

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 59 - Julho/Setembro de 2021

Segurança jurídica e o Direito em tempos de pandemia



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021



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

Coordenadores da edição

Desembargador Luis Francisco Aguilar Cortez

Juiz Renato Siqueira De Pretto

Juiz Richard Pae Kim

Cadernos Jurídicos

Segurança jurídica e o Direito em tempos de pandemia

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 59, p. 1-160, Julho-Setembro/2021

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 - 56)
2021, v. 20 (57- 58 - 59)

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

imprensaepm@tjsp.jus.br

1. (In)segurança jurídica pandêmica Um ensaio sobre melhores caminhos pelo processo <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	9
2. Federalismo cooperativo e segurança jurídica: o STF e a pandemia <i>Caroline Quadros da Silveira Pereira</i>	21
3. Segurança jurídica, legitimação e consequencialismo: a busca por racionalidade jurídica no contexto da pandemia <i>Fábio Henrique Falcone Garcia</i>	39
4. <i>Home office</i> e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais <i>Heliana Maria Coutinho Hess</i>	53
5. Segurança jurídica: contratos relacionais em tempos de pandemia <i>Juan Paulo Hays Biazevic</i>	69
6. A (im)possibilidade de concessão de moratória tributária pelo Poder Judiciário em tempos de pandemia <i>Luis Antonio Nocito Echevarria</i>	85
7. Segurança jurídica e a aplicação da teoria dos precedentes judiciais <i>Nelson Jorge Junior</i>	99
8. Direitos das crianças e dos adolescentes acolhidos institucionalmente durante a pandemia decorrente da Covid-19 <i>Paulo Roberto Fadigas César e Alessandra Biasioli Pignalosa</i>	115
9. Segurança jurídica e eficiência nas políticas judiciárias em tempos de pandemia <i>Richard Pae Kim</i>	131
10. Os juízes, a pandemia e os argumentos consequencialistas <i>Teresa Arruda Alvim</i>	151

Apresentação

Temos a honra de apresentar o novo volume dos Cadernos Jurídicos, publicado pela Escola Paulista da Magistratura (EPM), com o tema “Segurança jurídica e o Direito em tempos de pandemia”.

A obra reflete os trabalhos das reuniões do 5º Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da EPM (2020), composto por magistrados interessados na pesquisa e na compreensão de assuntos atuais e controvertidos do Direito Constitucional.

Esse trabalho coletivo teve como objetivo reunir importantes pensamentos, reflexões, propostas e comentários sobre a segurança jurídica no século XXI e os efeitos da pandemia nas relações jurídicas públicas e privadas. Creio que conseguimos alcançá-lo.

A pandemia do coronavírus (Covid-19), considerada uma das mais severas da história, atingiu ricos e pobres, cidadãos de países desenvolvidos e não desenvolvidos, homens e mulheres, e todos padecemos direta ou indiretamente de seus efeitos, gerando, por consequência, grandes impactos na vida econômica, na empregabilidade e na conservação dos contratos.

Como mencionado no Parecer 18 emitido pela relatora do Plenário do Senado Federal, no PL 1179 de 2020, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia, “[a] consequência inevitável desse ambiente excepcional e transitório é que diversas relações contratuais, societárias, de família e de outros ramos do Direito Privado foram fortemente abaladas com a superveniência desses fatos”. Por isso,

[é] dever do Parlamento, como protagonista na garantia de segurança jurídica e na realização dos fins superiores da República, elaborar e oferecer à sociedade uma lei que consiga dar segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade às regras de Direito Privado, no curso desta fase excepcional, que desafia as estruturas normativas preexistentes. (Parecer 18, PL 1179/2020 do Senado Federal)

Da mesma forma, acreditamos que essa é também a missão do Poder Judiciário nesse período de tantas dificuldades: garantir os direitos dos cidadãos, sem violar a segurança jurídica e o princípio da confiança, temas que foram debatidos em nosso núcleo e que parte dos resultados das reflexões dos palestrantes e dos magistrados se encontram nesta obra.

Agradecemos a todos os colegas que, com muito empenho, tiveram participação ativa no núcleo durante o difícil ano de 2020, em especial aos palestrantes e magistrados que nos brindaram com os seguintes trabalhos para esta publicação: Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim – *Os juízes, a pandemia e os argumentos consequencialistas*; Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho – *(In)segurança jurídica pandêmica: um ensaio sobre melhores caminhos pelo processo*; Caroline Quadros da Silveira Pereira – *Federalismo cooperativo e segurança jurídica: o STF e a pandemia*; Fábio Henrique Falcone Garcia – *Segurança jurídica, legitimação e consequencialismo: a busca por racionalidade jurídica no contexto da pandemia*; Heliana Maria Coutinho Hess – *Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais*; Juan P. H. Biazevic – *Segurança jurídica: contratos relacionais em*

tempos de pandemia; Luis Antonio Nocito Echevarria – A (im)possibilidade de concessão de moratória tributária pelo Poder Judiciário em tempos de pandemia; Des. Nelson Jorge Junior – Segurança jurídica e a aplicação da teoria dos precedentes judiciais; Paulo Roberto Fadigas César – Direitos e garantias das crianças e adolescentes institucionalizados em tempo de pandemia; Richard Pae Kim – Segurança jurídica e eficiência nas políticas judiciárias em tempos de pandemia.

Registramos ainda nossa profunda gratidão aos renomados professores que nos deram a oportunidade de dialogar: Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria (STJ), Ministro Carlos Bastide Horbach (TSE e USP), ex-Ministro Everardo Maciel, Profa. Teresa Arruda Alvim (PUC-SP), Des. Luis Francisco Aguilar Cortez e Des. Francisco Eduardo Loureiro.

Lembramos igualmente que a publicação não seria possível sem o apoio da equipe da imprensa da Escola Paulista da Magistratura e dos servidores que estão nos ajudando a conduzir esse núcleo, que já completou cinco anos de existência.

Por fim, esperamos que esta coletânea seja útil aos seus leitores e proporcione reflexões a respeito da instigante temática, tão importante para os cidadãos brasileiros neste período tão tormentoso.

Ex corde.

São Paulo, abril de 2021.

Luis Francisco Aguilar Cortez

Diretor da EPM

Renato Siqueira De Pretto

Coordenador do Núcleo

Richard Pae Kim

Coordenador do Núcleo

Organizadores

(In)segurança jurídica pandêmica

Um ensaio sobre melhores caminhos pelo processo

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Aluvião normativa; 3. Conflito de competências entre diferentes esferas de governo; 4. Inconsistência no processo de tomada de decisão estatal; 5. Perspectivas para a melhoria da ação pública pelo processo; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O tema da segurança jurídica há alguns anos vem frequentando espaço de destaque nas preocupações daqueles que pensam na criação de um ambiente mais favorável aos negócios no país^{2,3}.

Apesar de ser um assunto da moda, ele não é novo^{4,5}.

O esforço de codificação do Direito, verificado desde o século XIX em boa parte da Europa Ocidental, pode ser lido como uma tentativa de se conferir um caráter

¹ Doutor e mestre em Direito de Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² Essa escalada culminou, por exemplo, na aprovação da Lei nº 13.655/2018, que introduziu dez dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com o propósito declarado de prover “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Sobre a importância do diploma para o aprimoramento do processo de decisão estatal, ponderam Luiz Edson Fachin e Fernando Quadros da Silva: “o novo regramento que vem a lume, em especial quanto ao processo decisório, poderá evitar a judicialização de muitas questões regulatórias relacionadas à provisão de serviços públicos. Com a publicação da mencionada lei, ter-se-á uma significativa melhora nos processos regulatórios a cargo das agências. Também contribuirá para garantir segurança jurídica nos processos regulatórios e nas relações econômicas a edição relativamente recente da Lei nº 13.655/2018 [...]. Por evidente, não se trata apenas de segurança normativa formal, e sim da segurança jurídica substancial, sinônimo de justiça” (FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Fernando Quadros da. Justiça e segurança normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório. In: FONSECA, Reynaldo S. da; COSTA, Daniel C. G. da (coord.). *Direito Regulatório: Desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 56).

³ “[...] uma das principais causas que impede a consecução de investimentos em infraestrutura no Brasil consiste na insegurança jurídica generalizada. Um país com instituições voláteis afasta investimentos e acaba entrando em um círculo vicioso de subdesenvolvimento em razão da perda de competitividade em comparação a outros países que possuem instituições mais sólidas” (VALIATI, Thiago Priess. O impacto da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018) em relação aos setores de infraestrutura. In: VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 194).

⁴ DIP, Ricardo. *Segurança jurídica e crise pós-moderna*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 43 et seq.

⁵ “Direito e segurança jurídica são noções literalmente inseparáveis [...] ocorre, ademais disso, e acima de tudo, que o Direito é, em si mesmo, um projeto de implantação da segurança” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de Direito e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41). “[...] para que o indivíduo possa autonomamente desenhar sua própria vida e livremente determinar seu curso, ele precisa agir com base no Direito no presente e não ser surpreendido pelo próprio Direito no futuro. O Direito, pois, precisa ter efeitos prospectivos, e não retroativos” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 17). Discorrendo sobre a evolução da reflexão do Direito sob uma perspectiva da cibernética no curso do século XX, Mario G. Losano se refere a autores em cujas reflexões estava a busca pelo ideal de previsibilidade e da coerência da ação estatal, inclusive sob ângulo do comportamento do juiz (LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito: do século XX à Pós-Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. v. 3, p. 24 et seq.).

racional, sistemático e previsível às regras de conduta vocacionadas a reger as relações humanas, fator tido como fundamental para o desenvolvimento do modo de produção capitalista⁶.

Passados dois séculos do início desse movimento, a aspiração de aperfeiçoamento do nosso direito posto prossegue, aliás como seria mesmo de se esperar em uma sociedade que está em contínua evolução, o que impõe a periódica adaptação dos respectivos comandos às exigências da vida social.

No Brasil essa busca, que já teve como ponto de parada a criação de agências reguladoras independentes nos anos 1990⁷, intensificou-se nos últimos anos, com a aprovação de várias leis objetivando conferir uma maior segurança jurídica aos cidadãos.

Para ficar em alguns dos principais diplomas gestados com tal finalidade, podemos mencionar a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e o Estatuto das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019).

Alcançados pela terrível pandemia do coronavírus em 2020, novamente está o país às voltas com inúmeros projetos de reforma da nossa legislação (inclusive em nível constitucional), sendo a segurança jurídica um dos jargões mais lidos nos jornais para justificar a fúria normativa estatal.

Nesse momento desafiador da história nacional cobra-se, não sem razão, eficiência da máquina pública, a qual é muitas vezes percebida – pelo menos em vários setores – como mera cobradora de altos impostos e fonte de óbices despropositados à livre iniciativa privada, um aparato pouco responsável e responsivo à vista das carências experimentadas pela população.

No período, três grandes problemas para além do nosso quadro legal dificultaram, como ainda dificultam, a eficiência esperada do Poder Público para coordenar esforços estatais e privados em torno do objetivo comum de preservar vidas e empregos.

Neste ensaio teceremos breves comentários sobre os referidos impasses para, em seguida, falarmos de como a valorização do instituto do *processo* pode contribuir para melhoria do cenário.

⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 42.

⁷ “Por inspiração confessada no modelo regulatório norte-americano, optou-se, então, pela criação das chamadas agências reguladoras independentes para o exercício deste papel (de coordenação de atividades econômicas para que se deem em consonância com interesses coletivos). Pretendeu-se, com isso, não apenas assegurar a existência de um corpo autônomo do poder central, capacitado técnica e institucionalmente para a regulação de uma determinada atividade econômica, como também, em particular, sinalizar para o investidor privado com uma maior estabilidade das regras decorrente do insulamento do poder político central” (BAPTISTA, Patricia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 204).

2. Aluvião normativa

Embora não seja exclusividade brasileira^{8,9}, a aluvião normativa experimentada pelo país vem se intensificando nos últimos anos em uma escalada que podemos dizer que atingiu o patamar epidêmico no curso da crise sanitária.

Num momento em que todos os atores políticos querem mostrar que estão fazendo a sua parte para enfrentar a pandemia da Covid-19, os parlamentares **não estão ficando** para atrás na iniciativa das mais diversas propostas vocacionadas a arrefecer os graves efeitos decorrentes do desastre biológico na vida de milhões de cidadãos¹⁰.

Diariamente surgem projetos de lei com os mais diferentes escopos, que vão desde impedir desocupação forçada de imóveis até criar regimes de transição para contratos públicos e privados, passando pelo estabelecimento de auxílios e incentivos econômicos para as mais diversas categorias de indústrias e profissionais impactadas pela política de isolamento social que se impôs como resposta à rápida disseminação do vírus.

A Lei nº 13.979/2020, conhecida como Lei da Covid, publicada em 6 de fevereiro de 2020, em poucos meses de vigência foi alterada por diversas leis (Lei nº 14.006/2020, 14.019/2020, 14.022/2020, 14.023/2020, 14.028/2020, 14.035/2020, 14.065/2020... e contando...).

No âmbito dos estados e municípios, guardadas (ou não) as matérias de suas atribuições, houve semelhante fervilhar normativo, só que dessa vez mais pela via do exercício de competência regulamentar a cargo do Executivo do que via produção de leis do Legislativo.

Ainda que no período de pandemia não se possa negar a relevância de soluções criativas adotadas pelos legisladores para manter a continuidade dos trabalhos parlamentares sem prejuízo do ônus do distanciamento social (notadamente pela adoção do plenário virtual¹¹), nem a boa vontade destes em oferecer respostas às angústias da população, muitas das quais enfrentaram atualizações diárias pela dinâmica evolução da doença, é intuitivo que a avalanche de atos normativos produzidos incessantemente em curto

⁸ ALBERTINI, Pierre. *La crise de la loi : déclin ou mutation?* Paris: LexisNexis, 2015, p. 149 et seq.; CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3 ed. Paris: L.G.D.J., 2008. p. 105-106; p. 109 et seq.; MORENO, Fernando Sainz. *Seguridad jurídica*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 119 et seq.

