão das atividades escolares. Há também muitas informações relativas a dificuldades geradas pela falta de equipamentos e precariedade de rede privada de internet. Tais empecilhos atingem também os desembargadores, mas é óbvia a situação de maior fragilidade dos servidores.

São problemas que geram ansiedade, contraproducente por si só, e que podem ocasionar danos psíquicos mais sérios. Por isso, entendo que o Tribunal deverá dispensar enorme atenção a essa questão, cuidando para que, em prazo razoável, aquelas dificuldades sejam atenuadas. Nessa linha de preocupação, considero que será necessário não só o fornecimento de equipamento adequado, mas também de treinamento e, se necessário, apoio psicológico. É até dispensável afirmar que a vigorosa participação da Escola Paulista da Magistratura em tal missão será indispensável.

O aprimoramento do SAJ e de todas as ferramentas disponíveis para o exercício de trabalho remoto é outra necessidade e, aliás, a ela o Tribunal dispensa permanente atenção. Embora, como consignado inicialmente, tenha surpreendido positivamente a capacidade da Corte de responder de maneira satisfatória aos gigantescos e imprevistos desafios gerados pela pandemia, não há dúvida de que sempre haverá muito a ser feito no sentido de otimizar o aparato tecnológico. A preocupação com esse aspecto tem motivos óbvios, mas não custa assinalar que um deles é o prejuízo à própria qualidade dos julgamentos virtuais que frequentes episódios de lentidão e dificuldade de acesso ao sistema podem ocasionar.

Outro ponto a ser lembrado é que há reclamações de advogados relacionadas a dificuldades de obtenção de respostas a e-mails enviados a magistrados de primeira e de segunda instância e consequentes problemas para obter atendimento virtual. A questão foi até objeto de solicitação de providências feita pela AASP ao Tribunal. Parece que a dimensão do problema, que era importante no início do período de obrigatoriedade do trabalho remoto, já está muito reduzida, e a perspectiva é de que em futuro próximo ele se restringirá a casos pontuais, como já ocorria antes da pandemia. É necessário, porém, que o Tribunal atue no sentido de informar e conscientizar os magistrados da necessidade de superar a anomalia.

Por fim, cabem algumas considerações sobre o atendimento virtual e a subsequente sustentação oral no bojo do mesmo recurso ou demanda. Não há como ignorar o excesso

em que têm incorrido alguns advogados, pelo menos nesta fase inicial de adoção das sessões de julgamento telepresencial pelo Tribunal de Justiça. O excesso consiste na repetição do que é argumentado pelo advogado durante o atendimento virtual agendado com o desembargador e o que é alegado, dois ou três dias depois, pelo mesmo advogado durante a sessão telepresencial. Para o julgador, não só é perceptível a inutilidade da duplicação, mas é sofrida mesmo a necessidade de, no cumprimento de seus deveres funcionais, ter de ouvir duas vezes as mesmas alegações e, o que é pior, em curtíssimo espaço de tempo. Não tenho receio de afirmar que, quando isso ocorre, o desembargador cumpre seu dever funcional, mas o advogado cumpre uma tarefa cuja duplicidade é indubitavelmente disfuncional. Para solucionar tal problema, é imprescindível um trabalho em colaboração que envolva órgãos do Judiciário, do Ministério Público e entidades de classe. Sua integral solução não dispensará alteração legislativa, mas o empenho conjunto de tais órgãos e entidades poderá atenuá-lo mediante simples conscientização de todos os envolvidos nos trabalhos da justiça de segunda instância.

Estamos, enfim, diante de um novíssimo sistema de trabalho em nosso Tribunal e seu aprimoramento exigirá conscientização e dedicação de todos os envolvidos, magistrados, servidores, advogados e todos os profissionais do direito. Se até aqui foi satisfatória a resposta aos enormes desafios já deflagrados pela pandemia, estes não se esgotaram. Ao contrário, novos desafios virão, a exigir permanente atenção e empenho para superá-los.



# Medidas de execução indiretas em tempos de pandemia da Covid-19

*Frederico dos Santos Messias*<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Contexto do processo de execução antes da declaração da pandemia da Covid-19; 2. Medidas de execução indiretas; Medidas de Execução Indiretas e sua aplicação em vista da pandemia da Covid-19; 3. Conclusões.

## 1. Contexto do processo de execução antes da declaração da pandemia da Covid-19

O processo de execução, entendido como a relação fático-jurídica em que a satisfação da pretensão, reconhecida em título, judicial ou extrajudicial, depende de uma ação ou omissão do devedor, que não a realiza (ação) ou a realiza (omissão), confere ao Poder Judiciário o poder-dever de impor o seu cumprimento forçado.

O objetivo é o afastamento da autotutela.

No direito brasileiro, à luz do artigo 789 do Código de Processo Civil, a execução possui caráter patrimonial, a permitir que apenas o patrimônio do devedor possa responder pelas suas obrigações constantes de título judicial ou extrajudicial.

O mesmo Código de Processo Civil, em seu artigo 833, bem como outras legislações de caráter especial, listam bens que não estão sujeitos à execução – portanto, impenhoráveis.

Aqui, penso que cabe uma primeira reflexão.

As excessivas hipóteses de impenhorabilidade (sejam aquelas constantes dos incisos e parágrafos do artigo 833, sejam aquelas constantes de leis especiais), em um sistema de execução quase que totalmente patrimonial, violam o princípio constitucional do Acesso à Jurisdição.

Isso porque, penso que o princípio não há de ser compreendido apenas como garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas também como garantia de acesso e efetiva satisfação da pretensão quando esta estiver reconhecida em título judicial ou extrajudicial.

Se apenas o patrimônio devedor responde, como regra, pelas suas obrigações, e se esse mesmo patrimônio está esvaziado por excessivas hipóteses de impenhorabilidade de bens, será extremamente difícil (para não dizer impossível) ao credor lograr êxito na satisfação da sua pretensão.

Agora, uma segunda reflexão.

Qual o modelo de sociedade que queremos? Aquela que privilegia o direito do credor ou aquela que privilegia, de modo desmedido, o devedor?

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Professor Universitário em cursos de Graduação e Especialização. Coordenador Regional da Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Santos. Criador do Canal do Youtube MESSIAS DIREITO.

Digo isso porque acredito em um modelo social evoluído do ponto de vista da cidadania, em que a simples inércia em cumprir voluntariamente uma obrigação reconhecida em título judicial ou extrajudicial já deveria ser suficiente para admitir-se medidas de restrição no patrimônio do devedor, bem como, de modo indireto, sobre a sua pessoa.

Imaginar que o devedor pode furta-se ao regular o cumprimento da sua obrigação, com o devido respeito, o coloca em posição de Soberano no “Reino da Inadimplência” – impondo para todos os cumpridores da lei a posição de súditos em uma sociedade que prefere o errado ao certo.

Não se argumenta que o devedor não possui proteção legal. A despeito do artigo 797 do Código de Processo Civil, que estabelece que a execução se faz no interesse do credor, temos, como razoável, a proteção legal do Bem de Família e o mecanismo da opção pelo modo menos gravoso da execução, na leitura que há de ser conjunta do Artigo 805, *caput* e § Único, também do Código de Processo Civil.

É fato, portanto, que os processos de execução se eternizam – seja porque o devedor deixa de indicar ou não possui bens, seja porque simplesmente, de modo malicioso, busca ocultar seu patrimônio.

## 2. Medidas de execução indiretas

De largada, sobre o tema, convém buscar a inspiração do legislador para a edição do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, estampada na exposição de motivos do código.

Assim, diz o legislador:

*um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.*

A redação final caminhou nesse sentido, veja-se:

*Caput – O Juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:  
Inciso IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.*

Diante, pois, da ineficácia do sistema tido como tradicional de execução, com medidas típicas, tem-se, então, a positivação do Princípio da Atipicidade dos Atos Executivos.

As medidas de execução indiretas de natureza atípicas, quando adotadas, não implicam diretamente na satisfação da obrigação, mas, ao impor uma pressão psicológica

sobre a pessoa do devedor, pretende fazê-lo refletir no sentido de que lhe cabe cumprir com a sua obrigação.

É evidente que o sistema trazido pelo artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, não autoriza a adoção de medidas violadoras da razoabilidade e da proporcionalidade, impondo-se a sua aplicação em conformidade com o artigo 8º do Código de Processo Civil.

### 3. Medidas de execução indiretas e sua aplicação em vista da pandemia da Covid-19

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou o estado de pandemia da Covid-19, doença causada pelo coronavírus (Sars-Cov-2).

A partir da declaração da pandemia pela OMS, no Brasil, diversas medidas de isolamento social foram adotadas por Estados e Municípios – em especial, a restrição ao funcionamento de atividades comerciais.

Nessa quadra, a restrição ao funcionamento das atividades comerciais (autorizadas a funcionar apenas aquelas consideradas como essenciais) impactou diretamente a economia e, por consequência, a capacidade das pessoas em adimplir com as suas obrigações.

Nesse cenário, portanto, cabe investigar em que medida se revela possível e prudente a adoção de medidas de execução atípicas em face do devedor.

Digo isso porque a experiência revelada no trabalho remoto, a partir da análise dos processos de execução (cumprimento de sentença e extrajudicial), apresentou duas situações bem distintas, a saber: situações de inadimplência anteriores à pandemia e situações de inadimplência surgidas durante a pandemia.

Imagino, em exercício de futurologia, que surgirá ainda uma terceira situação: situações de inadimplência surgidas após a pandemia, mas decorrentes da grave crise econômica por ela causada.

No avanço do raciocínio, uma primeira premissa que penso que deva ser fixada é a de que não se pode estabelecer uma resposta apriorística fechada para todas as hipóteses, de modo que somente a análise do caso concreto poderá revelar ser possível e recomendável adotar ou não medidas de execução indiretas.

Uma outra premissa que penso ser importante de ser fixada é a de que caberá sempre ao devedor demonstrar que a crise causada pela pandemia lhe impede o regular cumprimento da obrigação, não bastando, portanto, apenas a alegação de situação de pandemia para lhe escusar de adimplir o quanto fixado em título judicial ou extrajudicial.

Dito isso, na primeira hipótese – de situações de inadimplência anteriores à pandemia – o não cumprimento da obrigação é anterior (em alguns casos muito anterior) à crise econômica causada pela pandemia, de modo que aqui caberá ao devedor, com robustez, demonstrar algum fato novo diretamente relacionado com a situação da pandemia.

Ora, se já havia situação de inadimplência antes da pandemia e assim permaneceu durante a pandemia, sem qualquer alteração do quadro fático relacionado diretamente com o isolamento social, penso não existir razão para inviabilizar a adoção de medidas de execução atípicas.

Nas segunda e terceira hipóteses – de situações de inadimplência surgidas durante a pandemia e surgidas da crise econômica causada pela pandemia – penso que é preciso conferir ao devedor um voto de confiança.

É que, em situações que tais, não existia situação de inadimplência anterior, sendo razoável admitir que, surgida em tempos de pandemia ou em tempos de crise econômica por ela causada, possa ter origem em uma das duas situações.

E, sendo essa a hipótese, indago: a quem caberia a prova do fato? Respondo. Penso que continua sendo obrigação do devedor comprovar que a situação de inadimplência está diretamente relacionada com a pandemia ou com a crise econômica por ela causada.

Isso porque o exequente está munido de título, judicial ou extrajudicial, que lhe reconhece como devida uma determinada obrigação.

Assim, a certeza do título confere ao credor o direito de exigir e tornar eficaz a obrigação na sua inteireza, inclusive com os meios executivos postos pelo sistema à sua disposição – cabendo ao devedor, pretendendo afastar um desses meios executivos, provar causa razoável para esse fim.

À evidência que, aqui, sendo novidade a situação de inadimplência, não chego ao extremo de admitir uma presunção em benefício do devedor, mas penso não se exigir a mesma robustez na prova que se exige na situação de inadimplência anterior à declaração da pandemia.

Cabe, pois, analisar se, havendo causa razoável devidamente comprovada pelo devedor, relacionada com a pandemia ou sua crise econômica, cabe ao Magistrado afastar meio executivo, ao que interessa ao artigo, meio executivo indireto de coerção do devedor.

A conclusão, ao meu sentir, caminha no sentido de se suspender por período determinado de tempo, ao prudente critério do Magistrado no caso concreto, a imposição de meios indiretos de coerção como forma de viabilizar ao devedor um fôlego capaz de lhe permitir organizar suas finanças e, mais à frente, cumprir com a sua obrigação.

Mas, repita-se, somente se presentes as seguintes condições, quais sejam: evidência da boa-fé do devedor; inadimplência surgida durante a pandemia ou em momento de crise econômica dela decorrente; e, por fim, que a inadimplência esteja diretamente relacionada com essa situação de excepcionalidade.

Essa solução, qual seja, de suspensão temporária na adoção de medidas de execução indiretas, revela-se a mais ajustada, em especial, com a ideia de que tais medidas não possuem caráter sancionatório e devem sempre ser adotadas em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nos termos do Artigo 8º do Código de Processo Civil.

#### **4. Conclusões**

A execução no sistema jurídico nacional é patrimonial e as excessivas hipóteses de impenhorabilidade esvaziam a efetividade da obrigação.

O modelo de execução patrimonial posto, nessas condições, não atende ao princípio constitucional do acesso à jurisdição, estando a revelar uma grave crise de efetividade.

As Medidas de Execução Indiretas são uma resposta ao modelo em crise da execução, conferindo maior garantia ao credor quanto à efetividade da obrigação que lhe foi reconhecida em título judicial ou extrajudicial.

A declaração da pandemia da Covid-19 impactou gravemente a economia global ao restringir a atividade empresarial, resultando no fechamento de comércios e de empresas e, por consequência, de postos de trabalhos.

São premissas a serem estabelecidas: não há regra apriorística a ser estabelecida em abstrato quanto à adoção ou não de medidas de execução indiretas; será sempre do devedor a obrigação de provar o nexo causal entre a sua situação de inadimplência e a declaração da pandemia.

As situações de inadimplência anterior à declaração da pandemia e que permaneceram na sua vigência estão a exigir prova robusta do nexo de causalidade da situação atual com as restrições decorrentes do isolamento social.

As situações de inadimplência surgidas durante a pandemia ou decorrentes da crise econômica causada por ela também exigem do devedor a comprovação do nexo causal, porém demandam prova menos robusta.

Nessa última hipótese, provado o nexo de causalidade e evidenciada a boa-fé do devedor, autoriza-se a suspensão temporária das medidas de execução atípicas como meio de conferir fôlego ao devedor na busca do adimplemento das suas obrigações.

A solução se ajusta com a ausência de caráter sancionatório das medidas de execução atípicas e com a indispensável observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

### Referências bibliográficas

- ALVIM, Angélica Arruda *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC*. São Paulo: Método, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



# Solidariedade, autorresponsabilidade e contrato: lições de protagonismo nas relações contratuais de Direito Privado em tempos de pandemia de Covid-19

*Alexandre Guerra*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*A natureza das promessas é que elas são imunes às mudanças de circunstâncias.*  
(Kevin Spacey [Francis Underwood], House of Cards)

*Yo soy yo y mi circunstancia.*  
(José Ortega y Gasset, filósofo espanhol)

**Sumário:** Introdução; 1. A obrigação como processo em tempos de pandemia de Covid-19: a perspectiva adversarial nos contratos relacionais de Direito Privado e os seus nefastos efeitos no cumprimento do programa contratual; 2. Há uma cláusula *hardship* implícita em todo contrato paritário sinalagmático? Do protagonismo das partes na autocomposição – autorresponsabilidade e dever de renegociar; 3. O mantra da inafastabilidade do controle jurisdicional e o perfil jurídico do interesse de agir no Processo Civil contemporâneo. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

No presente ensaio, é nosso desejo examinar qual é a relação entre a solidariedade, a autorresponsabilidade e o contrato em um certo momento histórico. Esse momento histórico é o ano de 2020. O subtítulo, confessemos desde já, comete uma flagrante impropriedade: promete algo que não pode cumprir. Promete ao leitor que serão ministradas “lições de protagonismo nas relações contratuais de Direito Privado em tempos de pandemia de Covid-19”. Mas nada há que já se possa lecionar. Não há propriamente lições definitivas a compartilhar. As boas lições, sabemos todos, pressupõem prudência, reflexão, distanciamento e alguma calma: nada disso nos é permitido, ainda, na tempestade que a Pandemia traz consigo. Estamos todos, juntos e perplexos, em um mesmo caminhar na busca de novas respostas para novos problemas. E caminhando, talvez encontremos algumas pistas de onde poderemos chegar. O primeiro passo dessa jornada é definirmos,

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor e Coordenador Regional da Escola Paulista da Magistratura. Professor titular e Chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professor convidado nos Cursos de Pós-graduação da PUC-SP. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura. Associado Fundador do Instituto de Direito Privado, Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil e Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Autor e coordenador de obras e artigos jurídicos.

dentre as duas antagônicas citações em destaque, qual deve reger nossa postura diante dos contratos de Direito Privado.

De início, trataremos da importância dos Princípios da Boa-fé e Conservação dos Negócios Jurídicos em tempos de pandemia de Covid-19. Após, algo diremos sobre o que se entende por Obrigação como processo, acentuando que a perspectiva adversarial nos contratos de Direito Privado trará nefastos efeitos no bom cumprimento do programa contratual. Na sequência, examinaremos se há uma cláusula *hardship* implícita em todo contrato paritário sinalagmático. O protagonismo das partes e a autorresponsabilidade dos contratantes na solução dos dissensos entrarão em cena na busca da resposta a uma questão central: negociar é um dever ou uma faculdade? Após, necessário será analisar o mantra que se contém no Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que nos desafia a redefinir o que significa o interesse processual no Processo Civil contemporâneo.

### **1. A obrigação como processo em tempos de pandemia de Covid-19: a perspectiva adversarial nos contratos relacionais de Direito Privado e os seus nefastos efeitos no cumprimento do programa contratual**

Vivemos tempos improváveis. Há poucos meses, nem mesmo o mais criativo dos romancistas poderia supor que o ano de 2020 seria um Divisor de Águas na História contemporânea da Humanidade; que seria uma fronteira entre o que conhecemos e o (muito ainda) que deveremos conhecer.<sup>2</sup> Abruptamente, a pandemia de covid-19, que há poucos meses era algo distante a instalar-se no Extremo Oriente, como uma onda avassalou a Europa, causando mortes, dor e destruição, e, rapidamente, com a vertiginosa velocidade própria da Pós-Modernidade, assolou todo o Planeta Terra.

Quando do encerramento desse ensaio, noticia a imprensa que o mundo já passou a marca de 15 milhões de contaminados Covid-19, segundo levantamento da Universidade Johns Hopkins.<sup>3</sup> E os números tendem a elevar-se. Aguarda-se uma segunda onda, dizem alguns. As medidas de contenção de disseminação do vírus tiveram que ser adotadas em todos os países. Com maior ou menor capacidade de resistência, todos tiveram que assim o fazer. Não estávamos preparados para isso; sequer sabemos nós ainda definir o que isso exatamente significa. Ávidos, buscamos lições, mas ainda estamos próximos demais do calor dos acontecimentos para que a prudência recomende algo a nos ensinar.

Tudo indica que o ano de 2020 não será esquecido: os mais sábios já ministram essa preciosa lição aos jovens. Contarão os pequenos aos seus filhos e netos, décadas daqui distantes, o que foi aquele fatídico ano de 2020.<sup>4</sup> Todos os Estados, em graus distintos, sofreram os seus efeitos sociais, econômicos e jurídicos. O isolamento social, que há poucos dias era um conceito por nós ignorado, hoje é a parte central do cotidiano de todos. É momento de retornarmos? Ainda é cedo? Já é hora? Ainda não? E a segunda onda, ela realmente virá? Por quanto tempo a economia suportará a estagnação? Que devemos fazer?

---

<sup>2</sup> Dentre o muito que se tem produzido a respeito do fenômeno sob a forma eletrônica, recomendo, em especial: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. São Paulo: Boitempo, 2020.

<sup>3</sup> FERRARI, Murillo. Mundo ultrapassa 15 milhões de casos de Covid-19. *CNN Brasil*, São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3l6U3zZ> Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>4</sup> São essas as palavras de Marcelo Rebelo de Souza, exemplar Presidente da República de Portugal, em recente pronunciamento sob a forma da aula “Dez lições sobre a pandemia”, ministrada na RTP Memória aos Jovens (AAULA..., 2020).

Teremos agido corretamente se trilharmos este (ou aquele) caminho? Essas, dentre muitas outras, são as questões que nos atormentam nas nossas diárias reflexões.

Distanciamos-nos em poucos meses da (conhecida) normalidade das relações humanas e, tão perplexos quanto ansiosos, surpreendemo-nos com um tal Novo Normal, sem sabermos exatamente o que quer isso significa. Informação sobre informação está permanentemente a nos encontrar; redes sociais, sites, revistas eletrônicas, noticiário, tudo inunda os nossos dias e, muito longe de confortar nosso espírito, acirra ainda mais os já acirrados ânimos.

Por óbvio, os efeitos jurídicos e econômicos da Pandemia incidiram também nas relações contratuais de Direito Privado. E, nelas, a primeira questão que deve ser respondida é: o que, enfim, a pandemia de Covid-19 fez nos contratos antes dela celebrados e ainda em execução (isto é, firmados em um momento de normalidade jurídico-social)? A resposta não é única, como os mais afoitos poderiam sonhar.

Para equacionar esse conflito, o legislador pátrio fez editar a Lei Federal nº 14.010/20.<sup>5</sup> O referido diploma legal, na sua essência, pretende estabelecer um Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) nas relações de Direito Privado. O referido Projeto de Lei, de autoria do Senador Antonio Anastasia, foi fruto da competência de um notável grupo de civilistas. O resultado, contudo, ficou aquém do mínimo necessário para solucionar os problemas que batem às portas do Poder Judiciário. Tanto é assim, por exemplo, que os artigos que especificamente pretendiam disciplinar a rescisão, resolução e revisão dos contratos (arts. 6º e 7º) foram integralmente vetados pelo Presidente da República sob o argumento de que

*a propositura legislativa, contraria o interesse público, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe de mecanismos apropriados para modulação das obrigações contratuais em situação excepcionais, tais como os institutos da força maior e do caso fortuito e teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva.*

A solução não é única, como observa com acerto Karina Nunes Fritz<sup>6</sup>:

*[...] os contratos privados, atingidos pela pandemia, terão que ser submetidos ao Poder Judiciário ou aos tribunais arbitrais se as partes*

<sup>5</sup> Recomendamos ao leitor a integral leitura do diploma legal em foco, disponível em: <https://bit.ly/3aIT59f>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>6</sup> Destaca a autora em foco: “Também foram vetados os arts. 6º e 7º da lei emergencial, que pretendiam dar um “norte interpretativo” ao Judiciário na interpretação dos contratos. Contudo, aqui, em que pesem respeitadas opiniões contrárias, o veto foi bem-vindo e os dispositivos não farão falta ao aplicador do direito. O fim visado pelo art. 6º – coibir comportamentos oportunistas do contratante que, já inadimplente, pretende alegar a pandemia para se esquivar do cumprimento de obrigações – é alcançado pelo instituto do abuso do direito do art. 187 CC/2002, que, revigorado pela teoria da boa-fé objetiva, sanciona qualquer conduta desleal, abusiva e oportunista do contratante de tentar tirar proveito indevido dessa situação excepcional. Vale o brocardo: *equity must come with clean hands*. O art. 7º da Lei 14.010/2020, por seu turno, pretendia, de antemão e em abstrato, descaracterizar importantes fenômenos econômicos (aumento da inflação, variação cambial, desvalorização monetária e até a substituição do padrão monetário) como fatos imprevisíveis a fim de impedir o Judiciário de readaptar os contratos desequilibrados em razão desses eventos, frequentes em tempos de crise econômica. Aqui, o veto presidencial impediu, em última análise, que contratos profundamente desequilibrados fossem cumpridos *a ferro e fogo*, segundo o jargão popular, o que afetaria uma gama de contratos vinculados à moeda estrangeira, prejudicando enormemente setores como o aéreo, de energia e saneamento, mineração e siderurgia, cujas dívidas dispararam com a alta do dólar desde o início da crise sanitária.” FRITZ, Karina Nunes. Como fica a revisão dos contratos diante da Lei 14.010/2020? Em busca de uma melhor solução sob o ponto de vista econômico. *JOTA*, São Paulo, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FJPv2v>. Acesso: 20 jul. 2020.

*não repactuem, de comum acordo, suas condições. E o primeiro passo é analisar o impacto concreto que a pandemia provocou no contrato.*

Embora o SARS-CoV-2 tenha pegado o mundo de surpresa, não se pode ver a pandemia sempre como evento fortuito ou força maior apta a liberar o devedor de cumprir o contrato, sem responder por perdas e danos. Afinal, os contratos devem ser cumpridos mesmo em tempos de crise. Ademais, para desfazer o pacto, não basta a ocorrência de evento extraordinário e irresistível, sendo necessário ainda que se trate de evento externo à atividade do contratante, que não faça parte de sua esfera de risco e impossibilite totalmente a execução.

A posição que perfilhamos a respeito da forma de análise dos contratos de Direito Privado em tempos de Pandemia foi recentemente captada pela Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem retratada em julgado de relatoria do Des. Francisco Loureiro, do qual participaram os Desembargadores Rui Cascaldi, Christine Santini e Cláudio Godoy.<sup>7</sup>

Em primeiro lugar, ao deixar assentado que o país atravessa a mais grave crise do sistema de saúde do último século, consignou a Corte que “a pandemia não pode ser utilizada genericamente, ou em abstrato, como eximente de responsabilidade de força maior, ou de desequilíbrio para todo e qualquer tipo de contrato”. Essa premissa é central para o entendimento do intrincado tema e de suas consequências jurídicas; não se está aqui diante de hipótese de resolução ampla, geral e irrestrita de todos os contratos, pela simples invocação do regime jurídico da força maior no cumprimento da prestação devida.

*Não duvido [...] das alegadas dificuldades financeiras em razão da pandemia, que travou inúmeras atividades tidas como não essenciais. Indispensável avaliar qual é a natureza da prestação devida pelo contratante, em cada tipo contratual, e se a pandemia provocou a impossibilidade de cumprimento, permanente ou temporária, (art. 393 CC) ou o desequilíbrio do contrato (art. 378 ou 317 CC ou 6º. V CDC). Certo que cada tipo contratual foi afetado de modo distinto pela pandemia. Obrigações de fazer infungíveis que exigem a presença física do contratante (cantor que dará um show, orquestra sinfônica que fará um concerto, ator que atuará em uma peça de teatro) com data certa se tornaram impossíveis, levando à extinção do contrato sem perdas e danos imputáveis a qualquer das partes. Podem ainda determinados contratos, como, por exemplo, os de locação comercial, nos quais os locatários foram impedidos por determinação estatal de exercerem suas atividades por certo tempo, ter a base objetiva do negócio afetada, a exigir a redução temporária da retribuição, com repartição dos riscos entre os contratantes,<sup>8</sup>*

<sup>7</sup> Ementa: “AGRAVO INTERNO. REVISÃO CONTRATUAL. Impossibilidade de pagamento das parcelas pelo comprador não comprovada. Ausência de desequilíbrio contratual por força da pandemia. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão. Fatos previsíveis à época da celebração do contrato. Ausência de elementos probatórios da absoluta incapacidade financeira do comprador. Manutenção da liminar. Recurso improvido.” (TJSP, Agravo Interno Cível 2126936-41.2020.8.26.0000; Relator: FRANCISCO LOUREIRO; 1ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 15/07/2020).

<sup>8</sup> “No caso em exame, se trata de contrato de compra e venda com alienação fiduciária de imóvel, com pagamento diferido no tempo. O vendedor alienante tem obrigação de dar coisa certa (imóvel). Tal prestação se encontra cumprida. O comprador adquirente, de outro lado, tem obrigação de pagar o preço (dar coisa incerta). Existe séria resistência da doutrina e da

decide a Corte.

*O que se discute é se a pandemia levou ao desequilíbrio do contrato, exigindo a sua revisão, ou se, à luz das circunstâncias do caso concreto, a prestação pecuniária devida pelo promissário comprador se tornou temporariamente impossível.*

*(No caso concreto), nenhuma das situações acima ocorreu, ou ao menos não há prova pré-constituída disso nos autos.*

*Não é o caso de desequilíbrio do contrato, com quebra do sinalagma por fato superveniente imprevisível. O imóvel continua o mesmo e seu valor de mercado, a princípio, não se alterou. O que alega o agravante é maior dificuldade de pagar o preço, o que não afeta a base objetiva do negócio (art. 317 CC).*

*Não está demonstrada, ainda, a excludente de responsabilidade do fortuito externo, que exclui os efeitos da mora, segundo o art. 393 do Código Civil.<sup>9</sup>*

Como se pode extrair das advertências acima, cada tipo contratual exige uma interpretação particularizada de quais são os efeitos reais da Pandemia e de quais são as consequências na vida das relações jurídicas. De fato, há algumas pistas possíveis; alguns indicativos aos quais o intérprete pode recorrer na dura empreitada que se põe à frente de todos nós. Dentre as possíveis diretrizes, duas premissas são essenciais: primeiro, realizar nos contratos de Direito Privado as exigências impostas pelo Princípio da boa-fé. Segundo, estimular as próprias partes a conservar os contratos firmados na maior extensão possível (protagonismo e autorresponsabilidade).

Esses dois vetores/critérios de solução às tormentas contratuais são imprescindíveis no comportamento das partes e dos intérpretes. É preciso, com lealdade e responsabilidade, que as próprias partes se predisponham a responder às seguintes questões: qual é, de fato, o papel da boa-fé na relação contratual? Pode a boa-fé servir como ferramenta de salvamento das relações contratuais em tempos de Pandemia? Cremos todos nós, verdadeiramente, nesse poder (força normativa) de um etéreo princípio jurídico? A resposta à última indagação deve ser positiva se pretendemos vencer.

Grandes juristas da Humanidade debruçaram-se, em algum momento e em diferentes medidas, sobre o papel que a boa-fé exerce nas relações de Direito Privado. Para os fins desse ensaio, referiremos às oportunas lições de Renan Lotufo e Marco Fábio Morsello. Não obstante tenham pairado dúvidas doutrinárias a respeito de a boa-fé ser um princípio (de ordem metajurídica) ou uma cláusula geral, não mais se questiona hoje que a boa-fé é uma imperativa disposição positiva (concreta) que deve influenciar toda interpretação das obrigações decorrentes do negócio jurídico.

---

jurisprudência em admitir que fatos pessoais, como insolvência, desemprego ou doença sejam admitidos como força maior. Tal posição, é certo, poderá ser revista, em razão da extraordinária força da pandemia, imprevisível e inevitável, sobre as relações de emprego e de renda. [...]"

<sup>9</sup> Ainda, "não se olvida que o cenário pandêmico, como anteriormente referido, ocasiona consequências econômicas negativas aos estabelecimentos comerciais. No entanto, à época da celebração do contrato de compra e venda com garantia de propriedade fiduciária, já se cogitava de um quadro pandêmico global, cuja acentuação no país claramente era apenas uma questão temporal. Nesse sentido, as partes firmaram o negócio jurídico em clara correspondência a um fator previsível, porquanto clara a epidemia de Covid-19 no Brasil desde 26 de fevereiro do mesmo ano de 2020, quando da notificação do primeiro caso em São Paulo. [...]"

O *Code Napoléon* (de 1804), que marca o apogeu do modelo Liberal, previu a importância da boa-fé no art. 1.134, al. 3<sup>a</sup>, ao dispor que as convenções devem ser executadas de boa-fé. Renan Lotufo lembra que o Princípio da boa-fé foi consagrado no art. 157 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), do ano de 1900, dispondo que os contratos devem ser interpretados tal como exijam a confiança e a lealdade recíprocas em correlação com os usos do comércio. O Código Civil suíço (de 1912) igualmente acolhe a boa-fé no art. 2<sup>o</sup>, estabelecendo que cada um deve exercer os seus direitos e cumprir suas obrigações segundo as regras da boa-fé. Na sequência, registra que o Código Civil da Itália (de 1942), previa, no seu art. 1.375, que o contrato deve ser executado de acordo com a boa-fé.

No mesmo sentido, prossegue Lotufo, é o Código Civil de Portugal (1966), que preceitua: quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares quanto na formação dele, proceder segundo a boa-fé. Também nas disposições do *Uniform Commercial Code* (Section 1-209[19]) e nos trabalhos do Código Civil Europeu (art. 1.201) há prestígio à boa-fé como regra de conduta dos contratantes. Assevera o último que “toda parte tem que agir em conformidade com a boa-fé e com a correção.”<sup>10</sup> Cuida-se de uma boa-fé objetiva (boa-fé lealdade); é uma boa-fé comportamental reveladora de um padrão de conduta leal e proba exigida concretamente daqueles que se põem em relação contratual.

Segundo Marco Fábio Morsello,<sup>11</sup> a boa-fé objetiva é diretriz proeminente e projeta “o valor estrutural da eticidade a todas as relações jurídicas de direito privado, impingindo um dever de colaboração que as dulcifica.” O Princípio da boa-fé objetiva, no seu entender,

*é uma regra de conduta que consiste no dever de agir de acordo com os padrões (standards) socialmente reconhecidos de lisura e lealdade escudada em deveres de lealdade, confiança, probidade e transparência, dando azo, outrossim, ao nascedouro dos deveres anexos ou laterais de ampla informação e esclarecimentos.*

Com apoio em Cláudia Lima Marques, leciona o citado jurista, com nossos destaques, que a

*boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.*

Nada mais oportuno lembrar em tempos de pandemia de Covid-19.

O Direito Civil legislado no Brasil acolhe, de forma expressa, a força vinculante (normativa) da boa-fé. Tanto é assim que o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (STJ) estabelece que em virtude do princípio da boa-fé,

<sup>10</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1 a 232). São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1, p. 377-378.

<sup>11</sup> MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, v. 2, p. 527-546. Disponível em: <https://bit.ly/2Ym9Z7N>. Acesso em: 10 jul. 2020.

positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa. O Código Civil alude à boa-fé em mais de cinquenta passagens. Contudo, há três acepções (e passagens) que tratam da boa-fé de forma própria e merecem destaque: são os artigos 113, 187 e 422.<sup>12</sup> A eles, a doutrina convencionada refere-se como a tríplice função da boa-fé.

É certo que a boa-fé impõe comportamentos aos contratantes: devem agir com correção segundo os usos e costumes. É que a relevância da boa-fé, leciona Morsello, está ligada às funções que a boa-fé desempenha no campo obrigacional (corte metodológico que particularmente interessa a esse ensaio). Primeiro, a boa-fé fornece critérios para interpretação e integração contratual (função interpretativa). Segundo, a boa-fé cria deveres jurídicos independentemente da expressa vontade das partes (função supletiva). Terceiro, a boa-fé limita o exercício de direitos subjetivos (função corretiva).

A função supletiva da boa-fé insere no contrato “direitos e deveres anexos, acessórios ou laterais das partes, elencados, com percuciência, pela doutrina germânica.” Prossegue o citado autor:

*[...] sendo o contrato fonte imanente de conflitos de interesse, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes, conforme o princípio da boa-fé nas relações, sob pena de sanção, na hipótese de descumprimento. Emergem, e.g., os deveres de ampla informação, esclarecimentos, advertência, sigilo, cuidado, colaboração, proteção, possibilitando, ademais, a nosso ver, dentro da função supletiva, a supressão de lacunas.*

Pelas exigências próprias da boa-fé, como referimos em oportunidade recente,<sup>13</sup> é preciso compreender o contrato como um processo. Significa dizer, deve ser compreendido como uma série de atos que se relacionam de forma coordenada, sistêmica e funcional, os quais devem ser permanentemente adotados por ambos (todos) os contratantes para que haja o final adimplemento da prestação devida (em cumprimento às expectativas das partes em relação). Essa visão colaborativa (não-adversarial) assume importância em tempos de pandemia de Covid-19. É preciso hoje resgatar as atemporais lições de Clóvis V. do Couto e Silva,<sup>14</sup> que, na sua tese de Cátedra na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (defendida no já distante ano de 1964), ensinara que a obrigação é um processo que se desenvolve em várias etapas, todas voltadas para o adimplemento.

A obrigação (assim como o contrato, que dela se nutre na sua estrutura e função) é um processo dinâmico polarizado pelo adimplemento: nela, as partes devem concretamente agir em real cooperação para viabilizar o cumprimento da prestação. Tal dever se intensifica, por óbvio, nas relações contratuais duradouras, de longa duração

<sup>12</sup> Código Civil do Brasil. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>13</sup> GUERRA, Alexandre. No meio do caminho tinha uma pedra... Breves reflexões a respeito dos impactos da Pandemia de Coronavírus (Covid-19) nas relações contratuais de Direito Privado. In: SHIMURA, Sérgio; MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo (coord.). *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia da Covid-19*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. No prelo.

<sup>14</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo, Editora FGV, 2008.

(contratos cativos/relacionais). Entre as partes, em relação complexa, há o comum interesse de que seu fim seja atingido sem a preponderância da posição de qualquer um. São necessários esforços permanentes (e bilaterais) para que se possa chegar a bom porto: a resolução do contrato deve ser saída excepcional, à medida que frustra os interesses em jogo e fere o projeto sobre o qual se assenta o Direito das Obrigações.

O perfil colaborativo (não-adversarial) na busca da melhor possível acomodação de interesses convergentes deve ser a tônica nos tempos de pandemia de Covid-19. A sistêmica resolução dos contratos seria o caos. É preciso que o Direito (e as próprias partes) crie e fomente mecanismos cooperativos de atuação colaborativa conjunta: negociar os termos da contratação, mais que um (mero) direito, torna-se um dever imposto pelo Princípio da Boa-fé Objetiva àqueles que devem se comportar com lealdade, prestigiando o contrato que deliberaram celebrar. O compromisso ético que se exige dos contratantes é a realização, na maior e melhor extensão possíveis, da prestação devida com a fidelidade que lhe é intrínseca.

A segunda diretriz que a pandemia de Covid-19 impõe ao intérprete relaciona-se com a expansão máxima do Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos.<sup>15</sup> Todo contrato é celebrado para que surta efeitos econômicos, sociais e jurídicos: não haveria outra razão para o Estado garantir o Princípio da Autonomia Privada<sup>16</sup> se assim não fosse. A autonomia privada é uma manifestação do Direito Fundamental de Liberdade no ambiente dos negócios jurídicos (tal como a todos assegura, entre outros momentos, o caput do art. 5 da Constituição Federal de 1988). Disso decorre o essencial (e que precisa ser reiteradamente lembrado): “a ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social”.

A teoria dos negócios jurídicos deve ser iluminada pelo Princípio da Conservação dos seus efeitos: é preciso realizar a conduta que evita a resolução (ou invalidação) do contrato. Não há quaisquer dúvidas disso, como refere o Superior Tribunal de Justiça,

*[...] o Código Civil vigente não apenas traz uma série de regras legais inspiradas no princípio da conservação dos atos jurídicos, como ainda estabelece, cláusula geral celebrando essa mesma orientação (artigo 184) que, por sinal, já existia desde o Código anterior (artigo 153).<sup>17</sup>*

Tal perspectiva de preservação dos vínculos é acentuada nos tempos de pandemia de Covid-19. Não obstante haja uma intuitiva tendência que lamentavelmente se verifica em examinar qual seria o melhor modelo no processo de resolução dos contratos (oneriosidade excessiva, imprevisão, impossibilidade superveniente, força maior etc.), o intérprete deve posicionar-se no sentido exatamente contrário: deve ele fazer vivificar, na maior extensão que as circunstâncias de fato e direito permitirem, o Princípio que exige a sanção/sobrevivência dos contratos.

<sup>15</sup> A respeito, para estudo aprofundado, ver: GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação de invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016. (Coleção Teses).

<sup>16</sup> Cf. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1984.

<sup>17</sup> STJ, REsp. 1.106.625/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, j. 16/08/2011, DJe 09/09/2011.

Significa dizer, como decorrência dos deveres laterais que decorrem do Princípio da boa-fé, às partes é imposto o dever de que procurem salvar/cumprir todo contrato que firmaram, realizando a tutela jurídica eficaz à proteção dos comportamentos úteis (e desejados pelas próprias partes) que passam a compor a ordem jurídica. Essa é a razão que justifica o Princípio da Autonomia Privada. Todo contrato traz em si (justamente por dever ele atender a uma função social, por expressa disposição de lei) uma utilidade própria, ao inserir-se em uma determinada ordem jurídica. Aliás, o Princípio em destaque tem assento constitucional (artigo 1º, inciso IV, e art. 170, “caput”, da Carta da República de 1988) e legal (Código Civil, artigos 142, 144, 150, 157, § 2º, 170, 183 e 184; CDC, art. 51, § 2º).

Os Princípios da boa-fé e a conservação dos contratos, portanto, indicam caminhos preciosos que devem ser trilhados pelos juristas, dos quais se exige maturidade e consciência de que, por mais graves que sejam os males (ou as alegrias), todos, sem exceção, são efêmeros.

## **2. Há uma cláusula *hardship* implícita em todo contrato paritário sinalagmático? Do protagonismo das partes na autocomposição dos conflitos – autorresponsabilidade e o dever de renegociar**

Dissemos há pouco que os Princípios da boa-fé e a conservação dos contratos indicam valiosas diretrizes para os juristas em tempos de Pandemia. Mas a pergunta seguinte (e que necessariamente se impõe) é: a quem compete vivificar tais diretivas de boa-fé e conservação? Compete ao Poder Judiciário (e somente a ele, antes e acima de tudo) preservar os contratos (e acomodar os interesses), em virtude do Princípio da inafastabilidade da jurisdição? Ou, de outro modo, é possível exigir o protagonismo (e a autorresponsabilidade) das próprias partes nessa empreitada conservativa do contrato que se vê em um ambiente modificado pelas circunstâncias da pandemia de Covid-19?

A resposta, a nosso ver, é que a responsabilidade nessa tarefa está nas mãos das próprias partes. É de conhecimento geral que em certas relações contratuais, as próprias partes expressamente fixam o dever de renegociar os termos da contratação em virtude de determinados acontecimentos que alterem as bases que foram consideradas no momento de nascimento do vínculo jurídico. Algo deve ser dito a respeito da chamada cláusula *hardship*, portanto. *Hardship* significa dificuldade, adversidade, infortúnio etc. Se cada contrato traz em si uma promessa (um comprometimento) no presente do que virá a ocorrer no futuro, a cláusula *hardship* assegura o equilíbrio e a sobrevivência das obrigações contratuais interdependentes. É um instrumento de adaptação do contrato à alteração das circunstâncias estabelecido expressamente pelos próprios contratantes.

Diante das cláusulas de adaptação (*hardship clauses*) há uma obrigação (dever) de renegociar os termos do contrato afetado pelo tempo. Incita o alcance de uma revisão tal que permita às partes reencontrar o (re)equilíbrio ferido pelas circunstâncias supervenientes afetaram sinalagma inicial. O que importa vincar é que o sistema jurídico permite que as próprias partes criem mecanismos que lhes permitam reservar a si o poder de determinar qual regime será observado na incidência de circunstâncias supervenientes ao nascimento do contrato (e que o afetam no plano do equilíbrio). Trata-se de disposição consensual nesse sentido, que é admitida (e estimulada) em respeito ao Princípio da autonomia privada. Não se pode exigir, por certo, que haja sucesso na negociação; exige-se, sim,

o comportamento leal e eficiente para que todos os esforços sejam efetivamente envidados pelos contratantes para que se preserve o programa que no contrato se contém.

Judith Martins-Costa<sup>18</sup> adverte que a recusa da parte contratante em (re)negociar pode caracterizar culpa contratual: nesse procedimento, as partes são obrigadas a formular “proposições sérias”, acentua, retornando o contrato às suas bases originárias. E, diante da injustificada negativa de negociação, como já salientamos em outra oportunidade,<sup>19</sup> há inadimplemento culposos do contrato, seja por meio da recusa direta a renegociar, seja na hipótese de recusa velada, caracterizadora de comportamento ilícito por abuso do direito que malfere a boa-fé e os fins econômicos e sociais do direito, como preceitua o art. 187 do Código Civil.<sup>20</sup> Ocorrerá recusa disfarçada, no seu dizer, quando manifesta sob a forma de “proposições inaceitáveis” pela outra parte. Nesse caso, uma vez mais, há ofensa ao Princípio da boa-fé lealdade.

Cumpre-nos acentuar ser ampla a construção doutrinária a respeito do sinalagma contratual. Toda análise em tempos de Pandemia deve considerar a necessidade de observar-se (e preservar-se) o sinalagma do contrato, em um permanente equilíbrio entre prestações. Na gênese do contrato, a obrigação que cada parte assume é a razão de a outra parte obrigar-se ao cumprimento. A própria causa do contrato bilateral consiste em vivificar obrigações das partes que nascem uma em função da outra (relação de interdependência das prestações). A esse respeito, Paulo Sérgio Velten Pereira (2008) lembra, com apoio em Antonio Junqueira de Azevedo, que o sinalagma é uma estrutura própria do contrato que liga prestação a contraprestação ao estabelecer “um programa para as partes, que tanto mais é evidente quanto mais prolongada no tempo for a sua execução”. Em tempos de Pandemia, o respeito ao sinalagma é fundamental, como observa Karina Nunes Fritz:<sup>21</sup>

*[...] os impactos da pandemia não podem ser suportados por apenas uma das partes, até porque eles não foram (nem poderiam ter sido) levados em consideração quando da conclusão do negócio e da alocação dos riscos. Se as partes tivessem antevisto a paralisação das atividades e a redução das receitas, certamente teriam celebrado o contrato em outros termos ou dele desistido.*

É recomendável, portanto, renegociar de boa-fé o contrato, atento aos deveres de lealdade, informação, esclarecimento, colaboração e, eventualmente, conselho, impostos pelo mandamento da boa-fé objetiva (art. 422 CC), e que as partes dividam os prejuízos advindos da pandemia.

Ausente o consenso, a solução ficará a cargo do juiz ou árbitro, que deverá adaptar o contrato à nova realidade das partes, só extinguindo-o em último caso. Essa é a melhor solução sob o ponto de vista econômico, pois evita o descumprimento em massa,

<sup>18</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 265.

<sup>19</sup> GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação de invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 261-265. (Coleção Teses).

<sup>20</sup> GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*: entre o exercício inadmissível de posições jurídica e o Direito de Danos. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

<sup>21</sup> FRITZ, Karina Nunes. Como fica a revisão dos contratos diante da Lei 14.010/2020? Em busca de uma melhor solução sob o ponto de vista econômico. *JOTA*, São Paulo, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FJPv2v>. Acesso: 20 jul. 2020.

agravando ainda mais a crise econômica, e sob o ponto de vista jurídico, pois nada há de mais desleal que exigir o cumprimento de contratos gravemente desequilibrados em razão de alterações supervenientes nas circunstâncias.

No decorrer da relação contratual, acentua Paulo Sérgio Velten Pereira na passagem em destaque, as partes assumem riscos programados para o futuro, e a forma de distribuição (alocação) desses riscos está ligada ao perfil do sinalagma contratual em uma acepção funcional. “A execução de uma prestação que constitui a causa da outra, pois a satisfação do credor só será alcançada com a execução da obrigação, e não apenas com a sua mera existência”.<sup>22</sup> É justamente essa relação de dependência e reciprocidade entre prestação e contraprestação que marca a equivalência contratual que consubstanciam os Princípio da Justiça Contratual e Equivalência contratual.

Não se pode negar que tais exigências (justiça contratual e equivalência) têm fundamento constitucional, como se percebe da leitura do inc. I do art. 3º da Constituição Federal. Determina a Carta quais são os objetivos fundamentais da República e dentre eles insere a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. Não há liberdade, justiça e solidariedade se não houver reciprocidade e correspondência entre as perdas sofridas e os ganhos hauridos no ambiente contratual.