⁹ “Inflação jurídica ou inflação legislativa – é fenômeno existente em vários ordenamentos, caracterizado pelo aumento da produção normativa, desproporcional aos meios para assegurar a efetividade, gerando descrença no Direito, insegurança jurídica, dificuldade de conhecimento e assimilação, déficit de execução” (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 176).

¹⁰ “Bem exemplifica a superprodução de normas o levantamento feito pela Câmara dos Deputados de proposições sobre o coronavírus, de acordo com a qual, de 05/03 a 05/05/2020, os deputados apresentaram 1.000 propostas de lei, dentre as quais 8 foram aprovadas e transformadas em lei ordinária ou complementar, 12 foram aprovadas pela Câmara e aguardam análise do Senado; e 2 aguardam sanção presidencial” (VILLELA, Renata Rocha. *Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo*. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 323).

¹¹ No âmbito federal tanto foi feito pelo Ato da Comissão Diretora nº 07/2020 (Senado) e pela Resolução nº 14/2020 (Câmara), que instituíram os Sistemas de Deliberação Remota (SDR), conforme: VILLELA, Renata Rocha. *Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo*. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 320.

lapso de tempo prejudica a capacidade de os respectivos destinatários terem ciência de qual parâmetro de conduta devem observar¹².

Se tanto não bastasse, a simplificação do rito, a celeridade que lhe foi imposta e o sistema remoto de deliberação operam em franco prejuízo à consistência e à racionalidade das regras aprovadas, que acabam por não ser devidamente debatidas nem instruídas em um ambiente de maior opacidade dos interesses que as patrocinam.

Risco que só vem a aumentar quando se constata que o “gênio liberado da garrafa” passa a ser usado não só para análise de matérias urgentes estritamente ligadas à pandemia, como para qualquer outra¹³, dado que aponta para a instrumentalização da ferramenta para o prosaico exercício de poder pela maioria ocasional formada no jogo de forças no Congresso.

3. Conflito de competências entre diferentes esferas de governo

Se a aluvião normativa não pode ser tida como fenômeno exclusivo do país, difícil imaginar que em outros lugares tenha ocorrido confusão tão grande como a que se deu por aqui no que diz respeito à concretização de competências comuns a cargo de diferentes esferas de governo.

Até um tipo penal (art. 268 do Código Penal¹⁴), que em tese poderia contribuir para desestimular condutas individuais temerárias capazes de ameaçar a incolumidade pública, restou inaplicável no período, dadas as orientações sanitárias em sentido diametralmente oposto encampadas pelos governos federal, estaduais e municipais como referência de postura aguardada da população durante os momentos mais delicados impostos pelo desastre biológico^{15,16}.

¹² “Essa aluvião de normas que buscam conferir soluções urgentes para as mais variadas situações tem o potencial de gerar uma situação de desordem jurídica e de perda do norte da legalidade, ao abrir espaço para antinomias e dúvidas acerca de qual regulação deve ser seguida [...]. Não há dúvidas, portanto, que o excesso de normas pode ser tão maléfico quanto a ausência delas ou, ainda, que o excesso de leis pode conduzir ao caos no ordenamento jurídico que, a despeito de sua dinamicidade, necessita de coerência” (VILLELA, Renata Rocha. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 324).

¹³ VILLELA, Renata Rocha. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 324 et seq.

¹⁴ Infração de medida sanitária preventiva – art. 268 do Código Penal: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro” Disponível em: <https://bit.ly/3x3j04E>. Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁵ Ana Elisa Bechara, que propõe filtros para a aplicação legítima do art. 268 do C.P. à vista do seu caráter de norma penal em branco cujo complemento fica ao total arbítrio da autoridade estatal (ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma e análise da ordem descumprida em concreto, considerando valores caros ao Direito Penal, como o da proporcionalidade e intervenção penal mínima), bem transmite a dificuldade de comunicação eficiente com a população estabelecida pelos agentes estatais durante a crise sanitária: “[...] não se pode deixar de notar que diminuição da adesão social às medidas de isolamento social não tem relação com a maior ou menor intervenção penal, mas sim, na verdade, com a confusão de mensagens transmitidas por agentes políticos de diferentes esferas, gerando polarização e desconfiança generalizada” (BECHARA, Ana Elisa L. S. Direito Penal em tempos de pandemia: como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 287-288).

¹⁶ “Destaque-se, por outro lado, as divergências públicas entre o Presidente da República e Governadores de Estados sobre o afrouxamento ou a manutenção do isolamento social, que se traduziram em normas estaduais mais drásticas que as previstas no plano federal. Esse conflito federativo levou à insegurança jurídica sobre as medidas efetivamente em vigor e,

Se alguém esperava ouvir do seu governante instruções sobre como proceder com segurança em meio à pandemia, tanto passou a depender de quem essa pessoa escolhia ouvir, quadro naturalmente caótico que em nada contribuiu para a cooperação social necessária ao enfrentamento adequado da crise.

Houve sinalizações de todo o tipo, desde o “fique em casa” até o “vá ao salão de beleza”, passando por festejos que se intensificaram no final de 2020, alguns jocosamente apelidados de nomes mórbidos, como “barco da morte”, “covidfest” e quejandos¹⁷.

4. Inconsistência no processo de tomada de decisão estatal

Ao lado da aluvião normativa e dos conflitos de competência, outra comorbidade que acometeu o funcionamento das nossas instituições durante a crise sanitária foi a inconsistência do processo de tomada de decisão encampado por diversas autoridades país afora.

Em que pese termos tido a vantagem estratégica de ver o comportamento da pandemia em outros países antes de ela aterrizar nas nossas fronteiras, o que em tese daria a oportunidade para que os gestores brasileiros, apreendendo com a experiência estrangeira, pudessem melhor elaborar seus planos de ação por aqui, tem-se que, infelizmente, essa chance acabou sendo perdida.

Como se estivéssemos em uma espécie de jogo estranho e tresloucado, o que se observou foi importantes personalidades simplesmente negarem a gravidade do quadro de calamidade experimentado e usarem do desafio atual como pretexto para fazerem avançar suas agendas políticas pessoais, atinentes a grupos de apoiadores militantes¹⁸ ou, então, assumidas junto a financiadores de campanha.

No mesmo tabuleiro, autoridades que reconheceram a seriedade da pandemia também deram seus lances de aparente autopromoção, não perdendo ensejo para rivalizar popularidade com as negacionistas em um cenário tóxico de batalha campal, observada pelo olhar atônito de todos aqueles que fantasiavam a possibilidade de trabalho conjunto entre umas e outras em torno do objetivo maior de salvar vidas.

Polemizou-se absolutamente tudo.

Se tomar vacina – que até o dia em que escrevemos essas linhas ainda não era disponível em território nacional – seria bom; se das vacinas em vias de aprovação

especialmente, sobre qual orientação do Poder Público o cidadão, de fato, deveria seguir: ficar em casa ou retomar as suas atividades?” (BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus, “Estado de Exceção Sanitária” e restrições a direitos fundamentais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 233-234).

¹⁷ Para uma sofisticada problematização do emprego do art. 268 do Código Penal no período da pandemia sob a perspectiva do princípio da legalidade penal, ver: PÁDUA, João Pedro. Repristinção interpretativa de normas penais em tempos de crise: limites discursivos e empíricos aos limites normativos dos tipos penais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2, p. 77 et seq. Sobre a viva polêmica, ver ainda: PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. Ressurgimento do vetusto art. 268 do Código Penal: um convite ao erro. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 511-523.; FILIPPO, Thiago B. G. de. Covid 19 e a infração penal de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal). In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 525-535.

¹⁸ Incluindo aqueles que partilham de crenças bastante segmentadas, e até incríveis, mas de forte apelo emocional à vista de um certo clima de conspiração que vem ganhando o coração de milhares de pessoas em um movimento impulsionado pelas engrenagens das redes sociais.

pelo mundo a de qual origem seria mais confiável; se seria possível ao Estado impor aos cidadãos a obrigação de tomar vacina; se as medidas de distanciamento social seriam eficientes para conter a propagação do vírus ou se, seguindo slogan que há pouco tempo restringia-se a *blockbusters* de ação, um estado de espírito do tipo “viva e deixe morrer” seria a mensagem mais aconselhável de ser incutida no imaginário coletivo nesses tempos trevosos¹⁹; se a imposição do uso de máscaras em locais públicos não seria uma afronta inaceitável à liberdade individual²⁰.

A lista segue...

Se a União teria a “prerrogativa” de organizar uma única política sanitária para enfrentamento da pandemia ou se teria que compartilhar tal “privilegio” com estados e municípios²¹; se a vacina – que ainda não está disponível, repita-se – seria distribuída só pela União ou se outras esferas de governo teriam competência para perseguir seus imunizantes e providenciar seu fornecimento à população; se o tratamento X.P.T.O., que não possui um protocolo com eficácia atestada pela comunidade científica, poderia ser ofertado pelo SUS ou mesmo imposto pela União no âmbito de tal sistema – nas redes sociais de hoje, recebe-se vídeos com *jingles* alardeando o emplasto, a resposta definitiva para a pandemia, que, embora não tenha sido encontrada em lugar nenhum do globo, foi descoberta por alguns brasileiros descolados que emprestam suas vozes para divulgar as vantagens em se ministrar precocemente tal elixir aos diagnosticados com a moléstia.

Nesse enredo desolador, que em alguns momentos assume mesmo a forma de uma dança macabra, testa-se a paciência do cidadão que, além de medo da doença e do desemprego, ainda passa a ser bombardeado por campanhas de desinformação de toda sorte²².

¹⁹ Para os amantes do cinema, o filme que vem à mente em meio ao agreste experimentado é o clássico *Viva e Deixe Morrer* da franquia 007, de 1973, estrelado por Roger Moore no papel do espião britânico que tem licença para matar. A película foi acompanhada de música tema homônima, gravada por Paul McCartney e regravada por Guns N'Roses e Pretenders. (LIVE and Let Die. *Wikipedia*, São Francisco, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3g38Dlp>. Acesso em: 17 jan. 2021).

²⁰ Polêmica esta que encontra terreno fértil em outras partes do globo, incluindo países tidos como de IDH mais elevado, como se pode ver em: FERNANDES, Daniela. Grupos antimáscaras provocam agressões na Europa e unem extremas esquerda e direita. *BBC Brasil*, São Paulo, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3zLRQYO>. Acesso em: 17 jan. 2021. Destacamos passagem da reportagem: “Enfermeiro em um hospital no norte da França, Fabien sofreu traumatismo craniano após ser violentamente agredido por pedir a um cliente de um café que usasse máscara. Brigas por esse motivo vêm ocorrendo em comércios e transportes do país e têm causado preocupações quanto a movimentos radicais contra o uso do equipamento de proteção. Esses grupos vêm ganhando força nas redes sociais e também disseminam notícias falsas sobre a pandemia do novo coronavírus”. Passados cinco meses da referida notícia, e acrescentadas algumas milhares de mortes por todo o globo em razão da pandemia Covid 19, o questionamento permanece, como se pode conferir em: MANIFESTAÇÃO de 10 mil pessoas contra o uso de máscaras em Viena. *Bol Notícias*, São Paulo, 16 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3pySBcc>. Acesso em: 17 jan. 2021.

²¹ As palavras “prerrogativa” e “privilegio” são usadas aqui de modo crítico, embora costumem ser largamente empregadas pela nossa doutrina de Direito Público para definir como devem ser compreendidas as competências que a Constituição e as leis atribuem às diferentes esferas de governo de nosso país. Para mais elementos da nossa visão a respeito, ver ARAÚJO, Alexandra F. de; CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. (In)competências em matéria de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto N.; OLIVEIRA, José Roberto P.; BERTOCCELLI, Rodrigo de P. (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 401 et seq.

²² Fenômeno que, embora não seja inédito, ganha ingredientes explosivos no âmbito das redes sociais, sobretudo em um cenário em que dados pessoais obtidos por empresas de tecnologias passam a ser manipulados para propósitos políticos. Sobre o desafio imposto às sociedades contemporâneas em decorrência da veiculação de correntes de desinformação pela internet, ver SUNSTEIN, Cass R. *#Republic*, Princeton: Princeton University Press, 2017. p. 76 et seq.; p. 100 et seq.

Desconfia-se, com motivos mais ou menos plausíveis, da isenção da informação veiculada por grandes conglomerados de comunicação que, entre nós, estão nas mãos de algumas poucas famílias^{23,24}.

Desconfia-se, também com seu fundo de razão, da nobreza dos propósitos da indústria farmacêutica no desenvolvimento de tais e quais medicamentos.

Desacredita-se, igualmente com base em um histórico de resultados pouco animadores em vários setores²⁵, na capacidade de o Estado prestar serviço de qualidade à população.

O que fazer?

Sob a perspectiva da Administração Pública, um passo fundamental seria algo relativamente simples: um processo de tomada de decisão pautado em evidências²⁶.

O segundo seria a articulação entre as diferentes esferas de governo em torno de ações comuns que não se contrariassem nos sinais endereçados à população.

Pelo quanto descrito linhas acima, não há, infelizmente, muita esperança de que com o fator humano hoje disponível conseguiremos avanços significativos no segundo passo nos próximos meses, o que tende a cobrar seu preço em termos de ineficiência das políticas adotadas.

Nada obstante, em se dando de modo efetivo o primeiro, pelo menos há maior chance de deferência dos Tribunais quanto às difíceis escolhas a serem feitas pelos nossos gestores nesta etapa da pandemia²⁷, o que, com o auxílio do Judiciário, abre uma janela de oportunidade para que tenhamos progressos nesse tortuoso caminhar.

5. Perspectivas para a melhoria da ação pública pelo processo

Seja no que se refere à produção de normas, tanto pelo Legislativo como pelo Executivo, seja no que diz respeito à tomada de decisão em cumprimento ao ordenamento jurídico vigente, o processo é o espaço a ser valorizado para uma atuação estatal mais

²³ CARAJEESCOV, Yuri. Mídia, política e instituições no contexto da crise da Covid 19. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de Crise: COVID 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 113 et seq.

²⁴ O que não é fenômeno exclusivo do Brasil, como nos dá notícia Luigi Ferrajoli analisando o contexto italiano, em especial no período do governo de Silvio Berlusconi (que foi primeiro-ministro de 1994 a 1995, de 2001 a 2005, de 2005 a 2006 e de 2008 a 2011), ele mesmo multimilionário e acionista controlador de um dos principais conglomerados de mídia do país (FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens – a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36 et seq).

²⁵ Deficiências históricas que, remontando às origens de nossa burocracia estatal, hoje são instrumentalizadas por vozes políticas de variados vieses em campanha aberta de combate ao serviço público, pintado como inimigo da nação.

²⁶ Com o nível de informação hoje existente sobre as pessoas e seus comportamentos há um vasto campo para aprimoramento do agir estatal, que pode, a partir de conhecimento técnico e dados da experiência, planejar-se a partir de simulações, o que vem inclusive gerando o risco do que alguns chamam de *algocracia*, (GARCIA, Fabio H. F. *As múltiplas faces do Direito em Max Weber*. Curitiba: Juruá, 2020. p. 282 et seq). Feita a ressalva de que o manejo da ferramenta deve passar por um filtro ético, político e jurídico, em observância ao ônus de respeito aos direitos humanos envolvidos, não parece haver espaço discricionário legítimo nos dias que correm para que o gestor pretenda decidir matérias complexas baseado exclusivamente no seu alvedrio, sem qualquer amparo em evidências que lhe permitam razoavelmente supor que o resultado almejado com sua deliberação tem boa probabilidade de ser alcançado.

²⁷ ARRUDA, Carmen Sílvia L. de. Harmonia entre os poderes: judicialização, autocontenção e deferência. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.), *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 221 et seq.

eficiente²⁸, o que naturalmente pressupõe o oferecimento de segurança e de previsibilidade em favor da população²⁹.

O processo, entendido como item a ser observado numa deliberação, uma sucessão de atos encadeados tendentes a uma escolha, condicionando a qualidade desta, já que desempenha diversas funções relevantes para o exercício do Poder³⁰, todas elas concorrendo em maior ou menor grau para a satisfação de tal objetivo.

Além de o processo ser o local em que os destinatários do ato-em-potência poderão ser ouvidos pela autoridade, levando ao seu conhecimento tanto sua experiência como expectativas acerca do que será decidido³¹, nele também se dá o aporte do elemento técnico vocacionado a esclarecer facetas do problema enfrentado e a identificar alternativas para sua superação³².

Do lado da garantia da participação democrática e da instrução adequada na concretização dos afazeres públicos³³, o processo igualmente funciona como espaço de interação entre diferentes gestores que, atuantes em uma mesma esfera de governo ou não, tenham competências sobrepostas ou interrelacionadas sobre determinado assunto³⁴.

Em matérias alvo de disputas políticas acirradas, o processo, disciplinando as regras pelas quais se dará o jogo entre as forças que buscam prevalecer, protege, ao menos em tese, o interesse de todos os seus jogadores, reduzindo as oportunidades para que

²⁸ Sobre o tema, ver MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.; OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.; PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020; e SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 9-51.

²⁹ “Considera-se uma regulação de qualidade se a mesma é efetiva, transparente, eficiente e responsável. Quer dizer, se serve para alcançar objetivos bem estabelecidos, se não impõe cargas e custos desnecessários para a sociedade como um todo, se reduz a discricionariedade e a captura e se é aberta, participativa e clara em sua preparação e implementação. Tudo isso tem inúmeras vantagens, entre elas: dar segurança ao sistema regulatório, reduzir riscos e custos regulatórios, ampliar a participação e o controle social e promover o desenvolvimento e o crescimento econômico” (FREITAS, Daniela Bandeira de. Eficiência jurídica no mercado: um instrumento a serviço da democracia. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice R. L. do (coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95).

³⁰ Odete Medauar indica como finalidades do processo administrativo: garantia do cidadão, melhor conteúdo e eficácia das decisões, legitimidade no exercício do Poder, correto desempenho da função, Justiça na Administração, aproximação entre Administração e cidadãos, sistematização da atuação administrativa, facilitar o controle e servir de palco para a aplicação de princípios/regras que vinculam a burocracia estatal (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 65 et seq.).

³¹ É importante destacar que o incremento de canais de participação popular no processo de tomada de decisão pública, embora traga benefícios como os citados, também traz riscos para a respectiva eficiência, já que demanda tempo, recursos materiais e ainda pode conduzir ao sequestro da agenda estatal por interesses particulares ou setoriais egoísticos bem-organizados, como oportunamente é ponderado em: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 113 et seq.

³² Quanto a esse aspecto temos a questão da formulação de escolhas com amparo em evidências, ônus que se aproxima daquilo que Paulo Otero chama de princípio procedimental da “atendibilidade da situação factual” que, em um de seus desdobramentos, corresponderia ao dever de o decisor público ter como referência do seu agir “fatos passados ou presentes ou envolva ainda um juízo de prognose relativamente a fatos futuros” (OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 253 et seq.).

³³ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 244 et seq.

³⁴ “A colaboração dos órgãos administrativos entre si, à luz do art. 66 do CPA [Código de Processo Administrativo português], postula possibilidade de ser solicitado o auxílio de quaisquer órgãos administrativos para, atendendo ao seu contribuinte pessoal, documental ou técnico, possibilitarem uma melhor preparação ou até a própria base factualmente relevante para a decisão final por parte do órgão competente” (OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 102).

lances impulsivos, ou decorrentes de alianças meramente ocasionais em torno de um dado encaminhamento, venham prevalecer.

O processo, ademais, ao institucionalizar uma arena para a disputa de interesses, oferecendo condições para o seu oportuno sopesamento³⁵, é o que pode dar transparência aos bastidores de normas, políticas e atos estatais, elemento relevante para o seu controle³⁶, seja este feito pela própria população, seja pelos órgãos públicos pertinentes, como os Tribunais de Contas e o Judiciário.

Nada obstante a referida lista de vantagens, como o processo é instituto que limita o Poder, não são poucas as resistências ao seu avanço no dia a dia do legislador ou burocrata.

Uma das principais está justamente na reação que existe, em especial no Legislativo, quanto à exigibilidade das suas regras regimentais com relação aos seus próprios membros.

Formada a maioria para aprovação de um texto legal no plenário, o observar ou não o regulamento previsto para a missão passa a ficar em segundo plano, desprezando-se, pois, todo o potencial que o processo tem para aprimorar a deliberação das autoridades.

O resultado, como seria de se imaginar, no mais das vezes é a redução do Poder à força, com a aprovação a toque de caixa de normas mal elaboradas e que logo são judicializadas pelos próprios perdedores da contenda, que encontram nos Tribunais palco para uma nova batalha em torno da matéria em disputa.

No Executivo verifica-se fenômeno análogo, isso apesar da aprovação de recentes leis que, ao menos no que concerne à produção regulamentar, exigem expressamente a realização de estudos de impacto vocacionados a testar a proporcionalidade das medidas propostas pelos agentes estatais.

Como o ônus de observar o regulamento restringe o âmbito do agir discricionário a cargo do gestor público, não é de se estranhar a pressão que existe para fazer tábula rasa de tal tipo de determinação legal que de cogente acaba por funcionar como facultativa, desfecho ilustrado pelo decreto recentemente expedido para disciplinar a realização do estudo de análise de impacto regulatório previsto na Lei da Liberdade Econômica e no Estatuto das Agências Reguladoras³⁷.

³⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 178; PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 260 et seq.; SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 40 et seq.; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2006. p. 364-365.

³⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 170-172; PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 291.

³⁷ O art. 21 do Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020, que regulamenta a análise de impacto regulatório prevista na Lei de Liberdade Econômica e na Lei das Agências Reguladoras, prevê que: “a inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”. Disponível em: <https://bit.ly/35211kx>. Acesso em: 25 jul. 2020.

6. Conclusão

Chamados a discorrer sobre o nível de segurança jurídica que o funcionamento das nossas instituições oferece ao cidadão em meio à pandemia da Covid-19, nossa avaliação não foi alvissareira.

Identificamos no período a renitência de graves fontes de instabilidade normativa e decisória que, experimentadas entre nós em períodos ordinários, apenas se intensificaram em meio à calamidade pública provocada pela disseminação do coronavírus em território nacional.

Aluvião normativa, conflito de competências e falta de consistência na tomada de decisão são fenômenos que, infelizmente, formam uma paisagem que não é estranha aos brasileiros.

Nos acostumamos com a anormalidade, que apenas prossegue sob nova(s) direção(ões).

Como resposta à contínua crise pela qual passa o país, a partir de diagnóstico que entendemos equivocado, propaga-se aos quatro ventos a necessidade de reformas legislativas, de enxugamento do Estado a todo custo, de enaltecimento do sentimento nacional.

Importantes órgãos de imprensa “vestem a camisa”, transmitindo ao cidadão a mensagem de que, trilhado o caminho que animaria o mercado, tudo será resolvido.

Vejamos.

Ao menos no que se refere aos problemas tratados neste ensaio, acreditamos que a valorização do processo de tomada de decisão estatal pode, sem novas leis, contribuir de modo decisivo para uma gestão pública de melhor qualidade, que tenha por foco primeiro a produção das condições necessárias ao bem-estar do ser humano, incluindo um ambiente previsível para suas interações no viver em coletivo.

Pelo andar da carruagem, contudo, essa pauta aparentemente ainda está distante de ser levada a sério entre nós.

Por quê?

7. Referências bibliográficas

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

ARAÚJO, Alexandra F. de; CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da. (In)competências em matéria de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto N.; OLIVEIRA, José Roberto P.; BERTOCCELLI, Rodrigo de P. (coord.). *Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 401-429.

ARRUDA, Carmen Silvia L. de. Harmonia entre os poderes: judicialização, autocontenção e deferência In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.), *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3, p. 215-229.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BECHARA, Ana Elisa L. S. Direito Penal em tempos de pandemia: como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA,

Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 281-294.

BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus, “Estado de Exceção Sanitária” e restrições a direitos fundamentais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 233-242.

CARAJELES COV, Yuri. Mídia, política e instituições no contexto da crise da Covid 19. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de Crise: COVID 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v 3, p. 113-123.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3 ed. Paris: L.G.D.J., 2008.

DIP, Ricardo. *Segurança jurídica e crise pós moderna*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Fernando Quadros da. Justiça e segurança normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório. In: FONSECA, Reynaldo S. da; COSTA, Daniel C. G. da (coord.). *Direito Regulatório* Desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 55-68.

FERNANDES, Daniela. Grupos antimáscaras provocam agressões na Europa e unem extremas esquerda e direita. *BBC Brasil*, São Paulo, 15 ago. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/3zIRQYO>. Acesso em: 17 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILIPPO, Thiago B. G. de. Covid 19 e a infração penal de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal). In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 525-535.

FREITAS, Daniela Bandeira de. Eficiência jurídica no mercado: um instrumento a serviço da democracia. In: FREITAS, Daniela B. de; VALLE, Vanice R. L. do (coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 77-104.

GARCIA, Fabio H. F. *As múltiplas faces do Direito em Max Weber*. Curitiba: Juruá, 2020.

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

LIVE and Let Die. *Wikipedia*, São Francisco, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3g38Dlp>. Acesso em: 17 jan. 2021

LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura no direito: do século XX à Pós-Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. v. 3.

MANIFESTAÇÃO de 10 mil pessoas contra o uso de máscaras em Viena. *Bol Notícias*, São Paulo, 16 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3pySBcc>. Acesso em: 17 jan. 2021.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de Direito e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41-46.

MORENO, Fernando Sainz. Seguridad jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto P.; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117-130.

OTERO, Paulo. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

PÁDUA, João Pedro. Repristinção interpretativa de normas penais em tempos de crise: limites discursivos e empíricos aos limites normativos dos tipos penais. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 2, p. 61-84.

PASCOLATI JUNIOR, Ulisses A. Ressurgimento do vetusto art. 268 do Código Penal: um convite ao erro. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 4, p. 511-523.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: RT, 2010. p. 9-51.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *#Republic*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

VALIATI, Thiago Priess. O impacto da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018) em relação aos setores de infraestrutura. In: VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 193-237.

VILLELA, Renata Rocha. Produção legislativa em tempos de crise: impactos da hipernomia no devido processo legislativo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen S. L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.). *Direito em tempos de crise: Covid 19*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 1, p. 319-328.

Federalismo cooperativo e segurança jurídica: o STF e a pandemia

Caroline Quadros da Silveira Pereira
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Federalismo; 2.1. Histórico; 2.2. Afinal, o que é o federalismo? 2.3. O federalismo cooperativo brasileiro; 3. Segurança jurídica; 4. Federalismo e segurança jurídica: a jurisprudência do STF; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O federalismo tem como ideia central a descentralização. Infelizmente, o que se verifica com frequência desde o advento da Constituição de 1988 expressa realidade diversa: a tendência à centralização. Esta, muitas vezes, tem sido respaldada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Por consequência, as competências e os recursos frequentemente são concentrados em poder da União. Como resultado disso, é comum iniciativas locais mais aptas a atender às peculiaridades regionais não encontrarem guarida no direito brasileiro.