A resposta à indagação objeto desse tópico deve, portanto, ser afirmativa: sim, em contratos sinalagmáticos, por força das exigências do Princípio da conservação e dos deveres laterais (cogentes) que emergem do Princípio da boa-fé. A despeito da inevitabilidade das alterações das circunstâncias (e perturbação da prestação), existe uma implícita cláusula *hardship* em todo contrato paritário sinalagmático. Justamente por sua potência, serve essa cláusula, nos contratos paritários sinalagmáticos, para impor às próprias partes contratantes tal dever de renegociar.<sup>23</sup> E não se trata aqui, como destacamos linhas acima, de proceder-se a uma espécie de renegociação aparente (meramente formal): é preciso, sim, que as partes empreendam reais esforços para encontrar meios de salvar o ente jurídico por elas criado, com existência autônoma e função social (contrato). São as exigências da solidariedade e autorresponsabilidade que se impõem às partes: acenam tais diretrizes a vencer os percalços da existência dos vínculos jurídicos.

Felipe Teixeira Neto,<sup>24</sup> em recente artigo publicado, apresenta posição que converge com o que perfilhamos. Nas últimas décadas há uma salutar tendência de aprimoramento dos meios de autocomposição das partes nos litígios privados. Os meios adequados (consensuais) de solução de disputas conspiram em favor (e estimulam) da autorresponsabilidade das partes nos destinos dos seus negócios. Tal fenômeno pode ser observado, como destaca o autor, nos I, II e III Pactos Republicano de Estado por um Sistema de

<sup>22</sup> PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008, p. 43. Disponível em: <https://bit.ly/3l3qak2>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>23</sup> A respeito, ver, dentre outros: SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andar: coronavírus e contratos – importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. *Migalhas*, [S. l.], 23 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34vYdfd>. Acesso em: 10 jul. 2020; RODOVALHO, Thiago. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. In: RAMOS, Roger Vidal (coord.). *Libro de ponencias del IX Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Lex & Juris, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/34fvN93>. Acesso em: 10 jul. 2020; IPEJA Webinar: negociar é um dever ou uma faculdade?, [S. l.]: IPEJA Direito, 2020. 1 vídeo (63 min). Disponível em: <https://bit.ly/3iYFrRp>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>24</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. Responsabilidade civil, autocomposição e segurança jurídica: Primeiras impressões a partir do precedente AgInt no REsp n.º 1.833.847/RS. *Migalhas*, [S. l.], 23 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2CKsECG>. Acesso em: 23 jul. 2020.

Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo (2004, 2009 e 2011, respectivamente). Na verdade, há um permanente estímulo do sistema jurídico à (re)solução de conflitos por meio de autocomposição. Isso permite, de um lado, a eficiente pacificação social e, de outro, a menor judicialização das disputas.

O poder/dever de protagonismo das partes na solução dos seus próprios problemas encontra fundamento, dentre outros momentos, no art. 840 do Código Civil. A reserva da solução à autoridade judicial é medida de exceção: o poder de ingerência do Magistrado na composição das partes é residual (excepcional), como acentua o art. 849 do Código Civil, acentua o citado autor: é restrita aos casos de invalidade (nulidade, invalidade, abusividade, abuso de poder econômico/informacional etc.). Como sintetiza, é preciso (especialmente em momento de Pandemia), criar um “ambiente de segurança jurídica que favoreça a autocomposição”. E não deve o Poder Judiciário assumir posição que revele “desincentivo ao ajuste, o que vem no contrafluxo da primazia que se pretende dar à autocomposição”.

Em relação ao exercício desse poder/dever de renegociar, Catarina Monteiro Pires<sup>25</sup> registra que há certas contratações em que as próprias partes previamente estabelecem o dever de renegociar os termos do contrato se ocorrerem determinadas circunstâncias de fato/direito por elas próprias previstas: são, primeiro, as *hardship clauses*, como acima destacamos. A prevalência da solução estabelecida no próprio contrato não pode ser descartada pelo intérprete (em respeito às exigências do Princípio da autonomia privada). É possível, de outra banda, que o contrato contenha as chamadas cláusulas de força maior (diante das quais as próprias partes preveem qual seria o destino da relação jurídica). Nesse caso, em especial nos contratos paritários/simétricos, devem tais disposições ser respeitadas pelos intérpretes.

A alocação dos riscos do contrato pode afastar a incidência da regra estabelecida no art. 393 do Código Civil.<sup>26</sup> São possíveis, prossegue a autora em foco, (especialmente em obrigações pecuniárias) as chamadas cláusulas de preço fixo (*locked box* ou mecanismo de caixa fechada). São, enfim, todas elas designadas cláusulas de remédio único, como pondera a autora em destaque: devem ser cumpridas, em princípio, pois são formas válidas que as próprias partes deliberam alocar com eficiência os riscos da contratação.

Enfim, a lição pode ser assim sintetizada:

*constituindo o vínculo obrigacional numa ordem de cooperação polarizada pelo adimplemento, é dever de cada parte, decorrente da tutela da confiança, proceder com atenção e consideração aos legítimos interesses da contraparte, pois só assim a relação contratual poderá ser desenvolvida na sua normalidade.*<sup>27</sup>

<sup>25</sup> PIRES, Catarina Monteiro. Modificar e renegociar o contrato, reduzir as prestações. In: CENTRO DE INVESTIGAÇÕES DO DIREITO PRIVADO. *Novo coronavírus e gestão de risco contratual: estratégias jurídicas*. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020, p. 36. (1º Videocast). Disponível em: <https://bit.ly/34hxse2>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>26</sup> Código Civil. Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

<sup>27</sup> VICENZI, Marcelo. *Interpretação do contrato: ponderação de interesses e solução de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55-56.

### 3. O mantra da inafastabilidade do controle jurisdicional e o perfil jurídico do interesse de agir no Processo Civil contemporâneo

A pandemia de Covid-19 traz importante oportunidade de reflexão sobre o que se faz, por vezes irrefletidamente, no processo de administração/resolução de conflitos. Mais que isso, traz uma oportunidade de reflexão sobre nós mesmos. Faz-nos lembrar a (óbvia) importância da autocomposição na solução dos conflitos, prestigiando o Princípio da Autonomia Privada e a autorresponsabilidade dos sujeitos de direito na condução da vida negocial e na solução dos conflitos inerentes à vida em relação. A liberdade, a autonomia privada e o protagonismo dos sujeitos de direito são essenciais na realização do próprio Direito em sociedade.

É preciso lembrar que as próprias partes são autorizadas a afastar a intervenção judicial dos seus conflitos. Nada há de ilícito nesse proceder. Podem as partes afastar, previamente, a intervenção judicial das disputas que envolvam o contrato que celebraram. O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não é absoluto (como, aliás, nenhum Princípio de Direito ou Direito Fundamental o são). Nos contratos de aliança, por exemplo, lembra Leonardo Toledo da Silva,<sup>28</sup> justamente porque há a proposital criação de um ambiente colaborativo, o princípio *no blame* (ou *no dispute*) admite concluir que “devem as partes procurar a solução de eventuais conflitos da aliança dentro da própria governança da aliança, evitando a intervenção judicial ou arbitral”. Bruno Matos Pithon<sup>29</sup> também apresenta alguns mecanismos de negociação privada que se inserem no conceito de autmediação e reconhece como válida, por exemplo, a cláusula que estabelece um “compromisso ético de não levar ao Poder Judiciário nem ao Tribunal Arbitral trechos das negociações, caso não obtenham êxito”.

Não há ilegalidade, a priori, por lesão ao Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional quando as próprias partes fixam a primazia da autocomposição dos interesses, em especial em relações contratuais paritárias e empresariais. Em diversas passagens, a Lei de Liberdade Econômica (Lei Federal nº 13.874/19) orienta-se nesse sentido. Assim o faz, por exemplo, quando fixa critérios de interpretação de negócios jurídicos; “as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei” (art. 113, § 2º, do Código Civil), perfil que igualmente se pode observar no art. 421-A do Código Civil.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> SILVA, Leonardo Toledo da. *Contratos de aliança: Direito empresarial e ambiente cooperativo*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 20. Disponível em: <https://bit.ly/3hhhjcf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>29</sup> PITHON, Bruno Matos. *Contratos de aliança e formas híbridas de contratos de construção*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3gdkCjn>. Acesso em: 20 jun. 2020.

<sup>30</sup> Código Civil. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III – corresponder à boa-fé; IV – for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Art. 421-A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Tratando dos compromissos de longo prazo (como é característico dos contratos de aliança), Lie Uema do Carmo<sup>31</sup> leciona que os objetivos e interesses das partes em relação devem situar-se em uma perspectiva mais ampla: devem os titulares do direito ser sensíveis para lidar com as intempéries que marcam os projetos que se protraem no tempo. A boa comunicação entre as partes, prossegue a autora, “seria o elemento pragmático fundamental que permitiria a implementação da cooperação”. Com apoio em Tommy Kwork e Keith D. Hampson, destaca que

*a cooperação [...] não seria aquela altruísta, mas sim aquela que tem por fim o reconhecimento de que, em razão de os objetivos serem positivamente relacionados, o auto interesse exige colaboração; e o trabalho cooperativo integra auto interesses para alcançar objetivos mútuos.*

E, justamente por isso, acentua, na parceria de projetos (e, por que não dizer, de contratos) é central haver um método mais eficiente (e célere) de solução das disputas: as próprias partes devem sujeitar-se ao dever de resolver os seus conflitos “internamente, sem recurso ao Judiciário, à arbitragem ou à mediação”. Tal postura revela autorresponsabilidade, incentivando as partes, no seu dizer, a encarar e a resolver os problemas imediatamente. A partir das lições de Gregory Rooney, sublinha a ilustre Professora da Fundação Getúlio Vargas (SP):

*É, na essência, uma forma de concretizar o ‘gain-share/pain-share’. E isso somente é factível retirando-se a possibilidade de haver uma solução do tipo ‘’, restando ou o ‘win-win’ ou o ‘lose-lose’. Ele força todas as partes a adotar uma aproximação coletiva a resolver problemas causados por erro, negligência e ‘acts of God’, porque todas as perdas são partilhadas, sem oportunidade de recobrar os prejuízos por meio do litígio. Mas, além disso, há uma percepção consolidada sobre os prejuízos relacionais causados por disputas. “As organizações não podem mais se dar ao luxo de usar o sistema adversarial judicial para resolver conflitos. Não somente porque os custos do litígio são proibitivos; é o rompimento da relação comercial que causa os maiores prejuízos comerciais para as organizações. É o risco de perda de oportunidades comerciais que está forçando as organizações a reavaliar como elas lidam com conflitos.*

A orientação pretoriana no Brasil é na mesma toada: o Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não é absoluto; deve receber interpretação racional, prudente e consentânea com a realidade. Na jurisprudência de São Paulo, por exemplo,

---

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

<sup>31</sup> CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 130. Disponível em: <https://bit.ly/2QdXlhc> Acesso em: 10 jul. 2020.

ao versar a respeito de pretensões falimentares e recuperacionais, Paulo Furtado de Oliveira Filho, em recente decisão datada de 24 de junho de 2020,<sup>32</sup> alerta que “[a] pandemia será um divisor de águas para o surgimento de uma nova mentalidade em relação à falência”.

Não é possível, no aspecto jurídico-econômico, encontrar culpados à pandemia, diz. Na verdade, somos em relação a ela todos inocentes e vítimas de seus efeitos. Se assim o é, acentua com pertinência, “[a]lguns empresários irão à falência em decorrência das medidas de distanciamento social. Será preciso tratar essa situação com um remédio não tão amargo como o do afastamento do mercado por 5 anos”. Ao mesmo tempo, prossegue, “a conduta colaborativa de agentes econômicos tem sido comum. Muitas renegociações privadas foram celebradas e outras estão sendo realizadas sem necessidade de qualquer recurso ao Poder Judiciário”.<sup>33</sup> Paulo Furtado de Oliveira Filho adverte que “[a] jurisprudência dos Tribunais Superiores passou a ser mais rigorosa na análise do interesse de agir, concluindo que o direito de acesso à Justiça deve ser responsável”. O Poder Judiciário deve abster-se da excessiva ingerência nas relações de Direito Privado. É preciso perceber, destaca, que

*[a] releitura do princípio do acesso à Justiça pelos Tribunais Superiores foi acompanhada de modificações legislativas recentes (CPC e Lei 13.140/2015) que enfatizaram a necessidade de solução adequada aos conflitos, não só pelo Poder Judiciário, mas também com o apoio da mediação e da conciliação,*

da forma que acentua o Código de Processo Civil, no seu artigo 3º, § 2º.

Antes e acima dos terceiros (que podem também contribuir à solução dos conflitos), compete às próprias partes assumirem o protagonismo no procedimento conciliatório (isto é, no caminho da justa realização de um Direito em concreto). É isso uma exigência do compromisso ético das partes em relação contratual. O Direito impõe às partes o protagonismo na máxima expansão das potencialidades do Princípio da conservação nos negócios jurídicos. Tivemos oportunidade de desenvolver em outra ocasião o Princípio da conservação dos negócios jurídicos.<sup>34</sup> O Princípio da Autonomia Privada, nesse cenário, deve ser estimulado pelo Estado na tarefa de solucionar a crise econômico-financeira que nos desafia nos tempos de pandemia de Covid-19.

“[A]os diretamente afetados pela crise foi atribuído o papel de decidir acerca da melhor forma de superar a crise, após uma negociação dos credores com o devedor, que resultará na aprovação ou rejeição do plano de recuperação”, leciona Oliveira Filho. É essencial, portanto, reler o que se entende por Direito Fundamental de Acesso à Justiça. É necessário, acentua, que

<sup>32</sup> TJSP, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da capital/SP, Autos nº 1050778-50.2020.8.26.0100, Recuperação Judicial – Concurso de Credores; Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho.

<sup>33</sup> A observação de sua lavra é absolutamente pertinente e atual: “(a) pandemia, embora trágica, é propícia para a criação da nova mentalidade quanto ao tema do acesso à Justiça. Sob a promessa de que ninguém terá uma lesão a seu direito sem apreciação do Estado, a CF/88 reservou ao Poder Judiciário papel destacado na proteção à cidadania. O acesso à ordem jurídica justa resultou em uma multiplicidade de demandas sociais e econômicas e no ano passado foram propostas mais de 28 milhões de ações. A Magistratura tem alta produtividade, mas nossa despesa com o serviço judiciário é alta, se comparada com a de outros países. Há algo de errado no acesso à Justiça de forma descontrolada [...]”

<sup>34</sup> GUERRA, Alexandre. *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação de invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016. (Coleção Teses).

*[o] devedor demonstre ter iniciado tratativas extrajudiciais com seus credores, envidado esforços na negociação, realizado propostas razoáveis, e, além disso, que as medidas adotadas não tenham se mostrado suficientes para a negociação avançar e resultar em acordo que permita a superação da crise. É preciso atribuir-lhe o ônus de demonstrar, com documentos que acompanham a petição inicial, que necessita da proteção judicial para concluir o processo negociado de solução da crise, já iniciado extrajudicialmente.*

Cabe, enfim, aos próprios intérpretes, perceberem que

*aos agentes econômicos a lei assegura autonomia para a solução negociada da crise, situação normal e esperada em um regime baseado na livre iniciativa econômica. Quem tem o poder de vincular-se a outros agentes, assumindo obrigações na ordem econômica, também tem a responsabilidade de buscar soluções para o reajuste das obrigações assumidas, adaptando-as aos tempos de pandemia.<sup>35</sup>*

A pandemia de Covid-19 traz consigo a oportunidade de redefinirmos o que realmente deve significar o interesse de agir. Traz provocações que imbricam diretamente com a capacidade de o Poder Judiciário dar resposta à infinidade de situações/demandas que lhe são postas, em número muito superior à sua real capacidade de produção. Qual é, enfim, o papel do Poder Judiciário no século XXI? Qual é a relação que se estabelece entre a necessidade/utilidade de tutela jurisdicional e o Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (insculpido no art. 3º do CPC e no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988)?

Ora, se é certo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, como afirma o art. 6º do CPC, é igualmente evidente que as partes somente estão autorizadas a recorrer ao Poder Judiciário (e à substitutividade fruto da autoridade da Jurisdição que lhe é própria) caso as partes não consigam, elas próprias, alcançar a solução do conflito por suas próprias forças.

O interesse de agir, a ninguém é dado negar, é um conceito diretamente ligado à economicidade e à eficiência da prestação jurisdicional. O exercício de qualquer direito subjetivo tem limites e requisitos a serem observados pelas partes e intérpretes. É, nessa perspectiva, o que exige o Princípio da autonomia privada e a autorresponsabilidade dos titulares dos direitos. É o que se pretende no momento resgatar: o protagonismo das próprias partes no encontro de caminhos à acomodação das lides.

Assim, se a parte não revelar a imprescindibilidade da intervenção da autoridade judicial (com a insuficiência dos próprios meios e forças para dirimir o conflito), igualmente não demonstrará onde reside o interesse de agir. O acesso à ordem jurídica justa não se confunde com a judicialização ampla, geral e irrestrita de todo e qualquer conflito. É, como se diz, momento de mudança da chamada Cultura da Sentença para a verdadeira Cultura da Pacificação, o que passa pelo resgate da Cultura da Autorresponsabilidade.

<sup>35</sup> TJSP, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da capital/SP, Autos nº 1050778-50.2020.8.26.0100, Recuperação Judicial – Concurso de Credores; Juiz Paulo Furtado de Oliveira Filho, j. 2406.2020.

Não se está a propor, em momento algum, o exaurimento da via extrajudicial, mas, sim, apenas a demonstração de que realmente se pretendeu solucionar o conflito com as suas próprias forças, e nisso não se obteve êxito. Nada mais. Nada além. Mas isso já seria muito. Na jurisprudência da Corte Paulista de Justiça, há importantes julgados que (corretamente) reconhecem o dever de a parte demonstrar, no momento de ajuizamento da ação, que se pretendeu alcançar a composição privada de interesses (e a negativa de solução extraprocessual caracteriza a necessidade da concreta intervenção do Poder Judiciário). Não se está a agir a prova, importante sublinhar uma vez mais, de que houve o esgotamento da via extrajudicial: não é disso que se está aqui a tratar.

O que se pretende vincar, sim, é a necessidade de superarmos, em definitivo, um irrefletido mantra de que o Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelecido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 é fundamento suficiente para que, indiscriminadamente, todo e qualquer fato seja levado de imediato ao desate da autoridade judiciária, sem nem mesmo poder o Estado-Juiz exigir que as partes (titulares do Direito em disputa) demonstrem que pretenderam elas próprias equalizar os interesses para resolver as controvérsias da vida com as suas próprias forças e meios de que dispõem.

O comportamento injustificadamente renitente a transacionar pode ser sopesado pela autoridade judicial no momento do julgamento porque se distancia das exigências concretas de vedação ao abuso do direito. É fato notório que estabelece o art. 187 do Código Civil que comete ato ilícito “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Assim, tal frustração injustificada a qualquer tentativa de composição de interesses (em especial se as próprias partes não excluíram expressamente tal hipótese no momento de celebração da relação contratual de ordem empresarial) é conduta disfuncional caracterizadora de lesão aos fins econômico e social protegidos pela ordem jurídica.<sup>36</sup>

Em outra oportunidade, sedimentou a 27ª Câmara de Direito Privado, por meio de primoroso voto da lavra do Des. Mourão Neto:<sup>37</sup>

*nenhuma demanda prescinde da satisfação da condição da ação que é o interesse processual ou interesse de agir. [...] Na lição de Eduardo Arruda Alvim, o interesse processual ‘é aferível mediante a verificação da utilidade, necessidade e adequação do provimento jurisdicional pleiteado’ [...]. No mesmo sentido, Luiz Fux ensina que ‘é preciso que a parte tenha necessidade da via judicial e que a mesma resulte numa providência mais útil do que aquela que obteria por mãos próprias se fosse autorizada a autotutela’, de modo ‘que se afirma que o interesse de agir deve ser composto do binômio necessidade-*

<sup>36</sup> A respeito do perfil jurídico do abuso do direito, ver: GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o Direito de Danos. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Professor Agostinho Alvim); GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. In: GUERRA, Alexandre D. M.; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 300-320. Disponível em: <https://bit.ly/2YmKqnf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>37</sup> Ementa: CONSUMIDOR E PROCESSUAL. Ação de obrigação de fazer cumulada com exibição cumulada com danos morais. Petição inicial indeferida e processo extinto com fundamento no artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil. Pretensão à anulação manifestada pelo autor. Falta de interesse processual bem reconhecida. Indevida recusa em sede administrativa não verificada. Notificação que, no caso concreto, não impunha atendimento pela ré. Existência de canais próprios para o fim colimado. Recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível 1063534-62.2018.8.26.0100; Relator: Mourão Neto; 27ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 23/11/2018).

*utilidade da via jurisdicional' [...]. Destarte, sem que se demonstre que administrativamente houve, primeiro, solicitação por canal ou canais apropriados e, segundo, a injusta recusa ao fornecimento, não se pode afirmar a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, e, logo, a presença do interesse processual.*

Prossegue Sua Excelência no voto:

*o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não autoriza ninguém a vir a juízo sem que tenha ocorrido lesão ou ameaça de lesão a direito seu. O Poder Judiciário não é guichê de banco, de empresa de telefonia etc. [...] a garantia (de acesso à Justiça) é conferida somente quando tenha havido lesão a direito ou ameaça de lesão a direito. Não é necessária inteligência incomum para se concluir que sem prévia e efetiva resistência extrajudicial, não se há cogitar, sequer em tese, de lesão ou de ameaça de lesão a direito [...]. O C. Supremo Tribunal Federal – mesmo porque óbvio – deixou bastante claro que a inafastabilidade do controle jurisdicional não exclui a exigência do interesse de agir, por isso mesmo uma das condições da ação (Tribunal Pleno Recurso Extraordinário n. 631.240/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, Acórdão de 3 de setembro de 2014, publicado no DJE de 10 de novembro de 2014).*

No mesmo sentido da orientação em destaque seguem todos os arestos do Tribunal de Justiça de São Paulo, os quais são referidos no julgado em destaque: TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1073484-32.2017.8.26.0100, Relator Des. MARINO NETO, Acórdão de 10 de maio de 2018; 15ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1006741-40.2017.8.26.0003, Relator Des. JAIRO OLIVEIRA JÚNIOR, j. 5 de dezembro de 2017; 18ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1006318-16.2017.8.26.0477, Relator Des. RAMON MATEO JÚNIOR, Acórdão de 10 de abril de 2018; 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1051354-48.2017.8.26.0100, Relator Des. SALLES VIEIRA, Acórdão de 27 de abril de 2018; 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 1039271-97.2017.8.26.0100, Relator Des. NESTOR DUARTE, Acórdão de 21 de fevereiro de 2018).

Enfim, o momento é de redefinirmos qual é o papel que os institutos jurídicos ocupam nas relações jurídicas, sob pena de, insistindo irrefletidamente em um modelo em exaustão, empregarmos esforço desmesurado em algo sem utilidade concreta, e, pior, sem que possamos chegar a bom porto. O absoluto esgotamento da capacidade de produção da Justiça pelos agentes que compõem o Poder Judiciário é o desafio que se apresenta ao Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

### **Proposições conclusivas**

*Os caminhos não estão feitos, é andando que cada um de nós faz o seu próprio caminho. A estrada não está preparada para nos receber, é preciso que sejam os nossos pés a marcar o destino [...]* (José Saramago. José e Pilar. Conversas inéditas XI)

Dentre as inúmeras lições que a pandemia de Covid-19 ministra, uma delas é central: mais que nunca, solidariedade e autorresponsabilidade são essenciais para a sobrevivência das relações contratuais de Direito Privado. É oportunidade de estimular o protagonismo das próprias partes na construção das suas estradas e dos seus caminhos, na lembrança de José Saramago. O solidarismo constitucional não deve ser mera sugestão pífia, recomendação estéril a gosto do intérprete: solidariedade é uma norma constitucional cogente que se faz presente em todas as relações (inclusive, óbvio, nas relações contratuais de Direito Privado) por imperativo do inciso I do art. 3º da Carta Constitucional. Nela, há uma promessa a ser cumprida: é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária.

O Dogma da imutabilidade dos contratos, mais que uma certeza, é só uma aspiração da vida em sociedade. É algo de que necessitamos para realizar o Direito Fundamental de Segurança. Sem segurança, não nos é permitido fazer projetos. A segurança é essencial para que não percamos o nosso Dom de Sonhar. Mas, mais que isso, a imutabilidade dos pactos (e da vida) é uma quimera. Não é algo racional que possamos seguramente obter. A alteração das circunstâncias da vida (e do contrato) é certa, em especial nas relações jurídicas de longa duração, vocacionadas a protrair no tempo. Toda relação que se protraí no tempo exigência, parceria e compartilhamento – paciência e colaboração mútua. Mudamos nós, os criadores. Mudam os contratos, nossas criaturas.

É, enfim, momento de resgate da autorresponsabilidade no preservar dos contratos. É inútil a excessiva busca de modelos teóricos que escorem a frustração das expectativas das partes. Muito esforço se tem gasto (em vão) em descobrir como se poderia justificar o fim das relações contratuais em tempos de pandemia de Covid-19. Teoria da *quebra da base objetiva*; teoria da *onerosidade excessiva*; teoria da *imprevisão*; caso *fortuito*; *impossibilidade superveniente temporária de cumprimento do contrato*, enfim, *por onde devemos ir?* Pouco importa: as partes e os intérpretes deveriam empreender todo esforço em um caminhar seguro *na direção diametralmente oposta a essa*, e responder à indagação essencial: *como, afinal, devo eu manter os contratos que celebrei, e que são afetados pela pandemia de Covid-19?*

Os Princípios da Boa-fé contratual e Conservação dos Negócios Jurídicos, mais que nunca, são invocados pelo intérprete para iluminar o ambiente de manutenção dos pactos, a despeito das suas vicissitudes. Aliás, se há algo que a experiência ensina (e insiste em nos ensinar, a *contragosto*) é que, dentre as poucas certezas da nossa breve existência física, uma delas é: “nada será como antes amanhã”. Tudo que há é fadado a mudar. É condenado a modificar-se. E, porque não dizer, é predestinado a evoluir. Se assim não fosse, a raça humana não chegaria até aqui: nossa capacidade de adaptação às tempestades da existência garantiu a sobrevivência da humanidade por milênios; não nos esqueçamos disso nos momentos de trevas. E agora não será diferente. Nem na vida. Nem nos contratos.

## Referências bibliográficas

AAULA de cidadania que se transformou em “dez lições sobre a pandemia”, [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (15 min). Publicado pelo canal PÚBLICO. Disponível em: <https://bit.ly/2YmEQ49>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2QdXlhC>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FERRARI, Murillo. Mundo ultrapassa 15 milhões de casos de Covid-19. *CNN Brasil*, São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3l6U3zZ>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FRITZ, Karina Nunes. Como fica a revisão dos contratos diante da Lei 14.010/2020? Em busca de uma melhor solução sob o ponto de vista econômico. *JOTA*, São Paulo, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FJPv2v>. Acesso: 20 jul. 2020.

GUERRA, Alexandre. No meio do caminho tinha uma pedra... breves reflexões a respeito dos impactos da pandemia de coronavírus (Covid-19) nas relações contratuais de Direito Privado. In: SHIMURA, Sérgio; MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo (coord.). *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da Pandemia da Covid-19*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura. No prelo.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação de invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016. (Coleção Teses).

GUERRA, Alexandre. Responsabilidade civil por abuso do direito. In: GUERRA, Alexandre D. M.; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2YmKqnf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o Direito de Danos*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

IPEJA Webinar: negociar é um dever ou uma faculdade?, [S. l.]: Ipeja, 2020. 1 vídeo (63 min). Publicado pelo canal IPEJA Direito. Disponível em: <https://bit.ly/3iYFrRp>. Acesso em: 10 jul. 2020.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1 a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (org.). *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2, p. 527-546. Disponível em: <https://bit.ly/2Ym9Z7N>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3l3qak2>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PIRES, Catarina Monteiro. Modificar e renegociar o contrato, reduzir as prestações. In: CENTRO DE INVESTIGAÇÕES DO DIREITO PRIVADO. *Novo coronavírus e gestão de risco contratual: estratégias jurídicas*. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020. p. 36-45. (1º Videocast). Disponível em: <https://bit.ly/34hxse2>. Acesso em: 10 jul. 2020.

- PITHON, Bruno Matos. *Contratos de aliança e formas híbridas de contratos de construção*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3gdkCjn>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1984.
- RODOVALHO, Thiago. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. In: RAMOS, Roger Vidal (coord.). *Libro de ponencias del IX Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Lex & Juris, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/34fvN93>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. São Paulo: Boitempo, 2020.
- SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. *Migalhas*, [S. l.], 23 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34vYdfd>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2008.
- SILVA, Leonardo Toledo da. *Contratos de aliança: direito empresarial e ambiente cooperativo*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3hhhjcf>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. Responsabilidade civil, autocomposição e segurança jurídica: Primeiras impressões a partir do precedente AgInt no REsp n.º 1.833.847/RS. *Migalhas*, [S. l.], 23 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2CKsECG>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- VICENZI, Marcelo. *Interpretação do contrato: ponderação de interesses e solução de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



# Pós-pandemia – responsabilidade civil na área da saúde

**Luiz Fernando Cardoso Dal Poz<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da responsabilidade civil na área da saúde; 3. A pandemia: caso fortuito ou de força maior; 4. A triagem de pacientes na hipótese de saturação do sistema de saúde; 5. O tratamento compulsório, de risco, o dever de informação e o prévio assentimento; 6. Os danos causados aos profissionais da saúde em razão da pandemia.

## 1. Introdução

*Muitos procuram nossa profissão imbuídos do desejo altruístico de salvar vidas. Nesse caso, encontrariam mais realização no Corpo de Bombeiros, porque a lista de doenças para as quais não existe cura é interminável. Curar é finalidade secundária da medicina, se tanto; o objetivo fundamental de nossa profissão é aliviar o sofrimento humano. (VARELLA, 2003, p. E10)*

A reflexão acima deve nortear a abordagem do tema, pautando dois preceitos que seguem.

O primeiro, a medicina é uma ciência com muitas limitações frente à busca incessante de manutenção da vida e da saúde. De fato, nos tempos que correm, de pandemia pelo Covid-19, tais limitações ficaram evidentes, pois no âmbito planetário o vírus não poupou latitudes nem longitudes, clima, produto interno bruto, IDH, estágio de desenvolvimento tecnológico ou de pesquisa. Todos os povos foram afetados, variando o grau, mas o fato é que, decorridos mais de oito meses de estupefação da população mundial, não há cura ou vacina capaz de trazer a normalidade à vida de bilhões de pessoas.

O segundo, o profissional da saúde é, na sua esmagadora maioria, antes de tudo um vocacionado. Médicos, paramédicos, enfermeiros, enfim, todos os envolvidos nessa cadeia de serviço têm elevado grau de comprometimento com o desempenho de suas atividades. Passam por difíceis provações do início ao fim da formação profissional e, depois, no dia a dia da profissão, pelo grau de dificuldade do ofício, má distribuição ou escassez de recursos técnicos, o que muitas vezes expõe os profissionais ao exercício de suas atividades em condições precárias.

Daí a necessidade de cautela, rigor científico e sensibilidade na aplicação do dispositivo previsto no art. 951 do Código Civil, prevendo o dever de indenizar aquele que, no exercício da atividade profissional, por culpa, causar a morte, agravar o mal,

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular da 7ª Vara Cível de São José do Rio Preto, Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura e Coordenador do Núcleo Regional da Escola Paulista da Magistratura em São José do Rio Preto.

causar lesão ou inabilitar para o trabalho o paciente. Como se sabe e como também será explorado adiante, o erro profissional na área da saúde, por mais das vezes, é escusável, decorre da falibilidade humana ou das limitações da ciência. Isso porque mesmo sendo observados seus cânones, nem sempre o resultado da prática ou tratamento será o almejado.

A amplitude do tema proposto permite, também, o enfoque da responsabilidade civil decorrente dos riscos a que são submetidos os profissionais da saúde no exercício da atividade, análise oportuna diante da grave realidade que se descortina no curso da pandemia e afeta significativo número de profissionais da área da saúde.

## **2. Aspectos gerais da responsabilidade civil na área da saúde**

Aquele que causar danos a outrem tem o dever de indenizar. Esse é o postulado maior da responsabilidade civil.

Se o dano decorre de uma conduta em desconformidade com a lei, o ilícito vem a ser extracontratual. Se a conduta viola o negócio jurídico, vale dizer, o contrato, então o ilícito é contratual.

Como uma modalidade de serviço que pressupõe, portanto, ao menos na maioria das vezes, um prévio ajuste de vontades, a responsabilidade civil na área da saúde é contratual. Ainda assim, seria possível dividir a responsabilidade decorrente da lei, e não do contrato, quando o serviço é prestado em situação emergencial, por exemplo, no socorro ao acidentado na via pública, prestado por quem tem o dever profissional de assim agir.

A responsabilidade civil do profissional da área da saúde se assenta na culpa subjetiva, em conformidade com o disposto no art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. A matéria dispõe sobre a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, aplicando-se marcadamente ao médico, mas também a outros profissionais da área da saúde, como da enfermagem e paramédicos. Tal dispositivo está em consonância com o disposto no art. 951 do Código Civil, expressando a culpa nas modalidades negligência, imprudência e imperícia. Oportuno observar que a legislação que rege as relações de consumo se aplica à hipótese. A responsabilidade civil será objetiva em relação ao empregador (art. 932, III, do Código Civil), ao estado (art. 37, § 6º da Constituição Federal), ao hospital, ao laboratório, plano de saúde, enfim, àqueles que têm em seus quadros profissionais da área. Em tais casos, a responsabilidade é sim objetiva, mas assim considerada depois de demonstrada a culpa do agente causador do dano, no caso, o empregado, médico ou qualquer outro profissional da área, no setor privado ou público.

A culpa é elemento fundamental na caracterização da responsabilidade civil subjetiva, subdividida nas modalidades imprudência, negligência e imperícia, respectivamente, a afoiteza, a falta de cuidado e a falta de habilidade para a tarefa empreendida.

O dano pode ser tanto o material, nas modalidades lucros cessantes e dano emergente, como o imaterial, nos tipos moral, estético ou psicológico.

Ainda na estruturação da responsabilidade civil, se faz necessário o liame ou fio de ligação entre a conduta culposa e o dano verificado. Trata-se do nexa causal, cuja abordagem das vertentes teóricas extrapola o foco da proposta de análise da matéria voltada para a pandemia.

Sob o aspecto do adimplemento da obrigação, na maioria dos serviços prestados na área da saúde, verifica-se o efetivo cumprimento quando são empregados corretamente

os meios adequados para a consecução do resultado desejado. Assim, se o profissional da saúde emprega a boa técnica, tal como prevista nos manuais científicos, na busca pelo resultado desejado, terá cumprido a obrigação mesmo que esse resultado não se verifique, justamente em função das limitações da ciência. Essa é a obrigação de meio. Do outro lado estão as obrigações de resultado, cujo adimplemento verifica-se tão somente se atingido o resultado almejado ou prometido. Exemplo clássico da obrigação de resultado na área médica, ressalvadas posições doutrinária diversas, é o da cirurgia plástica embelezadora. Já a cirurgia plástica reparadora estaria situada, a exemplo da grande maioria dos procedimentos na área da saúde, como obrigação de meio.

A distinção entre obrigação de meio e de resultado se mostra relevante na repartição do ônus da prova. Caso seja de resultado, bastará a demonstração de que não foi alcançado, cabendo ao agente causador do dano o ônus de demonstrar, em sua defesa, a não ocorrência da culpa na tentativa de ilidir o dever de indenizar. Já na obrigação de meio, ao lesado incumbe demonstrar a culpa do profissional da saúde no exercício do seu mister.

### 3. A pandemia: caso fortuito ou de força maior

A doutrina não é unânime na distinção entre o que é caso fortuito e de força maior. O legislador, apesar de citar ambos, não faz distinção de natureza prática quanto aos efeitos, portanto vamos abordá-los sem promover a tentativa de distinção conceitual.

O art. 393, parágrafo único, do Código Civil prevê a ocorrência de caso fortuito ou de força maior quando verificado fato necessário cujo efeito não era possível evitar ou impedir.

Nota-se que a imprevisibilidade não é requisito para caracterização de caso fortuito ou de força maior, circunstância relevante, pois há quem sustente a previsibilidade da pandemia em razão da análise de ciclos, da globalização, das facilidades nos meios de transporte de longas distâncias etc.

Fato *necessário* é o que não foi provocado pelo agente causador do dano. Também não poderia ser *evitado ou impedido*, tornando extremamente difícil ou até mesmo impossível o adimplemento da obrigação tal como se verificaria na situação de normalidade. Cabe destacar que as medidas de contenção social, isolamento, higiene e todas as demais recomendações médico-sanitárias voltadas para a tentativa de minimizar os efeitos da pandemia não têm o condão de evitar ou impedir sua ocorrência, mas sim de minimizar seus efeitos, de modo que não afastam a incidência da norma em estudo.

Assim, fatos danosos que em situação de normalidade poderiam ensejar a responsabilização dos agentes na área da saúde, quando verificados no estado de pandemia, não seriam considerados como antijurídicos, a ensejar a responsabilidade civil justamente pela fortuidade ou força maior. Não é difícil imaginar a situação do paciente que não recebe o tratamento no tempo certo em decorrência da absoluta falta de condições materiais ou pela saturação dos dispositivos de saúde, como leitos hospitalares, vagas em unidades de terapia intensiva, respiradores etc., ocupados em decorrência da pandemia.

Mas o estado de pandemia não implica na isenção sistêmica e incondicional de responsabilidade. Seria a hipótese de recusa ou demora no atendimento em unidade de saúde, pública ou privada, de paciente que contraiu o coronavírus, estando a unidade com capacidade ociosa ou não esgotada. Nesse caso, ao menos em tese, é aferível a culpa do agente causador do dano por ação ou omissão.

Por outro lado, seria possível excluir a antijuridicidade, por força maior ou caso fortuito, de conduta observada em tratamentos não relacionados com a pandemia. Exemplo disso é o caso da postergação de tratamento eletivo, ou seja, que não é de urgência ou emergência, em razão de leitos destinados ou ocupados por pacientes com o vírus. Ressalva seja feita a procedimentos que mesmo não sendo de urgência ou emergência tenham evolução desfavorável ao paciente com o passar do tempo, tornando o tratamento mais complicado e eventualmente menos eficaz. Em tais casos, somente a impossibilidade física de atendimento, verificada no momento, é que, em tese, justificaria o adiamento de um tratamento necessário para evitar o agravamento do quadro de determinado paciente sem a prevalência de contingenciamentos, pois equivalentes os bens jurídicos tutelados – a preservação da vida e saúde – tanto para o paciente com Covid-19 como para o acometido de outra enfermidade, cujo tratamento não pode ser postergado sob pena de redução das chances de cura.

#### 4. A triagem de pacientes na hipótese de saturação do sistema de saúde

Tema espinhoso para o profissional da saúde é o de promover a escolha do paciente que receberá o tratamento em leitos ou unidades de terapia intensiva quando esses são insuficientes para o atendimento de todos os enfermos.

Em linhas gerais, a maior chance de sobrevivência deve ditar a prioridade.

No entanto, quanto menor o grau de subjetividade da escolha, maior será a certeza e segurança de que os critérios se balizam por matrizes técnicas e éticas, pressupondo, assim, a juridicidade da conduta de escolher um em detrimento do outro.

As entidades que congregam profissionais da área da saúde pregam como recomendações de critérios para o enfrentamento da questão os chamados escores clínicos, como o representado pela sigla, em inglês, *SOFA* (*Sequential Organ Failure Assessment*). Essa designa a *avaliação sequencial de falhas de órgãos*, tendo por escopo a análise objetiva da disfunção de órgãos e, por conseguinte, das chances de sobrevivência do paciente. Também é o caso do chamado sistema *APACHE* (*Acute Physiology and Chronic Health Evaluation*), que além das condições fisiológicas, também analisa as chamadas morbidades prévias.

A idade do paciente como critério isolado não se mostra como um bom norteador de escolhas, pois apesar de objetivo, forjaria uma espécie de preconceito, um juízo prévio e sem balizas mais consistentes. Eventualmente poderia ser adotado como critério de desempate, uma vez superada a avaliação mais adequada.

A consistência jurídica da escolha, no sentido da prevenção de responsabilidades, estará diretamente ligada à transparência do procedimento, inclusive e especialmente perante os familiares dos pacientes envolvidos, que devem ser imediatamente informados dos resultados. São necessários registros do procedimento inclusive para serem eventualmente utilizados como meio de prova.

Também é fundamental a delimitação no tempo, quando se inicia e quando termina a necessidade da aplicação dos critérios balizadores de escolha, evidentemente que sincronizada com a saturação do sistema em razão da pandemia.

Desse modo, estaria afastada a caracterização da responsabilidade civil perante o paciente ou familiares, seja pela situação fática de caso fortuito ou de força maior, seja pela excludente de ilicitude prevista no art. 188, inciso I, do Código Civil, que aborda o exercício regular de um direito ou mesmo do estrito cumprimento do dever legal,

sendo pertinente, ainda, a referência à excludente de antijuridicidade penal prevista no art. 23, III, do Código Penal.

## 5. O tratamento compulsório, de risco, o dever de informação e o prévio assentimento

A virulência do coronavírus, veloz na multiplicação dentro de um organismo e entre organismos, combinada com o rigor e os critérios da pesquisa científica na área da saúde, não permitiu até o momento que a ciência desenvolvesse uma droga segura e totalmente eficaz para o combate dos efeitos da doença sobre o organismo humano, que muito bem sabemos, podem chegar à letalidade. O mesmo pode ser dito em relação à vacina, aguardada com expectativa.

A escassez de tempo fez surgirem propostas de tratamentos que não passaram pelo crivo da pesquisa tal como é aceita nas comunidades científicas para aprovação e certificação de eficácia, bem como delimitação de riscos. O caso mais emblemático é o da droga cloroquina ou hidroxicloroquina na chamada utilização *off label*, ou seja, fora da recomendação do uso para o qual, há muito, é produzida, comercializada e indicada. Utilizada há décadas para tratamento, dentre outras enfermidades, de artrose, carrega consigo efeitos colaterais considerados graves, como a alteração do ritmo cardíaco. Apontada ora como eficaz, ora como perigosa e inócua, a polêmica em torno da utilização da droga migrou do terreno científico para o político. O fato é que considerada a escassez de tempo para aferição da sua efetividade e segurança em padrões aceitos pelas comunidades científicas, não há, até o momento, consenso sobre uso em pacientes infectados com a Covid-19 ou mesmo na utilização profilática como minimizador de efeitos da enfermidade.

A natureza contratual e de consumo do tratamento de saúde, conforme já anotado, conduz à aplicação da legislação protetiva das relações de consumo, que preconiza, dentre os direitos básicos do consumidor, a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

No capítulo que trata dos direitos da personalidade, mais especificamente no seu art. 15, o Código Civil assegura que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Por outro lado, a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da pandemia, estabelece, no seu art. 3º, inciso III, alíneas “a” a “e”, a possibilidade de as autoridades determinarem a realização “compulsória de: exames, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos específicos”.

O referido Diploma Legal, Lei 13.979/20, no mesmo art. 3º, em seu parágrafo 2º, inciso III, obtempera o rigor do comando anteriormente citado, ao fazer expressa alusão ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3º do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020”.<sup>2</sup>

A prevalência do interesse coletivo sobre o individual espelhada na norma acima referida pode, eventualmente, atingir a liberdade de escolha do cidadão, impondo-lhe

<sup>2</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3ggB6ak>. Acesso em: 20 ago. 2020.

determinado tipo de tratamento. No entanto, o sacrifício da liberdade individual deve estar contido nos estritos limites da necessidade de preservação do interesse coletivo, ameaçado pela pandemia. A submissão do indivíduo a determinado tratamento se justificaria para atender a um interesse coletivo, por exemplo, a utilização de determinado medicamento *off label* na tentativa de abreviar o tempo de uso dos equipamentos do sistema de saúde, no caso de saturação de vagas.

Não vislumbrado risco iminente à coletividade pontuado no tempo e no espaço, portanto, verificado “*in loco*” e no momento do tratamento imposto, a conduta seria antijurídica e culpável.

Portanto, o tratamento compulsório nas circunstâncias fáticas que justifiquem o sacrifício ao direito personalíssimo de escolha sobre submeter-se ou não estaria escusado da responsabilidade civil, amparado tanto na fortuidade ou força maior como na Lei 13.979/2020 pelos dispositivos acima referidos. Merece nota ainda que, na hipótese de iminente perigo de vida do próprio paciente, estando o tratamento de acordo com a boa prática científica, também vem a lume a excludente de ilicitude prevista no art. 146, § 3º, inciso I do Código Penal, reforçando a ideia de descabimento do direito à indenização, mesmo na hipótese de resultado adverso.

Por outro lado, não preenchidas as circunstâncias fáticas justificadoras do sacrifício ao direito individual, o desrespeito à liberdade de escolha com a imposição do tratamento induz ao reconhecimento do dever de indenizar. Tanto que o próprio legislador teve o cuidado de destacar, no art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, que tais medidas teriam cabimento se baseadas em evidências científicas, limitadas no tempo e no espaço, ao mínimo indispensável para promoção e preservação da saúde pública.

Merece nota a Medida Provisória 966, de 13 de maio de 2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia de Covid-19. Com o escopo de limitar a responsabilidade do agente público tomador de decisões, a MP está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal, sendo que em decisão provisória, o Ministro Luís Roberto Barroso afastou a alegação de inconstitucionalidade formal. Porém, o magistrado traçou parâmetros no tocante à configuração do erro grosseiro, no âmbito do ato administrativo, a ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado por inobservância de normas e critérios científicos e técnicos, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

No estado de normalidade ou que não represente risco de dano à coletividade, volta a ser protagonista o consentimento ou assentimento prévio e devidamente informado do paciente, como no caso de serem ministradas drogas *off label*, em conformidade com a abordagem feita acima.

Nesse ponto, é importante destacar que a obrigação contida no art. 3º, § 7º-B da Lei 13.979/2020, que impõe ao médico o dever de informar ao paciente ou a seu representante legal que o medicamento a ser-lhe ministrado não tem registro na Anvisa e foi liberado com base em registro no estrangeiro, afigura-se insuficiente para prevenção de eventual responsabilidade civil, na medida em que não contempla outras informações essenciais ao paciente, como efeitos colaterais possíveis, grau de eficácia, sequelas etc. Portanto, a não ser que as circunstâncias justifiquem a imposição do tratamento, conforme abordagem feita acima, a informação prévia ao paciente ou ao seu representante legal, de modo a proporcionar-lhe noção exata do tratamento, seu grau de eficácia, efeitos colaterais etc. é essencial para prevenir responsabilidades.

## 6. Os danos causados aos profissionais da saúde em razão da pandemia

Verifica-se uma tendência evolutiva no ordenamento jurídico privado de deslocamento de eixo ou foco central do individual para o coletivo ou social. Exemplo marcante foi a promulgação do próprio Código Civil, introduzindo conceitos como o de função social do contrato e função social da propriedade.

Na esfera da responsabilidade civil, essa tendência também se verifica. Conceitos como o de diluição de danos, socialização dos riscos e justiça distributiva sinalizam para ampliação tanto da base de coberturas como de responsabilidades pelo dano.

O seguro obrigatório para atividades consideradas como de risco, como o que se verifica com a propriedade de veículos automotores, passando pelo sistema de seguridade social (que cobre, inclusive, o risco profissional), são exemplos clássicos desse processo.

Registos do Ministério da Saúde divulgados no final do mês de maio de 2020 apontam para a contaminação de mais de 30 mil profissionais da saúde, com a morte de mais de 100 médicos e mais de 140 enfermeiros.