Além disso, as manifestações da Suprema Corte em relação ao tema ainda não permitem ao intérprete verificar com clareza os limites quanto ao âmbito de atuação legítima dos entes federados. Tal conjuntura parece ir de encontro à cognoscibilidade e à calculabilidade esperada do ordenamento jurídico. Consequentemente, afasta-se a segurança jurídica.

Esse cenário parece exigir uma reflexão ainda maior no atual contexto em que se vivencia uma pandemia. O momento presente, por si só, já traria diversos questionamentos jurídicos. Ocorre que as recentes decisões do STF quanto ao pacto federativo trazem novas indagações.

Se, em momento que antecedeu a Covid-19, já havia espaço de dúvida quanto à repartição de competências entre os entes federados, as recentes decisões do STF trazem diversos questionamentos ao ressaltarem a importância da atuação dos três entes para a eficiente implementação de medidas de contenção e combate à pandemia.

A Covid-19 será um marco na jurisprudência pátria, a partir do qual o exercício das competências dos entes locais será priorizado, com a consequente limitação da ação centralizadora da União? Como interpretar as recentes decisões em conjunto com os entendimentos adotados pelo STF em momento pretérito?

Nesse artigo, parte-se de reflexões quanto ao federalismo, à segurança jurídica e à jurisprudência do STF relacionada ao pacto federativo, com o objetivo de examinar os caminhos possíveis na busca por cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e

efetividade da ordem jurídica¹. Este parece ser o único caminho para a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária².

2. Federalismo

2.1. Histórico

O principal antecedente histórico do federalismo moderno é verificado nos Estados Unidos³, quando em 1776 as treze colônias inglesas firmaram sua declaração de independência. A partir desse momento, essas antigas colônias tornaram-se Estados dotados de soberania⁴.

Entretanto, a liberdade e a independência trouxeram algumas preocupações. Diante da nova realidade, os recentes Estados necessitavam defender-se da Inglaterra e da tentativa de anular a declaração. Concomitantemente, advieram dificuldades financeiras.

Na busca de soluções para esses desafios, em um primeiro momento, as antigas colônias britânicas celebraram novo pacto, em 1781, formalizado por meio de um tratado que se tornou conhecido como “Artigos da Confederação”. Esse acordo não afetou a soberania anteriormente conquistada, mas permitiu que os Estados independentes delegassem alguns de seus poderes ao Congresso. Contudo, a manutenção da soberania dos Estados tinha como efeito a possibilidade de revogação pelos confederados da anterior delegação, o que poderia ocorrer a qualquer momento.

Nessa conjuntura, apesar dos esforços empreendidos, os resultados almejados não foram alcançados. A partir de um determinado momento, verificou-se que a Confederação era inapta para assegurar a união perene entre os Estados e, ainda, incapaz de fornecer os recursos necessários para solução de questões emergenciais⁵.

A resposta encontrada foi a criação de uma federação, instituída pela Convenção da Filadélfia de 1787 na Constituição elaborada⁶. Esta buscou instituir uma forma de Estado e de governo que impedisse a concentração de poder⁷.

A nova forma de Estado significou a perda da soberania dos antigos Estados confederados, mas manteve a sua autonomia. A União, entidade recém-criada, passou a deter

¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 264-271.

² Como observa Mitidiero: “para que o Direito seja capaz de proporcionar uma sociedade livre, justa e igualitária (arts. 1.º, III, 3.º, I, e 5.º, *caput*, I e II, CF), é preciso resolver o problema central da vinculação do exercício do poder à ordem jurídica. *Esses objetivos, no entanto, só são alcançáveis em uma sociedade pautada pela segurança jurídica*” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 24).

³ De acordo com Horbach: “Antecedente histórico específico na experiência medieval pode ser identificado no feudalismo germânico, cuja vinculação ao Sacro Império impediu as unificações nacionais dos séculos XV e XVI, gerando uma peculiar situação que somente foi equacionada com o modelo federal pela obra de Bismarck, na segunda metade do século XIX. Essa especial experiência feudal germânica deu oportunidade, até mesmo, para a primeira teorização do federalismo, responsável pela formulação do próprio termo. Nesse sentido, importante é a contribuição de Johannes Althusius, que também formulou a primeira relação entre o federalismo e o princípio da subsidiariedade, tão caro para o moderno federalismo alemão e para o direito comunitário europeu” (HORBACH, Carlos Bastide. *Forma de Estado: Federalismo e repartição de competências. Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 2-13, 2013. p. 04).

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 11.

⁵ DALLARI, *op. cit.*, p. 16-17.

⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 849.

⁷ DALLARI, *op. cit.*, p. 20.

os poderes pertinentes à execução de atividades necessárias à promoção do bem comum dos Estados federados.

Atualmente, a federação é a forma de Estado adotada por 24 países, os quais estabeleceram seu pacto federativo segundo suas peculiaridades⁸.

No ordenamento jurídico pátrio, a opção pela forma federativa de Estado é realidade desde 15 de novembro de 1889, ocasião em que o Decreto nº 1 formalizou a declaração da República e da Federação.

A partir de 1891, o federalismo brasileiro espelhou-se no modelo norte-americano⁹, aproximando-se do federalismo dual. Nesse sentido, a Constituição de 1891 colocou os Estados no centro da organização política¹⁰.

A adoção de estrutura semelhante à norte-americana perdurou até 1930. Nesta oportunidade, o início de uma revolução afastou o federalismo dual, bem como a vigência da Constituição de 1891¹¹.

Diante desse cenário, avançou-se para a adoção de um novo modelo de federalismo: o cooperativo. Este foi estabelecido na Constituição de 1934, que ampliou as competências da União e fortaleceu os Municípios, ao reforçar a autonomia desses últimos entes.

Apesar disso, a Constituição de 1934 perdurou por pouco tempo, diante do golpe de Estado ocorrido em 1937. Neste momento, Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição, que consagrou o Estado Novo e manteve, ainda que apenas formalmente, a forma federativa de Estado.

Mais uma vez, a Constituição teve curta duração – e alguns de seus dispositivos não chegaram a vigorar. Em 1945, com a queda de Getúlio Vargas, houve a necessidade de edição de uma nova Constituição, que adveio em 1946.

A Constituição de 1946, seguindo a linha adotada desde a Constituição de 1934, adotou o federalismo cooperativo, buscando reduzir as disparidades regionais¹². Entretanto, novamente, a Carta Magna não foi dotada de vida longa.

Como resultado do golpe de 1964, que instaurou o Regime Militar, é estabelecida em 1967 uma nova Constituição. Esta, embora tenha sustentado formalmente o federalismo,

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 303.

⁹ Nada obstante, observou-se no Brasil um movimento oposto ao realizado nos EUA. Enquanto aqui a federação nasce da divisão de um estado unitário em unidades menores (movimento centrífugo), nos Estados Unidos a federação decorre da união de Estados que em momento anterior eram independentes (movimento centrípeto). Como observa Barcellos: “Tenham se formado por agregação (isto é: a partir de Estados anteriormente independentes) ou por desagregação (a partir de um único Estado unitário anterior, como é o caso do Brasil), todos os Estados federais procuram produzir um equilíbrio ótimo entre dois fins principais: a garantia da unidade nacional e a preservação da diversidade própria das localidades” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 244).

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado federal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, São Paulo, v. 77, p. 131-140, 1982. p.133.

¹¹ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 134-135.

¹² De acordo com Ferreira Filho: “O Governo Juscelino Kubitschek (1956-1961) marca, sem dúvida, o momento de definitiva implantação do federalismo cooperativo no Brasil, com sua consequência (talvez menos desejável) de acentuação da supremacia da União. Esse Governo, no intuito de acelerar o desenvolvimento econômico, mormente a industrialização do país, e no propósito de reduzir as desigualdades regionais, desencadeou um processo de intervenção do Estado Federal na economia. E deste resultou a hegemonia incontestável da União em face de todos os Estados, mesmo os mais ricos e poderosos” (DALLARI, *op. cit.*, p. 135-136).

estabeleceu uma centralização de poderes nas mãos da União, o que foi mantido pela Emenda nº 1 de 1969 e suas alterações posteriores.

Em 1985, como decorrência do processo de redemocratização após o término do Regime Militar, é convocada a Assembleia Nacional Constituinte. Como resultado desses trabalhos, em 5 de outubro de 1988, nasce uma nova Constituição Federal.

A forma federativa de Estado é prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988) em seu art. 1º. Além disso, é uma de suas “cláusulas pétreas”, conforme dispõe o art. 60, §4.º, da CF/1988. Logo, constitui o *núcleo imutável* da Carta Magna, ou seja, seu núcleo essencial, que não pode ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-lo¹³.

Quanto ao tema, há duas principais novidades no texto constitucional. A primeira delas refere-se à inclusão dos Municípios como ente federativo, os quais foram dotados expressamente do poder de auto-organização.

A segunda novidade consiste no aperfeiçoamento dos mecanismos de concretização do *federalismo cooperativo*. Para tanto, foram estabelecidas competências comuns (art. 23 da CF/1988) e competências legislativas concorrentes (art. 24 da CF/1988). Todavia, algumas ressalvas podem ser feitas quanto à real efetivação dessa cooperação. Como será examinado no decorrer deste artigo, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

2.2. Afinal, o que é federalismo?

Qualquer tentativa de conceituar federalismo é tarefa de extrema complexidade¹⁴. Isso se deve às diversas maneiras de concretização dessa forma de Estado nas diferentes nações¹⁵. Nesse contexto, a simples enumeração de seus elementos fundamentais não é empreitada fácil.

Contudo, Gamper ressalta que todas as teorias concordam que o federalismo é um princípio que se aplica a sistemas que são formados por, pelo menos, duas partes constituintes que não são totalmente independentes, mas juntas formam o sistema como um todo. Federalismo, de acordo com essa professora, combina os princípios de unidade e diversidade (*concordantia discors*)¹⁶.

Na tentativa de estabelecimento de pontos comuns, verifica-se que alguns elementos¹⁷, salvo melhor juízo, estão presentes nas mais diversas maneiras de materialização do federalismo: a existência de uma Constituição; a descentralização das competências;

¹³ Quanto ao tema, são pertinentes as advertências de Souza Neto e Sarmento: “[...] o art. 60, §4º, da Constituição, não deve ser concebido como vedação absoluta a qualquer tipo de modificação constitucional nos temas arrolados em seus incisos. Quando a Constituição proíbe as emendas ‘tendentes a abolir’ as cláusulas pétreas, ela não impede mudanças redacionais, voltadas ao aperfeiçoamento dos institutos salvaguardados, nem alterações de menor monta, ainda quando importarem em alguma restrição a tais institutos” (SOUZA NETO; SARMENTO, *op. cit.*, p. 302).

¹⁴ GAMPER, Anna. A “Global Theory of Federalism”: The Nature and Challenges of a Federal State. *German Law Journal*, Frankfurt am Main, v. 6, n. 10, p. 1297-1318, 2005. p. 1297. Disponível em: <https://bit.ly/3g1erSx>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁵ Gamper ressalta a dificuldade inicial existente quando se busca entender a terminologia “federalismo”, visto que seu significado difere de acordo com as perspectivas do direito constitucional da ciência política ou economia. Além disso, uma dificuldade adicional surge quando a substância das teorias federais é objeto de debate (GAMPER, *op. cit.*, p. 1298).

¹⁶ GAMPER, *op. cit.*, p. 1299.

¹⁷ Gamper, por sua vez, entende que a distribuição de competências e a participação dos entes federados junto ao nível central da legislação são os dois elementos essenciais de um estado federal (GAMPER, *op. cit.*, p. 1305-1306).

a autonomia e auto-organização; e a representação das unidades federativas no poder legislativo central¹⁸.

A Constituição Federal é elemento vital, pois é ela que delimita o poder estatal das entidades federadas; logo, é fundamental para o adequado exercício de suas competências¹⁹. Além disso, esta Constituição deve ser rígida, para evitar alterações conjunturais do desenho federalista previamente traçado²⁰.

A descentralização, por sua vez, pressupõe a ausência de um único centro de poder. Assim, no Estado federal, o poder é compartilhado pelos seus entes, não havendo entre estes hierarquia. Exige-se, ainda, a compatibilização do respeito à diversidade de seus entes com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e integridade nacionais²¹.

Por outro lado, a autonomia tem por fundamento a existência de uma pluralidade de ordenamentos. Como decorrência da autonomia, surge a auto-organização, que consiste na capacidade de organização das entidades integrantes de acordo com suas leis²². Enquanto a autonomia e a auto-organização são características dos entes, a soberania é detida exclusivamente pelo poder central.

A representação das unidades federativas no poder legislativo central também parece fundamental ao federalismo, visto que este mecanismo, que se encontrava nas origens do federalismo norte-americano²³ e presente no federalismo brasileiro e no dos EUA, permite que os Estados participem das decisões tomadas pela federação.

Especificamente, em relação ao federalismo brasileiro, Raul Machado Horta identifica os seguintes elementos: 1. indissolubilidade do vínculo federativo; 2. pluralidade dos entes constitutivos; 3. soberania da União; 4. autonomia constitucional e legislativa dos Estados; 5. repartição de competências; 6. intervenção federal nos Estados; 7. organização bicameral do Poder Legislativo, assegurada a existência da Câmara dos Deputados, órgão de representação popular, e do Senado Federal (ou Segunda Câmara), órgão de representação dos Estados na Federação; 8. iniciativa das Assembleias Legislativas Estaduais, para propor emenda à Constituição Federal; 9. Poder Judiciário da União, com a inclusão neste de uma Corte Constitucional, para garantir a tutela da Constituição; 10. Poder Judiciário Estadual, com organização e competências distintas do Judiciário da União; 11. competências tributárias próprias²⁴.

Feitas essas considerações, mas sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, entende-se pertinente para a delimitação deste estudo o conceito do instituto adotado por Baracho, para quem o federalismo, tecnicamente, consiste em uma divisão constitucional de poderes entre dois ou mais componentes dessa estrutura, que se origina da existência de um Estado que permita a distribuição de tarefas políticas e administrativas²⁵.

¹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 48

¹⁹ GAMPER, *op. cit.*, p. 1302.

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 834.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 180.

²² FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 2-3.

²³ TAVARES, *op. cit.*, p. 834.

²⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2.ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: DelRey, 1999. p. 482-483.

²⁵ BARRACHO, *op. cit.*, p. 54.

2.3. O federalismo cooperativo brasileiro

O federalismo pode ser classificado como dual ou cooperativo, quando se examina a rigidez da separação de atribuições e competências entre os entes federados²⁶.

A separação clássica é identificada no federalismo dual, em que há uma divisão rígida. Esse modelo tem sua origem nos EUA, sendo consagrado na Constituição norte-americana de 1787²⁷.

Para Joseph Zimmermann, identificam-se as seguintes características no federalismo dual: 1. o governo federal detém apenas os poderes enumerados; 2. poucos são os propósitos que o governo federal pode promover; 3. dentro de suas esferas, os dois centros de governo são “soberanos” e, por conseguinte, iguais; 4. na relação estabelecida entre os dois centros prevalece a tensão em detrimento da cooperação; e 5. a inaplicabilidade de poderes coercitivos de um plano de governo contra o outro²⁸.

Contudo, o federalismo dual perdeu força com o advento do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), pois não mostrou aptidão para resistir às significativas mudanças econômicas e sociais²⁹.

Nesse contexto, exsurge o federalismo cooperativo, no qual a separação de atribuições e competências não é dotada da mesma clareza. Como decorrência dessa menor rigidez, há uma maior coordenação e cooperação entre os entes em comparação com o modelo clássico. Desse modo, o federalismo cooperativo vai ao encontro dos valores propagados pela democracia social³⁰, tratando-se do modelo adotado no Brasil.

Outro ponto importante consiste na repartição de competências materiais e legislativas. Nesse sentido, verifica-se uma tendência à centralização das competências legislativas junto à União no texto constitucional. Isso é percebido nos artigos 22 a 24 da CF/1988, nos quais as competências privativas e exclusivas recebem maior destaque, em detrimento das competências comuns e concorrentes.

Nada obstante, os arts. 23 e 24 estabelecem temas em que a atuação material e legislativa cabe às três entidades federativas, as quais devem atuar para a tutela suficiente dos direitos fundamentais. Nesse cenário, é comum o surgimento de dúvidas quanto aos limites da competência das entidades federativas.

Quando há colidência de interesses entre as unidades federadas, a atuação do STF assume especial relevância, atuando como *Tribunal da Federação*³¹. Diante do litígio posto, caberá à Suprema Corte estabelecer os exatos contornos do federalismo brasileiro³².

²⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 826.

²⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *op. cit.*, p. 156.

²⁸ *Apud* ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 36-37.

²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *op. cit.*, p. 157.

³⁰ OLIVEIRA, Ricardo Victalino. *A configuração assimétrica do federalismo brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 49.

³¹ ARABI, Abhner Youssif Mota. *Federalismo brasileiro: perspectivas descentralizadoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 87.

³² Segundo Horbach: “Atuando como Tribunal da União, o STF concentra decisões jurídicas e políticas que transcendem as relacionadas à função de árbitro do jogo federativo, tolhendo as particularidades locais e padronizando em demasia questões que deveriam ficar abertas à pluralidade típica do federalismo. Auxilia, assim, no fortalecimento da União, na centralização do poder, enfim, na construção de um Estado unitário de fato ou de uma federação semântica, na qual a União se projeta

3. Segurança jurídica

Como definir de forma suficiente este instituto elementar ao Estado de Direito³³? Sem dúvida, essa empreitada parece bastante complexa.

Nada obstante, quando se pensa que a busca por segurança é própria do ser humano, o qual procura previsibilidade, bem como a possibilidade de planejar e conformar a vida individual, revela-se evidente a importância do instituto da segurança jurídica.

No estudo do Direito, essa possibilidade, conferida pelo ordenamento ao indivíduo de poder planejar sua vida, permite que se fale em garantia da estabilidade da ordem jurídica, segurança de orientação e realização do direito³⁴. Consequentemente, a segurança jurídica designa importante instrumento para a efetivação da liberdade³⁵ e da igualdade³⁶.

A necessidade de segurança, todavia, além de ser garantida por meio do princípio da segurança jurídica, também é tutelada pelo princípio da proteção à confiança³⁷. A diferença entre eles está na extensão subjetiva que é objeto de tutela.

Assim, enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se ao ordenamento jurídico de modo geral e abstrato, independentemente de interesses individuais, o princípio da proteção à confiança³⁸, por sua vez, relaciona-se a situações específicas, subjetivas e concretas. Logo, este último busca tutelar uma situação jurídica particular favorável à determinada pessoa³⁹.

Nessa perspectiva, tal exame não pode ser feito abstratamente. Para a identificação da dimensão da segurança que está em jogo e, portanto, merece amparo jurídico, é crucial a análise da realidade fática e normativa presente naquele contexto⁴⁰.

dominadora sobre as searas de autonomia dos demais entes federados” (HORBACH, Carlos Bastide. A postura do STF em questões de conflito federativo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 maio 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3iwR2ud>. Acesso em: 13 nov. 2020).

³³ Como adverte Couto e Silva: “a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade. Segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares do Estado de Direito” (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005).

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 257.

³⁵ Como observa Ávila: “vê-se que só existe liberdade quando o indivíduo detém o poder de determinar qual projeto de vida pretende construir, quais atos deseja praticar, e quais consequências quer suportar” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 12).

³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 25.

³⁷ Sobre o tema, Couto e Silva destaca que: “No direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário europeu, ‘segurança jurídica’ (*Rechtssicherheit*) é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente o ‘princípio da segurança jurídica’, enquanto a parte subjetiva é identificada como ‘proteção à confiança’ (*Vertrauensschutz*, no direito germânico) ou ‘proteção à confiança legítima’ (no direito comunitário europeu), ou respectivamente, ‘princípio da proteção à confiança’ ou, respectivamente, ‘princípio da proteção à confiança’ ou ‘princípio da proteção à confiança legítima’” (COUTO E SILVA, *op. cit.*, p. 5).

³⁸ Ávila salienta que: “a rigor, é mais correto falar em direito subjetivo à proteção à confiança legítima” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 276).

³⁹ Canotilho observa que: “a proteção da confiança se preme mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos” (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 257).

⁴⁰ Quanto ao tema, Ávila traz interessante exemplo: “quando está em causa a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e da confiança legítima, o princípio da segurança jurídica experimenta uma aplicação reflexiva

Além disso, Ávila⁴¹ alerta que, embora uma das dimensões possa ser priorizada dependendo do contexto normativo, a realização de uma dimensão não pode aniquilar a outra. Por certo, caso se priorizasse determinada vertente da segurança jurídica com o esvaziamento da outra – como, por exemplo, na hipótese em que se protegesse a estabilidade com a perda da calculabilidade – teríamos, na verdade, insegurança jurídica.

Feitas essas distinções, é importante frisar que o foco aqui examinado é da dimensão objetiva da segurança jurídica.

Nessa perspectiva, Canotilho⁴² observa que da segurança jurídica decorrem três consequências. A primeira delas refere-se aos atos normativos, para os quais há a proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos. A segunda consequência, por sua vez, concerne aos atos jurisdicionais; destes se exige a inalterabilidade da coisa julgada. Por fim, a terceira consequência diz respeito aos atos da Administração, que devem buscar a estabilidade das decisões administrativas constitutivas de direitos.

Quanto aos atos jurisdicionais, são exigidos, ainda, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁴³ respeito à preclusão, à forma processual em geral, e ao precedente judicial. No que concerne a estes últimos, essa exigência, além de estar prevista nos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, decorre da busca de unidade do Direito. Além disso, é consequência da necessidade de coerência da ordem jurídica⁴⁴.

Após essas considerações, entende-se pertinente para as reflexões aqui trazidas a definição de segurança jurídica proposta por Ávila⁴⁵, segundo o qual o princípio da segurança jurídica, de acordo com o estabelecido na CF/1988, exige do Estado um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, em benefício do cidadão, com a finalidade de garantir a racionalidade e efetividade do Direito.

relativamente a interesses particulares, quer porque as normas que protegem as mencionadas situações são qualificadas de ‘garantias individuais’, quer porque elas tratam de circunstâncias individuais. Quando, porém, se analisa se analisa a regra do artigo 27 da Lei n. 9.868/98, que permite que o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado de constitucionalidade, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e ‘tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social’, module os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o princípio da segurança jurídica visa a proteger a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico como um todo, quer porque tal regra se refere ao controle concentrado de constitucionalidade, que visa a examinar a constitucionalidade da lei em tese, sem atenção primordial a interesses particulares, quer porque, nesse controle, não há como provar a obediência dos requisitos indispensáveis à aplicação do denominado princípio da confiança (existência da base da confiança, da confiança do nexo de causalidade entre a base e a confiança, do exercício d confiança e da frustração da confiança), tendo em vista que essa prova só pode ser feita no controle difuso e por meio de um processo de cognição ampla e exauriente” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 276-277).

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 277.

⁴² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 257.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 853.

⁴⁴ Como salienta Leal: “observa o princípio da segurança jurídica a instituição de mecanismos, como o efeito vinculante, que obstem a perpetuação de controvérsias interpretativas sobre a Constituição, induzindo à unificação da prática e da interpretação constitucional” (LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 115).

⁴⁵ Para o autor: “[...] pode-se conceituar segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica com base em sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração, supressa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 282).

A cognoscibilidade pode ser entendida como a capacidade material e intelectual de compreensão das alternativas interpretativas, bem como dos requisitos necessários a sua materialização. No que se refere à confiabilidade, esta tem por pressuposto estabilidade e continuidade normativas⁴⁶.

A calculabilidade, por sua vez, refere-se à capacidade do indivíduo de prever o conjunto de consequências a que estará submetido no futuro. Logo, a mera aptidão do cidadão de prever que a norma pode mudar não é suficiente. Como alerta Ávila: “Mesmo a margem de interpretação da linguagem não autoriza o ‘vale tudo’ interpretativo, ou uma manipulação ‘*a la diable*’ dos elementos normativos”⁴⁷. Por conseguinte, embora a aplicação da norma envolva um maior ou menor grau de incerteza, a reconstrução de significados da norma por meio de regras de argumentação depende da aplicação de postulados hermenêuticos e aplicativos⁴⁸.

Logo, verifica-se que a segurança jurídica traz um dever de controle argumentativo e racional, o qual é fundamental para a legitimidade da decisão. Nessa perspectiva, busca-se garantir a racionalidade e efetividade do Direito⁴⁹.

Nesse cenário, parece clara a relação da segurança jurídica com a liberdade⁵⁰ e a igualdade, pois a estabilidade e a calculabilidade da conduta estatal são condições necessárias para a autodeterminação livre do indivíduo.

Logo, a segurança jurídica está umbilicalmente relacionada com a dignidade humana⁵¹, pois a proteção de direitos fundamentais somente é possível quando há segurança (jurídica)⁵².

⁴⁶ *Ibidem*, p. 265.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 267.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 268.

⁴⁹ Para Ávila: “[...] o princípio da segurança jurídica implica processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação que viabilizem a controlabilidade semântico-argumentativa da atuação estatal, de um lado, e a respeitabilidade da ação do contribuinte fundada no Direito, de outro, bem como, por via reflexa, da argumentação referente a essa ação. [...] poder-se-ia dizer que o princípio da segurança jurídica, nessa acepção de respeito não apenas pela ação – mas pela argumentação que lhe é atinente –, não só exige respeitabilidade, mas também *transparência da respeitabilidade* pelo contribuinte”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 293).

⁵⁰ Em relação à liberdade, Ávila observa: “O indivíduo não consegue exercer plenamente sua liberdade quando: (a) o Direito não é conhecido, compreendido, estável, não contraditório, igualitário, uniformemente aplicado, prospectivo e eficaz aplicado, prospectivo e eficaz; (b) o indivíduo não conhece nem compreende o conteúdo do Direito, não tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e não pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente; (c) o indivíduo direta ou indiretamente, não participa da conformação do Direito e tem sua liberdade restringida por outros meios que não uma lei determinada e prévia; (d) o intérprete desconsidera os significados mínimos dos dispositivos introduzidos pelo legislador, o modo como este normatizou a matéria e os efeitos que sua interpretação irá provocar nos direitos fundamentais, por não deixar que eles cumpram sua função de direitos de defesa, de prestação, de participação, de garantias institucionais e de ordem objetiva de valores” (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 76).

⁵¹ Nesse sentido, Sarlet destaca que: “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em <https://bit.ly/3gfo3s4>. Acesso em: 17 nov. 2020).

⁵² *Ibidem*.

4. Federalismo e segurança jurídica: a jurisprudência do STF

Conforme se verificou até aqui, o federalismo busca conciliar a unidade e a diversidade, as quais devem conviver em equilíbrio. Contudo, quando se fala em repartição de competências e, portanto, de poder, eventuais disputas são, muitas vezes, inevitáveis.

No federalismo brasileiro, cabe ao STF fornecer a resposta jurídica adequada à resolução desses conflitos. Como decorrência lógica disso, tem-se que os exatos contornos do federalismo brasileiro são delineados por este Supremo Tribunal, que, no desempenho dessa tarefa, deve respeitar a moldura constitucional.