Louváveis as homenagens e reconhecimentos públicos que tais profissionais vêm recebendo da sociedade, no entanto, há que se ter em mira a compensação pelos custos ou sacrifícios impostos tanto aos próprios profissionais como a seus familiares.

A escolha de uma profissão não implica, necessariamente, na assunção de riscos excepcionais e, por conseguinte, de todo e qualquer dano, como os verificados em função da pandemia.

Portanto, havendo sacrifício da vida ou da saúde dos profissionais que atuam na chamada linha de frente de combate à doença, há de haver também uma compensação.

Parece insuficiente a cobertura prevista no sistema público de previdência para todo e qualquer trabalhador, com cobertura para morte e acidente do trabalho, justamente pelo fato de que tais profissionais não estariam atuando em situação de normalidade, mas sim de risco potencializado pelas circunstâncias. Desse modo, não se trata do risco profissional puro e simples, mas de um agravamento notório do risco que se abate sobre determinadas categorias profissionais em prol da coletividade.

Diante do contexto acima analisado, de um lado a tendência à socialização de risco, do outro, a atuação desses profissionais em situação anormal, expondo-se a riscos de contaminação biológica, nos parece necessária uma compensação pela morte aos familiares ou por sequelas permanentes, físicas ou psíquicas, em decorrência da atuação na chamada linha de frente de combate à pandemia.

Nesse sentido, tramita em regime de urgência no Congresso Nacional o Projeto de Lei 1826/2020, que

*[d]ispõe sobre compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação do novo coronavírus (SARS-CoV-2), por terem trabalhado no atendimento direto a pacientes acometidos pela Covid-19, ou realizado visitas domiciliares em determinado período de tempo, no caso de agentes comunitários de saúde ou de combate a endemias, tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho, ou ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus dependentes e aos seus herdeiros necessários, em caso de óbito; e altera a Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949.*

O projeto prevê o pagamento da importância de 50 mil reais para o caso de morte ou incapacidade permanente de profissionais da área da saúde em decorrência da atuação profissional pelo SUS na pandemia. O projeto prevê ainda o pagamento da importância de 10 mil reais para cada ano que faltar para o dependente, menor de 21 anos, até atingir essa idade.

Ao contemplar a incapacidade permanente, o projeto não estabelece distinção entre incapacidade total ou parcial. Como o valor da indenização por incapacidade é o mesmo previsto para hipótese de morte do profissional, tudo leva a crer que a incapacidade tratada no projeto é a total.

No projeto está assinalada a natureza indenizatória das verbas, portanto sem incidência de imposto de renda ou contribuição previdenciária e sem prejuízo dos benefícios previdenciários previstos para a universalidade dos trabalhadores.

A proposta parece tímida, especialmente no tocante a dependentes menores, tanto no que diz respeito ao valor como à duração do benefício. Deveria ter por base, no tocante à duração, a legislação do imposto de renda, prevendo a condição de dependente até os 24 anos de idade, na hipótese de estar cursando ensino universitário. O valor contemplado, por ano, também se mostra insuficiente, se considerada a hipótese do profissional vitimado ser o arrimo de família.

A título comparativo, no que toca ao valor da indenização pelo exercício da atividade de risco, vale lembrar a Lei Estadual paulista 14.984/2013, que prevê o pagamento de indenização por morte ou invalidez de servidor público militar no valor de 200 mil reais, autorizando o Poder Executivo a contratar seguro coletivo.

A cobertura não deveria estar limitada aos profissionais que atuaram em atendimentos pelos SUS. O dano é social e generalizado, e não somente para os que servem pelo sistema público.

A indenização, se aprovado o projeto, não exige o contratante ou empregador, seja público ou privado, de responder civilmente por danos causados aos profissionais contratados, uma vez demonstrada a precariedade das condições de trabalho, como a falta de equipamentos de proteção individual, fator inegável de agravamento do risco profissional. Somente a impossibilidade material devidamente comprovada, ocasionada pela eventual inexistência do produto no mercado em decorrência da pandemia, é que, em tese, escusaria a conduta do empregador ou contratante omissa.

## **Bibliografia**

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

VARELLA, Dráuzio. O juramento de Hipócrates. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 8 fev. 2003. Ilustrada, p. E10.

# A Covid-19 e alguns reflexos no Direito Empresarial

*Fernando Antonio Maia da Cunha*<sup>1</sup>  
Desembargador aposentado

*Silas Silva Santos*<sup>2</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 1.1. Pandemia, calamidade pública e isolamento social; 1.2. Consequências na economia; 2. Atuação estatal; 2.1. O Poder Legislativo e o PL1379; 2.2. O Poder Judiciário – reflexos da pandemia; 2.2.1. A crise e a importância da mediação e conciliação; 3. Conclusão.

## 1. Considerações iniciais

### 1.1. Pandemia, calamidade pública e isolamento social

O ano de 2020 não será esquecido em função da pandemia sanitária que invadiu o mundo, com o novo coronavírus, causador da Covid-19, tomando todos os povos de assalto pela rapidez da sua propagação e letalidade. Os governantes, diante da falta de vacina ou de medicamentos testados e eficazes, bem como da gravidade da doença, tomaram a única medida que, com segurança, poderia mitigar a propagação e evitar o colapso do sistema de saúde: o isolamento social.

No Brasil, a preocupação concreta ocorreu a partir de março. O Carnaval, no final de fevereiro, transcorreu sem maiores cuidados com o vírus que já mostrava a sua face destruidora na China e em alguns países da Europa. Reconhecida a pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>3</sup> e verificada a extensão e transmissibilidade da doença, com provável e rápido colapso do sistema de saúde, o Congresso Nacional, a pedido da Presidência da República, decretou estado de calamidade pública de 20 de março até 31 de dezembro de 2020.<sup>4</sup>

Em 15 de abril, enquanto ainda discutia-se no Ministério da Saúde os protocolos para enfrentamento da pandemia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que as providências ligadas à Covid-19 adotadas pelo Governo Federal na

<sup>1</sup> Presidente da Seção de Direito Privado do TJSP e integrante do Conselho Superior da Magistratura (2010/2011). Diretor da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Judicial dos Servidores (2014-2016). Membro do Conselho Superior da ENFAM (2014/2016). Professor do Curso de Pós-graduação em Direito Empresarial da EPM (2012 a 2019). Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Privado Contemporâneo na FADI (Faculdade de Direito de Sorocaba 2017/2019). Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professor nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UNOESTE – Universidade do Oeste Paulista. Líder do Grupo de Estudos “Acesso à justiça, inovação e sustentabilidade” da UNOESTE. Coordenador de Núcleo Regional da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

<sup>3</sup> Disponível em: <https://bbc.in/3kYFYEM>. Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>4</sup> Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/329YEsv>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Medida Provisória 926/2020 não excluíam a competência concorrente do Distrito Federal, dos Estados e Municípios, na melhor interpretação do art. 23, II, da Constituição Federal.<sup>5</sup>

Por consequência dessa decisão da Suprema Corte brasileira, e em razão das divergências entre a União e alguns Estados da Federação, não foi possível uma política única relacionada aos procedimentos para a preservação da saúde dos brasileiros, ao que se considerava atividade essencial e a quais estabelecimentos deveriam permanecer fechados no transcorrer da pandemia.

Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi comenta, a propósito, que a OMS editou vários anúncios para o combate ao novo coronavírus e, “[d]entre seus anúncios, o confinamento horizontal passou a ser uma das medidas de maior relevância e eficiência para o efetivo combate à doença”.<sup>6</sup>

Independentemente dos dissensos técnicos e políticos sobre a doença e a extensão que deveria ter o isolamento social, o fato foi que as atividades econômicas no Brasil ficaram totalmente paralisadas pelo longo período igual ou superior a 100 dias, com exceção daquelas pertinentes ao abastecimento, segurança e saúde.

## 1.2. Consequências na economia

Não era necessário muito conhecimento de economia para a previsão de que a proibição do trabalho e do funcionamento da grande maioria dos agentes econômicos, condenados todos ao isolamento para evitar a propagação da doença e o colapso dos serviços de saúde, produziria efeitos nefastos na economia. A paralisação das atividades produtivas não ligadas à saúde, ao abastecimento e à segurança traria as mais nocivas consequências econômicas nos empregos, no cumprimento dos contratos, no pagamento das obrigações assumidas e no sistema financeiro nacional.

Exatamente pelos efeitos da Covid-19 não terem atingido direta e igualmente todas as atividades econômicas e todos os cidadãos, não era possível, naquele momento inicial, qualquer solução linear que pudesse ser aplicada indistintamente para minorar as suas consequências.

Nesse contexto difícil, iniciou-se a partir de abril um período de inadimplência generalizada, total ou parcial, à espera das providências que vinham sendo anunciadas pelo Governo Federal para minimizar os efeitos da paralisação econômica durante a crise sanitária que levou o país à calamidade pública e os cidadãos ao isolamento social.

O caos anunciado se confirmou em pouco tempo. Pessoas físicas e jurídicas não puderam honrar seus compromissos, gerando inadimplência em cascata. Os empregados sofreram com as demissões ou reduções de salário e jornada de trabalho, os inquilinos não pagaram aluguel de imóveis que eram o sustento dos locadores, viagens e eventos foram cancelados ou adiados, além de outras centenas de situações que causaram grandes baixas na Bolsa de Valores e levaram a moeda americana, pela primeira vez, a patamares superiores a seis reais por dólar.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/2020, decisão do Plenário de 15.04.2020. Disponível em: <https://bit.ly/3l1pBYb>. Acesso em 20 ago. 2020.

<sup>6</sup> WARDE, Walfrido; VALLIM, Rafael (coord.). *As consequências da Covid-19 no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2E7NvAC>. Acesso em: 19 ago. 2020.

O Governo Federal implementou o auxílio emergencial aos trabalhadores informais e microempreendedores individuais (MEI) e ampliou o Programa Bolsa Família, destinado aos mais carentes. O Ministério da Economia acenou com abertura de créditos especiais e parcelamento de débitos às pequenas e médias empresas, visando à manutenção mínima dos empregos. O aumento do preço dos medicamentos foi congelado pela Anvisa, houve desoneração fiscal em algumas áreas e o Banco Central foi autorizado a conceder empréstimo aos bancos comerciais para que não faltasse liquidez na atividade econômica. Além de várias outras medidas.<sup>8</sup>

Malgrado todas as providências anunciadas, não existe sistema econômico e financeiro que suporte a interrupção da grande maioria dos setores produtivos por tempo igual ou superior a 120 dias, nem mesmo nos países ricos. A isso se soma que a retomada será paulatina, dependente da involução da doença e da disponibilidade dos postos médicos, e por consumidores, empresários e investidores muito cautelosos e com liquidez bastante limitada.

O cenário econômico que, no Brasil, ainda se recuperava das crises e disputas políticas resultantes das eleições de 2018 tornou-se um dos mais difíceis para a volta das atividades econômicas. Não há prognóstico favorável, e o que se vislumbra neste e no próximo ano são dificuldades quase invencíveis para a grande maioria dos empresários.

## **2. Atuação estatal**

### **2.1. O Poder Legislativo e o PL1379**

A situação de inadimplência contratual das pessoas físicas e jurídicas, motivada pela paralisação obrigatória das atividades econômicas e pela necessidade de isolamento da população, passou também a preocupar os juristas e os integrantes do Congresso Nacional.

Dentre os vários projetos de lei que tiveram andamento nas duas Casas Legislativas, impõe-se destacar, no âmbito das reflexões deste trabalho, o PL 1397, destinado às empresas em dificuldades.

Diante do que se afirmou acerca dos efeitos econômicos negativos gerados pela pandemia e isolamento social, é relevante a análise do futuro das empresas que, inevitavelmente, passarão por grande período de dificuldades financeiras e econômicas.

É bom recordar que a empresa de época contemporânea tem como missão, além de produzir riquezas, cumprir a função social de criação de empregos diretos e indiretos, de pagamento de tributos geradores de benefícios sociais, de fornecimento de novos produtos aos consumidores, de melhoria e restauração do meio ambiente e vários outros. Nessa condição, sendo essencial à economia, o estudo da crise decorrente da paralisação por tempo igual ou superior a 100 dias é de extrema importância.

Na vida empresarial não há espaço para indefinições, nem tempo para digressões desfocadas da realidade. No fim do mês é preciso ter recursos para pagamento dos empregados, tributos, aluguéis, fornecedores, mão de obra, insumos e outras dezenas de atribuições e encargos.

Por isso, na medida do possível, mas rapidamente, os empresários pensaram formas de sobrevivência durante a pandemia, em especial transformando suas plataformas para

<sup>8</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2YiwMLL>. Acesso em: 19 ago. 2020.

incrementar as vendas pela internet. Se as grandes e algumas médias empresas obtiveram algum êxito, dobrando ou triplicando suas vendas on-line e minimizando (*mas nem de longe suprimindo*) os prejuízos, isso não ocorreu com as pequenas empresas e com os microempresários, aos quais a alternativa foi fechar as portas, não faturar, não pagar suas obrigações, nem cumprir seus contratos.

Todo o comércio de rua, incluindo serviços dos mais variados, não conseguiu faturamento, nem sobreviverá se não houver rápida e eficiente atuação do Estado na concessão de benefícios que dilatam prazos para obrigações tributárias e forneçam capital de giro a custo mínimo. Ainda assim, a sobrevivência será difícil para parte das médias empresas e para a quase totalidade das pequenas e dos microempresários.

Nesse quadro, juristas e parlamentares agilizaram os estudos e as discussões sobre providências legais à preservação de empresas, o que significa dizer, em outras palavras, a preservação do maior instrumento de geração de riquezas e efetiva movimentação da economia.

Daí a origem do PL 1397, de autoria do Deputado Hugo Leal, com o fim de criar mecanismos para evitar o caos completo e dar sobrevida às empresas com dificuldades advindas da paralisação econômica e do isolamento social. No reverso dessa medalha está a falência, que além de a ninguém interessar, acarretaria uma cadeia sucessiva de quebras que atingiria de forma letal a atividade econômica do país.

O PL foi aprovado na Câmara dos Deputados e, no momento em que este trabalho é escrito, está em análise no Senado Federal. Se aprovado sem alteração, seguirá à sanção da Presidência da República.

Pois bem.

Se é nobre a motivação para o estabelecimento de uma norma legal temporária e excepcional destinada à atividade empresarial atingida pela pandemia, a pergunta que se faz é se será capaz de corresponder ao que se propõe em última análise: preservar a empresa em crise.

O quanto será positiva a resposta caso o PL 1397 seja transformado em lei na forma que se encontra dependerá, obviamente, da dosagem dos benefícios. Isso porque não se pode olvidar o fato de significarem malefícios a credores, que, por sua vez, terão que se valer da mesma medida em relação aos seus débitos em uma indesejada cadeia de inadimplemento e pedidos de recuperação judicial.

O PL 1397 institui medidas transitórias de emergência para minorar a crise das empresas e altera o regime da recuperação judicial, extrajudicial e falência, afastando as cooperativas<sup>9</sup>. Além disso, coloca como agentes econômicos destinatários a pessoa jurídica de direito privado, o empresário individual, o produtor rural e o profissional autônomo

---

<sup>9</sup> Art. 1º - Esta Lei institui medidas de caráter emergencial destinadas a prevenir a crise econômico-financeira de agentes econômicos e altera, em caráter transitório, o regime jurídico da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência, de que trata a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Parágrafo único. As disposições desta Lei não se aplicam aos contratos e às obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas cooperativas com seus cooperados.

em exercício.<sup>10</sup> O projeto também retira dessa condição o consumidor beneficiário final dos produtos ou serviços.<sup>11</sup>

O PL suspende as execuções que discutam o cumprimento de obrigações vencidas após 20 de março de 2020, bem como as ações revisionais de contrato, por 30 dias (art. 5º, *caput*, e art. 6º, II). Também veda a excussão judicial ou extrajudicial de garantias reais, fiduciárias, fidejussórias ou de coobrigações, a decretação de falência, o despejo por falta de pagamento, a resolução unilateral e a cobrança de multas.<sup>12</sup> Porém, deixa de fora as relações trabalhistas e as obrigações contraídas ou renegociadas depois de 20 de março.<sup>13</sup>

O PL institui o que chama de *suspensão legal* durante 30 dias contados da vigência da lei, caso aprovada. O objetivo vinculado é permitir ao devedor que, extrajudicialmente, busque com o credor a renegociação das dívidas vencidas a partir de 20 de março (art. 5º e seu parágrafo único).<sup>14</sup> Ou seja, por 30 dias, veda o andamento das ações revisionais e execuções de obrigações vencidas a partir de 20 de março para que os devedores busquem junto aos seus credores a renegociação.

A razoabilidade da concessão de prazo para a renegociação se perde quando, para possibilitar a *negociação preventiva* e obtenção de mais 90 dias para renegociação, estabelece a obrigatoriedade de um procedimento judicial que, na prática, ocasionará uma verdadeira pandemia de ações no Poder Judiciário.

Isso porque o PL prevê que, não obtida a renegociação naqueles primeiros 30 dias (art. 5º), o devedor poderá obter mais 90 dias, mas por meio de procedimento judicial de jurisdição voluntária (art. 6º, II). Assim, para que os devedores obtenham mais 90 dias destinados à renegociação das suas dívidas além dos 30 dias iniciais, deverão, obrigatoriamente, ingressar em Juízo no prazo de até 60 dias do vencimento daquele primeiro trintídio.<sup>15</sup>

Em resumo: o PL concede 30 dias de *suspensão legal* e mais 90 dias de *negociação preventiva*. Ora, se os devedores podem conseguir quase 120 dias só para a renegociação, sem andamento de suas ações, é óbvio que assim procederão. Mas isso só por meio de

<sup>10</sup> Art. 2º - Este Capítulo disciplina o Sistema de Prevenção à Insolvência do agente econômico, doravante referido simplesmente como devedor. § 1º Para os fins do disposto neste Capítulo, considera-se agente econômico a pessoa jurídica de direito privado, o empresário individual, o produtor rural e o profissional autônomo que exerçam regularmente suas atividades.

<sup>11</sup> § 2º O disposto neste Capítulo não se aplica ao adquirente ou utilizador de produto ou serviço como destinatário final, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>12</sup> Art. 3º, § 1º - Na vigência dos períodos mencionados no *caput* deste artigo: I - fica afastada a incidência de multas de mora: a) previstas nos contratos em geral; e b) decorrentes de inadimplemento de obrigações tributárias; II - são vedados os seguintes atos: a) a realização de excussão judicial ou extrajudicial das garantias reais, fiduciárias, fidejussórias e de coobrigações; b) a decretação de falência; e c) a rescisão unilateral de contratos bilaterais, considerada nula qualquer disposição contratual nesse sentido, inclusive de vencimento antecipado, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

<sup>13</sup> Art. 3º, § 2º - A suspensão prevista no *caput* deste artigo não se aplica às obrigações decorrentes de créditos de natureza estritamente salarial e de contratos firmados ou repactuados após 20 de março de 2020.

<sup>14</sup> Art. 5º - Parágrafo único. Durante o período de suspensão previsto no *caput* deste artigo, o devedor e seus credores deverão buscar, de forma extrajudicial e direta, a renegociação de suas obrigações, considerados os impactos econômicos e financeiros causados pela pandemia da Covid-19.

<sup>15</sup> Art. 6º Decorrido o prazo previsto no *caput* do art. 5º desta Lei, o agente econômico, conforme definido no § 1º do art. 2º desta Lei, que comprovar atender ao requisito formal estabelecido no § 2º do *caput* deste artigo, poderá ajuizar, em até 60 (sessenta) dias, por uma única vez, o procedimento de jurisdição voluntária denominado negociação preventiva, nos seguintes termos: I - a distribuição do pedido acarretará a imediata suspensão prevista no art. 3º desta Lei, e caberá ao juiz analisar se o devedor é agente econômico, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei, e se atende ao requisito previsto no § 2º deste artigo, sob pena de extinção do procedimento e cessação da suspensão; II - as negociações preventivas ocorrerão durante o período máximo e improrrogável de 90 (noventa) dias, a contar da distribuição do pedido, devendo o devedor e seus credores, durante esse período, buscarem, de forma extrajudicial direta, a renegociação das obrigações, considerados os impactos econômicos e financeiros causados pela pandemia da Covid-19.

procedimento de jurisdição voluntária, em desnecessária judicialização da renegociação que, nos primeiros 30 dias e nos 90 de acréscimo (120 dias), será extrajudicial.

O Poder Judiciário, que já anda no limite de sua capacidade, não terá estrutura para abrigar procedimentos de jurisdição voluntária da totalidade dos devedores que desejarem renegociar as dívidas em razão dos impactos da paralisação econômica e isolamento social causados pela pandemia de Covid-19.

Afirma-se a desnecessidade da judicialização porque, para o devedor comprovar que tentou a renegociação extrajudicial nos primeiros 30 dias (o que lhe dará direito a mais 90 dias), existem outras formas eficientes que dispensam o ingresso em Juízo. Paulo Furtado de Oliveira Filho, Juiz de Direito da 2ª Vara de Recuperação e Falências da Capital de São Paulo, a propósito, alertou que o “efeito jurídico pode decorrer do simples arquivamento de uma declaração do próprio devedor na Junta Comercial ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, dando publicidade de sua intenção”.<sup>16</sup>

De fato, se para o ingresso com a negociação preventiva, via jurisdição voluntária judicial, é necessário provar apenas que é agente econômico (art. 2º, §1º, do PL) e teve redução de 30% do seu faturamento, basta a declaração de profissional de contabilidade (art. 5º, § 2º, do PL). Dessa forma, a providência pode ser feita por notificação extrajudicial ou qualquer outro meio de prova eficiente a, em caso de alguma providência do credor para a cobrança da dívida, suspendê-la no juízo cível provando que se tentou renegociar e que sofreu redução de 30% do seu faturamento.

Partindo-se da presunção de boa-fé, não há necessidade de procedimento judicial para controle da negociação preventiva extrajudicial. Até porque, como em todo o procedimento de jurisdição voluntária, o credor não poderá ofertar qualquer resposta, manifestação, averiguação ou perícia.<sup>17</sup>

O complicado mecanismo encontrado pelo PL para conceder prazo aos devedores na negociação com seus credores sobrecarrega sem necessidade o Poder Judiciário. Melhor seria que, aliás, em vez disso tudo, concedesse um prazo único de suspensão das ações e execuções para permitir a renegociação entre devedores e credores. Se ambos estiverem de boa-fé, o prazo de 30 dias de suspensão das ações é suficiente. Poderia, de todo modo, ser prorrogado de comum acordo e, sem prejuízo, chegarem as partes a um acordo mesmo com o andamento das ações e execuções.

Não cabe ao Poder Judiciário fiscalizar devedores nas renegociações extrajudiciais de suas dívidas, menos ainda em momento que já será sobrecarregado por novas ações ajuizadas em virtude dos problemas causados pela pandemia.

No final das contas, a concessão de prazo para os devedores renegociarem suas dívidas não se coaduna com a forma que, sem necessidade, sobrecarregará o Poder Judiciário.

O PL, em vários pontos, altera transitoriamente a Lei nº 11.101/2005 (LRJ), mas por ultrapassar o objeto principal e os limites de espaço deste trabalho, serão analisados em outro momento.

<sup>16</sup> Disponível em: <https://bit.ly/325kfSV>. Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>17</sup> Art. 7º – Não cabe resposta, manifestação ou qualquer tipo de averiguação ou perícia sobre o pedido de negociação preventiva.

## 2.2. O Poder Judiciário – reflexos da pandemia

Além da inconveniência de se atribuir ao Poder Judiciário o encargo de fiscalizar a *negociação preventiva*, que estica por mais 90 dias aqueles primeiros 30 dias da *suspensão legal*, a grande realidade é que a pandemia, com a paralisação da economia e o isolamento social, trará enormes e negativos reflexos ao funcionamento do Poder Judiciário.

É fato público e notório que a inadimplência generalizada gerará milhares de demandas, particularmente porque os efeitos da pandemia não foram iguais para todos os agentes econômicos, nem atingiram igualmente todos os contratos e outros negócios jurídicos.

Não obstante os esforços do Poder Executivo na concessão de benefícios e ampliação de créditos e os do Poder Legislativo na edição de normas legais para tentar minimizar os efeitos da pandemia, serão dezenas de milhares de ações e execuções destinadas a cobrar, revisar ou rescindir os contratos com base na imprevisibilidade e onerosidade excessiva advindas do período de paralisação e isolamento.

Basta lembrar, exemplificativamente apenas, dos contratos bancários, de locação, de venda e compra, de planos de saúde, de intermediação, de honorários dos profissionais liberais, de transportes, de viagens, eventos e feiras, sem contar os acordos judiciais já homologados nas ações de alimentos, de divórcio e inventário. E, claro, incontáveis outros problemas da inexecução contratual causada pela pandemia e suas imposições legais ao consumidor e aos agentes econômicos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou com firmeza e sucesso o período de pandemia e isolamento social. Rapidamente, sem descuidar das audiências e do atendimento virtual aos advogados, promoveu a continuidade de todos os processos digitais, que correspondem a 75% do total. No período de 17 de março a 7 de junho, foram proferidas 1.116.166 sentenças e lavrados 320.967 acórdãos, sem contar milhares de despachos, decisões interlocutórias e decisões monocráticas.<sup>18</sup>

### 2.2.1. A crise e a importância da mediação e conciliação

Certo das consequências da crise oriunda da pandemia e da paralisação das atividades econômicas, sobretudo em São Paulo pelo seu inegável papel de relevo na economia e nos negócios, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu, no âmbito empresarial, especial atenção às Varas de Recuperação Judicial e Falência da Capital e da 1ª Região Administrativa, criando de forma experimental a mediação prévia.

Por meio do Projeto Piloto de Mediação Empresarial, no âmbito pré-processual da Corregedoria Geral da Justiça, foi editado o Provimento CGJ nº 11/2020, considerando “os efeitos da judicialização em massa das disputas envolvendo contratos empresariais e demandas societárias diretamente relacionadas à pandemia”, bem como a

*a relevância de estabelecer, neste momento de crise, via pré-processual de autocomposição, em caráter complementar às já*

<sup>18</sup> Disponível em: <https://bit.ly/329WDMX>. Acesso em 20 ago. 2020.

*existentes (sistema ‘multiportas’), adaptada ao perfil específico das demandas empresariais e de funcionamento integralmente remoto.<sup>19</sup>*

É incontestável a importância da conciliação ou mediação empresarial diante dos efeitos diversos da pandemia nas mais variadas atividades econômicas. Vive-se um momento crucial em que devem prevalecer o bom senso e a boa-fé objetiva. Mais do que ninguém, os empresários sabem como e em que proporção foram atingidos pela paralisação que se aproxima dos 120 dias, tal qual sabem como a pandemia atingiu seus credores e devedores. Mais do que nunca, portanto, precisarão de bom-senso e boa-fé para usar adequadamente o princípio da proporcionalidade.

A atividade empresarial está sendo retomada e é importante que se dê tão justa e rapidamente quanto possível. Há consciência coletiva da impossibilidade de atribuir ao outro contratante a responsabilidade pela pandemia. Quanto mais rápida e justa for a volta dos agentes econômicos, melhor será, até porque, como afirmado, encontrarão consumidores com poucos recursos e reticentes quanto ao uso que deles podem fazer.

O caminho da mediação e da conciliação no âmbito empresarial pode evitar a judicialização em massa, em especial se for aprovado o mecanismo proposto pelo PL 1397, mas exigirá de todos a inestimável boa-fé objetiva que se traduz na lealdade antes e durante a execução dos contratos.

Nesse ponto, abre-se um parêntese para destacar um segmento que deverá merecer cuidado especial no projeto piloto do Tribunal de Justiça de São Paulo: o das pequenas e das microempresas.

Bruno Pereira Portugal afirmou que

*[p]ara se ter ideia da delicadeza da questão, dados coletados pelo Sebrae em abril de 2018 informam que as micro e pequenas empresas constituíam 98,5% do total de empresas privadas do Brasil. Por certo, o panorama atual não é longe disso. Nesse contexto, é inegável a importância das mesmas em nosso cenário econômico.<sup>20</sup>*

Além disso, “[a]s pequenas companhias são as que mais geram emprego no Brasil com carteira assinada, somando 54% dos empregos formais do país. O comércio concentra a maior parte das empresas, somando 41%”.<sup>21</sup>

As pequenas e as microempresas foram as que mais sofreram com a pandemia e a paralisação dos negócios. E “[j]untas, as cerca de 9 milhões de micro e pequenas empresas no país representam 27% do PIB, um resultado que vem crescendo nos últimos anos. Os dados inéditos são revelados pelo presidente do Sebrae, Luiz Barretto”.<sup>22</sup> Grande parte não sobreviverá porque em geral não possui reserva.

A outra face da mesma moeda é que estarão mais propícias à mediação e conciliação pela compreensão que têm da necessidade de prosseguir e dos idênticos problemas de seus devedores e credores. Precisam encontrar condições de consenso porque não

<sup>19</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2QapLhK>. Acesso em 19 ago. 2020.

<sup>20</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3iZ3Ypk>. Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://bit.ly/2EdtBDX>. Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3iTYEUn>. Acesso em: 19 ago. 2020.

podem sequer cobrir os custos da recuperação judicial tratada nos artigos 70 e 71 da LRJ. Pesquisa recente do IBGE mostra que 32,6% encerraram suas atividades até a primeira quinzena de junho.<sup>23</sup>

A digressão acerca das pequenas e microempresas é feita para lembrar que poderiam merecer atenção especial como principais destinatárias do Projeto Piloto de Mediação Empresarial tratado no Provimento CGJ nº 11/2020.

Em síntese, no contexto da limitação do espaço e objetivo deste trabalho, o Poder Judiciário passará por grandes dificuldades no futuro pós-pandemia, como, forçoso convir, sempre passou após as crises econômicas das últimas três ou quatro décadas. A grande diferença, porém, é que as crises dos planos econômicos e da maxidesvalorização do dólar nem de longe se equiparam à paralisação quase completa de toda atividade produtiva por mais de 120 dias.

### 3. Conclusão

Apesar das providências dos poderes constituídos para combater os efeitos econômicos da pandemia, o futuro mostrará um quadro perverso para a atividade empresarial. Nem se poderia imaginar cenário melhor diante da paralisação involuntária por mais de 120 dias, ainda que, forçoso convir, não se possa questionar a necessidade de combater a propagação da Covid-19 e de evitar que as mortes atingissem proporções ainda maiores.

Na atividade empresarial, houve demissão generalizada e redução de jornada de trabalho e de salário. Empresas fecharam suas portas e deixaram de pagar os encargos de toda natureza, contratos civis e comerciais das mais variadas espécies não foram executados a contento e a ajuda para investimentos e capital de giro não foi eficaz de um modo geral – nem chegou ainda às pequenas e microempresas. A venda eletrônica reduziu o problema das grandes empresas, mas, em média, o aumento não alcançou a metade das vendas de quando as lojas físicas estavam abertas.

As empresas são as maiores fontes de riqueza e movimentam a economia.

Se as grandes e algumas médias terão reservas e melhores condições de negociação, inclusive de recuperação judicial e seus benefícios, as micro e as pequenas, sem as mesmas condições, terão que se valer dos benefícios governamentais e da atenção do Poder Judiciário – e fazem por merecer, já que, lembre-se, constituem 98,5% das empresas brasileiras e abrigam 54% dos empregos formais do país.

De um jeito ou de outro, com maior ou menor gravidade do que hoje é possível estimar, depois de mais de 120 dias de paralisação, é imperioso admitir as gravíssimas consequências para a atividade empresarial. Não há dinheiro para as obrigações vencidas nesse período, o apoio concreto dos órgãos governamentais ainda não chegou e se espera uma retomada lenta, parcial e com consumidores sem recursos ou reticentes em gastá-los.

É nesse conjunto social e econômico geral, mas em particular da atividade empresarial, que, mais uma vez, os conflitos decorrentes da crise atormentarão e sobrecarregarão o Poder Judiciário.

<sup>23</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3jHlpKr>. Acesso em: 19 ago. 2020.

Espera-se o bom-senso, a boa-fé objetiva e a aplicação do princípio da proporcionalidade pelos empresários envolvidos na conciliação e na mediação. Se isso não ocorrer, só restará esperar do sobrecarregado Poder Judiciário, por seus dedicados magistrados, a correta e justa aplicação daqueles predicados que as partes não souberam ou não puderam aplicar.

## **Bibliografia**

10 MILHÕES de atos processuais em trabalho remoto. *Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/329WDMX>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CORONAVÍRUS: OMS declara pandemia. *BBC News Brasil*, São Paulo, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3kYFYEM>. Acesso em: 19 ago. 2020.

FIGO, Anderson. Dólar chega a ser vendido a R\$ 6,91 nas casas de câmbio, e disparada gera corrida por repatriação de dinheiro. *InfoMoney*, São Paulo, 24 abr. 2020. Caderno Mercados. Disponível em: <https://bit.ly/2E7NvAC>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MEDIDAS adotadas pelo Governo Federal no combate ao coronavírus. *Governo do Brasil*, Brasília, DF, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YiwmLL>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MICRO e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. *Portal Sebrae*, Brasília, DF, 3 jun. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3iTYEUn>. Acesso em: 19 ago. 2020.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. O PL 1397/2020, a negociação preventiva e o Poder Judiciário. *JOTA*, São Paulo, 15 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/325kfSV>. Acesso em: 19 ago. 2020.

PORTUGAL, Bruno Pereira. Tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas na recuperação judicial. *ConJur*, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3iZ3Ypk>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Provimento CG 11/2020*, de 17 de abril de 2020. São Paulo: Corregedoria-Geral da Justiça, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QapLhK>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SEBRAE aponta que pequenas empresas geram mais empregos no Brasil. *Portal do Desenvolvimento Local*, [S. l.], 27 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EdtBDX>. Acesso em: 19 ago. 2020.

WARDE, Walfrido; VALLIM, Rafael (coord.). *As consequências da Covid-19 no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

# Recuperação e falência: a repercussão da crise da Covid-19

*Paulo Furtado de Oliveira Filho*  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Recuperação Judicial: a necessidade de equilíbrio entre as medidas protetivas a credores e do direito da devedora à apresentação de um aditivo ao plano. 3. Decretação de falência de devedora em recuperação judicial: situação falimentar preexistente à pandemia. 4. Os efeitos perversos do Projeto de Lei nº 1397/2020. 5. Medidas adotadas no âmbito do Poder Judiciário. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

Com o advento das medidas sanitárias destinadas ao combate da pandemia da Covid-19, alguns pedidos foram apresentados à 2a. Vara de Falências de Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo e resultaram em decisões que serão apresentadas nos itens 2 e 3 deste artigo, a fim de demonstrar que a pandemia pode ter efeitos diversos – ou seja, não será sempre causa excludente de responsabilidade pelo descumprimento do plano de recuperação.

A pandemia também justificou a apresentação do Projeto de Lei nº 1397/2020 ao Congresso Nacional, com o objetivo de introduzir modificações na Lei nº 11.101/2005 – porém com risco de causar prejuízos à economia e ao funcionamento do Poder Judiciário, como se verá no item 4 deste artigo, a revelar a necessidade de cautela com os efeitos perversos de medidas com bons propósitos.

Finalmente, no item 5 deste artigo, serão abordadas as iniciativas da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo para enfrentar os impactos da Covid-19 no funcionamento das varas especializadas em falências e recuperações judiciais, com a implementação de medidas destinadas à superação da crise mediante negociações pré-processuais, evitando-se, assim, a excessiva judicialização de conflitos por meio do auxílio da mediação.

## 2. Recuperação judicial: a necessidade de equilíbrio entre as medidas protetivas a credores e do direito da devedora à apresentação de um aditivo ao plano

No processo nº 1119642-14.2018.8.26.0100, uma livraria em recuperação judicial declarou a impossibilidade de cumprimento do plano de recuperação em razão da pandemia do Covid-19, que agravou sua situação de crise econômica e requereu prazo de 90 dias para apresentação de um novo plano e convocação de Assembleia Geral de Credores em 180 dias, com concessão de novo *stay period*.

Um grupo de editoras formulou pedido de tutela de urgência antecipada para obter a devolução de 60% dos livros consignados estocados no centro de distribuição de Cajamar/SP e de 50% dos estoques das lojas físicas das cidades do Rio de Janeiro/RJ e

de São Paulo/SP, para tentar vender os livros por outros canais – minorando os impactos da crise que elas também estão sofrendo, havendo risco iminente de colapso sistêmico.

A decisão foi a seguinte:

“Inicialmente deve ser afastada a alegada incompetência do juízo da recuperação judicial para o exame do pedido formulado pelas editoras acerca da devolução de parte dos livros entregues em consignação, ressaltando que as recuperandas antes já haviam requerido ao juízo da recuperação que, em caráter excepcional, concedesse novo *stay period* até que pudesse apresentar um aditivo ao plano de recuperação.

Os dois pedidos, tanto o das recuperandas como o das editoras, estão fundados nos efeitos econômicos adversos decorrentes das medidas de isolamento para combate à pandemia do Covid-19, de modo que cabe a um único juízo examiná-los sob pena do Poder Judiciário, ao contrário de solucionar conflitos, como determina a Constituição Federal, passar a multiplicá-los.

O juízo competente para o exame dos pedidos é mesmo o da recuperação, como sustentado em sede acadêmica pela ilustre magistrada, Dra. Renata Mota Maciel, em conclusão que merece citação:

*O juízo da recuperação judicial só poderá se imiscuir em relações privadas envolvendo a devedora, como desdobramento da universalidade do juízo da recuperação judicial, se observada a presença de influência recíproca do estado de crise e da relação jurídica privada tratada. (...) Os bens e direitos pertencentes à devedora, por sua vez, também constituem elemento relevante na delimitação do critério da universalidade do juízo da recuperação judicial, embora, nesse aspecto, se possa afirmar que não são todos os bens e direitos que interessam à recuperação judicial, como ocorre na falência. Como é cediço, a devedora permanece na direção de suas atividades e, para tal, diuturnamente se verá envolvida em situações de disposição de bens ou direitos, o que tornaria impossível qualquer movimento, se fosse necessária a completa submissão ao juízo concursal. (DEZEM, 2016, p. 359-360)*

A tese, de grande relevância, acabou por ser potencializada pelas devedoras em recuperação junto aos Tribunais do País de tal modo que o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de atribuir, ao juízo da recuperação judicial, o controle de qualquer medida de constrição patrimonial sobre bem essencial da devedora que pudesse resultar em prejuízo ao cumprimento do plano, mesmo se requerida por credor não sujeito à recuperação.

Ora, se a própria devedora pode invocar a necessidade de cumprimento do plano para impedir ou mitigar as constrições patrimoniais por credores não sujeitos à recuperação, não há porque se impedir às editoras, titulares de créditos anteriores e posteriores à recuperação, sujeitos e não sujeitos a ela, de requererem a este juízo a devolução de parte dos livros consignados junto à Saraiva.

E nem se alegue que a essencialidade dos livros poderia restringir a competência deste juízo, pois no limiar deste processo, a pedido das recuperandas, proferiu-se decisão reconhecendo, em favor delas, que parte dos recebíveis cedidos fiduciariamente – dados em garantia em favor de credor não sujeito – deveria ser destinado ao pagamento das despesas essenciais à operação.

Portanto, a Saraiva anteriormente reconheceu a competência deste juízo para decidir acerca da essencialidade do objeto da garantia concedida em favor de credor não sujeito à recuperação e não pode, agora, sustentar uma tese em sentido oposto por agora ela não as beneficiar.

As recuperandas realmente tinham direito de manter a sua atividade empresarial enquanto negociavam com os credores a solução da crise, com acesso aos recebíveis, tendo contado com um ambiente favorável a partir das sessões de mediação disponibilizadas pelo juízo, culminando com a aprovação do plano e sua parcial implementação. Agora a situação se inverteu.

Há uma pandemia e as próprias recuperandas reconheceram que, por força de medidas sanitárias determinadas pelo Poder Público, foram fechadas 75 lojas, cujas receitas representavam mais de 89% do faturamento total do grupo. Mesmo que não se possa reconhecer a mora das devedoras porque é indiscutível a força maior, também não se duvida de que os credores podem pretender a redução dos efeitos negativos a que ficaram expostos pela impossibilidade da Saraiva realizar as vendas.

O contrato, como já dizia Enzo Roppo (2009), é a apenas a roupagem jurídica de uma operação econômica. Se a Saraiva não consegue vender pelas lojas físicas – que representa 90% do faturamento –, claro que não há mais sentido econômico em manter o atual estoque de livros em prejuízo das editoras. É uma violação da própria razão de ser do contrato!

Evidente que as editoras não teriam entregue os livros se soubessem que 90% deles ficariam encalhados.

Por mais que a Saraiva apresente números melhores nas vendas por meio eletrônico – o e-commerce parece ser o caminho sem volta para muitos negócios de varejo –, não há demonstração de que esse canal de vendas possa rapidamente alcançar 90% do faturamento, substituindo as receitas das lojas físicas.

Embora em vários pontos do país estejam em elaboração planos de reabertura do comércio, o comportamento do consumidor tende a ser de cautela – o que é natural até o risco de contaminação ser reduzido. Especialistas das mais diferentes áreas, da economia à psicologia, preveem mudanças permanentes nos hábitos de vida e de consumo. O retorno ao faturamento anterior às medidas de isolamento social, após a reabertura das lojas físicas – e embora desejável a todos os que tantas vezes frequentaram as livrarias Saraiva –, é incerto.

O quadro é gravíssimo e à Saraiva deve ser dada alguma oportunidade de reconstruir o seu plano de recuperação; mas, ao mesmo tempo, é imperativo que as editoras igualmente possam atenuar os efeitos da crise associados à impossibilidade da Saraiva vender na quantidade inicialmente projetada.

Não se trata de violar o contrato, mas sim adequá-lo aos tempos de pandemia. Não se está levando a Saraiva a uma situação falimentar, mas sim impedindo que as editoras também não sejam arrastadas à falência, o que levaria a uma crise maior ainda. A solução é de equilíbrio, o que não se vê na proposta de devolução dos livros pela Saraiva – em quantidade muito inferior e em prazo bastante superior ao que a realidade econômica exige. Passados dez dias da apresentação do pedido pelas editoras, resta um impasse. A urgência recomenda decisão, embora seja louvável a sugestão do Administrador Judicial em mediar o conflito.

Portanto, defiro em parte o requerimento das editoras a fim de que a Saraiva permita a retirada, até o dia 10 de maio de 2020, de: a) 50% de cada título de Livro Consignado e estocado no Centro de Distribuição de Cajamar/SP; e b) 50% de cada título de Livro Consignado e estocado nas lojas físicas do Rio de Janeiro/RJ e São Paulo/SP, sob pena de multa diária de R\$500,00 por exemplar, servindo a decisão de ofício às devedoras, autorizando-se cada uma das editoras a tomar as providências cabíveis de logística para cumprimento da decisão e recolhimento dos livros consignados.

Com relação ao pedido de aditivo ao plano, primeiramente é preciso observar que a Lei nº 11.101/2005 não contempla tal modalidade de revisão dos ajustes feitos em um plano de recuperação aprovado; porém é igualmente sabido que a jurisprudência se firmou no sentido de que, enquanto não encerrado o processo, é viável a apresentação de aditivo em nome do princípio da preservação da empresa.

Ora, se a jurisprudência se firmou mesmo sem a necessária verificação da presença de uma situação de imprevisibilidade com repercussão na capacidade de cumprimento das obrigações previstas no plano, e as projeções da devedora eram irreais e contaram com o beneplácito dos credores simplesmente por um cálculo oportunista – melhor receber algo na recuperação do que nada na falência –, agora a situação é bem outra.

Uma guerra, uma revolução, uma pandemia – isso tudo sim é causa de revisão de um contrato e, igualmente, de um plano de recuperação judicial por sua própria natureza negocial. Nem é preciso invocar o princípio da preservação da empresa. A quebra de todas as projeções econômicas por evento absolutamente invencível, bem como a incapacidade de fazer frente às obrigações previstas no plano e as despesas correntes da operação, configuram justo motivo para a pretendida revisão do plano.

É bem verdade que o Administrador Judicial apontou que certo grupo de credores – locadores, quirografários e ME/EPP – já teria deixado de ser satisfeito no mês em que surgiu a pandemia da Covid-19 – porém, ao menos por ora, presume-se que a principal causa do descumprimento do plano tenha sido o fechamento das lojas em razão das medidas sanitárias determinadas pelo Poder Público.

Claro que, após a oitiva das recuperandas e dos credores a respeito do relatório do administrador judicial em dez dias, poderá ser modificada a decisão – com o reconhecimento, por exemplo, de mora anterior e culposa e a necessidade de pagamento de certos credores, mas, repita-se, ao menos por ora, dada a situação de urgência, faculta-se o aditamento.

Por isso, defiro o prazo de 60 dias para apresentação de aditivo ao plano de recuperação pela Saraiva, tal como previsto na Lei 11.101/2005, que também deverá ser obedecida na forma de apresentação do plano – com todos os documentos que a lei exige – e com o prazo de 30 dias para objeção dos credores”.

### **3. Decretação de falência de devedora em recuperação judicial: situação falimentar preexistente à pandemia**

No processo nº 0059549-78.2013.8.26.0100, havia sido liberada à recuperanda uma quantia depositada em juízo para pagar despesas essenciais no mês de março de 2020 em razão da paralisação de suas atividades e da falta de recursos. Na sequência, a recuperanda formulou mais um pedido (que foi indeferido) com a decretação de falência porque sua situação falimentar preexistia à pandemia e os recursos depositados em juízo eram muito inferiores ao passivo total da devedora:

“[...] 8 – O quadro atual é o seguinte: a recuperanda conta com 25 funcionários ativos e folha de pagamento mensal de aproximadamente R\$ 175 mil; os credores trabalhistas da recuperanda, em número superior a 100 (fls. 8768; 8770/8770/8771; 8775/8785), são credores de mais de R\$ 8 milhões, segundo o Administrador Judicial, e pelo menos de R\$ 5 milhões, segundo o quadro demonstrativo acima. Não se pode, diante de tal quadro, autorizar qualquer levantamento para a recuperanda pois em poucos meses eles seriam consumidos com operação deficitária e, além disso, prejudicaria credores que aguardam há muito a satisfação de seus créditos.

Como a quantia depositada nos autos é de aproximadamente R\$ 1 milhão (e o passivo muito maior), constata-se claramente que a situação da recuperanda é falimentar, como já havia sido mencionada na decisão anterior.

Situação falimentar que, a bem da verdade, não surgiu após a pandemia da Covid-19, como alegado pela recuperanda – mas já se mostrava patente, não só pelas petições dos credores trabalhistas que maciçamente imploram pela satisfação dos valores que lhes são devidos, mas também pela falta de pagamento de qualquer encargo social e de impostos há anos, como apontado às fls. 8995/8896.

Diante de tal quadro, embora a solução seja penosa (pois serão fechados vinte e cinco postos de trabalho), não resta dúvida que a melhor opção é a decretação da falência para que sejam protegidos interesses de centenas de trabalhadores não satisfeitos.

Nem se alegue que apenas poderia ser decretada a falência com base no descumprimento de obrigações previstas no plano, pois o art. 73, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005, foi inserido exatamente para permitir que as situações falimentares sejam prontamente reconhecidas no juízo da recuperação judicial.

As situações falimentares são objetivas nos termos do art. 94 da Lei 11.101/2005, e está claramente demonstrada a inexistência de bens livres para que sejam penhorados e possam satisfazer os créditos trabalhistas.

Os créditos da recuperanda, que são aqueles decorrentes das ações judiciais movidas pela recuperanda, estão penhorados. Nestes autos, os valores depositados são muito inferiores aos do passivo. Na Justiça do Trabalho, após muitos acordos e sentenças condenatórias, frustraram-se as execuções. Incide o art. 94, II, da Lei nº 11.101/2005.

O caso, sem dúvida, é de falência, como já reconheceu o E. TJSP:

*Agravo de Instrumento – Decisão que convolou recuperação judicial em falência – Inconformismo – Não acolhimento – Remuneração da administradora judicial, fixada em R\$ 4.000,00 mensais até o limite previsto no art. 24, § 1º, da Lei n. 11.101/05, que não é adimplida desde setembro de 2018 – Diversas decisões do juízo de origem determinando o pagamento dos atrasados, em face das quais não foi interposto agravo de instrumento, que foram reiteradamente descumpridas pela recuperanda – Última dessas decisões que foi prolatada depois da interposição do recurso e de decisão do Relator atribuindo-lhe efeito suspensivo, ante pedido da recuperanda para restabelecimento dos atos relativos à recuperação judicial e manifestação da administradora judicial requerendo que fosse cumprida a decisão que determinou o pagamento – Prazo exaurido sem que a recuperanda tenha feito prova do pagamento – Situação dos autos enquadrável no art. 73, par. ún., c.c. art. 94, II,*

*da Lei n. 11.101/05 – Recuperação judicial que não pode prosseguir sem o pagamento integral da remuneração da administradora judicial, que é figura essencial ao processo recuperacional e não é obrigada a trabalhar sem a remuneração devida – Não pagamento da remuneração da administradora judicial que denota, ademais, incapacidade de recuperação – Decreto de falência justificado – Decisão agravada mantida – Cassado o efeito anteriormente concedido – Recurso desprovido”. (SÃO PAULO, 2020)*

9 – Atualmente, poucos se beneficiam das atividades da recuperanda, ao passo que muitos têm seus créditos insatisfeitos. O quadro de funcionários foi reduzido e os demitidos não foram pagos. É preciso ponderar os interesses e valores em jogo, optando-se pela solução que realizará a justiça distributiva.

A decretação da falência permitirá salvaguardar maior número de credores, recolhendo-se todos os valores depositados e efetuando-se os pagamentos conforme a classificação legada dos créditos, em respeito à *par conditio creditorum* sem que a recuperanda esvazie o seu patrimônio segundo suas conveniências.

Ademais, assentou-se na jurisprudência a competência do juízo da recuperação para decidir questões relativas à proteção de bens essenciais da devedora, quando objeto de medidas constritivas pelos credores não sujeitos à recuperação.

Ora, se os credores não sujeitos à recuperação são frustrados em suas pretensões nos juízos aos quais originariamente poderiam recorrer à satisfação de seus créditos, também deve ser atribuído ao juízo da recuperação o exame da situação falimentar sem necessidade de ação própria.

Portanto, quer pelo descumprimento do plano de recuperação no tocante às obrigações trabalhistas, quer pela situação falimentar evidenciada pelo passivo trabalhista não sujeito à recuperação composto por créditos líquidos, certos e exigíveis sem que existam bens suficientes para sua satisfação, deve ser decretada a falência da devedora”.

#### **4. Os efeitos perversos do Projeto de Lei nº 1397/2020 (PL 1397)**

O PL 1397, aprovado na Câmara dos Deputados, pretende estabelecer uma moratória de 30 dias para qualquer pessoa jurídica de direito privado sem qualquer exigência. Ou seja, mesmo um empresário não afetado pela pandemia, como um supermercado, poderá deixar de pagar seus credores pelo prazo acima mencionado. Superado o prazo de 30 dias de moratória, o devedor poderá judicializar a crise mediante prova da redução de mais de 30% do seu faturamento. É a chamada negociação preventiva, porém em juízo.

O devedor, quando ingressar em juízo com o pedido de negociação preventiva e tiver o seu pedido deferido, ganhará um prazo de 90 dias de proteção contra os credores – ou seja, nada poderá ser feito contra ele nesse período. É isso mesmo o que o PL 1397 permite! De escritórios de advocacia e de contabilidade, passando por postos de gasolina e restaurantes, até produtores rurais e indústrias, em pouco tempo todos eles poderão usufruir de 120 dias de moratória desde que ingressem em juízo. O PL 1397 incentiva o ingresso dos devedores no Poder Judiciário.

É verdade que o PL 1397 tenta evitar que a Justiça seja sobrecarregada, proibindo qualquer manifestação dos credores acerca do pedido do devedor, mas esta tentativa é

precária. Suponha-se que um credor tenha prova documental de que o devedor suportou redução de apenas 10% do faturamento. Se a negociação preventiva requerida pelo devedor só poderá ser autorizada por um Juiz de Direito, é evidente que o julgador, na sequência, poderá conhecer da alegação de algum credor fundada na inexistência do requisito legal para a concessão do benefício. A norma que se pretende inserir em lei, proibindo o Poder Judiciário de atuar diante da lesão a um direito, é flagrantemente inconstitucional.

Caso o devedor, que já obteve da lei uma moratória por 30 dias e depois a medida judicial de proteção contra os credores por mais 90 dias, ainda não tenha conseguido alcançar um ponto de equilíbrio no estabelecimento de novas condições de pagamento em favor de seus credores, ele poderá ajuizar um pedido de recuperação judicial.

Deferido o processamento do pedido, as medidas dos credores contra o devedor permanecerão suspensas, e, embora a lei atual estabeleça um prazo máximo de 180 dias de suspensão, a jurisprudência que se formou admite a prorrogação do prazo – que chega a superar 400 dias. Com isso, os processos de recuperação judicial nos tempos de pandemia, apenas para que a negociação seja encerrada, tendem a se alongar até 2022, sobrecarregando o Poder Judiciário ainda mais.

## **5. Medidas adotadas no âmbito do Poder Judiciário**

Considerando a importância de se estabelecer tratamento adequado e preventivo aos conflitos empresariais em razão da crise econômica causada pela Covid-19, a Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo adotou duas medidas destinadas a evitar a judicialização dos conflitos, nos termos dos Provimentos nº 11/2020 e 19/2020. Por meio do projeto-piloto instituído pelo segundo provimento, pequenas empresas poderão iniciar negociações coletivas com seus credores com o objetivo de superar a crise de forma mais barata e rápida do que a prevista no processo de recuperação judicial. O procedimento é simplificado: o interessado, preferencialmente assistido por advogado, formulará requerimento pelo e-mail institucional “mediacaoCovid@tjsp.jus.br”. Uma audiência é designada no prazo de até sete dias, com o comparecimento do interessado. Na sequência, prossegue-se com a realização de mediação, com o objetivo de facilitar a negociação do devedor com seus credores e eventual celebração do acordo sem necessidade de recuperação judicial.

## **6. Conclusão**

Os efeitos da pandemia da Covid-19 nos processos de recuperação judicial devem ser objeto de criteriosa análise. A conduta mais prudente consiste em determinar ao administrador judicial, auxiliar do juízo, que apure a real situação econômico-financeira da recuperanda e se há impossibilidade de cumprimento das obrigações previstas no plano em razão das medidas sanitárias de combate à pandemia. Tal conduta foi adotada nas decisões acima mencionadas. A partir da informação prestada pelo administrador judicial, o juiz decide se concede ou não alguma medida de natureza cautelar para proteger a devedora, se a autoriza a apresentar um aditivo ao plano de recuperação judicial ou se decreta a sua falência por descumprimento injustificado do plano.

A pandemia da Covid-19 não justifica as medidas previstas no PL 1397/2020 – como a moratória absoluta por 30 dias, uma negociação preventiva judicializada que

permite a prorrogação da moratória por 90 dias por quem suportou queda da faturamento superior a 30%, e, ainda, o posterior ajuizamento de uma recuperação judicial, incentivando, dessa forma, a judicialização dos conflitos. É preciso ter cautela com proposições legislativas que, apesar de bons propósitos, têm como efeito prático o aumento de demandas judiciais. Em sentido oposto ao da judicialização incentivada pelo PL 1397/2020, a Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo instituiu no projeto de superação da crise empresarial em fase pré-processual, de forma mais rápida e barata, para pequenas empresas – as mais impactadas pela crise da Covid-19.

## Referências

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. *A extensão da competência do juízo da recuperação judicial*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2245048-03.2019.8.26.0000, 2. Agravo de Instrumento – Decisão que convolou recuperação judicial em falência – Inconformismo – Não acolhimento – Remuneração da administradora judicial, fixada em [...]. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 fev. 2020.

## Audiências virtuais: uma visão advocatícia

**Alexandre A. F. Tella<sup>1</sup>**

Advogado, mediador e pesquisador

A crise pandêmica decorrente do coronavírus compeliu o Poder Judiciário a ser rápido, inovador e criativo. Também forçou as Autoridades Judiciais, membros do Ministério Público e Advogados a reverem qualquer aversão pessoal à tecnologia, e ainda a se atualizarem para suprir déficits com habilidades tecnológicas. As práticas adotadas pelos Tribunais fornecem uma visão impressionante das possibilidades de trabalho à distância. Dentre tais costumes, nota-se uma promissora abertura para a realização de audiências virtuais, inclusive sessões de mediação<sup>2</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) divulgou orientações sobre o trabalho remoto. Dentre as instruções, o TJSP elaborou material explicativo sobre as audiências virtuais<sup>3</sup>. Tais audiências estão criando novas possibilidades de atuação, que além de manterem os Tribunais funcionando durante a pandemia, também apresentam promessas para facilitar o acesso à Justiça, além de evitar conflitos iminentes<sup>4</sup> e solucionar as disputas pendentes<sup>5</sup>.

A realização de sessões virtuais pode ser utilizada para atender ao crescimento da demanda, de maneiras que os procedimentos tradicionais não podem. Assim, por necessidade de dar uma resposta aos jurisdicionados frente a uma pandemia sem precedentes, os Tribunais estão adotando mudanças de forma ousada, alinhando os procedimentos judiciais às tecnologias disponíveis, e assim tentam suprir as necessidades daqueles que buscam a Justiça.<sup>6</sup>

Este trabalho foi organizado de forma a apresentar algumas das vantagens da utilização de audiências virtuais. Depois, aponta alguns desafios para a realização dessas sessões. E ao final, sugere regras de conduta para a realização das audiências virtuais, tudo isso sob olhar de um advogado.

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1993), mestrado em Direito Processual Civil pela Universidade Paulista (2004), mestrado em Resolução de Disputas pela Faculdade de Direito da Universidade do Missouri (2017). Atualmente cursa programa de Ph.D. na Faculdade de Educação na Universidade do Missouri, com ênfase em ensino superior e resolução de disputas; também atua como pesquisador assistente no Departamento de Liderança Educacional e Análise de Políticas na Faculdade de Educação da Universidade do Missouri.

<sup>2</sup> Para os efeitos deste trabalho os termos mediação e conciliação serão tratadas como sinônimos, a exemplo da forma como foi disciplinado o assunto no artigo 2.3 da Convenção de Singapura sobre Mediação.

<sup>3</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. SGP 6 – Diretoria de Capacitação Desenvolvimento de Talentos Estenotipia e Novos Projetos, Audiências Virtuais. Sistema Remoto de Trabalho, Sistema remoto de trabalho. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CapacitacaoSistemas/AudienciaVirtualSistemaRemotoTrabalho.pdf?d=1594833830897>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>4</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Provimento CG nº 11/2020.

<sup>5</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ato Normativo NUPEMEC 01/2020.

<sup>6</sup> EMBLEY, P.L., Judicial Perspectives on ODR and Other Virtual Court Processes, *SSRN Electronic Journal*, Nova Iorque: 2020. v. 5, n. 1.

## Vantagens

A expressão “resolução de disputas online (ODR)”, neste artigo, será considerada a aplicação da tecnologia da informação e comunicação à prevenção, gerenciamento e resolução de disputas<sup>7</sup>. O objetivo da utilização da ODR não é afastar-se dos seres humanos, mas tornar mais eficaz a resolução de disputas, e impedir que as dificuldades de acesso a qualquer forma de solução de conflitos mantenham as pessoas em uma situação injusta. É uma percepção errônea pensar que a tecnologia desumanizará as pessoas; simplesmente oferece outros caminhos. Espera-se que aprender sobre as vantagens dessa metodologia convença as partes interessadas a investir no ODR a curto, médio e longo prazo<sup>8</sup>. Portanto, a realização de audiências virtuais pode ser entendida como uma prática, no sentido de se usar a tecnologia para resolver disputas.

Muitos são os benefícios das audiências virtuais. A seguir serão relacionadas algumas das vantagens experimentadas pelo autor e algumas apontadas por Fernando Hoffman<sup>9</sup> em relação às sessões virtuais de mediação, que se adaptam perfeitamente às demais modalidades de audiências virtuais.

- a) *Não paralisação do processo.* Em razão da pandemia, muitas atividades foram interrompidas para garantir o distanciamento social e conseqüentemente tentar evitar o contágio e a disseminação do vírus Covid-19. Num primeiro momento, também houve uma parada por parte do Poder Judiciário, porém tal paralisação poderia ser mais desastrosa ainda para a população pois, num momento tão crítico, os jurisdicionados ficariam desamparados caso precisassem se socorrer do Poder Judiciário. Assim sendo, sessões virtuais pré-processuais de mediação podem evitar conflitos e resolver as contendas que já tramitam perante o Poder Judiciário. E ainda, a realização de audiências virtuais nos casos em que não é possível a solução pacífica da demanda permite a continuidade da tramitação do feito até a decisão judicial.
- b) *Superação de barreiras geográficas.* A utilização de aplicativos de videoconferência possibilita que pessoas que estejam em locais diferentes, distantes, e até mesmo de difícil acesso, possam se aproximar virtualmente e participar da audiência sem a necessidade de deslocamento. Por exemplo, no final de maio de 2020, o Centro de Conciliação e Mediação de Família de São Luís - MA realizou, com sucesso, uma sessão de divórcio por videoconferência, pois uma das partes mora nos Estados Unidos<sup>10</sup>.
- c) *Acessibilidade.* A utilização de aplicativos de videoconferência pode facilitar o acesso à Justiça aos portadores de necessidades especiais. Por exemplo, o aplicativo Google Meet permite a criação de legendas instantâneas, a possibilidade ao usuário surdo ou com deficiência auditiva da leitura em tempo real daquilo

<sup>7</sup> KATSH, Ethan; RULE, Colin, What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution, *South Carolina Law Review*, South Carolina: 2007. v. 67, p. 329-344.

<sup>8</sup> PHILIPPE, Mirèze, What Does It Take to Bring Justice Online?, *International Journal of Online Dispute Resolution*, Haia: 2020. v. 6, n. 2, p. 183-192.

<sup>9</sup> HOFFMANN, Fernando. *Como se preparar para conduzir mediações por videoconferência*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-24/fernando-hoffmannmediacoes-videoconferencia> . Acesso em: 7 ago. 2020.

<sup>10</sup> O MARANHENSE. Centro de Conciliação de Família de São Luís realiza primeira videoconferência internacional. *Giro de Notícias*. Acesso em: 17 ago 2020.

- que a outra parte estiver falando. O referido aplicativo também viabiliza que o usuário com dificuldade visual use recursos para dar zoom na tela e alterar as cores para facilitar a visualização<sup>11</sup>. As audiências virtuais também evitam o deslocamento de portadores de necessidades especiais, que muito embora tenham proteção legal para garantir acesso a transporte e a prédios públicos, na prática, nem sempre acontece.
- d) *Economia*. Com a realização de sessões virtuais, ocorre a diminuição de gastos, pois não se faz necessário deslocamento das partes, dos advogados, nem das testemunhas, evitando, assim, despesas com transporte, alimentação, hospedagem, etc.
  - e) *Distanciamento social*. Em tempos de pandemia, se faz necessário o distanciamento social para evitar tanto o contágio, quanto a disseminação do coronavírus. A realização de audiência virtual permite o regular andamento do processo e ainda garante o afastamento das pessoas.
  - f) *Empoderamento da parte*. O distanciamento dos participantes da sessão empodera a parte e equilibra o poder, caso haja desequilíbrio dessa natureza entre elas. Por exemplo, em um caso de violência doméstica, a vítima não terá contato direto com a parte.
  - g) *Melhor aproveitamento do tempo*. Sem a necessidade de deslocamento, os advogados, as partes e as testemunhas não precisam se deslocar de um local para o outro, evitando a perda de tempo com a locomoção, trânsito e estacionamento.
  - h) *Ampliação e facilitação do acesso à Justiça*. A possibilidade de se praticar atos processuais de forma virtual facilita o acesso à Justiça, assim considerada, em sentido amplo, como por exemplo, mediação pré-processual, mediação tanto extrajudicial quanto judicial.

## Desafios

Apesar das audiências virtuais trazerem muitas vantagens, elas também trazem alguns desafios para o Poder Judiciário, advogados, partes e testemunhas.

- a) *Acesso à internet*. Segundo estudo divulgado em 2019, no Brasil, 74% da população estava conectada à internet. Na zona rural eram apenas 53%, e somente 57% da população compreendida pelas classes sociais D e tinha acesso à internet<sup>12</sup>. Além do grande número de pessoas sem acesso à rede, outro dado que também chama a atenção é o fato de 41,6% das pessoas com acesso à internet não o fazerem por não saberem como usá-la, 34,6% não têm interesse e 11,8% acham o serviço caro<sup>13</sup>. Portanto, apesar das audiências virtuais eliminarem

<sup>11</sup> GOOGLE. Google Meet accessibility. Google Meet Help. Disponível em: <https://support.google.com/meet/answer/7313544?hl=en>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>12</sup> LAVADO, Thiago, Pela primeira vez, mais da metade da zona rural e classes mais baixas têm acesso à internet, diz pesquisa. *G1 - Economia*. Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/26/tres-em-cada-quatro-brasileiros-tem-acesso-a-internet-e-mais-da-metade-das-classes-baixas-esta-conectada-aponta-pesquisa.ghtml?utm\\_source=push&utm\\_medium=app&utm\\_campaign=pushg1](https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/26/tres-em-cada-quatro-brasileiros-tem-acesso-a-internet-e-mais-da-metade-das-classes-baixas-esta-conectada-aponta-pesquisa.ghtml?utm_source=push&utm_medium=app&utm_campaign=pushg1). Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>13</sup> SILVEIRA, Daniel. Em 2018, quase 46 milhões de brasileiros ainda não tinham acesso à internet, aponta IBGE. *G1 - Economia*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/04/29/>

- barreiras geográficas, em parte da população carente há falta de educação a respeito do uso da internet, e alguns daqueles que moram em zona rural estão privados de tal vantagem. Assim, o grande desafio é educar a população para o uso da internet, ampliar o acesso para a população mais vulnerável e para aqueles que moram nos locais mais distantes dos grandes centros.
- b) *Acesso a equipamentos tecnológicos que permitam a participação em audiências virtuais.* Outro desafio é a dificuldade de acesso a equipamentos tecnológicos. Apesar do crescente número de pessoas com acesso a computadores e a telefones celulares, muitos ainda não dispõem de tais equipamentos. Conforme estudo realizado pelo IBGE em 2018, 5,7% da população brasileira acha caro o aparelho de acesso à internet, e ainda apenas 41,7% da população tinha computador, 12,5% tinham tablete, e 88,5% dispunham de telefone celular para uso pessoal com acesso à internet<sup>14</sup>. Portanto, para que realmente possa ser garantido acesso à Justiça, o acesso a equipamentos tecnológicos deve ser ampliado, seja pela facilitação de aquisição de tais equipamentos ou pela criação de locais onde a população possa ter acesso a eles, tais como prédios públicos, defensorias, OAB, etc.
- c) *Confiança.* Para as partes e testemunhas, o ambiente judicial já pode ser um motivo de desconfiança, uma vez que não faz parte da sua rotina diária. O ambiente virtual pode agravar ainda mais essa situação. Uma das formas de se construir confiança com as partes e testemunhas é orientá-las sobre o que esperar da audiência virtual e de como ela se realizará. Se as partes e testemunhas receberem orientação, logo se sentirão seguras e confiantes para prosseguir no procedimento, pois uma das formas de se construir confiança num ambiente virtual é por meio de informação, ou seja, se as partes tiverem conhecimento do que vai acontecer, elas confiarão no processo<sup>15</sup>.
- d) *Emoções.* Com a realização de audiências virtuais, a percepção de emoções pode ser perdida, dado o distanciamento das partes. Tal desafio é maior ainda nas sessões de mediação. Hoje já existem equipamentos que conseguem identificar sentimentos e emoções<sup>16</sup>, mas acredita-se que não seja necessário o uso de tais recursos. Agora, basta combinar com as partes que elas podem expressar sentimentos, seja por gestos, por chat ou até mesmo com a utilização de *emojis* disponíveis em aplicativos de videoconferência.
- e) *Empoderamento da parte.* A distância gerada pelas audiências virtuais pode empoderar a parte e acabar gerando uma menor resistência para manter a disciplina e o respeito. Para enfrentar tal desafio, cabe ao advogado orientar seus clientes e as testemunhas a respeito da obrigatoriedade de agir com urbanidade durante a sessão virtual. Também cabe à autoridade exercer o poder de polícia na condução da sessão, utilizando-se, inclusive, das ferramentas disponíveis para silenciar o microfone, bloquear vídeo, separar aquele que não se comportar adequadamente em salas privadas.

em-2018-quase-46-milhoes-de-brasileiros-ainda-nao-tinham-acesso-a-internet-aponta-ibge.ghtml . Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> EBNER, Noam. *ODR and interpersonal trust*. In: *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*. Haia, Portland: Eleven International Publishing, 2012. n. 667, p. 203-236.

<sup>16</sup> INDUSTRYWIRE. *Devices Can Now Know Your Feelings with Empathetic Technology*. Disponível em: <https://industrywired.com/devices-can-now-know-your-feelings-with-empathetic-technology/> . Acesso em: 17 jul. 2020.

- f) *Conhecimento e utilização de plataformas tecnológicas.* A falta de educação a respeito do conhecimento e da utilização das plataformas de videoconferência são desafios para a boa realização desta. Tal dificuldade pode ser enfrentada com o fornecimento de material escrito e vídeos orientando a respeito do uso do aplicativo. A realização de teste/simulação antes da sessão virtual pode ser um elemento que supera tal desafio.
- g) *Instabilidade de acesso à rede mundial de computadores.* Infelizmente no Brasil, a instabilidade de acesso à internet ainda é um desafio. Uma das formas de enfrentar esse problema é combinar com todos os participantes da sessão virtual uma alternativa em caso de instabilidade da rede. Podem ser combinadas outras formas de continuidade da sessão, como por exemplo, continuidade dos trabalhos sem utilização de imagem, por meio de mensagem de textos, de ligação telefônica, ou até mesmo de agendamento de uma data predeterminada para a continuidade da sessão em data posterior, caso não seja possível a conexão.

### Sugestões

Além das regras já estipuladas pelos Tribunais, algumas sugestões se fazem pertinentes para sobrepor os desafios supracitados, bem como para o sucesso da audiência virtual.

- a) *Etiqueta online.* Para que a sessão possa ocorrer, com urbanidade, da mesma forma que a presencial, a seguir são apresentadas algumas regras de etiqueta online que deverão ser observadas por todos aqueles envolvidos na realização da sessão virtual. A Câmara Internacional de Comércio (CCI) elaborou Nota de Medidas de Mitigação dos Efeitos do Covid-19<sup>17</sup>, que se adaptadas, podem ser aplicadas para a realização de sessões virtuais:

- a. identificar os participantes;
- b. abster-se de interromper quem estiver se manifestando, podendo usar gestos para pedir a palavra ou até mesmo “levantar a mão virtualmente”;
- c. usar, de maneira razoável e responsável, os recursos da videoconferência, evitando assim distrações, interrupções, durante a realização da sessão;
- d. evitar o uso de equipamentos que interfiram na conexão;
- e. não gravar, sem a devida autorização, a realização da sessão;
- f. evitar procrastinação e desperdício de tempo durante a audiência;
- g. silenciar os microfones enquanto não estiver falando;
- h. orientar e requerer que os participantes trazidos por qualquer uma das partes para a audiência respeitem as mesmas regras;
- i. adotar as providências necessárias para garantir a normal realização e a eficiência procedimental da sessão;

<sup>17</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Nota de Medidas de Mitigação dos Efeitos do COVID-19 da Corte da CCI. Paris: ICC, 2020. p. 1-15.

- j. assumir o compromisso de que ninguém mais está presente no ambiente ou escutando a sessão<sup>18</sup>, sem a devida identificação da pessoa e autorização da autoridade e das partes.
- b) *Material informativo*. Nem todos os usuários estão familiarizados com a utilização de ferramentas tecnológicas. Para facilitar o uso, é crucial a elaboração de textos e vídeos educacionais que ensinem os usuários a lidar tanto com hardware quanto com software<sup>19</sup>. Como exemplo, pode ser citado que o TJSP já adotou tal providência<sup>20</sup>. O provimento da educação, além de gerar inclusão, facilita a realização das sessões virtuais.
- c) *Testes*. O Tribunal de Justiça de São Paulo também adotou tal prática, sob a denominação de “reuniões teste”. A realização de simulações também permite que os usuários não familiarizados com os equipamentos e aplicativos possam se habituar e assim prepará-los para a realização das sessões, reduzindo a chance de falhas e mitigando o estresse na participação da sessão e na utilização de ferramentas tecnológicas. A CCI também sugere a realização de simulações para testar a conexão, streaming<sup>21</sup>, e trazer familiaridade com hardware e software para o usuário daquele instrumento antes da sessão.
- d) *Boas práticas*. Com a rápida mudança para o ambiente virtual, nem todos os usuários estavam preparados nem familiarizados para atuar nesse espaço. Hoje já é possível encontrar vasto material orientando a respeito de boas práticas em videoconferência. A seguir, encontra-se uma compilação de algumas sugestões encontradas em websites<sup>22 23 24 25</sup> além das decorrentes de experiência pessoal.
- a. *Pontualidade*. Assim como nas sessões presenciais, a pontualidade também deve ser respeitada nas sessões virtuais. Portanto, os participantes devem se conectar com antecedência para que possam preparar e testar tanto o som quanto o vídeo antes do início da sessão. O ideal é que o participante, minutos antes do início da sessão, já esteja conectado e dentro da sala de videoconferência. Agindo dessa forma, evita-se que o encontro atrase, seja pela impropriedade ou por falhas nos equipamentos.
- b. *Ambiente ao redor do participante*. É recomendável que cada um dos participantes se certifique de que o ambiente ao seu redor esteja organizado, de

---

<sup>18</sup> EMBLEY. Judicial Perspectives on ODR and Other Virtual Court Processes.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Capacitação e Competências, Como fazer na prática*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/CapacitacaoSistemas/CapacitacaoSistemas/ComoFazer>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>21</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC), Nota de Medidas de Mitigação dos Efeitos do Covid-19 da Corte da CCI.

<sup>22</sup> EQUIPE ELOS. *Boas práticas na videoconferência*. À Moda da casa. In: Elos Blog. Disponível em: <https://blog.elos.vc/boas-praticas-na-videoconferencia/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>23</sup> EDUARDO, Marcio. *Boas práticas em reuniões remotas, utilizando videoconferências*. Medium. Disponível em: <https://medium.com/@marcio.sosie/boas-praticas-em-reunioes-remotas-utilizando-videoconferencias-6b0683d1937e>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>24</sup> AQUA. *Boas práticas para vender por videoconferências*. Aqua Blog. Disponível em: <https://blog.aqua.com.br/boas-praticas-videoconferencias/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>25</sup> SUPREME COURT OF FLORIDA. *Best practices: Facilitating remote appearance technology for the court and the litigants in the domestic relations divisions*. Disponível em: <https://www.ninthcircuit.org/sites/default/files/BEST-PRACTICES.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

modo que não haja distrações nem poluição visual. Deve-se ter o cuidado de excluir elementos inapropriados à seriedade da sessão que apareçam no fundo, tais como objetos íntimos, elementos que possam causar constrangimento aos outros participantes. Em se tratando de *ambientes virtuais*, a escolha do fundo deve ser feita de forma compatível com a solenidade da sessão<sup>26</sup>.

Além do cuidado na escolha do ambiente, o participante também deve adotar as providências necessárias, para evitar a presença de outras pessoas na sala<sup>27</sup>, a circulação de pessoas no fundo<sup>28</sup>, e para que a câmera não esteja captando imagens de uma janela, pois tudo isso tira a concentração e pode atrapalhar a realização da sessão.

c. **Imagem.** Antes do início da sessão, o participante deve testar a câmera. É preciso certificar-se de que ela esteja funcionando adequadamente, habilitada e desbloqueada<sup>29</sup>, e com as lentes limpas. Além do funcionamento apropriado da câmera, o participante também deve se preocupar com o enquadramento. A melhor posição da câmera é de frente para o participante e o ideal é que ele esteja enquadrado no centro da tela. Se isso não for possível, deve-se dar preferência para uma leve inclinação de cima para baixo, evitando a posição de baixo para cima para evitar distorções. A distância entre o participante e a câmera deve permitir que esse ocupe uma boa parte da área capturada, exibindo-o dos ombros para cima. A parte superior da cabeça pode ficar de fora do centro para que se possa aproximar mais a imagem e dar destaque aos olhos e às expressões faciais.

Outro principal aspecto a ser observado é a iluminação. Sempre que possível, deve ser aproveitada a luz natural. O efeito preferido é aquele cuja fonte de iluminação vem da frente do rosto com uma luz mais suave, que não cause sombras, de trás da câmera.

d. **Áudio.** O microfone também é um equipamento essencial para o sucesso da sessão virtual, pois é o responsável pela captação e transmissão do áudio. Antes do começo da sessão, o participante deve testar e avaliar o som emitido, ajustando o volume, se necessário, e a posição do microfone.

Se possível, recomenda-se usar microfones que captam som localizado, pois os microfones que captam som ambiente prejudicam a qualidade da comunicação, uma vez que reproduzem ruídos que poluem o som da sala virtual.

O participante também deve ficar atento para ativar o seu microfone somente quando estiver falando, desativando-o em seguida, para evitar a sobreposição de sons e prejudicar a compreensão de quem está falando. Além disso, o participante deve evitar as ações que geram ruídos, como por exemplo, ficar clicando a caneta, batucando na mesa, respondendo “ok” a cada frase, etc.

<sup>26</sup> TILT. Sem querer, ministro do STJ participa de sessão online com fundo de tubarão. Curiosidades da Tecnologia. In: Tilt: o canal sobre tecnologia da UOL. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/05/06/sem-querer-ministro-do-stj-participa-de-sessao-online-com-fundo-de-tubarao.htm> . Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>27</sup> BARNES, Sara. *Husband Keeps Hilariously Photobombing Wife's Zoom Meetings Dressed in Silly Costumes*. Home/Funny. In: My Modern Met. Disponível em: <https://mymodernmet.com/zoom-photobombing-husband/> . Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>28</sup> BBC NEWS. *Children interrupt BBC News interview - BBC News*. BBC News. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Mh4f9AYRCZY> . Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>29</sup> MOREIRA, Eduardo. *Cinco métodos para desabilitar a webcam e melhorar a segurança*. Target HD. Disponível em: <https://www.targethd.net/cinco-metodos-para-desabilitar-a-webcam-e-melhorar-a-seguranca/> . Acesso em: 17 jul. 2020.

Deve também desligar o microfone quando não estiver falando. O volume do celular, do tablete ou do computador também deve ser ajustado para evitar microfônias ou reverberações.

Além do mais, o participante deve esperar a sua vez para se manifestar, evitando interromper os outros. Caso haja a necessidade de fazer uma observação pontual sobre algo que está sendo dito, pode-se utilizar gestos ou outros recursos como o chat ou *emoji*.

e. *Postura*. O fato de o participante não estar fisicamente num fórum não o desobriga de respeitar a liturgia do ato. Inicialmente, deve ter em mente que outras pessoas estarão observando-o. Via de regra, os aplicativos de videoconferência possibilitam que muitos participantes estejam simultaneamente presentes na mesma tela, então é importante ter consciência de que se está sendo constantemente observado por todos. É imprescindível demonstrar atenção ao que está sendo dito e evitar esboçar reações de descontentamento e desprezo.

Não se deve fazer nenhuma outra atividade enquanto outros participantes estiverem falando, como por exemplo, mexer no telefone celular, trocar de tela para ver e-mails, acessar outros sites. Embora os participantes não tenham acesso à tela dos aparelhos dos outros membros, salvo se ela estiver sendo compartilhada, é possível perceber se o participante não está prestando atenção àquilo que está sendo dito.

É necessário falar naturalmente, em uma velocidade normal e com boa entonação. Outra orientação constitui-se em olhar para a câmera, de modo que os demais tenham a sensação de que o participante está se dirigindo diretamente para eles. Deve-se evitar movimentos bruscos, permanecer com uma postura firme e realizar movimentos suaves, para evitar que ocorram distorções na tela, ainda mais se o usuário do aparelho estiver usando *função virtual*.

É preciso respeitar o *dress code*<sup>30</sup>. Ainda, o participante deve dar preferência a roupas com cores neutras e lisas, sem muitos detalhes nem estampas geométricas.

f. *Compartilhamento de tela*. Tal ferramenta pode ser muito útil para o sucesso da sessão, caso haja a necessidade de mostrar algo que esteja num computador ou na rede mundial de dados, e desde que disponibilizada pelo aplicativo de videoconferência, autorizada pela autoridade que preside a sessão e utilizada adequadamente.

Caso seja deferida a utilização de tal ferramenta, o participante deve estar pronto para usá-la de forma correta. Ter muito cuidado com o que está sendo apresentado é imprescindível. O compartilhamento de uma única tela de cada vez evita o compartilhamento de todo o conteúdo do computador. Outra recomendação é a cautela para compartilhar a tela correta, quando o usuário estiver trabalhando com múltiplas telas, evitando assim que imagens inadequadas ou mesmo informações confidenciais sejam equivocadamente divulgadas a todos os participantes da sessão.

---

<sup>30</sup> BONIN, Robson. “Sou o maior defensor da liturgia”, diz Marco Aurelio sobre camisa polo. Radar. In: *Veja*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/sou-o-maior-defensor-da-liturgia-diz-marco-aurelio-sobre-camisa-polo/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

## Conclusão

Colin Rule, em 2015, anteviu o futuro e mencionou que o campo de resolução de disputas está sendo transformado pela tecnologia, e a única incerteza que resta é se essa transformação levará um, dois, cinco ou dez anos para ocorrer completamente, e se as previsões dele estiverem corretas, a resolução *online* de problemas se tornará o novo normal<sup>31</sup>. Com o advento da pandemia, esse tempo foi reduzido. Num primeiro momento, houve relutância de várias partes interessadas em adotar a tecnologia, em decorrência do desconhecimento do método e da falta de confiança nele, o que é errado. Os tomadores de decisão não devem ser observadores, devem tomar iniciativas ousadas e inovadoras<sup>32</sup>, caso contrário, essa pandemia apenas fez sofrer e não deixou nada de positivo.

## Referências

- AQUA. *Boas práticas para vender por videoconferências*. Aqua Blog. Disponível em: <https://blog.aqua.com.br/boas-praticas-videoconferencias/>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- BARNES, Sara. *Husband Keeps Hilariously Photobombing Wife's Zoom Meetings Dressed in Silly Costumes*. Home/Funny. In: My Modern Met. Disponível em: <https://mymodernmet.com/zoom-photobombing-husband/>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- BBC NEWS. Children interrupt BBC News interview - BBC News. BBC News. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Mh4f9AYRCZY>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- BONIN, Robson. “Sou o maior defensor da liturgia”, diz Marco Aurelio sobre camisa polo. Radar. In: Veja. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/sou-o-maior-defensor-da-liturgia-diz-marco-aurelio-sobre-camisa-polo/>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- COURT OF FLORIDA. *Best practices: Facilitating remote appearance technology for the court and the litigants in the domestic relations divisions*. Disponível em: <https://www.ninthcircuit.org/sites/default/files/BEST-PRACTICES.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- EBNER, Noam. *ODR and interpersonal trust*. In: Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution. Haia, Portland: Eleven International Publishing, 2012. n. 667, p. 203-236.
- EDUARDO, Marcio. *Boas práticas em reuniões remotas, utilizando videoconferências*. Medium. Disponível em: <https://medium.com/@marcio.sosie/boas-praticas-em-reunioes-remotas-utilizando-videoconferencias-6b0683d1937e>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- EMBLEY, P.L.. Judicial Perspectives on ODR and Other Virtual Court Processes, *SSRN Electronic Journal*, Nova Iorque: 2020. v. 5, n. 1.
- EQUIPE ELOS. *Boas práticas na videoconferência*. À Moda da casa. In: Elos Blog. Disponível em: <https://blog.elos.vc/boas-praticas-na-videoconferencia/>. Acesso em: 17 jul. 2020..
- GOOGLE. Google Meet accessibility. Google Meet Help. Disponível em: <https://support.google.com/meet/answer/7313544?hl=en>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>31</sup> RULE, Colin, Technology and the Future of Dispute Resolution. *Dispute Resolution Magazine*, Chicago: 2015. p. 4-7.

<sup>32</sup> PHILIPPE, Mirèze. What Does It Take to Bring Justice Online? *International Journal of Online Dispute Resolution*, Haia: 2020. v. 6, n. 2, p. 183–192.

HOFFMANN, Fernando. *Como se preparar para conduzir mediações por videoconferência*. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-24/fernando-hoffmannmediacoes-videoconferencia>. Acesso em: 7 ago. 2020.

INDUSTRYWIRE. *Devices Can Now Know Your Feelings with Empathetic Technology*. Devices. Disponível em: <https://industrywired.com/devices-can-now-know-your-feelings-with-empathetic-technology/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Nota de Medidas de Mitigação dos Efeitos do Covid-19 da Corte da CCI. Paris: ICC, 2020. p. 1-15.

KATSH, Ethan; RULE, Colin, What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution, *South Carolina Law Review*, South Carolina: 2007. v. 67, p. 329-344.

LAVADO, Thiago. Pela primeira vez, mais da metade da zona rural e classes mais baixas têm acesso à internet, diz pesquisa. *G1 - Economia*. Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/26/tres-em-cada-quatro-brasileiros-tem-acesso-a-internet-e-mais-da-metade-das-classes-baixas-esta-conectada-aponta-Pesquisa.ghtml?utm\\_source=push&utm\\_medium=app&utm\\_campaign=pushg1](https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/26/tres-em-cada-quatro-brasileiros-tem-acesso-a-internet-e-mais-da-metade-das-classes-baixas-esta-conectada-aponta-Pesquisa.ghtml?utm_source=push&utm_medium=app&utm_campaign=pushg1). Acesso em: 17 jul. 2020.

MOREIRA, Eduardo. *Cinco métodos para desabilitar a webcam e melhorar a segurança*. Target HD. Disponível em: <https://www.targethd.net/cinco-metodos-para-desabilitar-a-webcam-e-melhorar-a-seguranca/>. Acesso em: 17 jul. 2020.

O MARANHENSE. Centro de Conciliação de Família de São Luís realiza primeira videoconferência internacional. *Giro de Notícias*. Acesso em: 17 ago 2020.

PHILIPPE, Mirèze. What Does It Take to Bring Justice Online? *International Journal of Online Dispute Resolution*, Haia: 2020. v. 6, n. 2, p. 183–192.

RULE, Colin. Technology and the Future of Dispute Resolution. *Dispute Resolution Magazine*, Chicago: 2015. p. 4-7.

SILVEIRA, Daniel. Em 2018, quase 46 milhões de brasileiros ainda não tinham acesso à internet, aponta IBGE. *G1 - Economia*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/04/29/em-2018-quase-46-milhoes-de-brasileiros-ainda-nao-tenham-acesso-a-internet-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 17 jul. 2020.

TILT. Sem querer, ministro do STJ participa de sessão online com fundo de tubarão. *Curiosidades da Tecnologia*. In: Tilt: o canal sobre tecnologia da UOL. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/05/06/sem-querer-ministro-do-stj-participa-de-sessao-online-com-fundo-de-tubarao.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. SGP 6 – Diretoria de Capacitação Desenvolvimento de Talentos Estenotipia e Novos Projetos, Audiências Virtuais. Sistema Remoto de Trabalho, Sistema remoto de trabalho. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CapacitacaoSistemas/AudienciaVirtualSistemaRemotoTrabalho.pdf?d=1594833830897>. Acesso em: 17 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Capacitação e Competências. Como fazer na prática*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/CapacitacaoSistemas/CapacitacaoSistemas/ComoFazer>. Acesso em: 17 jul. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Provimento CG nº 11/2020.

# Mediação e conciliação on-line, vulnerabilidade cibernética e destaques do ato normativo nº 1/2020 do NUPEMEC/SP

*Fernanda Tartuce*<sup>1</sup>  
Advogada e mediadora

*Débora Brandão*<sup>2</sup>  
Advogada e mediadora

**Sumário:** 1. Relevância do tema; 2. Vulnerabilidade cibernética (digital); 3. Notas sobre o ato normativo do NUPEMEC/SP nº 01/2020; 3.1. Contexto e normas relevantes; 3.2. Ajustes e esclarecimentos sobre condições adequadas para o diálogo on-line; 3.3. A importância da comunicação não verbal em mediações e conciliações e a rudeza do espaço virtual. Conclusões. Bibliografia.

## 1. Relevância do tema

A comunicação por meios eletrônicos precisou ser significativamente intensificada nos últimos tempos por força das restrições pandêmicas sobre os deslocamentos geográficos.

Apesar da noção de praticidade que a via digital sugere, sua verificação prática envolve diversos fatores que precisam funcionar simultaneamente de forma apropriada. Como basta haver o comprometimento de um aspecto para inviabilizar a comunicação eficiente, contratempos e dificuldades relacionadas à estabilidade da rede de energia e à conectividade podem atrapalhar o fluxo de dados e informações. Para piorar, a vulnerabilidade cibernética pode ferir de morte o acesso à justiça.

Além disso, é preciso considerar as perdas decorrentes da impossibilidade de leitura da comunicação não verbal.

Tais temas serão analisados considerando o teor do ato normativo do NUPEMEC/SP nº 01/2020, conjunto de regras publicado em 26/06/2020 para endereçar questões importantes sobre o assunto no contexto pandêmico verificado a partir de março de 2020.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora do programa de Mestrado e Doutorado da FADISP. Coordenadora e Professora em cursos de especialização na Escola Paulista de Direito (EPD). Presidente da Comissão de Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Diretora do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Vice-Presidente da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Doutora e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Coordenadora e Professora do curso de especialização em Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Professora nos cursos de especialização na Escola Paulista de Direito (EPD). Supervisora acadêmica e professora no curso de especialização em Direito de Família e Sucessões da Escola Brasileira de Direito (EBRADI).

## 2. Vulnerabilidade cibernética (digital)

A vivência na sociedade da informação<sup>3</sup> enseja desafios subjacentes ao novo contexto de emprego de meios tecnológicos.<sup>4</sup>

Como bem destaca Antonio Limongi França (1997): “a informática é a parte da cibernética que estuda os sistemas dinâmicos determinados, com vistas à sua execução em um computador eletrônico, estudando também o modo pelo qual o computador irá processá-los”.<sup>5</sup>

Na seara processual a informatização tem sido depositária de grande esperança para o alcance da tão almejada celeridade na prestação jurisdicional.<sup>6</sup> Há tempos vem-se preconizando que, para otimizar a prática forense, é essencial que “os ritos procedimentais sejam constantemente adaptados e que se tornem sensíveis ao progresso científico contemporâneo para melhor adequar-se à realidade vivenciada na época de sua aplicação”.<sup>7</sup>

É necessário frisar que a informatização não é a panaceia para os problemas: há uma série de fatores estruturais profundos a serem considerados em conjunto.<sup>8</sup> Ademais, se por um lado a informatização enseja a chance histórica de realizar direitos da cidadania atinentes à liberdade de informação e expressão, por outro ela pode agravar, dentre outras problemáticas, a desigualdade social no que tange ao acesso a dados em relação a “inforricos” e “infopobres”.<sup>9</sup>

A questão não se resolve apenas pela consideração da hipossuficiência, embora naturalmente a falta de recursos enseje limitações na seara da informática.<sup>10</sup>

Em abril de 2020, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua TIC), com os dados consolidados referentes ao ano de 2018.

Dados do último trimestre de 2018 demonstram que 25,3% da população não tem acesso à internet, o que em números absolutos representa cerca de 46 milhões pessoas.

<sup>3</sup> “A expressão ‘sociedade da informação’ passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de ‘sociedade pós-industrial’ e como forma de transmitir o conteúdo específico do ‘novo paradigma técnico-econômico’” ( WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2Q7RXSg>. Acesso em: 8 jul. 2020).

<sup>4</sup> TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 215.

<sup>5</sup> FRANÇA, Antônio de S. Limongi. Cibernética jurídica. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 14, p. 95-96.

<sup>6</sup> TARTUCE, op. cit.

<sup>7</sup> BARROS, Marco Antonio de. Arquitetura Preambular do Processo Judicial Eletrônico. *Revista Dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 427-460, 2009, p. 431.

<sup>8</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Considerações de um troglodita sobre o processo eletrônico. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (coord.). *Processo civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 98.

<sup>9</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 31. Como outros problemas, a autora aponta a violação das garantias de privacidade e a perda de segurança nas transações entabuladas.

<sup>10</sup> “A exclusão social e a exclusão digital são mutuamente causa e consequência. Cidadãos que se enquadram em um ou mais tipos de exclusão social vistos anteriormente, podem ser inibidos de acompanharem a evolução tecnológica, passando a condição de integrantes da exclusão digital. Em contrapartida, cidadãos excluídos digitalmente por falta de empenho ou por opção própria, passam a fazer parte de um ou mais tipos de exclusão social” (ALMEIDA, Lília Bilati de; PAULA, Luiza Gonçalves de. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. *Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação/Journal of Information Systems and Technology Management*. v. 2, n. 1, p. 55-67, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3j1LS66>. Acesso em: 8 jul. 2020).

A falta de acesso em áreas rurais chega a 53,5%, enquanto em áreas urbanas é de 20,6%; portanto, a questão não é simplesmente ligada à hipossuficiência econômica, já que a infraestrutura para o acesso é fato merecedor de atenção.

Há que se considerar a falta de oferta de serviço de internet: ainda que o consumidor queira contratar o serviço, este não está disponível na região por ele habitada – problema exacerbado na Região Norte do país, onde a porcentagem de desconectados chega a 13,8%<sup>11</sup>.

Diante do fenômeno da exclusão digital, muitas dificuldades poderão se impor não só à pessoa desprovida de computador e aparatos adjacentes, mas também a quem, apesar de dispor desses equipamentos, revela dificuldade de os manipular.<sup>12,13</sup>

A situação apontada pode se verificar não só em relação aos litigantes, mas também aos seus advogados. Em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.880/DF)<sup>14</sup> contra diversos dispositivos da Lei de Informatização do Processo Judicial, a OAB alegou que nem todos os causídicos tinham à época recursos para adquirir o aparato essencial à tramitação digital, o que poderia afetar negativamente o direito de defesa.

A ADI 3.880/DF foi finalmente julgada em sessão plenária virtual no período de 14 a 20/02/2020 para declarar a constitucionalidade dos artigos impugnados da Lei 11.419/2006, nos termos do voto do relator Ministro Edson Fachin. Para o Supremo Tribunal Federal, a informatização do processo judicial não viola a isonomia ante a eventual limitação de advogados e da própria população aos recursos tecnológicos, porque “a própria lei contestada preocupou-se em prescrever que os órgãos do Judiciário deverão estar equipados para possibilitar o acesso à internet por interessados em seu art. 10, § 3º (hoje ampliada pela regra do art. 198 do CPC)”.<sup>15</sup>

Para o STF, cabe ao legislador regular o funcionamento do processo eletrônico “viabilizando o pleno exercício de todo e qualquer direito constitucional, incluindo-se o acesso à Justiça daqueles que não detêm acesso à internet”.<sup>16</sup>

Outras situações devem ser pensadas e equacionadas: como um demandante sem advogado e desprovido de acesso adequado ao sistema eletrônico, com processo pendente em Juizados Especiais completamente informatizados, poderá ter acesso às informações sobre a tramitação do feito?