Nesse cenário, ganha especial relevo o conceito de *conflito federativo*, uma vez que sua caracterização estabelecerá a extensão da intervenção do STF⁵³.

Também observou-se, no decorrer desse trabalho, que a centralização tem sido uma marca do ordenamento jurídico pátrio quando do estudo do federalismo. Em diversas situações nas quais foi instado a se manifestar, o STF adotou entendimento que privilegia as competências da União⁵⁴. Todavia, o cenário até o presente momento vem suscitando diversos questionamentos.

A dúvida – além do razoável – quanto aos limites do âmbito de atuação dos entes da federação não se coaduna com a segurança jurídica, um dos pilares do Estado Constitucional. Nessa linha, Ávila adverte que: “um Direito que é constantemente alterado, em suas previsões ou em suas consequências, ao sabor das circunstâncias do momento e dos interesses em jogo, resulta inacessível e incompreensível aos seus destinatários”⁵⁵.

Ocorre que a pandemia da Covid-19 e as recentes decisões do STF trazem novas indagações.

É importante ressaltar que a Carta Magna, em seu art. 102, inciso I, alínea “f”, estabelece a competência do Suprema Corte para o processo e julgamento originário das causas e conflitos entre a União e Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades de administração indireta. Contudo, nessa norma constitucional não estão incluídos os Municípios, entendimento que, inclusive, tem sido confirmado pelo STF⁵⁶.

⁵³ De acordo com Horbach: “[...] quanto maior for a extensão do conceito de conflito federativo, maior o poder real do STF na fixação dos contornos da federação brasileira, atribuindo a cada ente federado seus verdadeiros poderes, suas competências próprias” (HORBACH, Carlos Bastide. A postura do STF em questões de conflito federativo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 maio 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3iwR2ud>. Acesso em: 13 nov. 2020).

⁵⁴ Nesse sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º E 2º DA LEI 18.403/2009, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. OBRIGAÇÃO DE O FORNECEDOR INFORMAR, NO INSTRUMENTO DE COBRANÇA ENVIADO AO CONSUMIDOR, A QUITAÇÃO DE DÉBITOS ANTERIORES. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. OFENSA AOS ARTIGOS 21, XI, 22, IV, e 175, PARÁGRAFO ÚNICO, I e II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA. I – Norma estadual que imponha obrigações e sanções para empresas, dentre as quais as prestadoras de serviços de telecomunicações, não previstas nos contratos previamente firmados com a União, a qual detém a competência privativa para legislar em tais casos, viola, à primeira vista, o Texto Constitucional, conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal. II – Medida cautelar deferida para suspender, até o julgamento final desta ação, a aplicação dos artigos 1º e 2º da Lei 18.403, de 28/9/2009, do Estado de Minas Gerais, tão somente em relação às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações delegados pela União”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Liminar Deferida. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.533-MG*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 6 set. 2011).

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 15.

⁵⁶ Nesse sentido: “[...] II – A Constituição prevê no art. 102, II, ‘f’ a possibilidade conflito federativo entre os Estados e União, sem mencionar o ente municipal como parte nesse conflito. III – Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (BRASIL.

O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, seguindo um entendimento adotado desde 1891, acolheu uma interpretação restritiva dessa norma. Conflito federativo deveria ser compreendido como aquele litígio “cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação”⁵⁷, ou seja, para a sua configuração, exigia-se a existência de dissenso com potencial desagregador. Diante desse cenário, considerando-se a subjetividade do critério delimitador, verifica-se que o conflito federativo tinha por pressuposto um substrato político⁵⁸.

Em um momento seguinte, em algumas decisões, a Suprema Corte adotou menor rigor na definição do conflito federativo, não reconhecendo sua competência apenas naqueles casos que envolviam interesses meramente patrimoniais⁵⁹. Todavia, nesse período, o STF também se posicionou de forma diametralmente oposta, reconhecendo a existência de conflito federativo em ação que tinha por objeto repetição de indébito⁶⁰.

Esse panorama, evidentemente, trouxe diversas dúvidas quanto à interpretação constitucional que estaria sendo adotada pelo STF em relação aos limites do conflito federativo. Uma conclusão possível, diante dessa problemática, seria no sentido de que a Suprema Corte, ao adotar elevado grau de discricionariedade para os contornos do “conflito federativo”, afastaria a necessária calculabilidade, requisito essencial à materialização da segurança jurídica.

Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental. Ação Cível Originária nº 3.272-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 18 out. 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 out. 2019).

⁵⁷ Como exemplo, cita-se a ACO 359 QO, de Relatoria do Min Celso de Mello: “[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na definição do alcance dessa regra de competência originária da Corte, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência as hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Ausente qualquer situação que introduza a instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione a ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federal, deixa de incidir, ante a inocorrência dos seus pressupostos de atuação, a norma de competência prevista no art. 102, I, f, da Constituição. – Causas de conteúdo estritamente patrimonial, fundadas em títulos executivos extrajudiciais, sem qualquer substrato político, não justificam se instaure a competência do Supremo Tribunal Federal prevista no art. 102, I, f, da Constituição, ainda que nelas figurem, como sujeitos da relação litigiosa, uma pessoa estatal e um ente dotado de paraestatalidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Ação Cível Originária nº 359-SP*. Relator: Min. Celso de Mello, 29 ago. 1993. Disponível em: <https://bit.ly/3fZmMh>. Acesso em: 8 jun. 2021).

⁵⁸ Como observa Horbach: “O substrato político de ordenação federal está na base, portanto, do conceito de conflito federativo para fins de caracterização da competência originária do Supremo. Disputas sem esse teor ficam fora da apreciação necessária e imediata do Tribunal da Federação, como indicam, entre vários outros precedentes, a ACO 447 (relator ministro Octavio Gallotti, DJ de 14 de maio de 1993); o Mandado de Segurança (MS) 23.482 – Questão de Ordem (relator ministro Ilmar Galvão, DJ de 5 de abril de 2002); e, mais recentemente, o Recurso Extraordinário (RE) 512.468 – Agravo Regimental, (relator ministro Eros Grau, DJ de 6 de junho de 2008). Entretanto, esse critério contém um grau considerável de discricionariedade, com o qual administra a Corte a conveniência e a oportunidade de examinar algumas causas que, mesmo com questionável potencial desagregador da federação, apresentam conteúdo social, política ou economicamente relevante” (HORBACH, Carlos Bastide. A postura do STF em questões de conflito federativo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 maio 2013b. Disponível em: <https://bit.ly/3iwr2ud>. Acesso em: 13 nov. 2020).

⁵⁹ Cita-se como exemplo a ACO 379 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes: “[...] 5. A competência do Supremo Tribunal Federal apenas se configura em relação a conflitos federativos que possam afetar o equilíbrio da própria Federação brasileira. Precedentes. 6. A hipótese dos autos versa sobre questão estritamente patrimonial, sem qualquer fundamento político. 7. Incompetência do Supremo Tribunal Federal. 8. Devolução dos autos ao juízo de origem” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 379-PB. Relator: Min. Ilmar Galvão; Relator do Acórdão: Gilmar Mendes, 29 maio 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 5 set. 2003).

⁶⁰ Nesse sentido: “[...] a competência prevista na alínea “f” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal alcança conflito a envolver repetição de indébito pretendida por Estado ante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. SALÁRIO-EDUCAÇÃO – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – REGÊNCIA – OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO. Somente com a Lei nº 9.766, de 18 de dezembro de 1998, ocorreu, relativamente ao salário-educação, isenção, considerados os Estados” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 251-SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 nov. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 9 jun. 2006).

Posteriormente, por sua vez, para a incidência do art. 102, I, “f”, da CF, o STF passou a exigir o preenchimento de duas condições: 1. a contraposição de interesses entre os entes previstos no dispositivo constitucional; 2. o conflito tenha potencialidade para abalar o pacto federativo⁶¹. Desse modo, restringiu-se o alcance do referido dispositivo constitucional.

Como se verifica, essas sucessivas mudanças de entendimento vão de encontro à segurança jurídica e, portanto, não cooperam para a busca de unidade da ciência jurídica.

Aliada a essa questão, a Suprema Corte tradicionalmente adotou interpretação do texto constitucional que fortalece a União, por meio da centralização de competências⁶². Consequentemente, o âmbito de atuação dos Estados e Municípios nesses casos foi reduzido, muitas vezes suprimindo a possibilidade de atuação eficiente no combate aos problemas locais.

Felizmente, tem se verificado, recentemente, um possível *ponto de inflexão*⁶³, tendendo-se a valorizar iniciativas locais.

⁶¹ Esse tema é objeto de exame na ACO 1295 AgR-segundo, Relator Min. Dias Toffoli: “[...] Diferença entre conflito entre entes federados e conflito federativo: enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da Federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflituosidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo. Há, portanto, distinção de magnitude nas hipóteses aventadas, sendo que o legislador constitucional restringiu a atuação da Corte à última delas, nos moldes fixados no Texto Magno, e não incluiu os litígios e as causas envolvendo municípios como ensejadores de conflito federativo apto a exigir a competência originária da Corte. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental. Ação Cível Originária nº 1.295-SP. Relator: Min. Dias Toffoli, 14 out. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2 dez. 2010).

⁶² Cita-se, como exemplo, a ADI 5356, Relator Min. Edson Fachin, Relator para Acórdão: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 3 de agosto de 2016, ocasião em o STF entendeu que descabe ao Estado editar lei voltada a obrigar as empresas concessionárias de telefonia móvel a instalar equipamentos para interrupção de sinal de comunicação celular nos estabelecimentos prisionais da unidade da Federação. Outro interessante exemplo refere-se à ADI 3735, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, em que o STF ao examinar a legislação estadual referente à licitação entendeu que: “Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local. 4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735-MS*. Relator: Min. Teori Zavascki, 8 set. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3v8hkp4>. Acesso em: 8 jun. 2021).

⁶³ Nesse sentido, por exemplo, tem-se a ADI 4060, de relatoria do Min. Luiz Fux: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS EM SALA DE AULA. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOUVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/94 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V) 2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso sub judice envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006. 3. A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988. 4. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (CRFB, art. 24,

Essa inclinação mostrou-se fortalecida a partir do advento da Covid-19. Com efeito, a dimensão da pandemia vivenciada, aliada à extensão territorial brasileira, parece ter demonstrado que o aumento da autonomia, bem como o fortalecimento dos entes locais, podem trazer considerável ganho em eficiência ao Estado quando há um comprometimento com o interesse público.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que foi instado a se manifestar quanto à atuação dos entes da federação, privilegiou uma atuação conjunta. Esta, por sua vez, pode contribuir substancialmente para a efetiva cooperação entre os entes federados. Além disso, a Suprema Corte tem reconhecido a importância da atuação dos Estados e dos Municípios para que exista um agir estatal suficiente e adequado às peculiaridades de cada ente.

Na primeira oportunidade em que a Corte Suprema⁶⁴ se manifestou quanto à matéria, no julgamento da ADI 6341⁶⁵, prestigiou-se o exercício das competências das

IX) autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, no afã de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes. 5. O limite máximo de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que dependente das circunstâncias peculiares a cada ente da federação, tais como o número de escola colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060-SC. Relator: Min. Luiz Fux, 25 fev. 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 maio 2015.)

⁶⁴ Um ponto que merece destaque na atuação do Supremo Tribunal Federal, nesse período, refere-se à edição do *Case Law Compilation – Covid-19*, trata-se de um compilado em língua inglesa que reúne dezoito importantes decisões relacionadas à Covid-19. Essa compilação tem por objetivo a promoção do diálogo com lideranças científicas, jurídicas e políticas, nacionais e internacionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Case Law Compilation: Covid-19*. Brasília, DF: STF: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3g5F6O4> Acesso em: 23 nov. 2020).

⁶⁵ "REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá

entidades locais, contendo os esforços da União de centralizar as decisões quanto ao tema. Essa mesma linha é verificada nas demais oportunidades em que o STF se manifestou quanto à matéria⁶⁶.

Considerando-se que ainda se vivencia uma pandemia e, aliado a tal fato, as diversas mudanças ocorridas na jurisprudência do STF desde o advento da Constituição Federal de 1988, os caminhos que serão trilhados após a Covid-19 são incertos⁶⁷.

Nada obstante, é indiscutível que a eficiência na atuação do Estado Federal passa pelo diálogo entre seus entes, bem como pela necessária unidade do Direito que somente é conquistada em uma nação comprometida com a segurança jurídica.

De fato, a ausência de cognoscibilidade do Direito pode trazer efeitos deletérios aos cidadãos, visto que a incapacidade de acesso material e intelectual a determinado conceito normativo⁶⁸ – no caso em estudo, o ente federado competente para atuar – pode ter como consequência a tutela deficiente aos direitos fundamentais envolvidos, sobretudo naquelas localidades em que há maior carência de recursos materiais.

dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341-DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 abr. 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 nov. 2020).

⁶⁶ Cita-se, como exemplo, a ADPF 672 MC-Ref, Relator Min. Alexandre de Moraes: “CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/ Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672-DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 out. 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 out. 2020).

⁶⁷ Quanto ao tema, Barcellos observa que: “Um primeiro prognóstico que talvez seja possível fazer acerca do Direito Constitucional pós covid-19 (ou, mais precisamente, na nova normalidade que se seguirá à crise atual) é o seguinte: talvez a produção normativa de Estados, Distrito Federal e Municípios se torne mais relevante e seja mais respeitada pelo STF” (BARCELLOS, Ana Paula de. Prognósticos para o Direito Constitucional pós covid-19: Estados, DF e Municípios mais relevantes na produção normativa. *Migalhas*, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w9lUVq>. Acesso em: 15 set. 2020).

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 264.