<sup>11</sup> Agência Brasil informa que “Em relação à renda, nas casas onde havia acesso à internet, o rendimento médio por pessoa era de R\$ 1.769, quase o dobro do rendimento nas casas daqueles que não acessavam a rede, que era de R\$ 940.” (TOKARNIA, Mariana. Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa. *Agência Brasil*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3j3eCLN>. Acesso em: 15 jul. 2020).

<sup>12</sup> TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 215. A ocorrência da exclusão digital pode ser considerada por diferenciados ângulos, incluindo tanto o fato de não ter um computador como não saber utilizá-lo, faltando “conhecimento mínimo para manipular a tecnologia com a qual convive-se no dia-a-dia” (ALMEIDA, op. cit.).

<sup>13</sup> Segundo o Pnad Contínua TIC, 41,6% das pessoas que não têm acesso à internet alegam não saber usá-la; 34,6% sustentam não ter interesse; 11,8% invocam o preço do serviço como motivo para o não consumo; e, por fim, 5,7%, afirmam que não possuem o equipamento necessário para a navegação. TOKARNIA, Mariana. Op. cit.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.880. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. *Portal STF*, Brasília, DF, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YnZj8L>. Acesso em: 8 jul. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.880. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. *Portal STF*, Brasília: 21 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YnZj8L>. Acesso em: 8 jul. 2020. p. 416.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.880. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. *Portal STF*, Brasília: 21 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YnZj8L>. Acesso em: 8 jul. 2020. p. 419.

Caso os autos tivessem uma base física, ele poderia consultá-los em visita ao fórum, mas sendo seu formato exclusivamente digital esse tipo de contato não será viável. Em atenção à maior comodidade do Poder Judiciário, o acesso às informações pelo jurisdicionado não pode simplesmente ser suprimido; assim, ante a informatização, é essencial que nos fóruns haja terminais não só para a distribuição de peças processuais,<sup>17</sup> mas também para acesso ao teor das informações com a orientação de um funcionário apto a atender quem não saiba lidar com o aparato tecnológico.<sup>18</sup>

Nesse sentido, bem destaca o CPC/2015 no inovador art. 198 em que “as unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes”.

É sempre pertinente lembrar que a motivação para a promulgação da Lei de Informatização do Processo Judicial (em 2006) foi viabilizar a ampliação do acesso à justiça, a racionalização e a eficiência na prestação jurisdicional colaborando para sua razoável duração; em toda e qualquer situação-limite em que o jurisdicionado tenha negada uma dessas premissas a interpretação deverá ser favorável ao fornecimento de novas oportunidades de atuação a partir da remoção dos obstáculos informáticos.<sup>19</sup>

A isonomia precisa sempre ser lembrada como pauta obrigatória pela magistratura, que deve ser sensível à árdua realidade brasileira marcada por dificuldades estruturais que comprometem a atuação justamente dos mais necessitados.<sup>20</sup>

### 3. Notas sobre o ato normativo do NUPEMEC/SP nº 01/2020

#### 3.1 Contexto e normas relevantes

A utilização de meios eletrônicos de resolução de conflitos como plataformas públicas de conciliação e mediação on-line tem sido incentivada pelo Poder Judiciário brasileiro tanto em fases pré-processuais como no curso de processos judiciais. Há atualmente plataformas (tanto públicas como privadas) que atuam na autocomposição de conflitos favorecendo negociações. Entre as plataformas públicas mais conhecidas, destacam-se a Mediação Digital, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a [consumidor.gov.br](http://consumidor.gov.br),<sup>21</sup> mantida e gerenciada pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça<sup>22</sup>.

Atento à necessidade de regular a situação pandêmica em termos de sessões consensuais realizadas no CEJUSC, o Tribunal de Justiça paulista publicou o ato normativo do

<sup>17</sup> Lei no 11.419/2006, art. 10, § 3o: “Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais”. Ao comentar tal dispositivo, afirma Petrônio Calmon não se poder cogitar “de uma transformação tão profunda sem que sejam previstas regras de transição, sem que se possa atender a quem não está familiarizado com as máquinas eletrônicas, as quais deveriam ser modernas também na facilidade de manuseio e na linguagem utilizada pelos técnicos e não somente na velocidade” (CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização judicial*: Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 105).

<sup>18</sup> Nas instituições bancárias, é normal que haja pelo menos um funcionário para auxiliar os clientes que tenham dúvidas, dificuldades ou limitações na manipulação do sistema informático.

<sup>19</sup> TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, op. cit., p. 218.

<sup>20</sup> TARTUCE, *Ibid*.

<sup>21</sup> VIEIRA, Laís Fernanda Alves; DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, n. 3, p. 303-226, 2018, p. 311.

<sup>22</sup> SOBRE o serviço. *Consumidor.gov.br*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/329h4d9>. Acesso em: 8 jul. 2020.

NUPEMEC/SP nº 01/2020 em 26/06/2020. Dentre diversas interessantes regras serão destacadas as pertinentes à presente abordagem:

Art. 3º As sessões por videoconferência somente serão realizadas com o consentimento de todas as partes.

Art. 4º É recomendável a participação de escrevente ou do gestor do CEJUSC na sessão de videoconferência.

Art. 5º Nas sessões de conciliação e mediação realizadas por videoconferência serão observados todos os princípios que regem os institutos da conciliação e da mediação.

Art. 13 Caso algum dos participantes enfrente problema de conexão durante a sessão virtual ou com relação à exibição da câmera, serão realizadas 3 (três) tentativas para solução do problema. Em caso de insucesso, a sessão poderá ser redesignada mediante concordância da parte contrária, observando-se que não será permitida a utilização apenas do áudio na sessão.

A primeira anotação que deve ser feita é a correção feita por este Ato na denominação das sessões de mediação e conciliação, equívoco histórico cometido pelo CPC, que designa as sessões como audiências.

A previsão de que as sessões somente serão realizadas com o consentimento de todas as partes faz total sentido diante da ausência de acesso à internet, equipamentos e analfabetismo digital.

Não é adequado impor a mediação ou conciliação por videoconferência se a estrutura para que ela aconteça não possa ser provida aos vulneráveis. Nessa linha, ocorrendo instabilidade na conectividade, não haverá qualquer consequência processual – exceto a redesignação – arcando as partes com o ônus de suportar mais tempo para a resolução do conflito em curso.

Como se nota, houve preocupação considerável em honrar o devido acesso à justiça, sendo essencial a observância das diretrizes que tornam a mediação e a conciliação mecanismos apropriados para compor certos conflitos.

### 3.2 Ajustes e esclarecimentos sobre as condições para o diálogo on-line

O uso da tecnologia pode ter vantagens e desvantagens na conciliação e mediação. Se por um lado ela pode aproximar pessoas que não podem ou não querem estar no mesmo espaço físico, por outro ela pode aumentar o nível de desconfiança das pessoas na comunicação com a utilização desses métodos. Isso pode ocorrer porque as “partes se pautam muito pelo que é dito, mas o nível de confiança aumenta significativamente pelo o que não é dito, ou seja, o comportamento não-verbal”.<sup>23</sup>

Para superar essas desvantagens, é preciso que a conciliadora ou mediadora utilize estratégias para “estabelecer confiança com as partes o quanto antes e fazer com que estas não dependam da leitura do comportamento não verbal”, esclarecendo que, apesar de o uso da tecnologia ser capaz de gerar algum desconforto, ela pode contribuir para a

<sup>23</sup> BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais. *Portal Direito Profissional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ghfrz5>. Acesso em: 25 mai. 2020.

resolução do conflito e atuar para que as partes recebam e compreendam adequadamente as informações que são enviadas por meio do recurso tecnológico.<sup>24</sup>

Iniciar a reunião com uma conversa esclarecedora sobre o modo digital de interagir é essencial para atender ao objetivo de promover a comunicação adequada. Além disso, dialogar sobre o assunto contribui para evitar adicionais problemas como irritações e perdas de informações. Ademais, esse diálogo inicial tende a contribuir para a construção de empatia entre as partes e de confiança na comunicação entre elas.<sup>25</sup>

É de interesse que uma pessoa seja destacada para cuidar do tema, sendo responsável por zelar pelo bom fluxo de dados; essa pessoa pode ser uma secretária, a proponente da reunião ou outrem que aceite a atribuição.

Essa figura foi prevista no Ato Normativo 01/2020 do NUPEMEC/SP: segundo o art. 4º, é recomendável a participação de escrevente ou do gestor do CEJUSC na sessão de videoconferência. Na mesma linha, segundo o art. 10º, na data e horário agendados o escrevente ou o gestor do CEJUSC iniciará a sessão e convidará o conciliador/mediador, as partes e os respectivos procuradores para participação.

A título de contribuição, eis sugestões úteis sobre o que merece ser abordado para haver clareza sobre como a comunicação pode (ou não) fluir:

1. Antes de entrar no mérito do tema da reunião, será importante abrir espaço para falar e escutar sobre o estado da rede dos usuários:
  - 1.1. A internet está operando bem? Já apresentou ou apresenta instabilidades? Havendo conhecimento, é bom reportar desde o início;
  - 1.2. Para que haja melhor qualidade no sinal, em alguns casos recomenda-se pausar a transmissão de câmeras e colocar o microfone no modo mudo. Isso pode ser combinado desde o início ou ser comunicado durante a reunião (caso a qualidade comece a diminuir);
  - 1.3. Havendo perda de sinal não haverá escuta completa, o que poderá ser percebido após muita coisa ter sido dita. Para evitar repetições, será útil combinar um sinal desde logo para destacar a ocorrência – uma palavra ou expressão para apontar a perda (por ex., “sem escuta”) ou um movimento de mãos (ambas formando um “T” de tempo ou o polegar para baixo, por ex.);
  - 1.4. Se o sinal do usuário está bom mas o do destinatário não (alguns sistemas apontam perda de conexão), será importante cessar um pouco e verificar se realmente a pessoa está presente;
  - 1.5. Caso alguém “perca” a conexão, a proposta é que tente voltar para a reunião – até essa volta, todos aguardam em uma breve pausa para esperar (o tempo pode ser útil para levantar, beber água...). Caso as quedas sejam frequentes (mais de quatro vezes, por exemplo), seria adequado questionar aos participantes se valeria continuar. Isso poderá ser combinado *a priori* ou quando a primeira ou segunda situação complicada se verificar.

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Idem.

O Ato Normativo 01/2020 do NUPEMEC/SP atentou para esse último ponto no art. 13:

Caso algum dos participantes enfrente problema de conexão durante a sessão virtual ou com relação à exibição da câmera, serão realizadas 3 (três) tentativas para solução do problema. Em caso de insucesso, a sessão poderá ser redesignada mediante concordância da parte contrária, observando-se que não será permitida a utilização apenas do áudio na sessão.

2. Sobre o som – ele está bom?
  - 2.1. Será útil fazer uma rodada de cada interlocutor falando duas ou três palavras para checagem;
  - 2.2. O uso de fones tende a ser útil – está disponível?
  - 2.3. Com ou sem fone/microfone, se o som está muito baixo, pode ser aumentado?
3. Sobre a imagem – há boa visualização?
  - 3.1. Há combinação para que as câmeras permaneçam abertas durante a reunião? Se sim, por todo o tempo? Cabem pequenas interrupções da transmissão da imagem, com volta assim que possível? Pode ser interessante deixar isso claro desde o início.
  - 3.2. Como apontado, quando o sinal começa a falhar, há quem recomende pausar a transmissão de câmeras, assim como colocar o microfone no mudo – isso pode ser combinado desde logo ou ser comunicado durante a reunião;
  - 3.3. A luminosidade é boa? Precisa ser reforçada?
  - 3.4. Alguns sinais visuais podem ser combinados – como plegar para cima para concordar, um sinal negativo quando for o caso de discordar, sinalização de tempo com as mãos formando um T quando necessário... Tudo isso sem prejuízo das ferramentas do sistema (muitas permitem que o usuário sinalize “levantar a mão”, votar sim ou não... Isso também pode ser destacado logo no início).

Essa lista inicial, longe de ser exauriente, se propõe a gerar atenção e reflexão sobre o assunto.

### **3.3 A importância da comunicação não verbal em mediações e conciliações e a rudeza do espaço virtual**

A comunicação não verbal deve ser motivo de atenção do mediador, uma vez que há diversos estudos demonstrando que o corpo “fala”<sup>26</sup> por meio de postura, tom de voz, cruzamento de mãos, braços e pernas, por exemplo.

Neste sentido, Robert Condlin adverte a respeito das perdas comunicacionais não-verbais que ocorrem pelo uso das videoconferências em procedimentos de resolução de disputas on-line.

*[...] a interação por vídeo não cria confiança e rapport na mesma medida que a interação presencial, e a criação de confiança e rapport são essenciais para resolver disputas. A construção da confiança*

<sup>26</sup> Vide a respeito o livro “O corpo fala – a linguagem silenciosa da comunicação”, de Pierre Weil e Roland Tompakow, da Editora Vozes.

*se baseia na comunicação não filtrada de informações emocionais, geralmente na forma de dados não verbais, tanto quanto na comunicação de informações substantivas em palavras; e informações não verbais e emocionais nem sempre são transferidas facilmente pelo meio eletrônico. A comunicação por vídeo disponibiliza algumas dessas informações. As partes podem fazer uma forma limitada de contato visual, por exemplo: usar gestos, orientar seus corpos de determinadas maneiras e assim por diante, mas a percepção dessas informações será afetada pela definição das webcams das partes, pela sensibilidade de seus microfones, a qualidade da conexão com a internet, o tamanho das janelas da tela e as opções videográficas. Uma imagem de videoconferência invariavelmente apresenta uma imagem parcial e frequentemente manipulada, e uma imagem parcial ou manipulada pode minar a confiança tanto quanto a construir.<sup>27</sup>*

O mediador não poderá acompanhar os movimentos de pernas para constatar a entrada de todos em rapport; o contato visual, tão importante para que um compreenda a dor causada no outro, por exemplo, é um aspecto que poderá ficar bastante comprometido em sessões on-line. Por razões como esta, os resultados poderão ser inferiores aos das sessões presenciais – não apenas no que concerne a elementos como a existência ou não de eventual acordo, mas também em relação à qualidade deste e à retomada da comunicação.

Quando um genitor constata a dor e o dano causado em seu filho por conta de sua ausência durante a infância, certamente poderá se mostrar mais disposto a estabelecer compromissos amplos e generosos a fim de compensar o sofrimento. Contudo, a distância inerente ao uso da tecnologia poderá comprometer a eficácia da mediação do ponto de vista do subjetivismo, fator fundamental. O soluço, o tremor, as unhas roídas, o chacoalhar das pernas do filho e o olhar intenso para a advogada, assim como todos os demais possíveis sinais de insegurança, não serão observados e sentidos por este genitor.

O Ato Normativo 01/2020 do NUPMEC/SP prezou pela fidedignidade do acordo verbalizado uma vez que o mediador deverá reduzi-lo a termo e fazer sua inserção no chat para que as partes ratifiquem o ali disposto. Se concordarem com o texto, o mediador fará o envio ao CEJUSC para que formalize o termo de sessão com os documentos pessoais das partes (art. 15 e 26). O procedimento vale tanto para sessões processuais quanto pré-processuais.

Por fim, deve ser considerada a rudeza do espaço virtual, constatada na última década. O ambiente virtual propicia comportamento mais competitivo e adversarial, no qual as pessoas se colocam, em linguagem freudiana, sem os alertas do superego, podendo praticar atos com pouca ou nenhuma reflexão acerca das consequências.

<sup>27</sup> “[...] video interaction does not build trust and rapport to the same extent as in-person interaction, and building trust and rapport is essential to resolving disputes. Trust building relies on the communication of unfiltered, emotional information, often in the form of nonverbal data, as much as it does on the communication of substantive information in words; and nonverbal, emotional information does not always transfer easily over the electronic highway. Video communication makes some such information available. Parties can make a limited form of eye contact, for example, use gestures, orient their bodies in certain ways, and the like, but the perception of this information will be affected by the definition of the parties’ webcams, the sensitivity of their microphones, the quality of their Internet connection, the size of their screen windows, and their videographic choices. A video-conferenced image invariably presents a partial and often manipulated image, and a partial or manipulated image can undercut trust as much as build it. (CONDLIN, Robert J. Online dispute resolution: stinky, repugnant, or drab? *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, New York, v. 18, n. 3, p. 753-754, 2017, tradução nossa)

O mediador deverá fazer a declaração de abertura com maior atenção e cuidado a fim de que as regras de conduta fiquem absolutamente compreendidas, especialmente diante da possibilidade de que, imbuídos de coragem escamoteada pela tela de seus aparelhos digitais, algumas pessoas adotem comportamentos inapropriados em relação aos objetivos da sessão consensual.

### Conclusões

A inovadora realização de sessões de mediação e conciliação por videoconferência foi a resposta que o Poder Judiciário encontrou para possibilitar o acesso à Justiça em tempos de pandemia, durante a qual o deslocamento e as reuniões presenciais devem ser evitados.

O avanço foi sensível. No entanto, é necessário considerar que existem 46 milhões de pessoas sem acesso à conectividade; em áreas rurais a vulnerabilidade digital é proporcionalmente ainda mais grave.

Em que pese a realização de videoconferências configure uma saída para conflitos em tempos pandêmicos, ela acaba sendo seletiva porque o acesso à internet está assegurado, de maneira mais ampla, às regiões mais desenvolvidas, às áreas urbanas... Vale frisar ainda que, mesmo em tais searas, o advogado e as partes devem se responsabilizar pela infraestrutura.

Para quem pode usufruir desse acesso, restam evidentes as economias de tempo e dinheiro, além da conveniência por não haver gasto com deslocamentos, por exemplo.

No entanto, é preciso considerar que, na mediação, perdas qualitativas em virtude da impossibilidade de visualização da linguagem não verbal poderão ocorrer. As câmeras não conseguem captar o corpo inteiro das partes, bem como os problemas de inconsistência de transmissão de dados que prejudicam a reprodução das imagens. Além disso, ainda que as técnicas sejam aplicadas e o acordo firmado, efeitos como a retomada do diálogo e a eficácia curadora da relação poderão não ser atingidas em sua plenitude.

O mediador será mais exigido para perceber e fazer com que os demais envolvidos percebam tais manifestações a fim de que o processo de comunicação seja completo e produtivo.

Ao Estado permanece o desafio de propiciar a acessibilidade digital necessária mesmo em situações de crise e exceção – como a pandemia –, disponibilizando pessoas treinadas para que os vulneráveis digitais possam exercer o direito fundamental de acesso à Justiça, até que todos sejam realmente iguais.

### Referências bibliográficas

ALMEIDA, Lília Bilati de; PAULA, Luiza Gonçalves de. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. *Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação*, Pedro Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 55-67, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3j1LS66>. Acesso em: 8 jul. 2020.

BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais. *Portal Direito Profissional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ghfrz5>. Acesso em: 25 maio 2020.

BARROS, Marco Antonio de. Arquitetura preambular do processo judicial eletrônico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 427-460, 2009.

BRANDÃO, Débora. *Curso de direito civil constitucional: direito de família*. São Paulo: Saraiva. No prelo.

BRANDÃO, Débora; SAMPAIO, Rodrigo de Lima Vaz. *Poder familiar e guarda: redefinição histórico-dogmática dos institutos*. No prelo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.880. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. *Portal STF*, Brasília, DF, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YnZj8L>. Acesso em: 8 jul. 2020.

CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização judicial: Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONDLIN, Robert J. Online dispute resolution: stinky, repugnant, or drab?. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, v. 18, n. 3, p. 717-758, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3jbqWdl>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FRANÇA, Antônio de S. Limongi. Cibernética jurídica. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 14.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. Considerações de um troglodita sobre o processo eletrônico. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maria Terra (coords.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ato Normativo do NUPEMEC nº 01/2020*. Autoriza a realização das sessões de conciliação e mediação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) por meio do sistema de videoconferência. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2YjRv8a>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SOBRE o serviço. *Consumidor.gov.br*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/329h4d9>. Acesso em: 8 jul. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Método, 2019.

TOKARNIA, Mariana. Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa. *Agência Brasil*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3j3eCLN>. Acesso em 15 jul. 2020.

VIEIRA, Laísa Fernanda Alves; DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, n. 3, p. 303-226, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2FIVWmr>. Acesso em: 8 jul. 2020.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2Q7RXSg>. Acesso em: 8 jul. 2020.

# Novas perspectivas de atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo: mudança de paradigmas

*Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner*<sup>1</sup>  
Procuradora de Justiça do Ministério Público de São Paulo

*Motauri Ciocchetti de Souza*<sup>2</sup>  
Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo

**Sumário:** Introdução; 1. A Corregedoria-Geral: de órgão de orientação e fiscalização das atividades funcionais a fomentadora de atuações proativas; 2. O projeto Corregedoria cidadã; 3. A pandemia e a proatividade: novo contexto de atuação da Corregedoria-Geral. Conclusão.

## Introdução

Breve apanhado histórico faz perceber que os momentos de maior evolução no processo dinâmico de aquisição de novos conhecimentos e de domínio de tecnologias mais modernas advêm justamente de contextos que expõem a humanidade a situações críticas.

Nestas, os desafios se multiplicam e a necessidade de respostas e posturas céleres avultam, desafiando os limites da capacidade criativa e de evolução dos seres humanos.

Exemplos em tal sentido não faltam, bastando, para tanto, fazer referência aos grandes conflitos armados, notadamente do século XX, durante os quais tecnologias que de ordinário levariam décadas para serem aperfeiçoadas, culminaram por ingressar no domínio cognitivo do ser humano com brevidade inesperada – como as evoluções dos meios de locomoção marítimos e aeronáuticos, assim como o controle sobre os fundamentos e a aplicação da energia nuclear, para limitarmos a abordagem a situações sumamente marcantes, advindas de períodos críticos.

Mas as crises não decorrem tão-somente de movimentos belicosos: advêm de igual sorte de outros fenômenos – como o que presenciamos, manifestada pelo quadro pandêmico do denominado Covid-19.

A ausência de conhecimento acerca da essência, do comportamento e dos impactos advindos do vírus colheu a todos de surpresa, traduzindo desafios de magnitude ímpar, notadamente relacionados à premência da obtenção de mecanismos aptos a enfrentar os efeitos nefastos advindos da crise sanitária (e do decorrente impacto socioeconômico) implantada.

---

<sup>1</sup> Corregedora-Geral do Ministério Público de São Paulo. Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

<sup>2</sup> Vice-Corregedor-Geral do Ministério Público de São Paulo. Mestre e doutor em Direito do Estado pela PUC/SP e professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC/SP.

Nessa cepa, os diversos organismos integrantes da estrutura estatal necessitam instituir novos paradigmas de atuação, adequados às exigências impostas pelos desafios que são impostos pela crise pandêmica, para poderem continuar a dar cabo de suas obrigações e, mais do que isso, ampliar o seu espectro interventivo no seio social como instrumento essencial de suporte para o combate aos problemas que se avolumam em face do novo quadro reinante.

Justamente à luz de tais perspectivas, surge a indispensável necessidade de repensar-se a atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público – postura que, cumpre enfatizar, vinha sendo acelerada ao largo dos últimos anos.

### **1. A Corregedoria-Geral: de órgão de orientação e fiscalização das atividades funcionais à fomentadora de atuações proativas**

Historicamente, pautou-se a Corregedoria-Geral pelo estrito exercício de suas funções ordinárias – de ente incumbido da orientação e da fiscalização das atividades dos órgãos de execução do Ministério Público, além de responsável por compilar dados estatísticos, meramente numéricos, da produção institucional.

Assim, além de orientações de cunho individual e geral, invariavelmente voltadas ao aperfeiçoamento da atuação dos órgãos do Ministério Público e à observância das diretrizes institucionais (traçadas por planos gerais de metas e objetivos tracejados no âmago do *Parquet*), o papel fiscalizatório exercido pela Corregedoria-Geral tendia invariavelmente à obtenção de dados para consumo interno, consubstanciados na obtenção de elementos estatísticos de atuação, assim como na aferição individual do trabalho desenvolvido pelos órgãos do Ministério Público através de visitas correccionais e de inspeção.

Mercê de tais premissas históricas, inexoravelmente, os dados compilados pela Corregedoria-Geral eram sobremaneira destinados ao consumo interno, gizando a atuação quantitativa dos Promotores e dos Procuradores de Justiça, assim como os atributos individuais de seus órgãos, aferidos pelos instrumentos de avaliação acima delineados.

Não obstante, nos últimos anos, surgiu fortemente a percepção de que a Corregedoria-Geral possui um papel que suplanta o âmago interno do Ministério Público, competindo-lhe obter dados globais de atuação institucional, voltados à aferição da eficiência e da resolutividade propiciada pelo desempenho dos órgãos de execução.

Em outras palavras, é indispensável aferir-se o impacto social da atuação do Ministério Público nas mais variegadas Comarcas do Estado – o que não se afigurava como possível a partir, estritamente, da realização de visitas de inspeção e de correições sectárias, voltadas à avaliação apenas de alguns integrantes de determinada Promotoria ou Procuradoria de Justiça.

Logo, a Corregedoria-Geral, a partir de 2015, passou a realizar correições e visitas fiscalizatórias abarcando, de forma concomitante, todos os quadros integrantes do Ministério Público em atuação junto à determinada Comarca.

A partir de tal mudança comportamental, possível mostrou-se à Corregedoria obter subsídios necessários para aferir o grau do impacto gerado pela atuação do Ministério Público em determinada Comarca, seus desdobramentos, reflexos sociais e o grau de resolutividade advindo do labor desempenhado pelos órgãos de execução.

Assim, a Corregedoria-Geral passa a ter visão holística do trabalho ofertado pelo Ministério Público em determinada Comarca, podendo, em corolário, traçar, junto aos

órgãos de execução, planos de metas e novas formas de intervenção aptos a propiciar a ampliação do impacto do labor institucional em prol da sociedade a que serve.

Dita visão holística, demais disso, serve não apenas para que sejam tracejadas metas como, de igual sorte, para que os desempenhos das mais diversas Promotorias de Justiça possam ser comparados, notadamente quanto a seus impactos sociais, com a aquisição, pelo órgão correccional, de conhecimentos que lhe permitem definir os graus de interferência da atuação institucional nas mais variadas Comarcas do Estado.

De tal compêndio, ainda, a concreta possibilidade de coletar, junto às Promotorias de Justiça, iniciativas pioneiras e que tenham demonstrado eficácia, realidade de diversos locais, mas que por ausência de um núcleo de coordenação e de disseminação, culminavam por permanecer em campo territorial restrito.

Deveras, a partir dessa nova postura adotada pela Corregedoria-Geral, as boas práticas aferidas em determinada Comarca passam a ser de domínio dos órgãos de Administração Superior do Ministério Público, o que enseja as suas retransmissões às demais Promotorias de Justiça, passando, assim, a serem disseminadas, com inequívocos benefícios à sociedade.

## 2. O projeto Corregedoria cidadã

Além da ampliação da abrangência subjetiva das atuações correccionais, foi engendrado, a partir de ideia do Promotor de Justiça Assessor da Corregedoria-Geral Fausto Junqueira de Paula, ainda no ano de 2019, o denominado projeto Corregedoria cidadã.

Dita proposta acresce à rotina das atividades correccionais uma nova dinâmica, consubstanciada na apresentação, às Promotorias de Justiça vistoriadas, de projetos de atuação, cuja implementação depende sobremaneira de perfeita articulação entre os órgãos de execução do Ministério Público e todos os demais atores integrantes da rede protetiva de crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos, saúde, educação e assistência social.

Assim, durante o evolver das atividades correccionais, é realizada reunião com todos os integrantes da rede de atendimento das Cidades componentes da Comarca, oportunidade em que a Corregedoria pode absorver a efetiva integração entre os Promotores de Justiça e os demais atores incumbidos de atuar em prol da defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ditas reuniões desenvolvem-se com a efetiva participação de todos os atores, que podem narrar as suas experiências, atuações e procedimentos, delas podendo ser extraída a efetiva simbiose entre a Promotoria de Justiça e a rede protetiva – surgindo inexoravelmente daí a deflagração de novas ideias e rumos de atuação, sempre em busca de maior proatividade e de proteção aos direitos fundamentais.

No evolver dos debates, a Corregedoria propõe o desenvolvimento coletivo de novos projetos (v. g., o combate à exploração sexual de crianças e adolescentes), ensejando a atuação colegiada dos diversos atores da rede protetiva para a obtenção dos resultados almejados.

De igual sorte, as reuniões realizadas permitem a todos os atores da rede identificarem o Ministério Público como Instituição – vendo-o não apenas na pessoa do Promotor de Justiça incumbido, de ordinário, pelas atribuições afetas a determinada área de atuação que possua interface direta com as atividades desempenhadas por determinado órgão público ou por entidade do terceiro setor.

Além de propiciar essa visão coletiva, todos passam a perceber que a Corregedoria é um órgão acessível, próximo e presente, funcionando também como um parceiro, pronta para oferecer o suporte necessário à adequada atuação da rede protetiva.

Soma-se, ainda, que a Corregedoria coloca-se, em tais circunstâncias, ao lado do Promotor de Justiça, fazendo-o ter a certeza de que não está sozinho no cumprimento de seus misteres, vez contar com o suporte do órgão em suas iniciativas em prol do incremento do resguardo social que há de advir de sua atuação, o que importa em resolutividade.

Reuniões desse jaez foram realizadas em diversas Comarcas com resultados extremamente profícuos, quer em termos de resolutividade, quer por conta de melhoria no inter-relacionamento entre o Ministério Público e os demais atores integrantes da rede de atendimento.

### **3. A pandemia e a proatividade: novo contexto de atuação da Corregedoria-Geral**

Como observado, a Corregedoria-Geral, sem abdicar de seus objetivos estruturais e historicamente consagrados, busca incrementar a sua atuação.

Nessa linha, a Corregedoria não pode ter os seus olhos voltados apenas para questões internas do Ministério Público; necessita, de igual sorte, ser um ator importante no âmbito externo, fomentando novos modos de atuação, disseminando boas práticas institucionais identificadas nos mais diversos recônditos do Estado e colocando-se ao lado do Promotor de Justiça perante a sociedade, como fator de estímulo ao constante aperfeiçoamento dos serviços prestados pela Instituição.

O advento da pandemia do Covid-19, sem embargo, trouxe grandes desafios.

Deveras, o papel mais proativo da Corregedoria-Geral vinha se desenvolvendo em ambiente coletivo, por meio de reuniões presenciais nas diversas Comarcas para as quais foram designadas atividades correcionais.

A partir da impossibilidade da manutenção física de tais encontros, houve a necessidade de reengenharia da atuação correcional, mesmo tendo em conta que o teletrabalho se tornou a regra circunstancial.

Superado o momento inicial de adaptação, as atividades correcionais tornaram à regularidade por meio de correições e visitas de inspeção realizadas virtualmente – fruto do incremento, ao largo dos últimos anos, de meios tecnológicos e dos processos digitais.

Porém, voltar a realização de ditos instrumentos fiscalizatórios aos contornos anteriormente gizados não se mostrava suficiente e adequado, ainda que excepcional o momento: assim como cobra dos órgãos de execução proatividade e resolutividade, a Corregedoria deve apresentar, ela própria, os mesmos predicamentos, não sendo concebível que realize correições e visitas de inspeção apenas como mote para demonstrar o cumprimento de dever que lhe é legalmente imposto – de atingir números mínimos de tais atividades ao largo do ano.

A resolutividade não tem proporções numéricas definidas. Não é pelo número de correições, visitas de inspeção, volume de peças processuais elaboradas – no caso dos órgãos de execução – ou outros instrumentos formais que pode ser aferido o efetivo cumprimento de deveres carreados por lei a determinado órgão.

O cumprimento de tais misteres necessariamente há de decorrer do impacto social advindo de sua atuação – de sorte que se mostrou inconcebível, em face de suas limitações, o retorno das correições às metodologias anteriormente empregadas em seu evolver.

Nessa linha, ferramentas tecnológicas foram engendradas e implantadas, de sorte a que as atividades correccionais pudessem prosseguir, a despeito do teletrabalho, nos novos moldes traçados – existindo, a propósito, exitoso exemplo obtido em recentes trabalhos correccionais em que as reuniões de rede puderam desenvolver-se em ambiente virtual, mantendo, ao menos na essência, os objetivos propugnados pelo denominado projeto Corregedoria-Cidadã.

Outrossim, a Corregedoria-Geral assume definitivamente o papel de fomentadora de novas técnicas de intervenção do Ministério Público, propondo, por meio de recomendações (muitas editadas em conjunto com a Procuradoria-Geral de Justiça) e sempre com respeito à independência funcional dos órgãos de execução, iniciativas tendentes à obtenção de maior resolutividade dos misteres institucionais.

Assim, como exemplo, cumpre citar recomendação conjunta com a Procuradoria-Geral de Justiça tendente a aconselhar aos órgãos de execução, em face do quadro de pandemia instaurado, que promovessem, muitas vezes em compasso com o Poder Judiciário, o direcionamento de verbas obtidas por conta da elaboração de compromissos de ajustamento de conduta e de acordos de não persecução penal ou cível, dentre outras, para os fundos Municipais e Estadual de Saúde, para aplicação no combate aos efeitos maléficos advindos do Covid-19.

Dita iniciativa ensejou, até o final de junho próximo passado, o repasse a ditos fundos de valor próximo a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) em todo o Estado de São Paulo.

Ainda, em face do quadro de manifesta crise social instaurada por conta da pandemia, buscou realocar a destinação da verba, propondo o encaminhamento dos recursos (consoante a independência funcional) não apenas a fundos sanitários como, também, a outros, voltados a programas de assistência social notadamente em áreas como as da infância e juventude, idosos, pessoas com deficiência e de suporte às populações mais fragilizadas acometidas de modo mais profundo à mercê do advento da crise.

Insta ainda ressaltar recomendação lançada no sentido de contraindicar, sempre respeitada a independência funcional, a incidência prática dos acordos de não persecução penal nos crimes de índole racial e de homofobia, em virtude da respectiva gravidade e impacto social, muito embora, em termos puramente formais, tal comportamento se apresente como juridicamente viável.

Demais disso, busca a Corregedoria-Geral participar ativamente da elaboração de políticas de atuação institucional, integrando os grupos de trabalho instaurados no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça para o estudo, a interpretação e a criação de ferramentas de atuação em temas como: táticas de enfrentamento à pandemia, análise dos princípios trazidos pelo denominado pacote anticrime e novos critérios para a execução das penas de multa, citados à guisa de exemplo.

## Conclusão

Os tempos evoluem, os desafios se multiplicam e a dinâmica social importa em constante repensar acerca do modo e dos métodos de atuação de todos os atores, órgãos e instituições.

O repensar práticas, sempre em busca de inová-las, aperfeiçoá-las e de criar novos espaços de atuação, há de gizar os contornos do exercício de qualquer função pública.

O momento, impulsionado sobremaneira pela pandemia e seus efeitos deletérios nos campos sanitário, econômico e social, impõe com impacto iniludível a busca do objetivo maior de todos os atores públicos e privados, consubstanciado no aprimoramento e na efetiva consagração dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, não há mais campo para atuação meramente formal, para o reles cumprimento de normas inseridas em ordenamento jurídico estático, como modo de aferir o efetivo cumprimento das obrigações constitucionais que são postas a todos os órgãos do Ministério Público – incluídos os da Administração Superior.

O ordenamento jurídico deve ser visto e interpretado em sua dinâmica como algo vivo e destinado sobremaneira não apenas a reger a vida em sociedade, mas, além disso, a assegurar que, no seio social, os direitos fundamentais possam vir a ser consagrados.

Em outras palavras, o ordenamento jurídico é o instrumento – e não o fim. A sua observância decorre não da mera interpretação das normas e de sua dogmática, mas sim de seu poder de servir de suporte para a adoção de medidas e providências que venham efetivamente a interferir na realidade social, transformando-a de sorte a propiciar a efetiva consagração do vetor da Dignidade da Pessoa Humana.

E, nessa cepa, o ordenamento vive das interpretações e das aplicações que a ele se conferem – e todas elas devem ter por norte a resolutividade.

Obviamente, citado objetivo não pode permanecer alheio à atividade da Corregedoria-Geral, tampouco pode abstrair situações críticas que ensejam posturas arrojadas, dinâmicas e céleres para que venham a ser eficazmente combatidas.

Logo, o papel da Corregedoria-Geral, que já vinha sendo revisto, ganhou espectro ainda mais amplo em decorrência da pandemia. Não se concebe mais que o órgão permaneça exercendo funções notadamente voltadas ao âmago do Ministério Público – antes, impõe-se que se apresente à sociedade, quer para transmitir os trabalhos da Instituição, quer para propiciar o efetivo conhecimento da existência de uma unidade do *Parquet*; quer para fomentar novas políticas de atuação, quer, ainda, como mais um canal de comunicação com a sociedade – o qual sobrepuja, e em muito, aquela vetusta imagem de órgão puramente punitivo e castrense, retrato ainda na mente de muitos desinformados.

Dessarte, os efeitos da pandemia ensejam, de forma inexorável, um repensar das práticas e técnicas de atuação, impondo a todos proatividade e resolutividade, tornando inviável o comportamento de qualquer agente público – notadamente os políticos – no confortável campo da expectativa, do aguardo de provocação para reagir – ao invés de agir.

É esse o caminho perfilado, de forma escancarada, pela crise advinda do Covid-19.

Como diria o poeta: quem sabe faz a hora, não espera acontecer.

Que a pandemia traga, como lição, o acerto dessa frase, e que a evolução e a resolutividade sejam companheiras eternas de todos os atores envolvidos na incansável e desafiadora busca da efetiva consagração dos Direitos Fundamentais.

## Aspectos práticos da atuação do Ministério Público: um olhar para o futuro

*Manoel Sergio da Rocha Monteiro*<sup>1</sup>

Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O passado o presente e o futuro; 3. O cenário disruptivo e as escolhas a serem feitas pelo Ministério Público; 4. Conclusão: o período pós-pandemia e o tempo futuro.

### 1. Introdução

Segundo a OCDE, em relatório publicado em 2016, cerca de 4 bilhões de pessoas ao redor do mundo não tinham acesso à justiça, especialmente porque vivem na pobreza ou marginalizados dentro de suas respectivas sociedades.<sup>2</sup>

Por sua vez, dados extraídos de um *website* especializado em monitorar o uso da internet no mundo revelam que aproximadamente 4,6 bilhões de pessoas atualmente acessam a internet ao redor do globo.<sup>3</sup>

Através das informações acima, é possível afirmar que existem mais pessoas no mundo conectadas à internet do que com acesso ao sistema de justiça, pese a importância deste último para a construção de uma sociedade justa e equilibrada.

A referência a tal cenário é feita por Richard Susskind na obra em que o autor discute, sob vários ângulos, a necessidade da evolução tecnológica do sistema de justiça, inclusive para que esta última seja efetivamente distribuída.<sup>4</sup>

O trabalho, publicado em 2019 e mais atual do que nunca frente à pandemia que se instalou, chama a atenção pela análise do tema com foco na tecnologia atualmente disponível e naquela que já se avizinha nos próximos anos.

Em determinado ponto do livro, quando comenta sobre o desafio das mudanças tecnológicas, o autor cita que costuma aconselhar seus clientes a não tentar trocar o pneu do carro com ele em movimento, fazendo alusão às dificuldades de manter a solidez de uma determinada atividade enquanto se alteram os fundamentos tecnológicos da mesma.

Contextualizando a passagem no cenário pandêmico atual em que vivemos, podemos concluir que é exatamente isso que estamos vivenciando no Ministério Público: a instituição não pode parar, porque presta serviços essenciais à sociedade, mas seus integrantes precisam repensar todos os dias novas formas de realizar as rotineiras tarefas que há décadas vinham sendo executadas praticamente da mesma maneira.

Este artigo tem a intenção de mostrar como a pandemia permitiu novas formas de atuação por parte dos membros do Ministério Público, gerando inovações que certamente vieram para ficar: algumas a serem aperfeiçoadas e outras já plenas em sua forma.

<sup>1</sup> Coordenador do Centro de Gestão Estratégica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3aDrw0l> . Acesso em 1 jul. 2020.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3gcReKb>. Acesso em 1 jul. 2020.

<sup>4</sup> SUSSKIND, Richard E. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford (UK): Oxford University Press, 2019, p. 27.

## **2. O passado, o presente e o futuro**

Ultrapassada a já longínqua substituição da máquina de escrever pelos computadores pessoais, pode-se dizer que o maior e mais recente marco tecnológico de grande impacto para o Ministério Público e para os demais operadores do Direito, foi sem dúvida, a implantação do processo digital.

Essa nova forma de atuação processual, de alguma maneira, impôs à instituição uma nova ordem organizacional, na medida em que a maior parte da atividade-fim é exercida exatamente pela via processual.

Foi necessário intensificar o treinamento dos integrantes da instituição e a todo momento surge a oportunidade de se otimizar o volume de trabalho diante dos desafios constantes impostos pelo processo digital.

Essa mudança, todavia, não alcançou outras áreas de atuação institucional como os procedimentos administrativos que tramitam nas promotorias de Justiça, que continuaram a tramitar da mesma forma, ou seja, em autos físicos.

O passado e o presente, portanto, de certa forma, ainda convivem na instituição, como em todo o sistema de justiça, por conta da dimensão dos órgãos que compõem este último e da multiplicidade de aspectos envolvidos, especialmente num estado de números superlativos como São Paulo.

E foi em meio a esta evolução pela metade que a pandemia se instalou no sistema de justiça e obrigou a todos a repensar as atividades rotineiras de maneira que o cidadão continuasse a receber as respostas aos seus reclamos.

Em suma: obrigou a todos que trouxessem o futuro para o presente, subvertendo de certa forma a ordem natural da evolução, especialmente lenta no serviço público e talvez mais ainda no sistema de justiça como um todo.

O futuro do sistema de justiça para além da pandemia já vinha sendo objeto de consideração nas mais diversas partes do mundo. Vários países já possuem métodos de resolução de conflitos baseados em inteligência artificial, tais como o Reino Unido, Canadá, China, Singapura, Austrália, Estônia e Estados Unidos.

No Brasil, a discussão vem ganhando fôlego com alguns cursos acadêmicos e discussões de setores encarregados da análise de novas estratégias para o sistema de justiça, mas a prática ainda não foi alcançada com efetividade por tais iniciativas.

Para o Ministério Público, as possibilidades de ação e avanço são infinitas e toda e qualquer inovação não pode ser descartada, devendo ser cuidadosamente analisada e compatibilizada com a missão institucional e valores da instituição.

## **3. O cenário disruptivo e as escolhas a serem feitas pelo Ministério Público**

Para o Ministério Público, pode-se dizer, sem medo de errar, que as mudanças decorrentes da pandemia já começaram a ocorrer.

Inicialmente, é importante destacar que os mais diversos níveis responsáveis pela organização administrativa da instituição, que também estão inseridos em sistema de trabalho remoto, vêm desempenhando a contento suas funções, permitindo que não haja solução de continuidade no que tange aos inúmeros aspectos como pagamento de pessoal, concessão de férias, aposentadorias, designações e compromissos com terceiros.

De outro lado, no exercício da atividade-fim, o que salta aos olhos é um processo de fortalecimento institucional que não se via há pelo menos duas décadas: membros do Ministério Público reunindo-se de maneira produtiva e eficiente, semanalmente às vezes por mais de uma ocasião, a depender da cumulatividade de suas atribuições, para trocar experiências, dirimir dúvidas e explorar novas formas de exercer a atividade funcional da maneira que melhor atenda à sociedade.

Algo que era comum no setor privado passou a sê-lo no Ministério Público, com absoluta naturalidade e eficiência.

Ademais, o cenário disruptivo instalado por obra da pandemia trouxe a necessidade de repensar a forma de atuação em várias áreas e a possibilidade de experimentar formas de trabalho tão eficazes quanto às anteriores, porém mais eficientes, ou seja, capazes de atingir o mesmo objetivo com menos dispêndio de energia.

O Ministério Público de São Paulo, neste aspecto, tem uma vantagem significativa em termos nacionais: são milhares de integrantes (membros e servidores) que acabam por trazer não somente um número representativo de experiências, mas também uma diversidade maior delas.

A pandemia trouxe, em verdade, a necessidade e a oportunidade de uma permanente tempestade de ideias acerca dos mais variados temas, envolvendo não somente novas formas de se pensar os direitos, cuja defesa está a cargo do Ministério Público, mas também novas maneiras de exercer essa missão institucional.

Bem por isso, a Procuradoria-Geral de Justiça, através da Portaria n. 4.258/2020, de 22 de abril de 2020, criou um grupo de trabalho “com o objetivo de articular e fomentar a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo no enfrentamento à pandemia provocada pelo novo Coronavírus”.<sup>5</sup>

Com tal medida, estimulou a discussão dos reflexos da pandemia sobre os mais variados temas de interesse institucional: direitos humanos, infância e juventude, área criminal e de execuções criminais, violência doméstica, patrimônio público e social, meio ambiente e habitação e urbanismo, muitos deles com diversos subgrupos para discutir temáticas específicas de cada área acima.

Reuniões dos integrantes destes grupos ou ampliadas a todos os interessados (algumas com registros de quase 200 participantes) tiveram a oportunidade de mostrar a viabilidade de funcionamento do Ministério Público durante a pandemia e ousaram ao discutir o papel da instituição diante dos desafios que o cenário pós-pandemia irá impor a todos.

Como as audiências e reuniões remotas, que foram se tornando rotineiras nas mais diversas áreas, o Ministério Público também buscou soluções para atender a sociedade e os demais órgãos públicos com os quais se relaciona.

Reuniões com órgãos das áreas de saúde, educação, assistência social e jurídica se tornaram frequentes para discutir medidas a serem adotadas ou planejamento para o pós-pandemia.

Oitivas informais por videoconferência e atendimento de cidadãos interessados pelos mesmos métodos estão ocorrendo pelo estado inteiro de maneira tão eficaz quanto antes, mas com menor custo, especialmente para a parcela mais vulnerável da sociedade.

<sup>5</sup> Disponível em: <https://bit.ly/3iZ2VGi> Acesso em 1 jul. 2020.

Atendimento de conselheiros tutelares estão sendo feitos pelo telefone, por aplicativos de troca de mensagens ou mesmo por plataformas de videoconferência.

Acordos de não persecução penal estão sendo viabilizados na medida em que haja concordância das demais partes envolvidas e as promotorias de Justiça abriam canais acessíveis de comunicação para advogados e cidadãos.

Foi possível também dar continuidade a projetos interdisciplinares com reuniões e treinamentos organizadas por meio de videoconferência, tudo de forma a impedir a descontinuidade da imensa gama de atividades institucionais de natureza extrajudicial.

Neste aspecto, merece destaque a articulação que ocorre no âmbito da violência doméstica, provocada pelo incremento dessa modalidade de ofensa aos direitos humanos, e que permitiu a divulgação de projetos que ainda estavam adstritos a poucos locais, mas cuja ampliação se mostrou necessária por conta do cenário instalado.

Os membros que atuam nesta área perceberam a necessidade de cooperação institucional com outros setores públicos (segurança pública e assistência social, via de regra) para a plena proteção das mulheres vítimas de violência doméstica.

O cenário instalado, neste aspecto, reafirmou e fortaleceu o valor da interdisciplinaridade para a defesa eficiente dos direitos individuais indisponíveis, coletivos e difusos a cargo do Ministério Público.

Mas não é só.

De maneira geral, ainda, páginas em redes sociais foram retomadas ou criadas com o fito de ampliar o espectro de visibilidade da instituição junto à sociedade, alcançando níveis nunca antes vistos, com divulgação ampla de endereços de e-mail e números de contato das promotorias de Justiça.

A pandemia mostrou a possibilidade de que o trabalho do Ministério Público pode ser muito mais eficiente do que como é atualmente exercido.

Ponto de destaque, por exemplo, foi a agilidade com que a destinação de recursos para a área da saúde aconteceu por conta da provocação do Ministério Público, movimentando valores que se encontravam depositados judicialmente à espera de destinação, fruto de acordos judiciais ou multas penais.

O avanço tecnológico, que a bem da verdade sempre esteve ao nosso redor, foi um fator decisivo para o atingimento de tal patamar de eficiência.

É possível afirmar que não há caminho de volta para os métodos anteriores de trabalho diante das experiências havidas ao longo dos meses que já se passaram desde a paralisação das atividades presenciais.

Primeiro, porque ainda estamos longe de uma normalização propriamente dita das atividades funcionais e do restabelecimento, digamos, da livre circulação de pessoas, consubstanciada aqui no ir e vir às dependências da instituição para atendimento dos interessados.

É possível se organizar internamente para que o funcionamento de uma promotoria de Justiça ocorra de maneira plena: oficiais de promotoria conseguem cuidar de e-mails, solicitações, ofícios recebidos e expedição de documentos.

Analistas e assessores conseguem desempenhar suas atividades a contento com a predominância maciça dos processos digitais.

Membros do Ministério Público conseguem analisar tudo o que lhes é trazido da mesma maneira, assinando digitalmente manifestações processuais e quaisquer outros expedientes extrajudiciais.

O atendimento ao público, que tem especial relevância nas cidades menores, é que merece atenção especial: como compatibilizar o atendimento de pessoas (geralmente mais carentes) com as novas tecnologias disponíveis?

Surge então a possibilidade de articulação com outros setores públicos, ou mesmo da sociedade civil, para que tais pessoas possam ter acesso a estas tecnologias em determinados locais próximos de seu bairro de moradia.

Vislumbra-se a possibilidade de uso de um equipamento público de assistência social (CRAS, por exemplo) ou uma organização da sociedade civil que preste tal auxílio (um centro de inclusão digital) tudo de forma a permitir o contato por videoconferência entre o membro do Ministério Público e a pessoa interessada, com dia e hora marcado para maior comodidade para o cidadão.

A guinada tecnológica que estamos vivenciando não será interrompida e, por certo, essas ou outras soluções mais eficientes serão aplicadas para que as tarefas institucionais sejam desempenhadas com o zelo necessário.

O fato é que, em cada ramo de atuação institucional, foi possível perceber uma nova forma de exercício das atribuições, apesar de muitas delas já estarem ao nosso alcance mesmo antes do advento da pandemia.

E a constatação positiva, por sua vez, é que os integrantes do Ministério Público se mostraram extremamente receptivos à evolução tecnológica que se precipitou sem aviso prévio, não medindo esforços para representar seus papéis à altura da importância da instituição que representam.

#### **4. Conclusão: o período pós-pandemia e o tempo futuro**

Todas estas mudanças têm também outra razão para que permaneçam ativas.

As projeções para o cenário pós-pandemia são assustadoras nos mais variados segmentos da sociedade, desde a economia, passando pela educação e chegando à assistência social.

Ou seja, *mais* pessoas precisarão de *mais* ajuda em *mais* áreas de atuação nas quais o Ministério Público funciona como garantidor de direitos sociais e estimulador de políticas públicas.

Essa realidade não pode ser perdida de vista.

Os avanços percebidos ao longo deste processo involuntário de transformação serão certamente úteis nos próximos anos, quando os reflexos da pandemia continuarão a afetar a sociedade, especialmente suas camadas mais vulneráveis.

Diminuir o custo de acesso do cidadão ao Ministério Público, reduzir a circulação de pessoas pelas cidades, de modo a reduzir o impacto urbanístico e ambiental, possuir capacidade de fornecer respostas ágeis e satisfatórias, são aspectos que certamente permanecerão, especialmente para aquelas atribuições que são exercidas, a princípio, no âmbito interno da instituição.

Pensar a utilidade da tecnologia para os próximos passos institucionais é essencial. A pandemia conferiu ao Ministério Público a oportunidade de um salto de qualidade que levaria anos para acontecer em condições normais.

Todavia, a ciência da tecnologia avança todos os dias e é fundamental que a instituição esteja atenta para este progresso e dela também usufrua para que a sociedade receba nossos serviços de maneira cada vez mais eficiente.

O Ministério Público precisa equipar-se para a transformação: ao contrário do que se pensa, se equipar no caso não é somente comprar novos computadores ou reestruturar o parque tecnológico; estar preparado para a transformação é pensar e repensar constantemente sobre as inovações possíveis e sobre aquelas a princípio impossíveis (ou alguém apostaria há alguns anos atrás na possibilidade de existir uma audiência remota?).

É necessário e justo celebrar a nova cultura organizacional que surgiu por obra da pandemia, mas devemos coroá-la com um olhar incessante para o futuro e com a valorização da discussão de ideias e projetos a serem criados com base nas experiências havidas. Sem tal olhar, em breve seremos novamente obrigados a trocar o pneu do carro com ele em movimento.

Espera-se que, para o Ministério Público, a pandemia tenha sido apenas o começo de uma infinita transformação.

### Referências bibliográficas

INTERNET WORLD STATS. *Internet usage statistics: the internet big picture*. Disponível em: <https://bit.ly/3gcReKb>. Acesso em: 1 jul. 2020.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES. *Levering the SDGs for Inclusive Growth: Delivering Access to Justice for All*. Disponível em: <https://bit.ly/3aDrw0l>. Acesso em 1 jul. 2020

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público de São Paulo. Portaria nº 4258, de 22 de abril de 2020. *Diário Oficial do Estado de São Paulo: Poder Executivo* – seção 1, São Paulo, v. 130, n. 78, p. 32-33, 23 abr. 2020

SUSSKIND, Richard E. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press, 2019.

# A pandemia e os serviços notariais

*André Filócomo<sup>1</sup>*

Tabelião de Notas e Protesto

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A essência dos serviços notariais: segurança jurídica e prevenção de conflitos; 3. O contato pessoal: confiança, aconselhamento, identificação pessoal e formalização da vontade; 4. A evolução da prestação individual para a gestão empresarial dos serviços notariais; 5. O distanciamento imposto pela pandemia e a essencialidade dos serviços notariais; 6. As adaptações emergenciais para a continuidade dos serviços diante da paralisação e do distanciamento forçado; 7. O novo normal: a busca permanente por agilidade, simplificação e cooperação e propostas de melhoria; 8. Conclusão.

## 1. Introdução

O homem é um ser social e, como tal, sempre buscou formas de comunicar-se com seus semelhantes.

Se no início a comunicação era verbal ou por sinais, a escrita trouxe a vantagem imediata de conservação do seu conteúdo. Com a variedade de seus repositórios, ganhou também mobilidade e, assim, a possibilidade de levar a comunicação a interlocutores distantes.

Uma rápida viagem pelo tempo, como em um filme acelerado, permite que vejamos a escrita migrar do papel para os atuais meios digitais, ampliando seu alcance dos receptores próximos para a comunicação global.

Mudaram os meios e a forma, mas não o conteúdo.

Nesse contexto, a figura do notário surgiu naturalmente com a demanda da população por alguém que a auxiliasse na redação de seus documentos sociais e negociais. Em uma sociedade em que a maioria das pessoas era analfabeta, não é difícil imaginar a importância de alguém que dominasse a arte de escrever. Cartas, documentos pessoais, contratos, acordos, declarações, tudo passava pelas mãos do notário em razão da confiança que a população nele depositava.<sup>2</sup>

Com isso, de mero redator o notário passa a ser também conselheiro, e nessa qualidade não apenas redige os atos que lhe são apresentados, mas também aconselha seus

---

<sup>1</sup> Tabelião de Notas e Protesto em Caçapava (SP), tendo exercido anteriormente advocacia empresarial. É Bacharel em Direito (1993) e Mestre em Direito Comercial (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em São Paulo (SP), Pós-graduando (*lato sensu*, nível especialização) em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura.

<sup>2</sup> “É provável que a atividade notarial seja uma instituição que antecede a própria formação do Direito e do Estado. A necessidade de documentar e registrar certos fatos da vida, das relações e dos negócios deve ter propiciado o surgimento de pessoas que detinham a confiança dos seus pares para redigir os negócios. Surgia assim o notário.” RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Tabelionato de notas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15. (Coleção Cartórios).

titulares a realizá-los ou não, e de que forma. Os atos passam a ser redigidos e moldados pelo notário, que com isso ganha a confiança crescente das pessoas que o procuram.<sup>3</sup>

Dessa confiança surgiu a fé pública<sup>4</sup> e, então, o notário passa a acumular também a chancela estatal com a presunção de veracidade dos atos que pratica. A confiança surgida na população migra para o Estado, que delega ao notário funções que lhe são próprias.<sup>5</sup>

A função notarial, portanto, não foi graciosamente concedida pelo Estado, mas surgiu de forma natural ante o atendimento dos anseios da população com o serviço que lhe era prestado pelo notário.

Conhecer essa origem permite entender a importância do notário e antever seu rumo e seu potencial, ainda mais em tempos como os atuais, em que a relativa estabilidade das relações sociais é completamente abalada por uma pandemia de proporções inéditas.

Nesse contexto, a reflexão que se impõe é simples e direta: que papel os notários podem desempenhar nesta nova realidade que se apresenta?

Para chegar à resposta, é fundamental que revisitemos a essência da atividade notarial para entender quais elementos devem continuar presentes em sua atuação e quais podem ser adaptados, ou até mesmo dispensados, diante das exigências da sociedade que emerge desta nova realidade.

## 2. A essência dos serviços notariais: segurança jurídica e prevenção de conflitos

A atividade notarial tem natureza peculiar. Embora tenha por objeto a prestação de um serviço essencialmente público, é delegada a um particular para que ele a preste de forma privada, com autonomia e independência administrativa.

<sup>3</sup> “A atividade notarial não é, assim, uma criação acadêmica, fenômeno comum no nascimento dos institutos jurídicos do Direito romano-germânico, tampouco uma criação legislativa. É sim uma criação social, nascida no seio da sociedade, a fim de atender às necessidades desta diante do andar do desenvolvimento voluntário das normas jurídicas. O embrião da atividade notarial, ou seja, o embrião do tabelião, nasceu do clamor social, para que, num mundo massivamente iletrado, houvesse um agente confiável que pudesse instrumentalizar, redigir o que fosse manifestado pelas partes contratantes, a fim de perpetuar o negócio jurídico, tornando menos penosa a sua prova, uma vez que as palavras voam ao vento.” BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

<sup>4</sup> “Posto este quadro de divisão, consideremos que a fé notarial deriva de duas potestades que ordenam a formalização documentária: uma, a *potestade original* ou *atributiva* – própria do exercício direto da soberania política (correspondendo às funções ditas, hoje, estatais: executiva, legislativa e judiciária); outra, a *potestade atribuída* ou *derivada*, exercida por uma pessoa física, o notário, na qual pessoa se delega (com ou sem retenção de poderes) o atributo de conferir *plena fides* a um documento a cuja formalização concorra esse notário. Desta maneira, a *fé pública notarial* é um atributo da soberania política delegado na pessoa de um notário, que a exercita, o muito mais frequentemente, em caráter substituinte, é dizer, sem concomitância com o poder atributivo ou delegante.” DIP, Ricardo. Breves apontamentos sobre a fé pública notarial. *Anoreg/BR*, Brasília, DF, c2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Yk2aiR>. Acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>5</sup> “A história é imprecisa quanto ao surgimento da fé pública notarial. Parece-nos que estamos diante de uma prolongada construção pragmática, de usos e costumes do povo tendentes à documentação de seus atos privados e em busca da adequada eficácia probatória. Esta construção parece ter se iniciado após o Código de Teodósio II, no ano 450, já que lá não há qualquer referência ao *tabellios* romano. É, portanto e provavelmente, no reinado de Justiniano I a época em que podemos situar o nascimento do notariado atual. O Código de Justiniano regulamenta o documento notarial por meio das Novelas XLIV, do ano 536, e 47, do ano 537, e dispõe sobre o valor documental na Novela LXXIII, do ano 538.” RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Tabelionato de Notas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17. (Coleção Cartórios).

No Brasil, a atividade notarial é regulada pelo art. 236 da Constituição Federal, que dispõe que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, após aprovação em concurso público.<sup>6</sup>

Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, que logo em seu art. 1º dispõe que os serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Os notários, por sua vez, são definidos no art. 3º como profissionais do Direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial.

Tanto a norma constitucional quanto sua regulamentação legal deixam claro, portanto, que os titulares são delegatários do Poder Público para o exercício privado de atividade pública, reforçando assim a independência administrativa do titular no gerenciamento da atividade. Os notários e registradores não ocupam nem são titulares de cargo público, pois exercem em caráter privado atividade reservada ao Estado.

De outro lado, o serviço público deve ser fiscalizado, regulamentado e controlado pelo Estado, através de seus órgãos correccionais. No estado de São Paulo, a fiscalização fica a cargo da Corregedoria Geral da Justiça, que a exerce diretamente ou por meio dos juízes de primeiro grau da localidade em que instalada a serventia.

No caso específico das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (NSCGJ), é importante destacar que essas sofreram uma profunda revisão no ano de 2012, sendo novamente consolidadas no final de 2019 após inúmeras alterações. Além de uma revisão técnica decorrente da adequação natural das regras à realidade em constante transformação, o antigo Capítulo XIV, atualmente renumerado para XVI, passou a ter uma Seção I introdutória que incorporou importantes conceitos e princípios da atividade notarial. Alguns conceitos incorporados foram a identificação do *tabelião de notas* como o profissional do Direito dotado de fé pública que deve exercer a atividade notarial que lhe foi delegada, com a finalidade de garantir a eficácia da lei, a segurança jurídica e a prevenção de litígios (item 1), e a *função pública notarial* como atividade que contempla a audiência das partes, o aconselhamento jurídico, a qualificação das manifestações de vontade, a documentação dos fatos, atos e negócios jurídicos e atos de autenticação, e que deve ser exercida com independência e imparcialidade jurídica (item 2).

Em linhas gerais, portanto, podemos dizer que na atualidade a atividade notarial é privativa do tabelião de notas e envolve a assessoria jurídica prévia, a qualificação da

---

<sup>6</sup> “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepos- tos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

vontade da parte e a formalização do ato que se pretende praticar,<sup>7</sup> sendo essencial que essa atuação busque garantir a segurança jurídica<sup>8</sup> e a prevenção de conflitos.

### 3. O contato pessoal: confiança, aconselhamento, identificação pessoal e formalização da vontade

O desempenho da atividade notarial é tradicionalmente dependente do contato pessoal com as partes para que o ato notarial seja lavrado.<sup>9</sup>

O interessado tem liberdade para escolher o tabelião<sup>10,11</sup> e deve tomar a iniciativa de procurá-lo para solicitar a lavratura do ato notarial.<sup>12</sup> O pressuposto desse contato, portanto, é a confiança que o interessado deposita na figura do notário para que tome a iniciativa de procurá-lo e solicite a prestação dos serviços.<sup>13</sup> Essa base, inclusive, é especialmente protegida pela legislação com regras que vão desde a liberdade para

<sup>7</sup> “O Tabelião de Notas tem a função de identificar as partes e formalizar juridicamente sua vontade. A identificação das partes abrange sua identidade e também sua capacidade civil e discernimento para o ato notarial que pratica. É feita mediante a apresentação de documentos de identidade originais e em bom estado de conservação. A formalização da vontade abrange a oitiva das partes, a exposição daquilo que desejam, a adequação da vontade ao instituto de direito que formalize com eficácia e segurança jurídica, a redação do texto e a impressão da escritura com a colheita das assinaturas. Também decorrem da formalização da vontade o aconselhamento e o assessoramento jurídico, envolvendo o melhor negócio jurídico a ser praticado – para atender a vontade, como o mais econômico e eficaz. A segurança jurídica é a consequência da correta e adequada formalização da vontade.” GIGLIOTTI, Andrea; MODANEZE, Jussara. Tabelião de Notas. In: GENTIL, Alberto et al. *Registros Públicos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 739.

<sup>8</sup> Embora as normas incluam a garantia da eficácia da lei dentre as finalidades da função notarial, preferimos incluí-la dentro do conceito de segurança jurídica por entender que não há segurança jurídica se a lei não é eficaz.

<sup>9</sup> “A realização notarial do direito consiste em um sistema que cumpre determinadas etapas. [...] A primeira etapa da realização notarial do direito consiste na averiguação, que possibilita ao tabelião situar-se no problema posto. A averiguação se desdobra numa tríple investgação, como nos mostra Larraud (2013, op. cit., p. 184): a) desígnio ou propósito econômico ou moral das partes; b) circunstâncias jurídicas delas; c) estudo de antecedentes. A segunda etapa consiste na emissão de um juízo ou opinião por parte do tabelião, e compreende: a) uma operação de qualificação relativa à situação jurídica que considera; b) outra operação mediante a qual se propõe o tratamento técnico adequado (LARRAUD, 2013, p. 184). A terceira e última etapa, por sua vez, consiste na documentação, compreendendo as seguintes operações: a) configuração; b) redação; c) autorização; d) registro (LARRAUD, 2013, p. 185). Tais etapas constituem um roteiro da execução prática da função notarial que, via de regra, é seguido à risca.” BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

<sup>10</sup> Lei 8.935, art. 8º. “É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.”

<sup>11</sup> Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (NSCGJ), Capítulo XVI, item 3. “O Tabelião de Notas, ao desenvolver atividade pública identificada pela confiança, tanto do Estado como dos particulares que o procuram, é escolhido livremente pelas partes, independentemente da residência e do domicílio delas e do lugar de situação dos bens objeto dos fatos, atos e negócios jurídicos.”

<sup>12</sup> NSCGJ, Capítulo XVI, item 1.2. “O Tabelião de Notas, cuja atuação pressupõe provocação da parte interessada, não poderá negar-se a realizar atos próprios da função pública notarial, salvo impedimento legal ou qualificação notarial negativa.”

<sup>13</sup> “No caso do notariado latino na versão brasileira, a natureza de ofício de acesso e distribuição de justiça, com emolumentos fixados com base na Lei, regulação da atividade e fiscalização pelo Judiciário, a qualidade de prerrogativa profissional fundada na imparcialidade, na transparência, na publicidade, na legalidade e na fé pública dos seus atos é o que incute “confiança na confiança”, ou seja, confiança num sistema confiável em razão do direito, sua especialização e suas garantias.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado*: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

escolha do tabelião até outras que lhe impõem normas de conduta para assegurar sua independência<sup>14</sup> e seu profissionalismo.<sup>15,16,17</sup>

Como já referido, a função notarial é descrita de forma objetiva nas normas regulamentadoras da atividade, contemplando a *audiência das partes*, o *aconselhamento jurídico*, a *qualificação das manifestações de vontade*, a *documentação dos fatos*, *atos e negócios jurídicos* e os *atos de autenticação*.<sup>18</sup>

A conversa inicial permite que a parte exponha suas dúvidas e suas necessidades para que o tabelião faça a averiguação do problema, o que tradicionalmente ocorre de forma presencial.

Feita essa averiguação, o notário emite seu juízo de valor, aconselha o interessado sobre a melhor solução jurídica a ser adotada no caso concreto e dá configuração jurídica à vontade do interessado, de forma que o ato a ser praticado reflita sua intenção e tenha forma jurídica adequada.

Superada essa fase de audiência, aconselhamento e qualificação inicial, e considerando que irá praticar o ato, o notário realiza a redação da minuta do ato, que após ter seu conteúdo aprovado pelo interessado será devidamente lavrado nos assentos do notário.

A fase final de lavratura envolve não apenas o lançamento do ato nos livros do notário, mas principalmente a identificação formal do interessado e a confirmação de sua vontade para a prática do ato.

A identificação pessoal e a confirmação da vontade do interessado para a lavratura do ato, a propósito, são o ponto máximo da importância da participação do notário no ato praticado, uma vez que nesse momento ele atribui sua fé pública ao negócio para garantir sua higidez. O momento é tão importante que a legislação é rigorosa em sua disciplina ao exigir a apresentação de documentos originais para identificação<sup>19</sup>, a leitura da escritura na presença das partes e a assinatura do documento pessoalmente por elas ou a seu rogo,<sup>20</sup> com previsão de que o ato será declarado incompleto e não poderá

<sup>14</sup> NSCGJ, Cap. XVI, item 2. “A função pública notarial, atividade própria e privativa do tabelião de notas, que contempla a audiência das partes, o aconselhamento jurídico, a qualificação das manifestações de vontade, a documentação dos fatos, atos e negócios jurídicos e os atos de autenticação, deve ser exercida com independência e imparcialidade jurídicas.”

<sup>15</sup> Lei 8.935, art. 9º. “O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.”

<sup>16</sup> Lei 8.935, art. 30. “São deveres dos notários e dos oficiais de registro: [...] V – proceder de forma a dignificar a função exercida, tanto nas atividades profissionais como na vida privada; [...] Art. 31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei: I – a inobservância das prescrições legais ou normativas; [...]”

<sup>17</sup> NSCGJ, Cap. XVI, item 3.1. “A competição entre os Tabeliães de Notas deve ser leal, pautada pelo reconhecimento de seu preparo e de sua capacidade profissional e praticada de forma a não comprometer a dignidade e o prestígio das funções exercidas e das instituições notariais e de registro, sem utilização de publicidade individual, de estratégias mercadológicas de captação de clientela e da intermediação dos serviços e livre de expedientes próprios de uma economia de mercado, como, por exemplo, a redução de emolumentos.”

<sup>18</sup> NSCGJ, Cap. XVI, item 2. “A função pública notarial, atividade própria e privativa do tabelião de notas, que contempla a audiência das partes, o aconselhamento jurídico, a qualificação das manifestações de vontade, a documentação dos fatos, atos e negócios jurídicos e os atos de autenticação, deve ser exercida com independência e imparcialidade jurídicas.”

<sup>19</sup> NSCGJ, Cap. XVI, item 42. “O Tabelião de Notas, antes da lavratura de quaisquer atos, deve: a) verificar se as partes e os demais interessados acham-se munidos dos documentos necessários de identificação, nos respectivos originais, em especial cédula de identidade ou equivalente, CPF ou CNPJ e, se for o caso, certidão de casamento ou documento comprobatório de união estável, se houver; [...]”

<sup>20</sup> NSCGJ, Cap. XVI, item 45. “A escritura pública, salvo quando exigidos por lei outros requisitos, deve conter: [...] e) declaração de ter sido lida na presença das partes e dos demais comparecentes, ou de que todos a leram; f) assinatura das partes e dos demais comparecentes ou, caso não possam ou não saibam escrever, de outras pessoas capazes, que assinarão a rogo e no

ter publicidade caso não assinado por todos.<sup>21</sup> Há, inclusive, recomendação para que o interessado seja fotografado como medida de prevenção de fraudes.<sup>22</sup>

Nesse sentido, se o contato pessoal sempre foi tão importante para a lavratura do ato notarial, a dúvida que naturalmente surge com o distanciamento social é se é possível que o serviço notarial seja prestado à distância ou por outras formas que não presencialmente.

Ainda que as etapas de averiguação inicial ou de análise, qualificação e aconselhamento possam ser realizadas à distância, o raciocínio é também aplicável para aferir a identificação e a vontade do interessado para a lavratura do ato?

São questões que há algum tempo vêm ganhando força no meio jurídico com os avanços tecnológicos, mas que tiveram resposta inédita e vigorosa em caráter emergencial para o enfrentamento da pandemia, com ampla utilização dos recursos tecnológicos disponíveis em conjunto com outras medidas emergenciais.

#### **4. A evolução da prestação individual para a gestão empresarial dos serviços notariais**

O tradicional contato pessoal do tabelião com o interessado para a lavratura do ato notarial já tem sido adaptado à evolução da complexidade das relações jurídicas.

Isso porque com o aumento da população, das cidades, do número de negócios e de sua complexidade, os tabeliães foram obrigados a contratar um número crescente de prepostos para auxiliá-los na prestação dos serviços, o que cria um aparente distanciamento do usuário final.

Esse distanciamento, no entanto, já é naturalmente compensado pelo tabelião com a profissionalização da gestão de sua atividade, de forma que os seus prepostos sejam treinados, os recursos financeiros e materiais sejam adequados e os procedimentos sejam bem formulados para que o usuário final seja corretamente atendido, como se o fosse pelo próprio tabelião.

Nesse sentido, já observamos hoje que a multiplicidade de relações que se apresentam ao tabelião demanda agilidade na resposta, de forma que já presenciamos a migração da figura do tabelião isolado para a figura do tabelião como gestor empresarial dos serviços notariais como forma de dar uma resposta adequada às demandas da sociedade atual, que na realidade espera obter segurança jurídica independentemente da forma como ela é atingida.<sup>23</sup>

---

lugar daqueles, cujas impressões digitais, no entanto, deverão ser colhidas mediante emprego de coletores de impressões digitais, vedada a utilização de tinta para carimbo; [...]"

<sup>21</sup> NSCGJ, item 53.2. "Lavrada a escritura pública, a coleta das respectivas assinaturas das partes poderá ocorrer em até 30 dias, e nessas hipóteses as partes deverão apor ao lado de sua firma a data e o local (o mesmo da lavratura ou o endereço completo se for diverso) da respectiva subscrição. 53.2.1. Não sendo assinado o ato notarial dentro do prazo fixado, a escritura pública será declarada incompleta, observando-se a legislação que trata dos emolumentos. 53.3. Pelo ato notarial incompleto, serão devidos os emolumentos e custas, restando proibido o fornecimento de certidão ou traslado, salvo ordem judicial."

<sup>22</sup> Comunicado CG n. 272/2016. "A Corregedoria Geral da Justiça RECOMENDA aos Tabeliães de Notas que, para a prevenção de fraudes, ao colher a qualificação das partes para a lavratura de quaisquer atos notariais, façam delas uma fotografia, mediante câmeras fotográficas do tipo webcam, de modo a permitir eventual confrontação." (DJe de 26 de fevereiro de 2016 – SP)

<sup>23</sup> "O cliente do notário quer, de maneira principal, um direito certo, firme, porém também um direito indisputável; e isso é, por outra parte, o que a sociedade, por seu turno, lhe reclama. Também aqui seu labor é de natureza precautória, uma vez que consiste em acautelar os interesses dos particulares, contra as eventualidades catapultadas da incerteza jurídica." LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.

A adoção de uma boa gestão para a atividade é não apenas prevista pela legislação,<sup>24</sup> mas também desejada e estimulada pelos próprios notários e pelos órgãos que os fiscalizam.

Como exemplo de melhoria da gestão das serventias temos o Prêmio de Qualidade Total, desenvolvido anualmente pela ANOREG/BR – Associação dos Notários e Registradores do Brasil – e aberto a todos os serviços notariais e registrais do País, qualquer que seja sua especialidade ou seu tamanho. Os requisitos do Prêmio de Qualidade Total são elaborados com base em diversas normas técnicas e abrangem de forma objetiva as áreas necessárias para que a gestão seja completa e equilibrada, com destaque para a norma da ABNT especialmente direcionada à “Gestão empresarial para serviços notariais e de registro” (ABNT NBR 15906:2010), além de outras também aplicáveis aos serviços notariais. Ao procurar preenchê-los, a serventia inicia um processo que inevitavelmente vai levar à melhoria da prestação de seus serviços e ao aumento da satisfação dos usuários. Para tanto, o titular deve desenvolver sua estratégia (política de gestão, planejamento, objetivos, indicadores de desempenho etc.) e uma boa política de gestão de pessoas (organograma, treinamento, política de contratação, segurança e saúde no trabalho etc.). No âmbito operacional, deve criar procedimentos padronizados, instruções de trabalho e indicadores de desempenho, dentre outras ações. As instalações devem ser organizadas de modo que o acervo seja bem guardado, a equipe seja bem distribuída, e o público seja bem recepcionado e acomodado, sendo fundamental a elaboração de plano de manutenção que permita sua conservação e a prevenção e o reparo de danos. Outro aspecto importantíssimo é o envolvimento da serventia com a sociedade por meio de ações no âmbito social e ambiental, que a aproximam do público e permitirão que ela exerça a função social inerente à atividade. Por fim, são estimuladas também ações no âmbito da gestão da tecnologia da informação (equipamentos, softwares, procedimentos etc.), da inovação (estímulo a novas ideias) e de *compliance* (combate a práticas inapropriadas), complementando assim um conjunto virtuoso para a gestão dos serviços.

Já no âmbito dos órgãos fiscalizadores, a boa gestão prevista na lei já era exigida no estado de São Paulo,<sup>25</sup> mas tem sido estimulada nacionalmente de forma virtuosa pela Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), não apenas para a aumentar a qualidade dos serviços, como ao editar o Provimento 79, de 8 de novembro de 2018, que criou a política institucional de metas nacionais de qualidade para o serviço extrajudicial “para torná-lo mais eficiente e moderno”, mas também para a melhoria da infraestrutura para o atendimento da população.

Nesse sentido, merece destaque o Provimento 74, editado pela CNJ em 31 de julho de 2018, que dispôs sobre padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados para a continuidade da atividade pelos serviços notariais e de registro do Brasil, determinando assim que todas as serventias extrajudiciais do país adotassem infraestrutura básica de tecnologia da informação, incluindo equipamentos, pessoal e processos. Aquelas que ainda não tinham evoluído naturalmente

<sup>24</sup> Lei 8.935, art. 4º. “Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.”

<sup>25</sup> NSCGJ, item 4. “O Tabelião de Notas deve prezar pela urbanidade e serenidade e prestar os serviços notariais de modo eficiente e adequado, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento dos livros e documentos, nos dias e nos horários definidos por meio de portaria do Juiz Corregedor Permanente, atento às peculiaridades locais e às seis horas diárias mínimas de atendimento ao público.”

em razão de melhoria em sua gestão foram obrigadas a seguir essa determinação, o que certamente contribuiu para que elas tivessem uma melhor estrutura para enfrentar o atípico quadro atual.

Assim, diante do atual estado de profissionalização da gestão das serventias extrajudiciais, é possível afirmar que o terreno já estava fértil para desenvolver as medidas emergenciais necessárias para o enfrentamento da pandemia.

## **5. O distanciamento imposto pela pandemia e a essencialidade dos serviços notariais**

A pandemia surgiu de forma avassaladora, com proporções inimagináveis em todo o mundo. Já causou a morte de centenas de milhares de pessoas, dentre milhões de infectadas.

Se os seus efeitos não podiam ser dimensionados e não havia cura nem outra forma de prevenção ou de tratamento, a humanidade adotou o único remédio até então conhecido: o distanciamento social.

Esse distanciamento, contudo, se de início mostrou ser uma forma aparentemente eficaz de mitigar os efeitos da doença, conflita frontalmente com a forma tradicional de prestação dos serviços notariais baseada no contato pessoal.

A procura pelo distanciamento social levou à paralisação generalizada das atividades em diversos países, afetando diretamente as atividades notariais.

Constatado o avanço da doença e reconhecida a situação de pandemia pela Organização Mundial da Saúde com a contaminação simultânea em diversos países, inclusive o Brasil, as autoridades começaram a adotar as medidas que estavam ao seu alcance para a proteção da população.

Seguindo exemplos adotados em outros países, começaram a ser adotadas medidas gerais de suspensão de atividades com atendimento presencial.

Autoridades federais, estaduais e municipais passaram a editar normas restritivas de funcionamento de atividades com o objetivo de desestimular a circulação de pessoas.

No âmbito federal, a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas gerais para enfrentamento da pandemia. A lei foi regulamentada pelo Decreto 10.282, de 20 de março de 2020, que definiu os serviços públicos e as atividades essenciais como aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

No estado de São Paulo, as primeiras medidas foram editadas com o Decreto 64.879, de 20 de março de 2020, que reconheceu o estado de calamidade pública decorrente da pandemia no estado, e com o Decreto 64.881, de 24 de março de 2020, que decretou a quarentena no estado consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus. Essa quarentena foi alterada pelo Decreto 64.994, de 28 de maio de 2020, que previu sua liberação gradativa de acordo com a melhora das condições epidemiológicas e estruturais no estado, aferidas pela medição, respectivamente, da evolução da doença e da capacidade de resposta do sistema de saúde.

No caso dos serviços notariais e registrais, sendo atividade pública delegada ao particular pelo Estado e fiscalizada pelo Poder Judiciário, desde o início reconheceu-se o caráter essencial dessas atividades e se permitiu o seu funcionamento, desde que

adotadas as medidas para auxiliar na prevenção e no combate à pandemia previstas por seu ente fiscalizador.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, por meio de seus diversos braços, incluindo o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais e as Corregedorias Estaduais, editou diversos atos normativos com essa finalidade. Temos assim os Provimentos CSM n. 2.545/2020<sup>26</sup> e 2.547/2020<sup>27</sup>, o Provimento CGJ 07/2020<sup>28</sup>, os Comunicados CGJ 231/2020<sup>29</sup> e 235/2020<sup>30</sup>, a Recomendação CNJ 45/2020<sup>31</sup>, a Resolução CNJ 313/2020<sup>32</sup>, o Provimento CNJ n.º 91/2020<sup>33</sup> e o Provimento CNJ n.º 95/2020<sup>34</sup>, entre outros, para regulamentar a questão em razão da pandemia, *inclusive considerando que os serviços extrajudiciais de notas e de registro são essenciais* para o exercício de determinados direitos fundamentais, para a circulação da propriedade e para a obtenção de crédito com garantia real, de tal maneira que tanto em âmbito estadual quanto nacional os órgãos fiscalizadores consideraram ser vedada a recusa do atendimento aos usuários dos serviços públicos prestados pelas serventias extrajudiciais.

Portanto, os serviços notariais foram reconhecidos como essenciais, sendo adotadas diversas medidas em caráter emergencial para assegurar o seu funcionamento durante a pandemia.

<sup>26</sup> Provimento CSM 2.545, de 16 de março de 2020, que estabeleceu sistema especial de trabalho para o Poder Judiciário do estado de São Paulo, com a suspensão de atendimento ao público, prazos processuais e audiências por 30 dias

<sup>27</sup> Provimento CSM 2.547, de 18 de março de 2020, que dispôs sobre o sistema de plantão especial em Segunda Instância, em razão da declaração de pandemia em relação ao novo coronavírus – Covid-19.

<sup>28</sup> Provimento CG N.º 07, de 18 de março de 2020, que dispôs sobre medidas de prevenção a serem adotadas nos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado de São Paulo contra a infecção pela Covid-19.

<sup>29</sup> Comunicado CG 231/2020, de 18 de março de 2020, com recomendações para as serventias extrajudiciais para o incentivo ao teletrabalho dos prepostos, práticas de higiene e de atendimento para a prevenção da doença e para que “adotem, preferencialmente, formas para o atendimento remoto das partes ou de seus representantes, por meios eletrônicos de comunicação e conferência, com divulgação dos números telefônicos, endereços eletrônicos, Skype, videoconferência, ou sistema equivalente.”

<sup>30</sup> Comunicado CG 235/2020, de 18 de março de 2020, com orientações sobre a manutenção de plantão diário, por período não inferior a duas horas ininterruptas, para a prática de determinados atos em caso de suspensão do funcionamento de unidade dos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado de São Paulo.

<sup>31</sup> Recomendação CNJ 45/2020, de 17 de março de 2020, recomendando às Corregedorias Estaduais que adotassem medidas preventivas para a redução dos riscos de contaminação com o novo coronavírus, causador da Covid-19, no âmbito das serventias extrajudiciais e da execução dos serviços notariais e de registro, incluindo a suspensão ou redução do expediente e do atendimento ao público, autorizar o trabalho remoto dos prepostos, regime de plantão em caso de suspensão de atividades e suspensão de prazos para a prática de atos.

<sup>32</sup> Resolução CNJ 313/2020, de 19 de março de 2020, estabelecendo, 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.

<sup>33</sup> Provimento CNJ 91/2020, de 22 de março de 2020, que dispõe sobre a suspensão ou redução do atendimento presencial ao público, bem como a suspensão do funcionamento das serventias extrajudiciais a cargo dos notários, registradores e responsáveis interinos pelo expediente, como medidas preventivas para a redução dos riscos de contaminação com o novo coronavírus, causador da Covid-19, e regula a suspensão de prazos para a lavratura de atos notariais e de registro.

<sup>34</sup> Provimento CNJ 95/2020, de 01 de abril de 2020, que dispõe sobre o funcionamento dos serviços notariais e de registro durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), enquanto serviço público essencial que possui regramento próprio no art. 236 da Constituição Federal e na Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994.

## 6. As adaptações emergenciais para a continuidade dos serviços diante da paralisação e do distanciamento forçado

O distanciamento social, se de início mostrou ser uma forma aparentemente eficaz de mitigar os efeitos da doença, conflita frontalmente com a maneira tradicional de prestação dos serviços notariais baseada no contato pessoal.

No entanto, a crescente profissionalização da gestão e a utilização de recursos tecnológicos que já se verificava nas serventias extrajudiciais se mostrou determinante para a boa condução das atividades não apenas durante os momentos iniciais da crise, mas também para o futuro previsto.

Muito antes disso, por exemplo, temos iniciativas dos próprios notários para a atuação integrada para a melhoria da prestação dos serviços, pois em 2019 as centrais de informações geridas pelo Colégio Notarial do Brasil completaram 25 anos de funcionamento. Repositórios qualificados de informações sobre os atos notariais, criados pelos próprios notários através de suas entidades representativas,<sup>35</sup> iniciaram com a reunião de informações sobre testamentos, evoluíram para agregar todos os atos notariais praticados e foram incorporadas pelas Corregedorias local e nacional, sendo atualmente adotadas de forma obrigatória em todo o país.

Além disso, devidamente administradas, as serventias mostraram capacidade para dar soluções rápidas à sociedade sem descuidar das medidas protetivas da saúde de seu pessoal e da população.

Assim, seguindo as regras que lhes foram impostas pelas autoridades, as serventias adaptaram seu funcionamento sem interromper suas atividades, cientes de sua essencialidade.

Em geral, cuidaram em primeiro lugar das regras de higiene e proteção da saúde de seu pessoal e da população.

Adotaram-se horários especiais de funcionamento ou até mesmo a suspensão do atendimento presencial, conforme a situação de cada localidade, mas sempre com a adoção ao menos do plantão presencial ou remoto. O plantão remoto, a propósito, pode ser considerado a primeira medida de inovação adotada no início da pandemia, uma vez que permitiu que o atendimento fosse realizado à distância, por meio dos diversos recursos tecnológicos atualmente existentes, incluindo a valorosa utilização das Centrais já implementadas tanto para os serviços notariais quanto para os demais serviços registraes, conforme expressamente declarado nas normas editadas durante o período.

De outro lado, a restrição generalizada do funcionamento das atividades comerciais levou à abrupta interrupção da busca pelos serviços, uma vez que a população também estava naturalmente receosa de sair de casa. Isso reduziu a receita das serventias de forma inédita, o que as levou a adotar medidas empresariais de gestão de crise, como a renegociação de

<sup>35</sup> “A reunião das informações sobre os atos notariais foi idealizada e criada pelo Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo (CNB/SP), que desenvolveu uma central para captação e organização dos testamentos lavrados no estado paulista, ainda em 1.994, por meio do Registro Central de Testamentos (RCT), que em 2006 se transformou em uma central informatizada: o Registro Central de Testamentos Online (RCTO). Ainda neste ano é também criada a Central de Escrituras e Procurações (CEP).” CENTRAIS Notariais: 25 anos de eficiência e segurança jurídica. *Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo*, São Paulo, 10 set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Q9Z6RU>. Acesso em: 19 jul. 2020.

contratos com fornecedores e mesmo dos contratos trabalhistas, com a redução de jornada de trabalho e de salários e diversas outras medidas no âmbito de sua gestão.

Paralelamente, buscaram continuar prestando seus serviços de maneiras inéditas, adotando todos os recursos pessoais ou tecnológicos disponíveis.

Se algumas medidas já eram adotadas em razão da evolução da gestão, como a disponibilização de diversos canais de comunicação aos usuários (telefone, e-mail, redes sociais etc.) e a utilização das centrais de informações, outras foram estimuladas pelos órgãos fiscalizadores ou mesmo pelos novos hábitos adquiridos pela população durante a pandemia.

Como exemplo, em decorrência do isolamento, inúmeras pessoas comunicaram-se com amigos, parentes e de forma profissional ou educativa por meio de aplicativos que uniam vídeo e som, como Zoom, WhatsApp, Skype, Teams e outros. Se no início da pandemia esses recursos eram dominados por poucos, ou ao menos por uma parcela minoritária da população, depois de algum tempo certamente eles se popularizaram de forma a ganharem um terreno relativamente natural na sociedade.

Isso ocorreu de forma intensa e acelerada em razão das circunstâncias, o que certamente levou à incorporação dessas tecnologias aos atos notariais.

Assim, desde o início da pandemia as serventias buscaram manter aberto o canal de comunicação com os seus clientes. Ponto sensível da atividade notarial, sempre se considerou que esse contato era fundamental e por isso deveria ser adaptado às novas circunstâncias. Processos internos foram revistos e novas formas de comunicação foram adotadas, sempre com o objetivo de fazer jus ao caráter essencial dos serviços prestados. O distanciamento foi respeitado sempre que possível, com a adoção de todos os cuidados necessários quando o contato pessoal era indispensável, como no caso da identificação pessoal e da assinatura no momento da lavratura do ato.

Além das medidas de gestão adotadas pelos notários para a continuidade de prestação dos serviços notariais, diversos atos normativos foram adotados para assegurar e até mesmo determinar a sua continuidade à sociedade.

É verdade que a assinatura digital já estava prevista pela legislação desde 2002, com a instituição da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) e da aceitação de documentos assinados de forma eletrônica,<sup>36</sup> mas ela não era admitida para a assinatura dos atos notariais. Assim, as novas tecnologias na área de inteligência artificial já vinham sendo intensamente utilizadas, tais como *big data*, *blockchain*, *smart contracts* etc., mas, por via de regra, elas têm alcance limitado à identificação de pessoas ou ao armazenamento de informações, e nenhuma delas permitia a ampla atuação que o notário tem no sentido de forma preventiva e acautelatória, com real aferição da vontade das partes.

<sup>36</sup> Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, publicada no DOU de 27 de julho de 2001. Art. 1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. [...] Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º. As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 – Código Civil. § 2o O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Assim, embora já houvesse tecnologia disponível e suporte legal para a assinatura à distância, durante a pandemia diversos atos normativos foram sendo gradativamente reeditados e adaptados à necessidade de distanciamento social nos serviços notariais, com destaque para o Provimento CNJ 95/2020, de 01 de abril de 2020, o Provimento CNJ 100/2020, de 26 de maio de 2020<sup>37</sup> e para o mais recente Provimento CGJ 16/2020, de 12 de junho de 2020.

O Provimento CNJ 95/2020, de 01 de abril de 2020, reforçou que “os serviços públicos de notas e registros devem manter a continuidade e o seu funcionamento é obrigatório” (art. 1º, § 1º), de forma que as Corregedorias deveriam regulamentar a prestação dos serviços à distância como forma preferencial, assegurando o funcionamento em sistema de plantão em locais com mobilidade reduzida em razão das medidas de prevenção à pandemia. Nesse sentido, previu a possibilidade de recepção de títulos de forma eletrônica,<sup>38</sup> o atendimento à distância com direcionamento aos meios eletrônicos disponíveis em cada especialidade,<sup>39</sup> a adoção dos diversos recursos tecnológicos atuais de comunicação no atendimento,<sup>40</sup> o trabalho remoto com a ampla utilização de recursos tecnológicos<sup>41</sup> e a recepção excepcional de documentos em forma digital ou digitalizada.<sup>42</sup> Embora editado em caráter provisório até o dia 30 de abril de 2020, as medidas adotadas foram inovadoras e representaram verdadeira quebra de paradigma sobre o funcionamento digital dos serviços notariais, indicando clara possibilidade de adoção dessas soluções de forma permanente, o que de fato ocorreu ao se implementar o e-notariado, como se verá adiante.

Assim, mais uma vez o CNJ avançou quando regulamentou o e-notariado<sup>43</sup> através do Provimento CNJ 100/2020, de 26 de maio de 2020, que estabeleceu as normas gerais

<sup>37</sup> Provimento CNJ 100/2020, de 26 de maio de 2020, que dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências.

<sup>38</sup> Artigo 1º, § 5º. Os oficiais de registro e tabeliães, a seu prudente critério, e sob sua responsabilidade, poderão recepcionar diretamente títulos e documentos em forma eletrônica, por outros meios que comprovem a autoria e integridade do arquivo (consoante o disposto no Art. 10, § 2º, da Medida Provisória 2.200-2/2001).

<sup>39</sup> Art. 3º. O atendimento de plantão a distância será promovido mediante direcionamento do interessado por todos os meios de eletrônicos já disponíveis e em funcionamento em cada especialidade, inclusive centrais eletrônicas regulamentadas, em funcionamento no país ou na respectiva unidade da Federação, para a remessa de títulos, documentos e pedido de certidões.

<sup>40</sup> Art. 4º. Durante o regime de plantão deverá ser mantido, por período não inferior a quatro horas, o atendimento por meios de comunicação que forem adotados para atendimento a distância, nesses incluídos os números dos telefones fixo e celular, os endereços de WhatsApp, Skype, e os demais que estiverem disponíveis para atendimento ao público, que serão divulgados em cartaz a ser afixado na porta da unidade, facilmente visível, e nas páginas de Internet.

<sup>41</sup> Art. 5º. A execução das atividades de forma remota, por meio de prepostos, fora das dependências da serventia extrajudicial, pela modalidade de teletrabalho, observará o que determina o art. 4º, da Lei nº 8.935/94, ficando o tabelião ou oficial de registro responsável por providenciar e manter a estrutura física e tecnológica necessária e adequada à realização do teletrabalho.

<sup>42</sup> Art. 6º. Durante a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), contemplada no caput, todos os oficiais de registro e tabeliães deverão recepcionar os títulos nato-digitais e digitalizados com padrões técnicos, que forem encaminhados eletronicamente para a unidade do serviço de notas e registro a seu cargo e processá-los para os fins legais. § 1º. Considera-se um título nativamente digital, para todas as atividades, sem prejuízo daqueles já referidos no Provimento CNJ 94/2020, de 28 de março de 2020, e na legislação em vigor, os seguintes: I – O documento público ou particular gerado eletronicamente em PDF/A e assinado com Certificado Digital ICP-Brasil por todos os signatários e testemunhas; II – A certidão ou traslado notarial gerado eletronicamente em PDF/A ou XML e assinado por tabelião de notas, seu substituto ou preposto; III – Os documentos desmaterializados por qualquer notário ou registrador, gerado em PDF/A e assinado por ele, seus substitutos ou prepostos com Certificado Digital ICP-Brasil. IV – As cartas de sentença das decisões judiciais, dentre as quais, os formais de partilha, as cartas de adjudicação e de arrematação, os mandados de registro, de averbação e de retificação, por meio de acesso direto do oficial do registro ao processo judicial eletrônico, mediante requerimento do interessado. § 2º. Consideram-se títulos digitalizados com padrões técnicos, aqueles que forem digitalizados de conformidade com os critérios estabelecidos no art. 5º do Decreto nº 10.278, de 18 de março de 2020.

<sup>43</sup> Art. 7º. Fica instituído o Sistema de Atos Notariais Eletrônicos, e-Notariado, disponibilizado na internet pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, dotado de infraestrutura tecnológica necessária à atuação notarial eletrônica, com o objetivo

sobre a prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do país. Verdadeiro marco de inovação da prestação dos serviços notariais, regulamenta uma estrutura que permite que os atos sejam praticados à distância de forma segura, com a adoção de videoconferência em plataforma própria e a utilização de assinaturas digitais,<sup>44</sup> dentre diversas outras inovações.