Embora não se desconheça que os Estados com maior poder econômico tendam a concentrar maior poder de influência em relação às políticas públicas⁶⁹, independentemente da divisão de competências estabelecida, a melhor clareza quanto às competências dos entes, juntamente com o alargamento da descentralização do poder, sem dúvida, trariam benefícios ao federalismo cooperativo, bem como à segurança jurídica. Felizmente, parece que o Supremo Tribunal Federal tem dados grandes passos nesse sentido.

Se este for o itinerário escolhido após a pandemia, quem ganha é a sociedade. Logo, parece um caminho promissor para a materialização dos objetivos fundamentais previstos no art. 3.º da CF/1988.

5. Conclusão

No decorrer desse artigo buscou-se ressaltar a importância da ação cooperativa dos entes federados para uma atuação eficiente do Estado e, portanto, para a tutela substancial dos direitos fundamentais.

A necessidade dessa cooperação mostrou-se cristalina diante da pandemia vivenciada.

Neste diapasão, cabe ao STF o desenho da federação brasileira, no exame dos casos postos a julgamento, de acordo com a moldura constitucional.

O diálogo entre os entes é fundamental, mas não suficiente. Antes disso, existem condições que são pressupostas ao Estado Constitucional: exige-se do Estado um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, em benefício do cidadão, com a finalidade de garantir a racionalidade e efetividade do Direito, ou seja, exige-se segurança jurídica⁷⁰.

Tal intento só pode ser solidificado com uma interpretação jurídica que privilegie a unidade do Direito e que permita aos Estados e Municípios uma atuação suficiente à resolução da problemática local.

Parece que o Supremo Tribunal Federal, em seus últimos julgados, tem avançado neste sentido: reconhecer a importância do diálogo e da cooperação entre as entidades federadas e buscar segurança jurídica. A grande beneficiária dessa postura, sem dúvida, é a sociedade.

Assim sendo, o trajeto escolhido possivelmente conduzirá à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o Direito tem por finalidade última a promoção de uma existência digna.

Referências bibliográficas

ARABI, Abhner Youssif Mota. *Federalismo brasileiro: perspectivas descentralizadoras*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶⁹ Virgílio Afonso da Silva ressalta que: “En relación con el poder económico prácticamente no existe orden institucional que pueda relativizar esta fuerza adicional otorgada a los gobernadores de los estados más ricos. Cualquiera que sea el orden existente (pasado, presente o futuro), los estados con mayor poder económico tendrán más influencia en la definición de la política nacional” (SILVA, Virgílio Afonso. *Presidencialismo y federalismo en Brasil: los desencuentros entre política y derecho*. In: ELLIS, Andrew; HENRÍQUEZ, Jesús Orozco; ZOVATTO, Daniel (org.). *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial: Making Presidentialism Work*. Ciudad de México: UNAM/IDEA International, 2009. p. 291-310).

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 270-282.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Prognósticos para o Direito Constitucional pós covid-19: Estados, DF e Municípios mais relevantes na produção normativa. *Migalhas*, São Paulo, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w9IUVq>. Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 251-SP. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 nov. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 9 jun. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Ação Cível Originária nº 359-SP. Relator: Min. Celso de Mello; Relator para Acórdão: Gilmar Mendes, 29 ago. 1993. Disponível em: <https://bit.ly/3fZzMMh>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 379-PB. Relator: Min. Ilmar Galvão; Relator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 29 maio 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 5 set. 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296-PE. Relator: Min. Celso de Mello, 17 ago. 1995. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 8 set. 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.905-MG. Relator: Min. Eros Grau; Relator para Acórdão: Min. Marco Aurélio, 18 ago. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 25 out. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.735-MS. Relator: Min. Teori Zavascki, 8 set. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3v8hkp4>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060-SC. Relator: Min. Luiz Fux, 25 fev. 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 4 maio 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356-MS. Relator: Min. Edson Fachin; 3 ago. 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 5 ago. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental. Ação Cível Originária nº 3.272-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 18 out. 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 out. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Case Law Compilation: Covid-19*. Brasília, DF: STF: Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3g5F6O4>. Acesso em 23 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar Deferida. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.533-MG. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 25 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 6 set. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341-DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Min. Edson Fachin, 15 abr. 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672-df. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 out, 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 29 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental. Ação Cível Originária nº 1.295-SP. Relator: Min. Dias Toffoli, 14 out. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 2 dez. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Geral da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado federal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, São Paulo, v. 77, p. 131-140, 1982.

GAMPER, Anna. A “Global Theory of Federalism”: The Nature and Challenges of a Federal State. *German Law Journal*, Frankfurt am Main, v. 6, n. 10, p. 1297-1318, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3g1erSx>. Acesso em: 10 nov. 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. A postura do STF em questões de conflito federativo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 4 maio 2013a. Disponível em: <https://bit.ly/3iwR2ud>. Acesso em: 13 nov. 2020.

HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: Federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 2-13, 2013b.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: DelRey, 1999.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino. *A configuração assimétrica do federalismo brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 32, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3gfo3s4>. Acesso em: 17 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. Presidencialismo y federalismo en Brasil: los desencuentros entre política y derecho. In: ELLIS, Andrew; HENRÍQUEZ, Jesús Orozco; ZOVATTO, Daniel (org.). *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial: Making Presidentialism Work*. Ciudad de México: UNAM/IDEA International, 2009. p. 291-310.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3g4Wu5y>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Segurança jurídica, legitimação e consequencialismo: a busca por racionalidade jurídica no contexto da pandemia

Fábio Henrique Falcone Garcia¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1.

Este artigo procurará desenvolver reflexões teóricas e pragmáticas acerca da noção de segurança jurídica sob o ponto de vista da legitimação da esfera jurídica, com reflexos nas condições de manutenção de sua diferenciação funcional ou, em termos weberianos, de sua racionalidade peculiar. A análise abordará transformações políticas e econômicas que favoreceram a aproximação entre a *Common Law* e a *Civil Law*, evidenciada a partir da positivação do consequencialismo, para então discutir os reflexos das opções políticas adotadas em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus acerca do tema.

O artigo será dividido em seis seções, inominadas. Após esta introdução, tratar-se-á do conteúdo semântico da expressão segurança jurídica, de sua importância para a legitimação e organização da esfera jurídica em torno de sua *legalidade própria* no Estado de Direito liberal²; em seguida, será desenvolvido um tópico acerca das condições evolucionárias do direito, com repercussão no fortalecimento de uma racionalidade exógena ante o advento do Estado-providência e o deslocamento de sentido da noção de segurança jurídica, com as transformações do final do século XX; na quarta seção, se discutirá a ideia de consequencialismo, sua emergência como elemento capaz de conferir racionalidade à prática decisória e sua afinidade circunstancial com a noção de segurança jurídica, no sentido descrito anteriormente; após, serão apresentadas as preocupações com as opções políticas de enfrentamento da pandemia provocada pelo novo coronavírus e sua repercussão sobre as condições de legitimação do direito, ou seja, sobre as condições de manutenção da sua funcionalidade em termos sistêmicos³. Finalmente, serão apresentadas considerações finais, não conclusivas, a sugerir um campo para análise e para reflexão ulterior.

2.

A expressão “segurança jurídica” conforma um conteúdo semântico historicamente contextualizado. Isso significa que o sentido da expressão é produto de um processo complexo de seleção, identificação e condensação dos sentidos atualizados a partir

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² *Eigengesetzlichkeit*. Sobre o conceito, ver Garcia (2020a, p. 336-361).

³ Não se pretende identificar, simploriamente, legitimação com manutenção da diferenciação funcional do direito. Temos consciência da dificuldade teórica envolvendo um trabalho que procura dialogar com duas referências teóricas distintas. No entanto, por crer na complementariedade dessas posições teóricas e na importância epistemológica de preservação do espaço de cada uma, optei por realizar essa aproximação. Para evitar incompreensões, assumo que legitimação é condição para ordem, no sentido weberiano do termo, e, pois, para manutenção de uma *legalidade própria* que, em termos sistêmicos, pode ser compreendida como condição de diferenciação funcional do subsistema jurídico (BRUUN, 2008; GARCIA, 2018).

da recursividade comunicacional. Essa característica presente nos sistemas sociais de comunicação (LUHMANN, 2004, p. 211) deve ser compreendida como um pressuposto epistemológico para se abordar a atualidade do tema.

Segurança jurídica representa um conceito relacionado com a função moderna do direito. De acordo com Luhmann, a função das normas jurídicas constitui a de antecipar, ao menos no nível das expectativas, um futuro genuinamente incerto, conferindo garantias contra expectativas contrafáticas (LUHMAN, 2004, p. 147 *et seq.*). Segurança jurídica é corolário dessa função ao constituir princípio que reflete, na gramática jurídica, a função de assegurar calculabilidade às relações públicas e privadas.

A ideia de segurança jurídica resulta, portanto, do complexo processo de diferenciação do direito como sistema social de comunicação ou, noutros termos, por um processo evolucionário de desencantamento do mundo (*Entzauberung der Welt*) que acompanha a formação dos Estados modernos liberais.

Resumidamente, esse processo de diferenciação agrega uma constelação de fatores a favorecer linhas evolucionárias relativamente interdependentes (autônomas, mas reciprocamente influenciadas por processos de afinidade eletiva) entre esferas interacionais distintas que, na modernidade, apontam para espaços de interação organizados em torno de valores peculiares, de uma lógica própria e que afetam, de modo macrosociológico, o agir humano. Assim, a política tem suas regras próprias, suas condições de funcionamento específicas e seus valores mais relevantes a influenciar o jogo dos atores que dentro dessa esfera se aventuram.

Com o direito não é diferente. A linha evolucionária do direito moderno acompanha, de forma relativamente autônoma, o surgimento da era de ouro dos Códigos Civis e a consolidação de uma esfera interacional marcada pela prevalência, no âmbito privado, dos valores relacionados à liberdade de contratar e à preservação da noção moderna de propriedade privada (WEBER, 2009, p. 14-67; 135 *et seq.*). No âmbito do direito público, essa linha conduz às liberdades negativas em face do Estado moderno e às noções de sociedade de indivíduos, descrita por Ladeur (2010).

O processo de diferenciação da esfera jurídica em torno de uma racionalidade que pode ser reconhecida como peculiar (sua *legalidade própria*, no sentido weberiano do termo) passou pelo desenvolvimento de contratos funcionais e de características formais que, de um lado, permitiram o desenvolvimento de um direito privado entremeado por uma racionalidade formal, abstrata, capaz de aceitar a complementação pela ação casuística dos contratantes e das mais diversas formas de contratar, enquanto, de outro lado, asseguravam meios para execução desses contratos à vista de recalctrância. Este era precipuamente o sentido da segurança jurídica na modernidade racionalista do século XIX: a certeza de cumprimento dos contratos e de não interferência do Estado na vida privada. Esses valores, eminentemente relacionados à filosofia política e moral liberal iluminista⁴, permitiram a construção de uma esfera jurídica autorreferente e adaptável às transformações políticas e econômicas da realidade.

⁴ Como observa Weber, a base das qualidades formais do direito moderno tem lastro em uma doutrina do direito natural em tudo relacionada com os postulados do Iluminismo racionalista dos séculos XVII e XVIII: “Os ‘direitos de liberdade’ são o componente substancial desse tipo de direito natural: sobretudo a *liberdade de contrato*. O contrato racional voluntário, seja como fundamento histórico real de todas as relações associativas, inclusive o Estado, seja pelo menos como critério regulador da avaliação, veio a ser um dos princípios universais das construções do direito natural. Como todo direito natural formal, encontra-se também este, em princípio, sobre a base do sistema dos direitos legitimamente adquiridos em virtude

Esse tipo de construção, que acompanha a noção de Estado de Direito, favoreceu aquilo que Weber identificou como modo de dominação racional legal, em que a legitimidade da política é extraída da crença na legitimidade das ordens estabelecidas e do direito a mando daqueles que estão nomeados para exercer a dominação (WEBER, 2009, v. 1, p. 141). A noção de segurança jurídica aqui é definida a partir de um critério cartesiano de isonomia formal perante a lei.

Em resumo, nesse processo histórico uma determinada noção de segurança jurídica como princípio ganha corpo, afinando-se com a função de legitimar um direito que se apresentava como um cosmos normativo fechado, capaz de solucionar, à sua razão específica, todos os conflitos concretos, “subsumindo” fatos à noção de um universo ideal normativamente concebido à luz do racionalismo iluminista prevalente.

3.

A noção de aplicação da lei, sem margem discricionária para criação do direito, em voga até o início do século XX, combinava uma estrutura do sistema legal que se imaginava geral, abstrato e impessoal – e, nesse sentido, previsível – para uma sociedade de indivíduos supostamente iguais, porque formalmente equiparados à imagem da construção do tipo de cidadão, titular de direitos políticos em face do Estado. Como observa Neumann (1969), já no início do século, tanto a ideia sobre a atividade jurisdicional como a dimensão a respeito das funções éticas do direito sofrem um deslocamento: se a generalidade do comando normativo permitia uma calculabilidade para determinados grupos econômicos, a ideia da revisão judicial das leis trouxe a necessidade de equilíbrio entre valores materiais e formais, a partir da constatação, culturalmente aceita, de que o direito teria de tutelar grupos organizados menos favorecidos, como os trabalhadores.

As críticas ao modelo capitalista liberal, difundidas após a Revolução Russa, favoreceram o surgimento de Constituições que perseguiam combinar elementos de racionalidade material e formal. Entendia-se, criticamente, que “o postulado de que o Estado só deve governar com leis gerais se torna absurdo na esfera econômica se o legislador estiver lidando não com competidores igualmente fortes, mas com monopólios que invertam o princípio do livre mercado” (NEUMANN, 1969, p. 62-63).

Vários fatores históricos contribuíram para a transformação do direito no século XX e, com isso, de sua função legitimadora.