É certo que os atos notariais eletrônicos já estavam regulamentados de forma inovadora em São Paulo através do Provimento CGJ 12/2020, de 28 de abril de 2020,<sup>45</sup> que autorizava a lavratura de escrituras à distância mediante a identificação das partes e a assinatura por meios eletrônicos,<sup>46</sup> incluindo a realização de videoconferência ou outro meio similar<sup>47</sup> e a identificação das partes com documentos de identidade eletrônica e assinatura de forma remota com certificados digitais,<sup>48</sup> mas o Provimento foi editado em caráter provisório apenas pelo prazo de 30 dias.

Nesse sentido, a edição do Provimento 100 pelo CNJ regulamentando a prática de atos notariais de forma eletrônica, permanentemente e em âmbito nacional em substituição a todos os provimentos locais,<sup>49</sup> significa verdadeira quebra de paradigma no assunto.

Por fim, o mais recente Provimento CGJ 16/2020, editado em 12 de junho de 2020 e vigente até 22 de julho de 2020,<sup>50</sup> em sintonia com a legislação estadual que prevê a gradativa liberação do funcionamento dos estabelecimentos comerciais de acordo com a melhoria do quadro geral de saúde, também permite que os serviços extrajudiciais funcionem ou não de acordo com as peculiaridades locais e prevê diversas formas de prestação dos serviços notariais com a utilização de recursos tecnológicos. Editado em sintonia com a legislação estadual, que prevê a gradativa liberação da quarentena de acordo com a situação do sistema de saúde dos municípios, faculta-se desde o atendimento em sistema de plantão, em municípios cuja situação esteja mais grave (art. 2º), até a redução do horário de atendimento presencial para o mínimo de quatro horas em regiões em melhor estado (art. 3º), observadas diversas restrições. Em relação ao atendimento remoto, destaca-se

---

de: I – interligar os notários, permitindo a prática de atos notariais eletrônicos, o intercâmbio de documentos e o tráfego de informações e dados; II – aprimorar tecnologias e processos para viabilizar o serviço notarial em meio eletrônico; III – implantar, em âmbito nacional, um sistema padronizado de elaboração de atos notariais eletrônicos, possibilitando a solicitação de atos, certidões e a realização de convênios com interessados; e IV – implantar a Matrícula Notarial Eletrônica – MNE.

<sup>44</sup> Art. 4º. Para a lavratura do ato notarial eletrônico, o notário utilizará a plataforma e-Notariado, através do link [www.e-notariado.org.br](http://www.e-notariado.org.br), com a realização da videoconferência notarial para captação da vontade das partes e coleta das assinaturas digitais.

<sup>45</sup> Provimento CG nº 12/2020, de 28 de abril de 2020 – Dispõe sobre a realização de ato notarial à distância, para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo Federal nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), e dá outras providências.

<sup>46</sup> Art. 1º. Autorizar que as partes de escrituras públicas, incluídas as atas notariais, sejam identificadas, manifestem suas declarações de vontade e anuem ao negócio jurídico por meio eletrônico seguro, com lançamento das suas assinaturas mediante uso de certificado digital no padrão da infraestrutura ICP-Brasil de sua titularidade.

<sup>47</sup> Art. 5º. A verificação da capacidade e a formalização da vontade das partes e demais participantes, pelo tabelião de notas ou seus prepostos autorizados, poderão ser feitas remotamente através de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens, preservando a gravação de seu conteúdo nos termos deste provimento.

<sup>48</sup> Art. 6º. A identidade das partes, para a videoconferência, será verificada remotamente por via original de identidade eletrônica e, em sua falta, pelos documentos digitalizados que instruem os cartões de assinatura abertos pelo próprio notário ou por outros tabeliães de notas, com prazo máximo de dez anos, e será promovida sem prejuízo da assinatura do documento eletrônico por meio de certificado digital no padrão da infraestrutura ICP Brasil da parte do negócio jurídico.

<sup>49</sup> Art. 38. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas todas as disposições em contrário constantes de normas das Corregedorias Gerais de Justiça dos estados e do Distrito Federal que tratem sobre o mesmo tema ou qualquer outra forma de prática de ato notarial eletrônico, transmissão de consentimento e assinaturas remotas.

<sup>50</sup> Provimento CG Nº 16/2020 – Dispõe sobre medidas de prevenção a serem adotadas nos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado de São Paulo contra a infecção pela Covid-19.

que a norma consolida práticas já adotadas em dispositivos anteriores, como a adoção de plantão presencial, presencial e remoto, ou apenas remoto, conforme a localidade, mas reforça que o plantão remoto pode adotar todos os meios de comunicação disponíveis, desde que amplamente divulgados, incluindo e-mail, telefones fixo e celular, WhatsApp, Skype, Centrais Eletrônicas.<sup>51</sup>

Assim, se no início o contato com os clientes de forma remota era admitido durante o plantão e de forma provisória, como no caso dos Provimentos adotados em São Paulo, depois a prática foi ampliada e obteve alcance nacional com o Provimento editado pelo CNJ, que regulamenta o e-notariado como plataforma que permite que os serviços notariais sejam prestados de forma segura em ambiente totalmente controlado pelos próprios notários, com a mesma fiscalização pelos órgãos correccionais.

É verdade que o e-notariado já vinha sendo desenvolvido há algum tempo, ao menos de forma concreta desde 2018, mas não se pode negar que a pandemia foi a faísca que criou a combustão de todos os elementos já expostos, combinando de forma única todos os recursos tecnológicos, culturais e pessoais que já vinham sendo adotados pelos notários com o ambiente legal e social atual.<sup>52</sup>

O processo de inovação já existia, portanto, embora tenha sido acelerado pela pandemia e com ela tenha recebido impulso decisivo para sua ampla implementação aos serviços notariais.

## **7. O novo normal: a busca permanente por agilidade, simplificação e cooperação e propostas de melhoria**

A pandemia já está em nosso país há vários meses e continua sem prazo para acabar, como amplamente divulgado pela imprensa.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> § 2º. Todos os meios de comunicação que forem adotados para o atendimento remoto, incluídos o e-mail, os números de telefones fixo e celular, o número de telefone vinculado ao aplicativo WhatsApp, a identificação utilizada no aplicativo Skype, e outros que estiverem disponíveis para atendimento ao público serão divulgados em cartaz a ser afixado na porta da unidade de forma a facilitar a visualização, na página da internet da unidade e, quando possível, nas Centrais Eletrônicas das respectivas especialidades dos serviços.

<sup>52</sup> “Em 2018, o Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF) teve a iniciativa de refletir sobre a possibilidade de praticar um ato com a variável eletrônica. Nesse momento, no entanto, a premissa de assinatura à distância do usuário não era aceita com unanimidade pelas seccionais da entidade de classe. [...] A partir do Provimento CNJ n° 100, torna-se obrigatória a utilização da plataforma e-Notariado ([www.e-notariado.org.br](http://www.e-notariado.org.br)) para a lavratura do ato notarial eletrônico com a realização da videoconferência notarial para captação da vontade das partes e coleta das assinaturas digitais, sendo que a matéria da competência para a prática dos atos regulados na norma é absoluta e observa a circunscrição territorial em que o tabelião recebeu sua delegação (Art. 9º, Lei n° 8.935/94). Entre as diversas ferramentas adotadas a partir da norma, destacam-se a assinatura eletrônica notariada, certificado digital notariizado, assinatura digital, biometria, videoconferência, ato notarial eletrônico, digitalização, materialização, transmissão eletrônica, dentre outros. Além disso, a criação da Central Notarial de Autenticação Digital (Cenad) – ferramenta para os notários autenticarem os documentos digitais, com base em seus originais (em construção).” TELLES, Flavia; PIGINI, Augusto; SOUFIA, Gabriel. Notariado: novos contornos em face da pandemia. *Jornal do Notário*, São Paulo, ano XXII, n. 197, p. 17-19, 22 jun. 2020.

<sup>53</sup> “Ao rejeitar lockdowns, países buscam novas formas de evitar avanço do vírus. Perto de duas marcas globais significativas – meio milhão de óbitos e 10 milhões de casos -, governos que pareciam ter controlado a pandemia desistem da estratégia de acabar com a Covid-19 e buscam conviver com a doença até o desenvolvimento de uma vacina. [...] Embora os detalhes sejam diferentes, as estratégias são parecidas: dar mais flexibilidade para autoridades locais decidirem sobre medidas de isolamento, testes, monitoramento e controles de fronteiras, além de lembrar aos cidadãos constantemente dos perigos do contato humano. [...] E evidencia também o desafio de países como EUA, Brasil e Índia, onde as autoridades não conseguiram controlar a pandemia e o coronavírus continua a se propagar.” AO REJEITAR lockdowns, países buscam novas formas de evitar avanço do vírus. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2020. Caderno Internacional, p. 10. Disponível em: <https://bit.ly/2EaKxva>. Acesso em: 21. ago. 2020.

Diante disso, é perfeitamente possível supor que a grande mudança de hábitos vivida pela sociedade durante este período vai continuar existindo por um bom tempo, ou até mesmo permanentemente, de forma que os serviços notariais, que sempre se adaptaram às exigências sociais, devem considerar o comportamento adotado pela sociedade para enfrentá-la. Para tanto, se durante esse período emergiram comportamentos que demandaram *agilidade, simplificação e cooperação* nas ações humanas, pensamos ser fundamental que isso também ocorra nos âmbitos normativo e operacional da prestação dos serviços.

Antes disso, porém, o cuidado com a saúde deve continuar despontando como prioridade. Se o momento demanda distanciamento, a atividade deve se adaptar para diminuir o contato físico sempre que assim for possível. Nesse sentido, as soluções tecnológicas adotadas durante o período mais crítico da pandemia para evitar o contato pessoal devem continuar durante o tempo que for necessário, e não apenas de forma provisória, uma vez que já se constatou ser possível seguir dessa forma sem prejudicar a segurança jurídica dos atos praticados.

Afinal, de forma evolutiva, se a redução do contato pessoal se mostra conveniente para a sociedade para reduzir os deslocamentos desnecessários e economizar tempo, não parece que a sua adoção de forma permanente em todo o processo de lavratura de um ato notarial trará prejuízos para a atividade. Tomados os devidos cuidados que já se mostraram eficazes durante a pandemia, a medida pode ser de grande valia e certamente irá ao encontro dos anseios de uma sociedade que já incorporou o contato remoto em sua vida cotidiana.

Depois, as consequências econômicas profundas decorrentes da pandemia levam à necessidade de eliminar excessos de forma rápida e coordenada como forma de sobrevivência e recuperação desta crise e como prevenção para outras futuras.

Isso porque as respostas têm de ser rápidas perante situações novas como forma de sobrevivência. A velocidade deve se observar não apenas no fluxo de informações, mas também nas ações concretas a serem adotadas diante de qualquer problema a ser resolvido.

Também devem ser eliminados os excessos em todos os sentidos. Processos, custos, pessoas, tempo, ou seja, todos os recursos humanos, materiais ou técnicos devem ser otimizados e reduzidos para que o resultado seja atingido da forma mais eficiente possível, direcionando-se assim de forma eficaz cada recurso ao seu destino necessário.

Por fim, a redescoberta da cooperação como forma de multiplicação de forças e otimização do resultado emergiu de forma indubitável durante a pandemia, não apenas para que o trabalho coletivo agregue diferentes forças para enfrentar um perigo desconhecido, mas também como forma de buscar suporte aos menos favorecidos. A cooperação deve ser obtida em todos os níveis: entre os prepostos e o notário de uma serventia, entre as serventias, entre as serventias e os órgãos fiscalizadores e entre todos e a sociedade. Atitudes cooperativas devem ser buscadas em todos esses níveis e traduzidas em ações que podem abranger desde as relações de trabalho até a edição de atos normativos.

Agilidade, simplificação e cooperação somente serão obtidas se houver atuação conjunta no âmbito normativo e no operacional da prestação dos serviços.

Isso demanda que as serventias tenham uma boa capacidade operacional e, para isso, devem ter autonomia para continuar investindo na boa gestão dos serviços, tendo em vista não apenas cada serventia, mas principalmente o serviço notarial a ser prestado como um todo para a sociedade. Devem, assim, agir com autonomia, mas de forma

integrada, com destaque para o papel das associações e das centrais de informações na coordenação e na integração dos serviços.

Ainda no âmbito normativo, isso somente ocorrerá se os legisladores mantiverem o reconhecimento da essencialidade dos serviços notariais para a sociedade e se os órgãos fiscalizadores tiverem como pressuposto a confiança no serviço prestado, e, a partir do que podem, estimular práticas que levem à melhoria contínua da prestação dos serviços por parte de cada serventia de acordo com as peculiaridades locais. Sendo necessário um ato normativo complementar, deverá ser editado de forma célere, simples e coordenada, da mesma forma como ocorreu durante a pandemia.

Por fim, é fundamental que tudo isso ocorra tendo em vista o interesse da sociedade, destinatária final dos serviços notariais e que deve ter assegurados meios de participar de todo o processo em todas as suas fases: primeiro por meio de seus representantes legislativos na normatização da atividade, depois diretamente como usuária final dos serviços e, por fim, de forma coletiva ao perceber os benefícios da segurança jurídica e da prevenção de conflitos resultantes da atividade prestada.

## 8. Conclusão

A atividade notarial não pode ficar refém de conceitos ultrapassados. Surgida no seio da sociedade, deve com ela evoluir.

Mudanças como as trazidas pela pandemia exigem resposta rápida e adequada. Para isso, a boa gestão é fundamental não apenas para o funcionamento dos serviços notariais em situação normal, mas em especial para o enfrentamento de qualquer crise atual ou futura.

De outro lado, os órgãos legislativos, governamentais e fiscalizadores devem manter o reconhecimento da essencialidade dos serviços notariais, que embora públicos foram delegados aos notários para sua gestão de forma privada e por isso devem ser regulados e fiscalizados, mas sem que se limite a liberdade de gestão dos titulares. Ao contrário, devem estimulá-la e atuar de forma colaborativa e com confiança na capacidade técnica e moral dos titulares, que inegavelmente têm atuado de forma rápida e madura na busca pela prestação de um serviço digno e que evolua de acordo com os interesses da população.

A lei, portanto, deve acompanhar a evolução da sociedade, em especial com a adoção de novos recursos tecnológicos.

Nesse sentido, é certo que o contato pessoal sempre foi importante na atividade notarial, mas a sociedade já vinha demandando modernização e as serventias já vinham adaptando-se a ela com a profissionalização de sua gestão e com a adoção dos diversos recursos tecnológicos existentes.

Novas tecnologias devem ser aliadas, e não concorrentes, do serviço notarial. Devemos aproveitar o que é útil, eliminando excessos e tarefas repetitivas que não agregam valor ao serviço prestado à população. Tarefas burocráticas devem ser deixadas para as máquinas, reservando ao tabelião seu verdadeiro papel essencial e qualificado de assessoria jurídica prévia, qualificação da vontade e formalização do ato que se pretende praticar, sempre tendo em vista que essa atuação busque garantir a eficácia da lei, a segurança jurídica e a prevenção de conflitos.

E assim, mais uma vez o notário seguirá acompanhando a sociedade e com ela evoluindo.

## Referências

AO REJEITAR lockdowns, países buscam novas formas de evitar avanço do vírus. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2020. Caderno Internacional, p. 10. Disponível em: <https://bit.ly/2EaKxva>. Acesso em: 21. ago. 2020.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 nov. 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2QgfYXg>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 ago. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3l9gGUo>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CENTRAIS Notariais: 25 anos de eficiência e segurança jurídica. *Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo*, São Paulo, 10 set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Q9Z6RU>. Acesso em: 19 jul. 2020.

DIP, Ricardo. Breves apontamentos sobre a fé pública notarial. *Anoreg/BR*, Brasília, DF, c2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Yk2aiR>. Acesso em: 16 jul. 2020.

GIGLIOTTI, Andrea; MODANEZE, Jussara. Tabela de Notas. In: GENTIL, Alberto et al. *Registros Públicos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1966.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Tabelionato de notas*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Cartórios).

SÃO PAULO (Estado). Provimento nº 58/89, de 28 novembro de 1989. São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça, 1989. Disponível em: <https://bit.ly/34hofzZ>. Acesso em: 19 jul. 2020.

TELLES, Flavia; PIGINI, Augusto; SOUFIA, Gabriel. Notariado: novos contornos em face da pandemia. *Jornal do Notário*, São Paulo, ano 22, n. 197, p. 17-19, 22 jun. 2020.



# Atos notariais eletrônicos: análise do Provimento nº 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça

*Laura Ribeiro Vissotto<sup>1</sup>*  
Tabeliã de Notas

**Sumário:** Introdução; 1. Da função notarial; 2. Das principais inovações do provimento nº 100/2020 do CNJ; 2.1. Da competência para lavratura do ato notarial eletrônico; 2.2. Dos requisitos para prática do ato notarial eletrônico; 2.3. Da CENAD – Central Notarial de Autenticação Digital; 2.4. Do reconhecimento de firma virtual; Conclusão; Referências bibliográficas.

## Introdução

Há muito se aguardava a regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça da prestação de serviços notariais de forma digital em nível nacional.

Muitos estados da Federação já possuíam regulamentação própria editada pelas Corregedorias de Justiça locais e discutia-se no âmbito do Pedido de Providências nº 0001333-84.2018.2.00.0000 a forma como seria feita a transição do ato notarial físico para o digital.

Com a declaração de pandemia de Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020, impôs-se a todos uma repentina mudança de hábitos e o isolamento social aprofundou ainda mais a necessidade de se criarem instrumentos tecnológicos para proteger a população e permitir o acesso aos serviços notariais de forma remota, garantindo-se a mesma fé pública e segurança jurídica dos atos presenciais.

Nesta nova realidade pandêmica, a virtualização dos serviços e a preocupação com a tecnologia, qualidade, eficiência e segurança tornaram-se obrigatórias para todas as organizações que buscam competitividade e perpetuidade de suas atividades e, com as serventias notariais, não poderia ser diferente.

Restou ainda mais evidente durante esta pandemia a importância social e a essencialidade do serviço notarial para o exercício da cidadania e para a manutenção das relações pessoais e negociais. Diante disso, o Conselho Nacional de Justiça, através do Provimento nº 95 de 01 de abril de 2020, determinou o funcionamento obrigatório das serventias, a continuidade da prestação dos serviços aos usuários e autorizou a execução de atividades de forma remota pelo titular e seus prepostos como medida preventiva para redução dos riscos de contaminação pelo coronavírus.

Nesse contexto, algumas Corregedorias Estaduais publicaram normas regulando a prestação de serviços on-line e fez-se necessário estabelecer regras para uniformizar a prática do ato notarial eletrônico em todo o território nacional, a fim de padronizar e orientar a conduta dos tabeliães de notas no meio digital decorrente desta nova demanda da população.

---

<sup>1</sup> 1ª Tabeliã de Notas de São José dos Campos, Bacharel e Mestre em Direito pela PUC/SP, ex-Presidente da Anoreg/SP.

A edição do Provimento nº 100, de 26 de maio de 2020, do Conselho Nacional de Justiça foi muito festejada e representa um marco histórico para a atividade porque finalmente trouxe o notário para o século XXI, permitindo que os tabelionatos acompanhem os avanços tecnológicos que vem ocorrendo em todos os demais segmentos da sociedade.

O provimento é dividido em sete capítulos, dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a matrícula notarial eletrônica (MNE) e dá outras providências.

Considerando que as inovações trazidas pelo Provimento nº 100 são recentíssimas e ainda estão em fase de implantação e adaptação, tanto pelas serventias notariais quanto pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (gestor do sistema e-Notariado), o presente artigo tem por escopo apenas trazer algumas reflexões iniciais sobre a matéria.

## 1. Da função notarial

O direito brasileiro adotou o sistema notarial do tipo latino.

A Constituição Federal estabeleceu no artigo 236 que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. A Lei nº 8935/94 reservou aos notários e registradores a missão de garantir a autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

O artigo 3º da Lei nº 8.935/94, que regulamentou o referido dispositivo constitucional, define notário, ou tabelião, como um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial.

As demandas sociais de certeza e segurança sempre exigiram a presença de um terceiro imparcial, digno de confiança, de fé. Os notários cumprem uma importante necessidade social: asseguram tranquilidade econômica aos negócios, previnem litígios, tutelam os consumidores hipossuficientes igualando assimetrias existentes entre as partes e garantem segurança jurídica aos atos em que participam.

A atuação notarial também é um indiscutível e eficiente instrumento de desafogamento do Poder Judiciário, combate à lavagem de dinheiro e fiscalização de questões fiscais, urbanísticas, ambientais e administrativas.

O artigo 6º da Lei nº 8935/94 reserva exclusivamente aos notários a competência para:

- (i) formalizar juridicamente a vontade das partes;*
- (ii) intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;*
- (iii) autenticar fatos.*

Sobre a importância da missão tabelioa, Eric Deckers afirma:

*As funções do notário fazem-no cumprir uma missão de justiça preventiva: assegurar a paz e a estabilidade, prevenir litígios pela força da autenticidade e pela eficácia do conselho que a acompanha. Tal missão fá-lo parente do juiz, magistrado da justiça curativa.*

*Daí que a independência do notário tenha a mesma natureza que a independência do juiz: trata-se da independência da justiça.<sup>2</sup>*

No mesmo sentido da justiça preventiva, vem a máxima de Carnelutti:

*Quanto mais notários, menos juízes; quanto mais conselhos do notário, quanto mais consciência do notário, quanto mais cultura do notário, menor a possibilidade de lides; e quanto menor a possibilidade de lides, menos a necessidade de juízes.<sup>3</sup>*

Vale lembrar também que o legislador pátrio se preocupou não só com a segurança jurídica dos atos intrínsecos às funções notariais, mas também determinou que tais serviços fossem prestados com qualidade, eficiência e presteza à população.

A qualidade na prestação dos serviços é, portanto, norma jurídica e constitui um dos direitos básicos do usuário e um dos deveres dos titulares das serventias notariais. Isto posto, certamente a adoção das novas e modernas ferramentas tecnológicas previstas no aludido provimento contribuirá para racionalização dos trabalhos e para o aprimoramento da qualidade e eficiência dos serviços prestados.

## **2. Das principais inovações do Provimento nº 100/2020 do CNJ**

O Provimento nº 100 aliou a fé pública notarial à tecnologia, virtualizando os serviços para facilitar a vida do cidadão que agora pode assinar um ato notarial sem sair de casa, inclusive estando no exterior, desde que possua um certificado digital válido.

O Sistema de Atos Notariais Eletrônicos, e-Notariado, foi criado com os seguintes objetivos:

- (i) interligar os notários, permitindo a prática de atos notariais eletrônicos, o intercâmbio de documentos e o tráfego de informações e dados;*
- (ii) aprimorar tecnologias e processos para viabilizar o serviço notarial em meio eletrônico;*
- (iii) implantar, em âmbito nacional, um sistema padronizado de elaboração de atos notariais eletrônicos, possibilitando a solicitação de atos, certidões e a realização de convênios com interessados; e*
- (iv) implantar a Matrícula Notarial Eletrônica – MNE.*

Cabe mencionar que o sistema conta também com um módulo de fiscalização para correição eletrônica para fins de controle e fiscalização pelas Corregedorias de Justiça, Conselho Nacional de Justiça e juízes corregedores estaduais.

<sup>2</sup> DECKERS, Eric. *Função Notarial e Deontologia*. Coimbra: Almedina. 2005

<sup>3</sup> Cuanto más Notario, tanto menos Juez (el más, referido al Notario, ya empleado, no solo en sentido cuantitativo, sino cualitativo); cuanto más consejo del Notário, cuanta más conciencia del Notário, cuanta más cultura del Notário, tanta menos posibilidad de Litis; y cuanto menos posibilidad de Litis, tanto menos necesidad del Juez. (CARNELUTTI, Francesco. *La Figura Jurídica del Notariado*. Lima: Gaceta Notarial, 2011. p. 147.)

## 2.1. Da competência para lavratura do ato notarial eletrônico

Em relação à competência para os atos lavrados em meio físico, a Lei nº 8935/94 em seu artigo 8º estabelece que é livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.

Já no mundo digital, coube ao órgão regulador impor regras de territorialidade para adaptar a legislação à realidade diante da necessidade de se evitar a concorrência predatória por serviços prestados remotamente em virtude da guerra fiscal existente entre as tabelas de emolumentos diferenciadas entre os estados.

O artigo 6º do Provimento estabelece que a competência é absoluta e observará a circunscrição territorial em que o tabelião recebeu a delegação, nos termos do artigo 9º da Lei nº 8935.

Andou muito bem o legislador nesse sentido, pois, se no mundo físico o notário só pode atestar a vontade das partes dentro do seu município, no mundo digital não poderia ele ficar “circulando livremente” para angariar clientes em outras localidades.

A livre escolha foi, portanto, mitigada no artigo 19 do Provimento e restringe-se aos tabeliões situados dentro do município do local do imóvel ou do domicílio do adquirente. Havendo um ou mais imóveis de circunscrições diversas, será competente para a prática de atos remotos o tabelião de quaisquer delas.

O parágrafo 2º do artigo 19 do Provimento estabelece ainda que se o imóvel estiver localizado no mesmo estado da Federação do domicílio do adquirente, este poderá escolher qualquer tabelionato de notas da unidade federativa para a lavratura do ato.

Nesse sentido, comungamos com o entendimento do desembargador aposentado do TJ/SP, Márcio Martins Bonilha Filho, sobre a competência territorial prevista no parágrafo 2º:

*Respeitosamente, a redação empregada permite a ideia de alargamento da competência territorial, extrapolando os limites da circunscrição, o que merecerá, certamente, ajustes para uma aplicação não tão abrangente, como a empregada na diretriz normativa.<sup>4</sup>*

Para lavratura de escrituras digitais, entende-se por adquirente, o comprador, a parte que está adquirindo direito real ou a parte em relação à qual é reconhecido o crédito. Em relação a atas notariais digitais, a competência será do tabelião da circunscrição do fato constatado ou, quando inaplicável este critério, ao tabelião do domicílio do requerente. E, em relação a procurações digitais, o tabelião competente será o do domicílio do outorgante ou do local do imóvel, se for o caso. Em relação aos demais atos notariais a norma foi omissa.

Muito se discutiu em relação à forma de comprovação do domicílio para aferir-se a obediência à territorialidade, e o critério fixado foi estabelecido pelo artigo 21 do Provimento: (i) para pessoa jurídica ou ente equiparado: sede da matriz ou da filial (em relação a negócios praticados no local desta) registrada nos órgãos competentes;

<sup>4</sup> FILHO, Márcio M. Bonilha. O futuro chegou! Bem-vindo provimento nº 100/20, do CNJ. *Migalhas*, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hiQVYL> Acesso em: 6 jul. 2020

(ii) para pessoa física: domicílio eleitoral ou outro domicílio comprovado. Na falta de comprovação, prevalecerá o local do imóvel.

Ressalta-se que, com a publicação do provimento que instituiu o e-Notariado, ficou totalmente vedada a prática de atos notariais eletrônicos ou remotos com recepção de assinaturas eletrônicas à distância sem a utilização do novo sistema, sendo considerados nulos os atos eletrônicos lavrados em desconformidade com o disposto na norma.

## 2.2 Dos requisitos para prática do ato notarial eletrônico

A migração dos serviços notariais do papel para o meio digital deveria atender à demanda social de celeridade, evolução tecnológica e desburocratização sem colocar em risco a indispensável segurança jurídica outorgada pela intervenção notarial.

O ato notarial eletrônico deverá ser lavrado exclusivamente através da plataforma e-Notariado, gerida e administrada pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, que deverá fornecer toda a infraestrutura tecnológica necessária para atuação dos tabelionatos, utilizando-se o link: [www.enotariado.org.br](http://www.enotariado.org.br).

Sendo assim, o artigo 3º do Provimento estabeleceu como requisitos necessários para a prática do ato eletrônico:

- a) videoconferência para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato;*
- b) concordância expressada pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico;*
- c) assinatura digital pelas partes, exclusivamente através da plataforma do e-Notariado;*
- d) assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil;*
- e) uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital;*

Importante frisar que as partes poderão assinar o documento utilizando um certificado digital e-Notariado (emitido gratuitamente pelos tabelionatos, nos termos da MP nº 2200, artigo 10, parágrafo 2º, exclusivamente para acessar a plataforma e assinar documentos notariais) ou um certificado digital ICP-Brasil. Já o tabelião e seus prepostos, deverão utilizar apenas o certificado digital ICP-Brasil.

A identificação remota da parte poderá ser feita mediante apresentação de identidade eletrônica, bases biométricas públicas ou próprias, bem como documentos digitalizados ou cartões de assinatura abertos por outros notários.

A norma prevê inclusive o compartilhamento obrigatório de cartões de firma entre todos os notários usuários do sistema, exclusivamente para a prática de atos notariais, em estrito cumprimento à Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

Na prática, o procedimento funcionará da seguinte forma: (i) a parte procura o tabelião de sua confiança e entrega os documentos (fisicamente ou por e-mail); (ii) o cartório providencia a minuta e a envia por e-mail para discussão e aprovação das partes; (iii) após aprovação, a minuta será inserida no sistema e-Notariado onde as partes deverão assinar o documento utilizando o certificado digital; (iv) após assinatura,

agenda-se a videoconferência com as partes, que será realizada através da plataforma e-Notariado, e ficará armazenada em uma Matrícula Notarial Eletrônica com numeração própria, possibilitando verificação futura; (v) após a videoconferência, o Tabelião assina o ato com certificado ICP-Brasil, a escritura é impressa no livro físico e o traslado será emitido em formato digital.

A imprescindibilidade da realização de videoconferência para leitura dos elementos essenciais do ato preservou a importância da função notarial de aferir a identificação das partes, de verificar a demonstração de capacidade jurídica para o ato e de atestar o consentimento e a livre manifestação de vontade, exigidos pelo artigo 215 do Código Civil.

A matrícula notarial eletrônica permitirá a identificação individualizada do ato e a rastreabilidade da operação eletrônica praticada, devendo ser obrigatoriamente indicada em todos os atos e traslados expedidos. A validade do ato notarial poderá ser consultada no site: [www.docautentico.com.br/valida](http://www.docautentico.com.br/valida).

Cabe destacar que a escritura poderá inclusive ser lavrada de forma híbrida, com uma das partes assinando o ato em papel e a outra digitalmente.

Em suas disposições finais, há também previsão no Provimento de que os atos notariais eletrônicos constituem instrumentos públicos para todos os efeitos legais e são eficazes para os registros públicos, instituições financeiras, Juntas Comerciais, Detrans e para a produção de efeitos jurídicos perante a administração pública e entre particulares.

O Provimento ainda ressalta no artigo 16 que os atos notariais eletrônicos reputam-se autênticos e detentores de fé pública, como previsto na legislação processual.

### **2.3 Da CENAD – Central Notarial de Autenticação Digital**

Na economia digital, a vida está sendo desmaterializada e com ela há necessidade de dinamismo na troca de informações e documentos de forma on-line e com validade jurídica.

Nesse sentido, outra importante inovação do Provimento que merece destaque é a possibilidade de autenticação digital de documentos por todos os tabeliães brasileiros através da CENAD – Central Notarial de Autenticação Digital, a qual já existia no Estado de São Paulo desde o Provimento CGJ nº 22/2013.

A novidade é que as cópias autenticadas em meio digital poderão ter a sua autenticidade confirmada através do código de verificação (*hash*) pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

### **2.4 Do reconhecimento de firma virtual**

O Provimento autorizou também em seu artigo 23 o reconhecimento de firma eletrônico em documentos digitais e a realização de videoconferência para confirmação da identidade e capacidade da parte em documento de transferência de veículo automotor, dispensando a sua presença física na serventia para realização do reconhecimento de firma por autenticidade.

Nos atos notariais eletrônicos de reconhecimento de firma por autenticidade constará a informação de que a assinatura foi aposta perante o tabelião ou escrevente em procedimento de videoconferência, a qual deverá ser arquivada pelo cartório que realizar o ato.

## Conclusão

As transformações culturais, comportamentais, políticas e econômicas da pandemia também chegaram aos serviços notariais que há muito tempo se esforçavam para adaptar o sistema às novas demandas digitais da sociedade.

O revolucionário Provimento nº 100 constitui um grande avanço para a atividade notarial, sinônimo de fé pública e segurança jurídica, que se encontra em um irreversível processo de transição do mundo físico para o mundo digital.

A canibalização dos serviços e a guerra fiscal entre os estados foi corretamente evitada pela imposição da territorialidade digital vedando-se expressamente a concorrência predatória ofensiva à fé pública notarial.

A eficiência e celeridade que serão alcançadas com essas novas ferramentas tecnológicas implicarão em melhora na produtividade nos cartórios do Brasil e trarão muitos benefícios à sociedade.

Os atos notariais eletrônicos evitarão deslocamentos para os usuários e permitirão inclusive o acesso de pessoas que estão no exterior e em isolamento social aos serviços notariais, além de contribuir para a redução de custos e economia de tempo para todos os envolvidos.

Certamente ganho para a sociedade será imenso, talvez comparável à Lei nº 11.441/2007, que até a presente data já retirou do Judiciário mais de 2,6 milhões de processos (dados de junho/2020 da CENSEC – Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados, administrada pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal) – representando uma economia de bilhões para os cofres públicos.

É importante lembrar que todos esses avanços trazem consigo inúmeros desafios. No entanto, temos certeza que, assim como nos atos da Lei nº 11.441/2007, a categoria está à altura da responsabilidade que lhe foi outorgada.

## Referências bibliográficas

CARNELUTTI, Francesco. *La Figura Jurídica del Notariado*. Lima: Gaceta Notarial. 2011. (Lecturas esenciales de Derecho Notarial – Colección Biblioteca Notarial, série 1)

DECKERS, Eric. *Função Notarial e Deontologia*. Coimbra: Almedina. 2005.

FILHO, Marcio M. Bonilha. O futuro chegou! Bem-vindo provimento nº 100/20, do CNJ. *Migalhas*, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hiQVyL> Acesso em: 6 jul. 2020



# Coronavírus e meio ambiente de trabalho: o “novo normal” no juslaboralismo

**Guilherme Guimarães Feliciano<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Paulo Roberto Lemgruber Ebert<sup>2</sup>**  
Advogado

Nos primeiros dias de 2020, o mundo soube do surto endêmico de uma nova forma de Coronavírus – o SARS-CoV-2 –, *àquela* altura restrito à cidade chinesa de Wuhan. Ao contrário de seus análogos já conhecidos (a SARS e a MERS, p. ex.), a doença provocada pelo SARS-CoV-2 – conhecida como *Covid-19* – tinha por características sintomáticas a manifestação mais intensa e duradoura de coriza, febre, diarreia, vômito, falta de apetite, perda do olfato e do paladar, aguda dificuldade respiratória e dores no corpo que poderiam evoluir para um quadro de pneumonia grave.

A sigla Covid-19 combina a expressão anglófona *Coronavirus disease* com o ano de surgimento da moléstia (2019). Nas semanas e meses seguintes, o surto ganharia o *status* de epidemia, atingindo as demais metrópoles chinesas e extrapolando as fronteiras daquele país em direção ao Japão e à Coreia do Sul para, então, se dispersar por todo o mundo – no embalo do frenético trânsito de pessoas e de bens a caracterizar a economia globalizada do século XXI e adquirir o grau de *pandemia*.

No final de fevereiro, após a Covid-19 se propagar em solo europeu, foram registrados os primeiros casos no Brasil. No decorrer do mês de março, os doentes já eram contados aos milhares e os mortos às centenas, restando ao Ministério da Saúde reconhecer – e anunciar – a ocorrência de *transmissão comunitária* em todo o território nacional. Em termos epidemiológicos, tal estágio é caracterizado pela dispersão autônoma da doença em uma determinada região geográfica e pela impossibilidade de identificação e de controle a respeito de sua cadeia de contágio.<sup>3</sup>

A partir do momento em que se reconhecia nacionalmente o fenômeno da transmissão comunitária, a dispersão do *Novo Coronavírus* adquiriu outro patamar, tornando-se uma questão efetivamente *ambiental*, na medida em que a circulação do micro-organismo nos espaços naturais e artificiais que abrigam a população em geral passou a consubstanciar *risco biológico sistêmico e agravado*. Em tal estágio, qualquer indivíduo está sujeito, em maior ou menor grau, a adquirir a Covid-19 nos lugares em que frequenta; e, mais,

---

<sup>1</sup> Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela FDUSP. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa.

<sup>2</sup> Professor universitário. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

<sup>3</sup> Segundo o conceito epidemiológico definido pelo próprio Ministério da Saúde, a transmissão comunitária compreende “[a] incapacidade de relacionar casos confirmados através de cadeias de transmissão para um grande número de casos ou pelo aumento de testes positivos através de amostras sentinela (testes sistemáticos de rotina de amostras respiratórias de laboratórios estabelecidos)”. Disponível em: <https://bit.ly/2YfXN8A>. Acesso em: 28 mar. 2020

a transportar o agente transmissor para outros espaços, de modo que o vírus passou a ser um vetor biológico de base antrópica (porque disseminado pelo ser humano) passível de interferir negativamente na qualidade de vida da coletividade e de seus integrantes.<sup>4</sup>

Nesse contexto, o *meio ambiente do trabalho*, a compreender o sistema formado pelas condições físicas, psíquicas e organizacionais que circundam os indivíduos no desempenho de suas atividades profissionais, passou a figurar como um possível espaço de entronização e circulação do *Novo Coronavírus*, de modo que aquele risco agravado, presente na generalidade dos espaços naturais e artificiais, também passou a integrá-los e a condicionar decisivamente a qualidade de vida dos trabalhadores ali inseridos.<sup>5</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que a entronização e a circulação do *Novo Coronavírus* nos espaços laborais constitui, em um contexto de transmissão comunitária de base antrópica (i.e., por meio de seres humanos), um nítido suposto de *poluição labor-ambiental*, na medida em que tal possibilidade acaba por instituir naqueles espaços um estado de “*desequilíbrio sistêmico no arranjo das condições de trabalho [e] da organização do trabalho*”, de modo a ocasionar aos indivíduos ali ativados “riscos intoleráveis à segurança e à saúde física e mental [...] arrostando-lhes, assim, a sadia qualidade de vida”.<sup>6</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, com efeito, o *direito ao meio ambiente equilibrado*, como consagrado pelo artigo 225, *caput*, da Constituição, abrange todos os aspectos naturais, artificiais e culturais – logo, físicos e imateriais – que circundam os seres humanos e que interferem na sua sadia qualidade de vida, incluindo-se aí aqueles que integram e condicionam o trabalho por eles desempenhado. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer expressamente que “a existência digna [...] perpassa necessariamente pela defesa do meio ambiente (art. 170, VI, da CRFB/88), nele compreendido o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII, da CRFB/88).”<sup>7</sup>

E como corolário do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (“*ex vi*” do artigo 225, *caput*, c.c. artigos 193 e 200, VIII, da Constituição Federal), a *Lex legum* consagrou, no seu artigo 7º, XXII, o direito social jusfundamental à “redução dos riscos inerentes ao trabalho”, que (a) realiza no plano laboral o princípio jurídico-ambiental da melhoria contínua ou do *risco mínimo regressivo*<sup>8</sup>, (b) é titularizado por todos os trabalhadores, sejam ou não subordinados, e (c) traduz-se, para os empresários, nos deveres de antecipação, de planejamento e de prevenção dos riscos labor-ambientais.<sup>9</sup>

Em linha com tal diretriz constitucional, a Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil (Decreto n. 1.254/1994) estabelece em seus artigos 16 a 18 que as empresas são obrigadas a garantir a segurança de seus processos operacionais com relação à integridade psicofísica de seus trabalhadores, bem como a implementar todas as medidas cabíveis, segundo a melhor técnica disponível, para elidir ou minimizar os riscos existentes em

<sup>4</sup> PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004, p 1-4.

<sup>5</sup> PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 373-375;

<sup>6</sup> MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 234.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 664.335/SC. RELATOR: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJ: 12 fev. 2015.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 148.

<sup>9</sup> WERNER, Sascha. Das Vorsorgeprinzip: Grundlagen, Maßstäbe und Begrenzungen. *Umwelt- und Planungsrecht*. Heidelberg, v.21, 2001, p. 335-340.

seus ambientes de trabalho, incluindo-se, aí, a elaboração de procedimentos destinados a lidar com situações de urgência.<sup>10</sup>

Logo, à luz do conceito de meio ambiente do trabalho contemplado pela Constituição Federal de 1988, bem como dos dispositivos constitucionais e convencionais que asseguram a sua higidez com vista ao resguardo da vida, da saúde e da segurança dos trabalhadores, convém repisar:

*o ingresso do Novo Coronavírus nos locais de trabalho, em um contexto de transmissão comunitária, configura um efetivo risco a desestabilizar o equilíbrio das condições de trabalho e a qualidade de vida dos trabalhadores, configurando típica hipótese de poluição labor-ambiental (CF, art. 200, VIII, c.c. Lei 6.983/1981, art. 3º, III, “a” e “b”),*

uma vez consumada a contaminação interna.

Note-se, ademais, que, de acordo com a mesma Lei nº 6.938/81, o *poluidor* é classificado em seu artigo 3º, IV, objetivamente, como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Daí porque, *oportunizando* a entronização e a circulação do *Novo Coronavírus* no meio ambiente artificialmente organizado, em condições de transmissão comunitária, há *risco proibido ou “intolerável”* que convola o empregador em *poluidor*, para os fins do referido art. 3º, IV (ainda que *indiretamente*, à maneira das entidades financiadoras, licenciadoras ou “oportunizadoras” em geral), haja ou não “culpa” no fato da contaminação interna. Daí porque os tomadores de serviços em geral se encontram obrigados, por força dos artigos 7º, XXII e 225, *caput*, da Constituição Federal e dos artigos 16 a 19 da Convenção nº 155 da OIT, a *implementar programas e medidas concretas de prevenção destinadas a eliminar ou minimizar as ameaças derivadas do novo coronavírus*.

Como antecipamos – e ainda à luz da Convenção nº 155 da OIT –, as medidas a serem implementadas pelos empresários, no resguardo do meio ambiente laboral e da integridade psicofísica dos trabalhadores, não se limitam às determinações legais e regulamentares expedidas pelos governos federal, estadual, municipal e/ou distrital, abrangentes das medidas concretas esperadas para este momento crítico. Nem tampouco há plena exoneração de responsabilidades (especialmente as administrativas e civis) apenas porque tais determinações foram observadas, o que redundaria em exacerbado formalismo e reducionismo jurídico incompatível com um ordenamento integrado por princípios cogentes.<sup>11</sup>

Bem ao revés, o que os artigos 16 a 19 da Convenção nº 155 da OIT impõem aos empresários – com respaldo, igualmente, nos artigos 7º, XXII e 225, *caput*, da Constituição Federal – é o *dever geral de proteção, de prevenção* (= prevenção/precaução) e/ou de *indenidade labor-ambiental*, pelo(s) qual(is) compete aos gestores dos riscos das atividades econômicas (i.e., aos empresários e afins) o planejamento, a antecipação e a implementação das

<sup>10</sup> BECHARA, Erika. A responsabilidade civil do poluidor indireto e a obrigação *propter rem* dos proprietários de imóveis ambientalmente degradados. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, n. 48, março-abril/2019, p. 143

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 118.

medidas que se mostrem necessárias, diante dos casos concretos, para evitar ou minimizar as situações de potencial contágio dos trabalhadores pelo *Novo Coronavírus*.<sup>12</sup>

Formuladas tais premissas, pode-se afirmar, em termos gerais, que a primeira obrigação dos empresários em face dos riscos de introdução e proliferação do Novo Coronavírus nos locais de trabalho consiste na elaboração de um plano abrangente, no âmbito do respectivo PCMSO, capaz de (i) antecipar e registrar as possibilidades de ingresso daquele micro-organismo em seus estabelecimentos; e (ii) prever as medidas coletivas e individuais de urgência a serem implementadas nas unidades produtivas com vista a debelar ou minimizar as possibilidades de contágio pelo SARS-Cov-2 por parte dos trabalhadores, na linha do que preleciona o artigo 18 da Convenção nº 155 da OIT.

Nessa alheta, a NR-1 do extinto Ministério do Trabalho (e, atualmente, “da” Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia), já com a nova redação conferida pela Portaria nº 6.730, publicada no Diário Oficial da União de 9 de março de 2020, estabelece textualmente, em seu item 1.4.1, que os empresários estão obrigados a avaliar e antecipar de maneira adequada e realista os riscos ambientais presentes nos locais de trabalho, bem como a agir concretamente para elidir ou minimizar tais riscos, por intermédio (i) da reorganização dos fatores de produção; (ii) do estabelecimento de medidas de proteção coletiva e (iii) do fornecimento de equipamentos de proteção individual.

Em segundo lugar, o dever geral de indenidade labor-ambiental subjacente aos sobreditos dispositivos constitucionais e convencionais impõe aos empresários a implementação “intramuros” das medidas comezinhas de planejamento emergencial nacionalmente preconizadas para toda a população, em observância às recomendações técnicas emanadas das autoridades sanitárias para o combate à proliferação do *Novo Coronavírus*, sendo, portanto, plenamente válidas para os locais de trabalho as seguintes diretrizes sanitárias de aplicação universal:

- (a) o uso de equipamentos coletivos e individuais de segurança biológica, específicos para os riscos da pandemia, como são, notadamente, a instalação de recipientes fixos ou móveis de álcool gel (para uso coletivo) e o fornecimento de máscaras de proteção (não necessariamente de tipo cirúrgico) para o convívio em grupo;
- (b) o distanciamento mínimo de, aproximadamente, dois metros entre os trabalhadores, a fim de evitar a aspiração das gotículas de saliva e de coriza exaradas em tosses, espirros ou mesmo na expiração do ar;<sup>13</sup>
- (c) a instalação e a disponibilização massiva de equipamentos e insumos destinados à lavagem frequente das mãos (basicamente pias, torneiras com água corrente, sabão e toalhas descartáveis);
- (d) a ventilação dos ambientes e a otimização da circulação do ar, evitando-se o confinamento dos indivíduos em espaços enclausurados;
- (e) a higienização constante das bancadas, dos equipamentos de uso coletivo e dos instrumentos individuais utilizados no desempenho das atividades regulares;

<sup>12</sup> DOMÈNECH, Carlos Hugo Preciado. *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi, 2018, p. 534.

<sup>13</sup> Veja-se, a propósito, que essas duas primeiras medidas configuram, para o Centro de Controle e de Prevenção de Doenças dos Estados Unidos da América (*Center for Disease Prevention and Control – CDC*), a principal medida de combate ao novo coronavírus, Cf., nesse sentido: <https://bit.ly/2E25Xe3> Acesso em: 24 mar. 2020

(f) o afastamento imediato dos sujeitos integrantes dos chamados “grupos de risco” (portadores de comorbidades, pessoas com idade superior a sessenta anos, gestantes, diabéticos etc.);<sup>14</sup> e

(g) o afastamento imediato dos sujeitos portadores de sintomas que permitam razoavelmente supor a contaminação pelo SARS-Cov-2 (e por isso seriam tão relevantes os exames médicos admissionais, periódicos e complementares, como apontado *supra*).

Em respaldo às imposições acima descritas – que, insista-se, deixam de ser meras “recomendações” sanitárias e se convolam em genuínas *obrigações jurídicas* para o empregador<sup>15</sup>, mercê do risco profissional engendrado no interesse da atividade econômica (princípio da alteridade: CLT, art. 2º, *caput*) e do seu dever de garante do equilíbrio labor-ambiental (CRFB, arts. 7º, XXII, 225 e 200, VIII)–, a Organização Internacional do Trabalho editou recentemente o informe intitulado *Las normas de la OIT y el Covid-19 (Coronavirus)*, em que reitera as obrigações emanadas da Convenção nº 155 no sentido de que os empresários devem:

(i) implementar todas as medidas possíveis, segundo a melhor técnica, para reduzir ao mínimo os riscos inerentes à exposição ocupacional ao novo coronavírus, inclusive por intermédio do fornecimento de equipamentos de proteção individual;

(ii) proporcionar aos trabalhadores as informações adequadas sobre tais riscos;

(iii) estabelecer procedimentos de urgência para a situação geral da pandemia (ou, acrescentamos, para casos especiais concretamente identificados de contaminação comunitária intramuros) e

(iv) notificar os casos de contaminação às autoridades sanitárias<sup>16</sup>.

Caso tais obrigações essenciais não sejam observadas pelos empresários, ter-se-á a instalação de *risco proibido* nos ambientes de trabalho por eles administrados, com degradação ambiental de base antrópica que permite considerá-los *poluído* – inclusive para os efeitos da Lei n. 6.938/1981 –, comprometendo potencialmente a vida, a saúde, a integridade psicofísica e/ou o bem-estar não apenas dos trabalhadores

<sup>14</sup> Vide nota n. 33, *supra*.

<sup>15</sup> Entenda-se bem essa afirmação: ainda que não haja dispositivo de lei estabelecendo textualmente que os locais de trabalho devem conter pias com água encanada e sabão ou equivalente para que os trabalhadores façam a higiene das mãos ou, tampouco, impondo a obrigação patronal de fornecer máscaras de proteção contra gotículas de saliva, casos de contaminação pelo SARS-Cov-2 no meio ambiente de trabalho – que poderão ser inclusive *presumidos* (assim, p. ex., ante a existência de outros empregados já contaminados no mesmo ambiente), notadamente após a oportuna suspensão da eficácia do art. 29 da MP 927/2020 nos autos da ADI 6342-MC/DF – possivelmente levarão à responsabilidade civil do empregador pelos danos morais e materiais derivados daquela contaminação. Ao reconhecê-la, o que os juízes do Trabalho estarão afirmando, nas entrelinhas de seus julgados – ou mesmo textualmente, como parece ser o caso – é que o *dever geral de proteção incluía tais obrigações*, conquanto não expressas na legislação específica, qual deveres acessórios do contrato individual do trabalho (à maneira de outros tantos que a doutrina e a jurisprudência já conhecem bem, para empregado e/ou empregador, conquanto tampouco constem de cláusulas contratuais ou de dispositivos legais: o dever de informação, o dever de lealdade, o dever de não concorrência etc.).

<sup>16</sup> Disponível em: <https://bit.ly/329JrYx> Acesso em: 28 mar. 2020

(subordinados ou não), mas também de toda a comunidade de entorno, mormente no atual contexto de transmissão comunitária do *Novo Coronavírus*.<sup>17</sup>

Nessa esteira, como dizíamos, a omissão patronal no que concerne à antecipação, à prevenção e ao combate efetivo dos riscos representados pela entronização do novo coronavírus em seus estabelecimentos — e isso se aplica a *todas as atividades* que envolvam trabalhadores, sejam ou não empresariais<sup>18</sup> — sujeita-os, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, à *responsabilização objetiva* (i.e., independentemente da existência ou comprovação da culpa subjetiva de prepostos do empregador) por todos os danos físicos e psíquicos que, por conta da Covid-19, vierem a acometer os trabalhadores contagiados com o SARS-Cov-2, inclusive em função da inobservância das diretrizes sanitárias amplamente divulgadas para a contenção dos contágios.

Quanto ao nexos causal propriamente dito, mormente após a suspensão da eficácia do artigo 29 da MP nº 927/2020 pelo STF (ADI nº 6.342/DF), havendo evidências de que o trabalhador infectado com o SARS-Cov-2 expôs-se à contaminação em função do seu trabalho — pense-se, e.g., na condição de médicos, enfermeiros e técnicos ou auxiliares de enfermagem, na linha de frente do combate ao *Novo Coronavírus* (Decreto n. 10.282/2020, art. 3º, §1º, I), ou mesmo na situação de trabalhadores ativados em empresas nas quais já se detectou a contaminação comunitária intramuros —, pode-se desde logo *presumir* o nexos de causalidade entre a afecção e a atividade laboral (CLT, art. 818, §1º), cabendo ao empregador fazer a prova contrária.

Por fim, convém recordar que a Convenção nº 155 da OIT, em resguardo aos relevantíssimos bens jurídicos por ela protegidos (e igualmente tutelados pelos artigos 7º, XXII, e 225, *caput*, da Constituição Federal), legitima a *paralisação do trabalho* por parte dos próprios obreiros, “*ex vi*” de seus artigos 13 e 19, “f”, ante a constatação de um risco grave e iminente à sua vida ou à sua saúde, tal como a transmissão comunitária do *Novo Coronavírus* no meio ambiente de trabalho. Esse direito de resistência, se exercido coletivamente, configurará clara hipótese de *greve ambiental*, à qual não se aplica a regra do art. 7º, *caput*, *in fine*, da Lei 7.783/1989, pois “tem por finalidade resguardar a segurança, a saúde e a higiene do trabalhador em face da degradação ambiental”<sup>19</sup>.

Por tudo o que se viu, é certo que o contágio pelo SARS-Cov-2 e o conseqüente acometimento pela Covid-19 configuram, no atual contexto de transmissão comunitária e de circulação irrestrita do vírus, um *novo risco biológico e social*, que interfere sistematicamente no equilíbrio do meio ambiente humano, tanto em sua dimensão natural como em sua dimensão artificial (e, portanto, também no meio ambiente do trabalho). Essa nova realidade demanda dos empregadores, gestores que são de seus próprios espaços produtivos, a implementação de todas as medidas antecipatórias destinadas a neutralizar ou minimizar os impactos do *Novo Coronavírus*.

Por outro lado, internalizado o SARS-Cov-2 no meio ambiente de trabalho, transformando o estabelecimento em uma caixa de ressonância infectológica, configura-se um

<sup>17</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 591-592.

<sup>18</sup> A Convenção OIT n. 155 aplica-se a todas as áreas de atividade econômica (art. 1.1); e, nos termos do seu art. 3.a, “a expressão ‘áreas de atividade econômica’ abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública”.

<sup>19</sup> ARAÚJO, Fernando Silva de; YAMAMOTO, Paulo de Carvalho. Greve ambiental e direito de resistência: a autotutela dos trabalhadores em defesa da sanidade no ambiente de trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* *Direito ambiental do trabalho*. Apontamentos para uma teoria geral. Volume 3. São Paulo: LTr, 2017, p. 296

estado de degradação labor-ambiental, originado pelo elemento humano (= base antrópica), que a legislação define como *poluição* (Lei 6.938/1981, art. 3º). Sob tais circunstâncias, o empregador passa a responder civilmente pelos danos experimentados por seus trabalhadores, caso desenvolvam a Covid 19, independentemente da existência ou da prova de culpa *lato sensu* (= responsabilidade civil objetiva, *ut* art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981); e, havendo dolo ou culpa, poderá responder pessoalmente até mesmo por ilícitos penais.

Para evitar tais consequências, empregadores em geral devem lançar mão de medidas de planejamento e de ação tão excepcionais e ingentes quanto a própria pandemia, transcendendo a lógica do custo-benefício (monetização) para colimar sobretudo o resguardo, na maior medida possível, da vida, da saúde e da integridade psicofísica dos seus trabalhadores.<sup>20</sup>

Resta encerrar com John F. Kennedy, que em certa ocasião atribuiu a Dante Alighieri – equivocadamente – a afirmação de que, na arquitetura do inferno, “os lugares mais quentes são reservados àqueles que escolheram a neutralidade em tempo de crise”. Não há, n’*A Divina Comédia*, uma passagem com essas exatas características; há, sim, referência ao vestibulo onde ficariam os que, no episódio da rebelião de Lúcifer, não se rebelaram, nem foram fiéis a Deus (“*non furon ribelli né fur fedeli*”). De todo modo, a frase passou à posteridade e merece a nossa reflexão.

Ante a laicidade do Estado, cidadãos devem ser sobretudo fiéis à Constituição; e, a partir dela, compreender as leis e organizar deontologicamente a realidade. As famílias do mundo choram, neste momento (julho de 2020), cerca de quinhentos e cinquenta mil mortos. Em alguns países – como o Brasil –, a pandemia sequer chegou em seu “pico”. Outras milhares de mortes virão. Neste momento, não cabem atalhos de neutralidade. A vontade primígena das constituições democráticas é a promoção da dignidade humana; e, portanto, a preservação da vida. Tempos de crise não são tempos para o arrefecimento de direitos fundamentais; antes, são tempos para a sua redobrada afirmação.<sup>21</sup> Juristas e tribunais devem compreender essa fatídica verdade, porque a utilidade última do Direito é mesmo a perpetuação da vida e do nosso modo de ser. E a alternativa aos resistentes será, o mais das vezes, o recolhimento prematuro aos vestibulos da obsolescência.

<sup>20</sup> WALKER, Patrick *et al.* *The Global Impact of Covid-19 and Strategies for Mitigation and Suppression*. London: Abdul Latif Jameel Institute for Disease and Emergency Analytics, Imperial College London, 2020.

<sup>21</sup> “[...] Vale ressaltar que, embora se compreenda a insistência governamental e de certos setores econômicos em acelerar os acordos individuais, superestimando supostas consequências deletérias decorrentes da liminar concedida, em especial o “engessamento” das negociações, o fato é que constituiria precedente perigosíssimo afastar a vigência de normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, diante do momento de calamidade pública pelo qual passamos. Isso só poderia ocorrer – e mesmo assim em escala limitada e sob supervisão do Congresso Nacional – durante a decretação dos Estados de Defesa ou de Sítio, escrupulosamente delimitados nos art. 136e 137 da Lei Maior. [...] Ora, a experiência tem demonstrado que justamente nos momentos de adversidade é que se deve conferir a máxima efetividade às normas constitucionais, sob pena de graves e, não raro, irrecuperáveis retrocessos. De forma tristemente recorrente, a história da humanidade tem revelado que, precisamente nessas ocasiões, surge a tentação de suprimir – antes mesmo de quaisquer outras providências – direitos arduamente conquistados ao longo de lutas multisseculares. Primeiro, direitos coletivos, depois sociais e, por fim, individuais. Na sequência, mergulha-se no caos! [...] A Constituição – é claro – não foi pensada para vigorar apenas em momentos de bonança. Ao contrário, o seu fiel cumprimento se faz ainda mais necessário em situações de crise, nas quais, na feliz metáfora de Jon Elster, ela serve como o mastro a que se prendeu Ulisses para que não se perdesse em meio ao canto das sereias, pois representa a derradeira barreira de proteção dos valores básicos da sociedade contra paixões ou interesses de uma maioria ocasional (Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2009)” (STF, ADI 6363 MC-ED/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.4.2020 – g.n.).

## Referências

- ARAÚJO, Fernando Silva de; YAMAMOTO, Paulo de Carvalho. Greve ambiental e direito de resistência: a autotutela dos trabalhadores em defesa da sanidade no ambiente de trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* *Direito ambiental do trabalho. Apontamentos para uma teoria geral.* Volume 3. São Paulo: LTr, 2017.
- BECHARA, Erika. A responsabilidade civil do poluidor indireto e a obrigação *propter rem* dos proprietários de imóveis ambientalmente degradados. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, n. 48, 2019, p. 137-165.
- DOMÈNECH, Carlos Hugo Preciado. *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.* Pamplona: Aranzadi, 2018.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones.* Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Tradução de: Jaime Santos Briz.
- MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.* 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement.* 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.
- WALKER, Patrick *et al.* *The Global Impact of Covid-19 and Strategies for Mitigation and Suppression.* London: Abdul Latif Jameel Institute for Disease and Emergency Analytics, Imperial College London, 2020.
- WERNER, Sascha. Das Vorsorgeprinzip: Grundlagen, Maßstäbe und Begrenzungen. *Umwelt- und Planungsrecht.* Heidelberg, v. 21, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. Tradução de: Marina Gascó.

# Prisão e execução penal: novas reflexões no pós-pandemia

*Henrique de Castilho Jacinto*  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Infelizmente, o mundo está passando por um momento histórico poucas vezes vivido e com consequências nas mais diversas áreas: uma pandemia.<sup>2</sup> Reflexos nas áreas da saúde e economia certamente são os mais notados por toda sociedade. Todavia, não se pode ignorar os diversos reflexos no sistema jurídico e, mais precisamente, no funcionamento da Justiça.

Neste artigo, iremos analisar alguns reflexos que as mudanças advindas da situação causada pela pandemia do Covid-19 trouxeram para o processo de execução penal e para o sistema carcerário. Vamos analisar decisões das Cortes Superiores, bem como medidas administrativas do Poder Executivo, muitas das quais, em nosso entendimento, devem permanecer mesmo passada a situação pandêmica, pois reforçam os princípios ressocializadores e humanísticos para a pessoa privada de liberdade.

Pautados na síntese necessária, iremos analisar a prisão domiciliar (medida de caráter jurisdicional), a suspensão do direito de receber visitas e o início da utilização da “visita virtual” (medidas de caráter administrativo).

## 1. Prisão domiciliar

A primeira questão colocada em execução penal quando do início da pandemia foi a necessidade de concessão de prisão domiciliar aos presos do chamado grupo de risco<sup>3</sup>.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação CNJ nº 62<sup>4</sup> em 17 de março de 2020 em que disciplinou e recomendou a adoção de diversas medidas preventivas à propagação da infecção do coronavírus (Covid-19).

O artigo 5º da Recomendação CNJ nº 62 é dirigido aos juízes atuantes em execução penal e recomenda que seja considerada a concessão de prisão domiciliar aos presos em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juízo (inciso III). Igualmente, recomenda a colocação em prisão domiciliar do preso suspeito ou confirmado com Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde e na ausência de espaço adequado para isolamento dentro do estabelecimento prisional.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do núcleo regional da Escola Paulista da Magistratura (EPM) em Araçatuba/SP.

<sup>2</sup> Este termo é usado para descrever uma situação em que uma doença infecciosa ameaça muitas pessoas ao redor do mundo simultaneamente: O QUE É PANDEMIA e o que muda com declaração da OMS sobre o novo Coronavírus. *BBC News Brasil*, São Paulo, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3l2HU3S>. Acesso em 20 ago. 2020.

<sup>3</sup> Grupo de risco é a expressão que tem sido usada para identificar pessoas que possuem algum fator que as torna mais vulneráveis aos efeitos maléficos da infecção pelo coronavírus, como os idosos, pessoas com comorbidades (diabetes, hipertensão, HIV, dentre outras doenças).

<sup>4</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [...]. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Q9Zkbl>. Acesso em: 20 ago. 2020., 2020.

No que diz respeito à prisão domiciliar dos presos em regime aberto, esta já é a regra em nosso sistema prisional. Não há estrutura nas casas de albergado e os sentenciados em cumprimento de pena em regime aberto já observam, em quase sua totalidade, o regime de prisão domiciliar.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, pelo Ministro Marco Aurélio, proferiu decisão<sup>5</sup> em que “conclamou” (termo utilizado pelo Ministro em sua decisão) os juízes de execução penal a examinar com urgência, dentre outras medidas, a concessão de prisão domiciliar aos presos portadores de diversas doenças (HIV, diabetes, tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo Covid-19), para as gestantes e lactantes, bem como para os presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

Com base nesta decisão do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal (STF), o Poder Judiciário recebeu uma enormidade de pedidos de prisão domiciliar utilizando-a como fundamento, o que sobrecarregou, ainda mais, as varas de Execução Penal já, em sua imensa maioria, deficitárias para dar cumprimento e andamento regular aos processos. Ter-se-ia que realizar uma “megaoperação” para analisar todas as situações em um verdadeiro sistema de mutirão carcerário<sup>6</sup>.

Porém, posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) não referendou a decisão do Ministro Marco Aurélio<sup>7</sup>, pautando-se nas medidas que foram adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pelo Ministério da Justiça e Ministério da Saúde para a proteção da população carcerária, os Ministros, por maioria (o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o relator), seguiram o voto divergente do Ministro Alexandre de Moraes.

Colocada a questão da maneira como se desenrolou na Suprema Corte brasileira, passemos a analisar os reflexos na Justiça de primeira instância.

O instituto da prisão domiciliar é previsto na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) no artigo 117 que assim dispõe:

*Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.*

Embora a Lei de Execuções Penais estabeleça que se trata de benefício aplicável aos presos no regime aberto, tanto doutrina como jurisprudência, são uniformes em admitir, excepcionalmente, a prisão domiciliar aos presos em cumprimento de pena em regime semiaberto e fechado. Ensina Rodrigo Duque Estrada Roig que

<sup>5</sup> BRASIL [...] *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32hkfzA>. Acesso em: 20 ago. 2020. Supremo Tribunal Federal. ... 2020.

<sup>6</sup> Tais expressões “megaoperação” e “mutirão” foram utilizadas pelo Ministro Alexandre de Moraes no voto divergente conforme se verá adiante.

<sup>7</sup> VITAL, D. STF derruba conclamação para que juízes analisem condicional de presos. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3aKlmeY>. Acesso em: 20 ago. 2020.

*conforme expressa previsão legal, em regra a prisão-albergue-domiciliar é concedida a condenados que estejam no regime aberto de pena. Excepcionalmente, porém, tem-se admitido o deferimento da prisão domiciliar para presos do regime fechado ou semiaberto, por exemplo no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena (STJ, HC 240518/RS, 5ª T., j. 5-3-2013)<sup>8</sup>.*

Da mesma forma, tem sido admitida a prisão domiciliar quando inexistente vaga em estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto, pois não se poderia impor ao condenado o cumprimento em local mais severo (regime fechado) do que aquele constante na sua condenação, em virtude de falha estatal no fornecimento de vaga no regime próprio (semiaberto)<sup>9,10</sup>.

Portanto, verificamos que a prisão domiciliar é um instituto presente há tempos no sistema jurídico de cumprimento de pena e que está sendo, corretamente, utilizado para os casos em que presos têm maior risco de morrer no cárcere em virtude da pandemia atual.

O que não se pode admitir é a concessão, indiscriminada, para todos os sentenciados que estão em cumprimento de pena nos regimes fechado e semiaberto da prisão domiciliar apenas porque fazem parte do grupo de risco da doença.

Sempre deverá, o juiz de execução penal responsável pelo estabelecimento prisional, ter em mente a situação específica do local, bem como do preso que requer o benefício. Existem diversas unidades prisionais que dispõem de estrutura para dar o tratamento adequado às mais diversas patologias, bem como organização para proceder ao protocolo de prevenção no contágio do coronavírus.

Os índices de contágio e letalidade pelo Covid-19, nos estabelecimentos prisionais no Estado de São Paulo, não são alarmantes comparados àqueles verificados na sociedade como um todo. Isto demonstra que a Secretaria de Administração Penitenciária está desenvolvendo medidas eficientes para prevenção do contágio pelo coronavírus, ainda que algumas delas representem supressão de direitos dos presos<sup>11</sup>, como a suspensão ao direito de receber visitas dentro da unidade prisional e da saída temporária em datas comemorativas.

Portanto, ao analisar os pedidos de concessão de prisão domiciliar, os Juízes de Execução Penal devem levar em consideração as condições do estabelecimento prisional em que se encontra o preso, se estão seguindo os protocolos de segurança e higiene para evitar a infecção e contágio pelo coronavírus, o número de casos naquela unidade, bem como a situação de saúde específica do preso comprovada por relatório médico. Ainda, aspectos individuais do caso, como a necessidade do sentenciado de ir constantemente a um hospital em virtude de sua doença (por exemplo, para fazer hemodiálise).

Interessante notar, também, que não se trata de um benefício sem termo final, pois deferido em virtude da situação pandêmica que vivemos. Assim, toda decisão que

<sup>8</sup> ROIG, R. D. E. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 338.

<sup>9</sup> AVENA, N. C. P. *Execução Penal: esquematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 219.

<sup>10</sup> STJ, EDcl no AgrRg no Resp 1.198-1344/RS, DJ 22.02.2013 e STF, HC 107.810/PR, DJ 03.05.2012.

<sup>11</sup> A Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo suspendeu as visitas presenciais nas unidades prisionais como forma de conter o ingresso do coronavírus nos estabelecimentos penais – Resolução SAP-60, com prazo prorrogado pela Resolução SAP-75. Igualmente, os Juízes Corregedores das unidades prisionais suspenderam as saídas temporárias durante o período crítico da pandemia.

deferir a prisão domiciliar deve estabelecer um prazo razoável, por exemplo 60/90 dias, para sua reanálise. Acaso a situação já tenha se resolvido, o sentenciado deve retornar a cumprir a pena privativa de liberdade no estabelecimento prisional, revogando-se a prisão domiciliar outrora deferida.

Por fim, um último fato relacionado à prisão e à pandemia do coronavírus, embora não se confunda com prisão domiciliar, é a suspensão da execução da prisão do devedor de alimentos. Esta espécie de prisão tem natureza coercitiva como meio de impelir o devedor a pagar os alimentos devidos. Torná-la prisão domiciliar a descaracterizaria por completo. Assim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que, enquanto durar a pandemia, a ordem de prisão do devedor alimentício fica suspensa, devendo ser cumprida no momento oportuno<sup>12</sup>, ou seja, tão logo termine a pandemia.

## 2. Visita virtual

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) estabelece, no artigo 41, quais constituem os direitos do preso. Dentre eles, encontra-se o direito de receber “visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

Todavia, o parágrafo único do referido artigo estabelece que o direito de visitas, assim como os direitos ao trabalho, recreação, de correspondência escrita, leitura, podem ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento prisional<sup>13</sup>.

Pautado neste permissivo legal, o direito dos presos em receber visitas está suspenso durante a pandemia do coronavírus<sup>14</sup>.

Neste ponto, é importante notar que a suspensão dos direitos a que se refere o parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução Penal não diz respeito a suspensões decorrentes de atos de indisciplina (falta disciplinar) durante a execução da pena, portanto não é necessário um processo administrativo consoante determinação sedimentada na Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>.

O direito de receber visitas consolida os princípios humanizadores<sup>16</sup> que devem orientar a moderna execução da pena privativa de liberdade. Estar privado de liberdade, ainda que em razão do cometimento de um crime, não significa, em absoluto, estar privado do contato com sua família, das pessoas com as quais mantém laços de afeto.

<sup>12</sup> SUSPENSÃO da prisão do devedor de alimentos durante a pandemia é uma possibilidade, entende STJ. *Instituto Brasileiro de Direito da Família*, Belo Horizonte, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Eoer56>. Acesso em: 20 ago. 2020

<sup>13</sup> Art. 41 LEP: Constituem direitos do preso: [...] V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; [...] X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; [...] XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. [...] Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento

<sup>14</sup> No Estado de São Paulo, foi editada a Resolução SAP-60 pela Secretaria de Administração Penitenciária, com prazo prorrogado pela Resolução SAP-75, suspendendo as visitas nas Unidades Prisionais.

<sup>15</sup> Súmula 533 STJ: Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

<sup>16</sup> “O princípio da humanidade constitui, enfim, o cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado e pela necessidade de reduzir ao máximo a intensidade da afetação individual. Possui, portanto, o escopo maior de capitanear a construção de uma política criminal redutora de danos, considerando que a contradição entre cárcere e democracia não pode ser resolvida, mas apenas contida, por meio de uma política humanizante”. (ROIG, R. D. E. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38)

Pelo contrário, a manutenção, mesmo que mínima, destes vínculos é extremamente importante no processo de ressocialização. Todavia, nenhum direito deve ser tido de forma absoluta. Assim, o direito de receber visitas pelo preso pode ser suspenso durante o período da pandemia do coronavírus, sendo um ato totalmente motivado e de acordo com os protocolos de saúde e segurança para contenção da infecção pela doença.

De fato, permitir o ingresso dos visitantes nas unidades prisionais seria expor toda população carcerária daquele local a um risco maior de contágio pela doença. Assim, a suspensão desse direito durante a pandemia resguarda o direito à saúde de toda a coletividade de presos em detrimento do direito individual à visita.

Porém, a par da suspensão do direito de receber a visita dentro da unidade prisional, pautado na modernidade dos meios de comunicação, a Administração Penitenciária tem desenvolvido novas formas de manter a comunicação do preso com seus familiares.

Inicialmente, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo estabeleceu a possibilidade do preso se comunicar com sua família por mensagens e e-mail. Posteriormente, foi disciplinada a “visita virtual”<sup>17</sup> em que é realizada a chamada de vídeo e o preso pode ter contato visual com seus familiares em um projeto denominado “Conexão Familiar”<sup>18</sup>.

Embora prevista sua realização enquanto perdurar a situação de pandemia, entendemos não haver óbice para que a prática da “visita virtual” coexista, após o fim do período pandêmico, com a visita física diante de todos os pontos positivos de sua realização.

Com a realização da “visita virtual”, os familiares dos presos não precisam se deslocar por longas distâncias até os estabelecimentos prisionais economizando o dinheiro que seria gasto com essa viagem. É fato notório que a grande maioria da população carcerária provém de famílias com baixa renda.

Outrossim, presos que não recebiam visitas, porque seus familiares não tinham condições financeiras de arcar com os custos do deslocamento, poderão reatar o contato com seus entes, o que é primordial em um processo de ressocialização.

Ainda, com a realização das “visitas virtuais” e conseqüente diminuição das visitas físicas, o índice de ingresso de objetos ilícitos dentro dos estabelecimentos prisionais tende a diminuir, o que contribui sobremaneira para a segurança pública.

Outro ponto a ser considerado é que as “visitas virtuais” são monitoradas, ao passo que as visitas físicas não o são. Desse modo, a segurança pública consegue controlar o conteúdo do que é conversado, evitando-se possíveis articulações do crime organizado.

Portanto, diversos são os pontos positivos que indicam ser importante que esta medida da “visita virtual” continue a ser utilizada pela administração penitenciária mesmo após o fim da pandemia do coronavírus.

Esperamos que, passado esse período de pandemia atual, o sistema judicial absorva as mudanças que foram realizadas e que se mostram produtivas para seu melhor funcionamento até mesmo como forma de recompensar pelos direitos subtraídos neste período.

<sup>17</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária. *Conexão Familiar*: Agendamento de visita em Ambiente Virtual. São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EeTT9h>. Acesso em: 20 ago. 2020.

<sup>18</sup> <https://bit.ly/2YmziGR>.

## Referências bibliográficas

AVENA, N. C. P. *Execução Penal*: esquematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32hkfzA>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Q9Zkbl>. Acesso em: 20 ago. 2020.

O QUE É PANDEMIA e o que muda com declaração da OMS sobre o novo coronavírus. *BBC News Brasil*. São Paulo, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3l2hU3S>. Acesso em 20 ago. 2020.

ROIG, R. D. E. *Execução Penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária. *Conexão Familiar*: Agendamento de visita em Ambiente Virtual. São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EeTT9h>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SUSPENSÃO da prisão do devedor de alimentos durante a pandemia é uma possibilidade, entende STJ. *Instituto Brasileiro de Direito da Família*, Belo Horizonte, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EoeR56>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VITAL, D. STF derruba conclamação para que juízes analisem condicional de presos. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3aKlmeY>. Acesso em: 20 ago. 2020.

# Impactos futuros da pandemia nos Juizados Especiais

**Ricardo Cunha Chimentí<sup>1</sup>**

Juiz substituto em Segundo Grau do TJSP

## 1. Superação do impacto inicial da imprevisibilidade

Nos primeiros dois meses de 2020, nós brasileiros recebíamos notícias do Coronavírus – Covid-19 como sendo um problema vivenciado por parte do povo chinês. Em 14 de março de 2020, o Brasil registrava 23 casos/dia. Contudo, no dia 31 de julho de 2020, já registrávamos 52.383 casos novos/dia e 92.568 mortes no total, desconsiderada a subnotificação decorrente do baixíssimo número de teste realizados no país.

A imprevisibilidade da situação inicialmente causou perplexidade e paralisia na maioria das pessoas, bem como sentimento de negação em outras.

As ciências médicas procuraram, dentro do conhecimento que está ao seu alcance, dar as respostas possíveis – com o aumento do número de leitos em UTI, recomendações sanitárias e mobilização de profissionais da saúde. Diante das notícias colhidas junto à imprensa (apanhada pela pandemia em momento de baixíssima credibilidade) e das redes sociais (infestadas por *fake news*), observamos que as intervenções médicas diretas envolvem procedimentos que não costumam superar o prazo de 30 dias (entre a constatação da doença, internação e alta ou morte do paciente), excepcionados os tratamentos de eventuais sequelas.

Já no campo das ciências humanas, o que se verifica são expressivas alterações fáticas e jurídicas, cujos reflexos apenas começaram a aparecer e poderão se desdobrar durante anos. Vivenciamos alterações profundas e rápidas nas relações familiares, trabalhistas, locatícias, comerciais e consumeristas, dentre tantas outras.

Há expressivo aumento no número de divórcios, de agressões domésticas, de suspensões ou rescisões de contratos trabalhistas, da falta total ou parcial de pagamento de aluguéis, de recuperações judiciais e falências e de discussões envolvendo relações de consumo e de dívidas entre particulares. Há também informações sobre o aumento do número de fraudes diversas, que vão desde a invasão de contas a partir de operações via internet até o recebimento indevido de benefícios sociais. A solução desses problemas poderá demandar anos.

Não se desconhece que, a exemplo dos profissionais da área médica, os magistrados, servidores do Poder Judiciário e demais integrantes da família forense se desdobraram para prestarem seus serviços da melhor forma possível durante a pandemia. Exemplo é o Tribunal de Justiça de São Paulo, cujos magistrados e servidores, entre a segunda quinzena de março de 2020 e 20 de julho do mesmo ano, por meio do teletrabalho, praticaram mais de 10 milhões de atos processuais – dentre eles, um milhão e 100 mil sentenças e 320 mil acórdãos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Processo Civil pela Universidade Paulista. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Complexo Educacional Damásio de Jesus. Presidente da Comissão Legislativa do FONAJE e Coordenador do FOJESP. Coordenador dos cursos de formação inicial e de formação continuada da EJUS.

A estrutura judiciária brasileira, contudo, há anos trabalha com um volume de ações bastante superior aos recursos materiais e humanos que lhes é disponibilizada, razão pela qual é imprescindível adotarmos imediatamente sistemas de governança jurídica que possibilite aquilo que o Conselho Nacional de Justiça denomina de “Achatamento da Curva de Demandas”, conforme se extrai da proposta apresentada pelo Eminentíssimo Conselheiro Henrique Ávila no Ato Normativo 0005479-03.2020.2.00.0000, por meio do qual se regulamenta a criação dos denominados Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em Matéria Empresarial (Cejusc Empresarial).

Uma Nota Conjunta das Comissões de Arbitragem e da Advocacia na Mediação e Conciliação, datada de 23 de abril de 2020, conclama os Advogados no sentido de que haja cooperação e uso sustentável do Poder Judiciário. A nota destaca que os meios consensuais passam a exercer papel fundamental no exercício da advocacia para o combate aos reflexos negativos da pandemia do Covid-19, sem a necessidade de sempre recorrer ao Poder Judiciário.

Antevendo um grande crescimento da inadimplência, o Ato Normativo 0005478-18.2020.2.00.0000 do CNJ estabeleceu a Padronização dos Relatórios da Fase Administrativa, Mensal de Atividades do devedor, de Andamentos processuais e de Incidentes processuais relativos às recuperações judiciais e de responsabilidade do Administrador Judicial. A Recomendação CNJ 63/2020, por sua vez, dispõe sobre a facilitação dos pagamentos dos credores envolvidos nas recuperações judiciais e recomenda ponderação ainda maior na análise dos pedidos de despejo de estabelecimentos comerciais.

## 2. Os meios consensuais de solução dos conflitos

Dentre os meios consensuais para a solução de eventuais conflitos, temos a negociação direta entre as partes (que pode ser facilitada por plataformas como o Consumidor.gov.br), a mediação, a conciliação (as três técnicas podem ser utilizadas fora do processo judicial – soluções extraprocessuais – ou dentro dele) e a arbitragem.

Os meios consensuais de solução dos conflitos estão formalmente previstos no direito positivado brasileiro desde os artigos 161/163 da nossa primeira Constituição, a Carta de 1824, que consagram a arbitragem (cujas decisões podiam ser irrecorríveis por deliberação prévia das partes nelas envolvidas) e estabelecem a prévia tentativa de conciliação como condição para a propositura de uma ação judicial (sob pena de não estar caracterizado o interesse de agir, na modalidade interesse-necessidade). Igualmente, a Constituição de 1824 previa a Justiça de Paz.

A realidade, contudo, nem sempre observou as previsões legislativas.

Felipe Augusto de Miranda Rosa, na pesquisa denominada “Justiça de Paz – uma instituição desperdiçada” – cujo trabalho de campo foi desenvolvido nas cidades fluminenses de Campos, Nova Friburgo, Nova Iguaçu e Volta Redonda –, após destacar que nos locais marginalizados ou distantes geograficamente dos Tribunais os conflitos são resolvidos por mecanismos outros que não o aparelho judicial, relata que:

*A virtual inexistência ou virtual inoperância de certos mediadores que se suponha serem muito atuantes, constituiu um dado relevante, cuja interpretação adequada exige e aguarda novos estudos específicos.*

*Nesse caso está a Justiça de Paz. Em momento algum da coleta de dados, no trabalho de campo realizado nas quatro localidades referidas e região circunvizinha, foi percebida qualquer referência à ação conciliatória dos juizes de paz. Ora, mesmo diante da constatação de que o quadro de juizes de paz está desfalcado em todo o Estado, da não renovação oportuna dos mandatos periódicos dos que existiram e não nomeação de novos, seria de se supor que na referência a fatos passados, algumas observações remetessem os pesquisadores a intervenções de juizes de paz, no exercício justamente dessa função pacificadora que é um pressuposto de sua denominação, e que se constitui numa conciliação dos interesses divergentes (que configura mediação no sentido estrito. O fato chamou a atenção precisamente pela sua contradição ao que seria razoável esperar.<sup>2</sup>*

Em sua pesquisa, o professor Miranda Rosa identifica aquilo que muitos anos depois veio a ser conhecido como *Tribunais do Crime* – ou seja, a ocupação dos espaços que deveriam ser reservados às técnicas de conciliação por vias legítimas (a exemplo do Juiz de Paz eleito ou de uma estrutura conciliatória gerida ou ao menos fiscalizada pelo Estado) por pessoas que se impõem às comunidades carentes pela força e pelo medo. Não podemos permitir que os litígios decorrentes de momentos de adversidade, como é o da pandemia do Covid-19, fomentem soluções inidôneas de resolução das controvérsias.

Transpostos quase 200 anos da nossa primeira Constituição, observamos que o preâmbulo da Constituição Federal vigente traz o compromisso de construirmos uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

### 3. Juizados Informais de Conciliação – um dos embriões dos CEJUSCs

Dentro de nossa viagem no tempo, em 1984, encontramos a criação do Juizado de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984), o qual era de instalação facultativa por meio de leis estaduais (ou do DF) e cujo processo era orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes. A fim de multiplicar sua capacidade de conciliar as partes em conflito, a Lei nº 7.244/1984 nos trouxe a figura do conciliador como auxiliar da Justiça (art. 6º), solução adotada também pela lei que a revogou e substituiu (Lei nº 9.099/1995).

Em São Paulo, dentro de cada Juizado de Pequenas Causas e sem a necessidade de qualquer estrutura complementar quanto a recursos humanos ou materiais, funcionava um JIC (Juizado Informal de Conciliação). No ano de 1996, conforme concluíram o Egrégio Conselho Supervisor dos Juizados Especiais de São Paulo e o Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Estado, em processo cujo relator foi o Eminentíssimo Desembargador Nigro Conceição (Processo 536, Amparo, relatório de março de 1996), coexistem mesmo dentro do Sistema da Lei nº 9.099/95 os Juizados Informais de Conciliação e os Juizados Especiais Cíveis. Os Juizados Informais de Conciliação (JIC) encontram fundamento legal no art. 58 da Lei nº 9.099/95 e no Estado de São Paulo foram implantados pela Resolução nº 12/1985 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

<sup>2</sup> Separata da Revista de Jurisprudência do TJ RJ, ano XX, 2ª fase, 1981, n. 46.

No momento atual, a Lei nº 13.140/2015, em seu artigo 24, estabelece que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. São os CEJUSCs, que na verdade vêm sendo implementados pelos Tribunais desde a edição da Resolução nº 125/2010, do CNJ.

O JIC certamente foi um dos embriões dos CEJUSCs, tanto que o § 2º do art. 599 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do TJSP estabelece que onde tenha sido instalado e esteja em funcionamento o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) fica dispensada a realização do JIC pelo Juizado Especial, bem assim a escrituração dos livros e registros a ele pertinentes.

O § 1º do art. 8º da Resolução nº 125 do CNJ, por sua vez, estabelece que as sessões de conciliação e mediação pré-processuais (que são aquelas realizadas antes da instauração do processo judicial, mas já sob os olhos do Estado-Juiz) deverão ocorrer nos CEJUSCs, podendo as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º). (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08 de março de 2016).

Em São Paulo, o art. 603 das referidas Normas de Serviço estabelece que as sessões de conciliação e mediação pré-processuais dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, bem como de seus Anexos, serão realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, podendo, excepcionalmente, ocorrer nos próprios juízos, juizados ou varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal e supervisionados pelo juiz coordenador do CEJUSC. O pedido de realização destas sessões nos Juízos, Juizados ou Varas poderá ser feito: pelo respectivo juiz coordenador ou titular; pelo juiz coordenador do CEJUSC; por proposta do Conselho Supervisor ou, de ofício, pelo Conselho Superior da Magistratura.

Acrescente-se a isso o fato de ser justamente a Lei dos Juizados Especiais que adota a simplicidade, a informalidade e a busca da conciliação como critérios estruturantes dos serviços neles prestados, bem como ter sido a primeira norma a disciplinar a conciliação pré-processual (artigos 2º e 17 da Lei nº 9.099/1995), cuja relevância ganha especial destaque para a gestão dos conflitos decorrentes dos efeitos da pandemia do Covid-19.

#### **4. A conciliação e o diálogo entre o CPC de 2015 e as leis dos Juizados Especiais**

O CPC de 2015, já a partir dos §§ 2º e 3º do seu artigo 3º, explicita que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, bem como a conciliação (finalidade regente dos Juizados Especiais – art. 2º da Lei nº 9.099/1995), a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público – inclusive no curso do processo judicial. Seu artigo 139 estabelece que ao juiz cabe promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. O art. 154 incumbe ao oficial de justiça certificar, em mandado, a proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato

de comunicação que lhe couber. Por fim, o art. 334 estabelece que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, cuja dispensa exige a concórdância prévia de todas as partes envolvidas no litígio.

Também em 2015, foi aprovada a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), a qual explicita a possibilidade de solução consensual até mesmo de litígios que envolvem direitos indisponíveis transigíveis (art. 3º), caso no qual a homologação deve ser antecedida de manifestação do Ministério Público.

## 5. Os conciliadores e os mediadores

O mediador e o conciliador judicial são auxiliares da Justiça, conforme estabelece o art. 149 do CPC de 2015 e já estabelecia (em relação aos conciliadores) o art. 7º da Lei nº 9099/1995.

O art. 165 do CPC/2015, por sua vez, traz as distinções entre conciliadores e mediadores, no sentido de que o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, ou seja, em relações mais objetivas (a exemplo das causas relacionadas ao Direito do Consumidor), podendo inclusive sugerir soluções para o litígio.

Já o mediador atua preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes (a exemplo das relações familiares), auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito – de modo que eles possam, por si próprios, identificar soluções consensuais para a solução do conflito. Pela profundidade das causas que envolvem a mediação, uma das condições para alguém atuar como mediador judicial é que tenha formação em curso superior há pelo menos dois anos.

Conforme noticiou o CONJUR em 13 de abril de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho da Justiça Federal (CJF) reuniram-se com representantes de vários órgãos do Poder Judiciário e da Administração Direta e Indireta para discutir sobre a efetividade das alterações promovidas pelo novo Código do Processo Civil (CPC) e pela Lei de Mediação aos institutos da Mediação e da Conciliação. A discussão relativa à atuação dos conciliadores gerou a aprovação de enunciado segundo o qual a exigência de graduação em curso superior há, pelo menos, dois anos (requisito fundamental para os mediadores judiciais, de acordo com a Lei de Mediação) não se aplica aos conciliadores, “considerando a natureza objetiva dos conflitos sujeitos à conciliação”.

Questões envolvendo a Fazenda Pública, e sabidamente a pandemia, geraram inúmeras pretensões destinadas a diferir remissão e anistia de tributos e multas – elas igualmente podem ser objeto de solução consensual, conforme se extrai dos artigos 32/40 da Lei nº 13.140/2015, da Lei nº 9.307/1996, na redação das leis nº 13.129/2015, dos artigos 10-A e 10-B do Decreto-Lei nº 3.365/1941 (Lei das Desapropriações na redação da Lei nº 13.867/2019), da Lei nº 12.153/2009 (Juizados da Fazenda Pública) e do art. 8º da Lei nº 10.259/2001 (Juizados Federais).

## 6. A conciliações e as mediações por meios virtuais

Se, de um lado, a Justiça Itinerante se mostra imprescindível para o atendimento das pessoas mais simples (que pouco ou nenhum acesso têm aos meios físicos ou

informatizados de prestação dos serviços judiciários) e daquelas localizadas em regiões de difícil acesso físico ou mesmo via internet, de outro lado começam a ser realizados atendimentos virtuais com bastante êxito. As metodologias devem ser somadas para que toda a nossa população possa encontrar meios legítimos para a solução dos seus litígios por meios idôneos e legítimos.

Dentre as fórmulas já encontradas para a realização de audiências durante os períodos de maior isolamento social, merecem destaque as “salas passivas” (que podem ser implementadas em Centros Comunitários), órgãos públicos diversos ou instituições parceiras, a fim de que aqueles que carecem de meios informatizados também possam apresentar suas pretensões e participar das respectivas sessões conciliatórias, ou mesmo audiências judiciais. Dentre outras experiências, merecem destaque aquelas desenvolvidas pelo TJMT, conforme disciplina o Provimento 15/2020 da Corregedoria Geral de Justiça daquele Tribunal.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ, em seu art. 5º, estabelece que o incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação é implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras – inclusive universidades e instituições de ensino. Já o inciso 10 do art. 6º da referida Resolução traz que, para o desenvolvimento dessa rede de atendimento, caberá ao CNJ criar o Sistema de Mediação e Conciliação Digital à distância para a solução pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso.

Sobre os atendimentos virtuais, em abril de 2016 foi editado o Enunciado 171 do FONAJEF, do seguinte teor: “Sempre que possível, as sessões de mediação/conciliação serão realizadas por **videoconferência**, a ser efetivada por sistema de livre escolha” (Aprovado no XIII FONAJEF).

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 2017, foi editada a Resolução nº 15 que sistematiza a conciliação nas reclamações pré-processuais, inclusive em meio digital.

Em uma das ações para concretizar as conciliações e mediações por meio virtual, em outubro de 2019 o CNJ noticiou o lançamento do projeto piloto de integração entre a plataforma Processo Judicial Eletrônico (PJe) e o “Consumidor.gov.br”. A integração entre as duas plataformas é resultado do Acordo de Cooperação estabelecido entre o CNJ e o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon). Inicialmente, a ação estará restrita ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). A iniciativa possibilita que o cidadão que tem processo em tramitação no PJe tenha a possibilidade de realizar uma negociação on-line, sem que isso atrase ou interfira no andamento da ação. Ao manifestar interesse na busca pelo entendimento, a empresa terá um prazo de até dez dias para entrar em contato, prestar esclarecimentos ou propor acordo. Após a resposta da empresa, o autor da ação informa se o problema foi resolvido ou não. Se a solução não for obtida na plataforma, com o retorno ao PJe, já ocorrerá a citação eletrônica.

Em 27 de abril de 2020 foi publicada e entrou em vigor a Lei nº 13.994, que alterou o art. 22 da Lei Geral dos Juizados (Lei nº 9.099/1995), facultou a audiência de conciliação não presencial (pelos meios tecnológicos disponíveis) e autorizou a imediata prolação de sentença caso o demandado não compareça ou se recuse a participar da audiência virtual. A nova norma é dotada de grande força, pois apesar de o CPC/2015

(art. 334, § 7º) e de a Lei de Mediação (art. 46 da Lei nº 13.140/2015) disciplinarem a conciliação e a mediação à distância, a eventual ausência de quaisquer dos interessados ao ato traz consequências de pequena monta. Já no Sistema dos Juizados Especiais, a ausência injustificada do autor à sessão virtual de conciliação implicará na extinção do processo, com a sua condenação ao pagamento das custas processuais (art. 51, da Lei nº 9.099/1995), enquanto a ausência do demandado poderá acarretar que os fatos narrados pelo autor sejam considerados verdadeiros (artigo 20 da Lei nº 9.099/1995).

Dentre as normas que respaldam as audiências virtuais merecem destaque as seguintes: artigos 236, § 3º, 334, § 7º, 385, § 3º e 453, § 1º, todos do CPC/2015; Lei nº 13.944/2020, que deu nova redação para os art. 22 e 23 da Lei nº 9.099/1995; artigo 46 da Lei nº 13.140/2015; Resolução 314/2020 do CNJ (em especial o seu art. 6º); Provimento CGJ-TJSP 284/2020 e Resolução TJSP 314/2020. No Pedido de Providência nº 4576-65.2020.2.00.0000, o CNJ decidiu, em julho de 2020, que a simples discordância de uma parte sobre a audiência virtual não é suficiente para adiá-la, sendo necessário que a parte apresente um motivo justo e que o juiz reconheça a necessidade do adiamento.

Há que se destacar que não é só na ciência jurídica que se implementou atendimentos à distância. No campo da psicologia, a terapia à distância foi disciplinada em caráter experimental a partir de 2005 (Resolução CFP nº 012/2005 e 011/2012), e graças aos bons resultados da experiência, desde 2018 a metodologia é adotada em caráter ordinário (Resolução nº 11/2018 do Conselho Federal de Psicologia).

Há que se destacar, ainda, que a necessidade da prévia tentativa de reconciliação prevista no art. 161 da Constituição do Império, citado na abertura deste trabalho, e que hoje encontra paralelo nas tentativas de conciliação e de mediação pré-processuais, acaba por ser revivida a partir do art. 17 do CPC/2015 e da interpretação evolutiva do STF sobre o interesse processual (na modalidade interesse-necessidade), já que desde 2014, sob o rito da Repercussão Geral (RE 631240), se firmou o entendimento de que a exigência de que o demandante demonstre que ao menos se buscou a solução consensual de um litígio (dispensável nos casos urgentes ou de comprovada impossibilidade de conciliação) antes de ingressar com um processo não viola a garantia de amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/1988).

## **7. A solução adjudicada das controvérsias**

Por fim, caso não haja solução consensual dos conflitos, nossos julgadores haverão de observar o valor das premissas fáticas presentes no caso concreto (art. 492, § 2º, do CPC), a fim de que, sob o olhar pós positivista do art. 8º do mesmo CPC, do art. 6º da Lei nº 9.099/1995 e de institutos como o do caso fortuito e da força maior (art. 393 do Código Civil) possam aplicar o ordenamento jurídico (normas-regra e normas-princípio) com observância dos seus fins sociais, das exigências do bem comum, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência, de forma a dar a cada questão a solução mais justa e equânime.





*Coordenação editorial*  
Marcelo Alexandre Barbosa

*Capa*  
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

*Editoração, revisão, impressão e acabamento*  
Tikinet

*Revisão*  
Lucas Giron | Tikinet  
Douglas Mattos | Tikinet

*Diagramação*  
Marcus Gisolfi | Tikinet  
Pamela Silva | Tikinet

*Formato*  
175 x 245 mm

*Mancha*  
140 x 210 mm

*Tipologia*  
Trebuchet MS

*Papel*  
Capa: Cartão Revestido 250g/m<sup>2</sup>  
Miolo: Offset Branco 75g/m<sup>2</sup>

*Acabamento*  
Cadernos de 16pp.  
costurados e colados – brochura

*Tiragem*  
525 exemplares

Setembro de 2020