A crise de 1929, o advento da Segunda Guerra Mundial e a construção de uma ordem econômica pautada pela polarização ideológica do mundo em dois grandes blocos favoreceu a integração, no universo jurídico, de valores entremeados por conteúdos materiais de solidariedade. O Estado providência, signo do pós-guerra, possuía algumas características típicas bem definidas: modo fordista de produção; Estado intervencionista, responsável pelo controle de políticas fiscais e monetárias; e gestão de gastos públicos como forma de estimular a demanda econômica (FARIA, 1999, p. 118-119; FARIA, 2017, p. 18-23). Contra o monopólio de que se referiu Neumann, houve a intervenção pontual

de contratos funcionais e, portanto, na medida em que se trata de bens econômicos, sobre a base da comunidade consensual econômica adquirida em criada pelo desenvolvimento pleno da propriedade. A propriedade legitimamente adquirida em virtude de um livre contrato com todos (contrato original) ou com terceiros individuais e a liberdade de disposição sobre esta propriedade – isso é, em princípio, a livre concorrência – fazem parte de seus componentes óbvios” (WEBER, 2009, v. 2, p. 136).

estatal, lastreada em uma produção legislativa quase industrial. Há uma modificação da infraestrutura cultural, para mencionar a expressão de Ladeur (2010), permeada por valores desenvolvimentistas que vinham acompanhados de um discurso de melhoria das condições de vida. A solidariedade passa a ser valor preponderante, ao lado de uma igualdade materialmente equilibrada pelo direito.

O direito assumiu, nessa época, uma função planificadora. Essa nova “estratégia jurídica”, que acompanha a adoção, em cartas de princípios e constituições, dos chamados direitos de segunda e terceira geração, indica um deslocamento de uma perspectiva orientada por regras para uma perspectiva orientada pela formulação de planos (LADEUR, 2010, p. 28-29), com a adoção de normas programáticas de textura aberta e capazes de propor programas ao Estado e de oferecer orientação para a vida privada a partir dos direitos consagrados em cartas constitucionais.

Segurança jurídica, aqui, deixa de ser a calculabilidade contratualmente estabelecida entre contratantes formalmente iguais para se convolar na expectativa normativa de consagração e prevalência dos valores constitucionais. Essa perspectiva encerra uma contradição, capaz de afetar as condições de legitimação do direito, porque, ao contrário do Direito liberal em que a preservação dos contratos era valor máximo, o funcionamento do direito deixa de ser preponderantemente autorreferente. Seja por meio de autorização legislativa expressa (como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor) seja pela transformação cultural sobre o conteúdo semântico de determinados conceitos jurídicos (como é o caso da boa-fé objetiva nos contratos), passa-se a aceitar a revisão de contratos em favor de valores legal ou constitucionalmente assegurados, sem que isso importe, necessariamente, ofensa à ideia de segurança jurídica. Unger, a respeito, já vislumbrava o problema, sob o ponto de vista da legitimação do Estado de Direito, eis que esse processo acarretaria um “deperecimento da generalidade e da autonomia [do direito] como ideais vitais”. Em consequência, “todo o conceito de legalidade tipicamente associado à moderna história europeia vem a ser abalado e talvez mortalmente atingido” (UNGER, 1979, p. 229). O resultado é que a esfera política e a esfera jurídica passam a se legitimar por uma noção de ordem jurídica que tem compromisso com valores políticos consagrados e, pois, com uma racionalidade substancialmente orientada, heterorreferente (GARCIA, 2020a, p. 336-341).

A queda do bloco soviético, com a consagração da vitória cultural do bloco ocidental e a prevalência de uma ideologia neoliberal, combinada com as transformações tecnológicas que impulsionaram a globalização econômica e com a transformação das formas de comércio eletrônico afetaram as condições de funcionamento da política e do direito contemporâneos. No capitalismo financeiro do início do século XXI, a necessidade de atração de recursos especulativos transnacionais favoreceu um processo de desestatização (RODRIGUES; JURGENFELD, 2019) que, por seu turno, impulsionou um processo de dependência das economias nacionais à manutenção das condições de investimento, tal como revelado a partir da crise grega em 2008.

No âmbito do direito, observou-se, tanto no direito público como no direito privado, a retomada de um discurso de defesa da *Rule of law*, particularmente comprometido com projetos de reforma do Estado em favor de um processo de desestatização, travestido com o nome de “modernização”. Noções clássicas do direito administrativo, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, passaram a ser questionadas em favor da prevalência da noção de liberdade de iniciativa como favor fundamental de um

Estado liberal. Esse discurso, em parte alimentado por agências de fomento internacional, acompanhou um processo de reforma dos sistemas de justiça de toda a América Latina (ESQUIROL, 2011; SCHAPIRO, 2010) e reflete uma concepção que se pode rotular de Estado Schumpeteriano de Competição (JESSOP, 2003). Nesse contexto, estimula-se uma noção de segurança jurídica que retoma as bases de defesa do contrato livremente pactuado, livre da interferência estatal, com a diferença de que há normas programáticas em cartas constitucionais que conflitam com esse valor, em uma acepção puramente liberal.

Como mostra Schapiro, essa estratégia de fomento parte de uma ideia de *Rule of law* bem específica, em que o direito é visto como um

veículo promotor de garantia, previsibilidade e calculabilidade para as transações privadas. A existência de regras claras, a proteção adequada da propriedade privada, a certeza do cumprimento dos ajustes contratuais e a confiança no funcionamento célere e independente do poder Judiciário passaram a ser consideradas como os itens necessários a serem atendidos pelos atributos jurídico-institucionais (2010, p. 219).

Esse parece ser o conteúdo semântico prevalente da expressão segurança jurídica atualmente: a ideia de que o direito deve fornecer uma garantia de expectativa acerca da validade dos ajustes privados. Observa-se a reaproximação do núcleo do conceito de segurança jurídica à noção de não interferência estatal, a despeito das inúmeras normas que reclamam a intervenção do Estado na execução de contratos para tornar concretos programas positivados (normas programáticas legais ou constitucionais em defesa do consumidor ou do meio ambiente, por exemplo).

O “retorno” à *Rule of Law* liberal, contudo, não pode ser realizado sem violar condições jurídicas consolidadas no curso da evolução do constitucionalismo do século XX, que estabeleceu bases prospectivas para um direito dirigente e interventor. Esse conflito agudiza a tensão entre formas de racionalidade diversas (racionalidade material ou substancial, em favor de valores constitucionais *versus* racionalidade formal, em favor da validade de contratos que não podem ser alterados por força de disposições presentes no ordenamento, ainda que de ordem pública).

O neoliberalismo prevalente nas políticas públicas do século XXI sugere a impossibilidade de interferência em contratos, ainda que fundada em valores positivados no ordenamento. Contrariamente, contudo, admite-se incremento de políticas de vigilância contra os riscos da sociedade contemporânea (terrorismo, crime organizado, pandemia), ainda que ao custo da violação de princípios constitucionais da tutela da intimidade⁵. Parece haver, pois, uma defesa de não interferência estatal seletiva a favor da liberdade de contratar e não a favor da liberdade individual como um todo.

⁵ Sobre o assunto, ver Garcia (2020b).

4.

Consequencialismo, para Schuartz (2008, p. 130-131), é qualquer programa teórico que se proponha a condicionar a adequação jurídica de uma decisão judicial à valoração das consequências sociais correlatas.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reformada em 2018, adotou expressamente uma premissa de justificação das decisões, em seara judicial e administrativa, com base na análise das consequências práticas correlatas. O artigo 20 prescreve que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Já o artigo 21 determina que sejam expostos, nas decisões, as consequências jurídicas e administrativas de atos anulatórios de contratos ou atos administrativos.

Faltam, todavia, indicações acerca de *quais consequências devem importar*, o que torna o argumento consequencialista perigoso, justamente porque reduz a previsibilidade da atuação decisória ao criar margem para uma discricionariedade sobremaneira aberta. Ávila defende, nessa linha de raciocínio, que esses argumentos sejam aplicados de forma subsidiária, porque não são institucionais, não remetem ao ordenamento jurídico em si e, pois, dificultam, de alguma forma, uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos consequencialistas, nesse sentido, situam o debate em um âmbito externo ao domínio daquilo que, por força da separação de poderes e da construção constitucional, foi concebido para ser um cosmos capaz de resolver conflitos de forma objetivamente apreciável (ÁVILA, 2001, p. 169-170; 174-177).

Arguelhes (2005, p. 9), por outro lado, defende a possibilidade de utilizar argumentos consequencialistas de forma institucional, como uma “maneira específica de cumprir o dever de fidelidade às normas jurídicas envolvidas”. Partindo da distinção entre *honrar um valor e promovê-lo*, Arguelhes defende que há interpretações consequencialistas que, especialmente no âmbito do conflito entre princípios constitucionais, podem representar uma forma específica de promoção do valor contido na norma, ainda que não represente o cumprimento literal daquela norma. Logo, não haveria razão para a hierarquização promovida por Ávila (2005).

Poder-se-ia objetar à tese de Arguelhes que a perquirição sobre o escopo da norma não constitui, necessariamente, uma forma nova de hermenêutica, pois esteve presente no debate teórico jurídico desde a jurisprudência dos interesses.

Na realidade, essa discussão expõe uma tensão inerente à constituição da esfera jurídica. Weber, no início do século XX, já observara movimentos de valorização da racionalidade formal contrapostos a movimentos de valorização da racionalidade material. Para ele, a tensão entre *racionalidade formal e racionalidade material* é inerente à constituição da *legalidade própria* do direito e está relacionada à função do direito na legitimação da estrutura de dominação política.

Dessa forma, a explicação para a compatibilização entre consequencialismo e segurança jurídica pode ser desenvolvida a partir da perspectiva funcional do direito. O que o direito oferece para o funcionamento da sociedade contemporânea?

O direito pode ser considerado um espaço interacional diferenciado ou, em termos sistêmicos, um subsistema social dotado de organização própria em torno de uma condição operacional específica. Sua existência, nesse sentido, gira em torno de uma função

específica. Para Luhmann, essa função constitui fornecer garantia acerca de expectativas contrafáticas. Noutros termos, o direito oferece à política, à economia e a outros sistemas sociais *segurança jurídica*.

Para Weber, contudo, a oferta do direito é outra, porque ela interage com a formação de outras esferas culturais interacionais igualmente relevantes. O direito fornece à política *legitimidade*, enquanto favorece uma específica forma de economia capitalista ao assegurar segurança jurídica. Graças ao direito e à noção de que é possível conter o arbítrio a partir de um governo impessoal de regras gerais, o Estado moderno teve êxito em conquistar o monopólio do uso legítimo da força física. A esse contexto de legitimação da dominação, no sentido sociológico do termo⁶, Weber denominou *modo de dominação racional-legal*.

Todavia, direito e política se transformaram profundamente no século XX. A aposta weberiana, de incremento da racionalidade formal do direito, pereceu com a Segunda Guerra e o reconhecimento do risco de um positivismo irrefletivo sustentar, juridicamente, a construção de uma forma jurídica capaz de levar adiante políticas nazifascistas. O pós-Guerra trouxe, além do acirramento da tensão ocidente-oriental, simbolizada por lideranças ideológicas díspares (EUA e URSS), a necessidade de reorganização do discurso jurídico em torno de valores políticos supranacionais. O direito teve de se modificar, porque o tipo de prestação do direito liberal clássico era insuficiente para legitimar um Estado de bem-estar social, em que políticas públicas passam a integrar a ordem jurídica, assim como princípios e normas que tornam jurídicos valores antes exógenos ao direito. O direito passa a oferecer, nesse sentido, uma legitimação axiologicamente orientada em favor de valores que, rigorosamente, remetem à racionalidade material *heterorreferente*.

As transformações tecnológicas já mencionadas retomaram a necessidade de defesa da validade de uma peculiar visão da *Rule of law* que, todavia, agora contende com o próprio ordenamento jurídico e seus valores consolidados anteriormente. Podemos sintetizar esse conflito nos argumentos a favor do contrato, que contrariam as revisões judiciais lastreadas no Código de Defesa do Consumidor.

O movimento consequencialista, nesse sentido, acompanha o crescimento das correntes que procuram aproximar direito e economia e tende a sugerir a possibilidade de uma orientação do direito a partir dos resultados econômicos da decisão. Como pudemos defender alhures, atualmente, em função das transformações do Estado, o direito e a política se legitimam preponderantemente por meio dos resultados econômicos das decisões adotadas (GARCIA, 2020a, p. 343-361).

Esse deslocamento traz dificuldades de compatibilização dos valores já positivados. O consequencialismo procura tratar da questão apelando a um juízo prudencial (que, de resto, já estava presente nas ideias de razoabilidade e proporcionalidade). A ideia de prudência, naturalmente presente nos sistemas da *Common Law*, é, então, incorporada aos sistemas jurídicos de tradição continental, por meio da positivação de leis, como é o caso da LINDB, ou pela assimilação desses argumentos como razão de decidir, notadamente em julgados das Cortes Superiores.

⁶ Dominação (*Herrschaft*) é a “possibilidade de encontrar obediência para ordens específicas [...] dentro de um determinado grupo de pessoas” (WEBER, 2009, v. 1, p. 139) e pressupõe uma “heterocefalia, baseada numa relação associativa, do poder de mando e do aparato coativo” (*Idem*, 2009, v. 2, p. 191).

Essa modificação reflete um movimento mais amplo de aproximação dos grandes sistemas jurídicos ocidentais (*Civil Law e Common Law*), a denotar a introdução, nos ordenamentos positivos de países de tradição continental, como é o caso do Brasil, de elementos de prudência, própria da consolidação da comunicação jurídica nos sistemas da *Common Law*.

Vários autores sugerem que as raízes do consequencialismo partem de *hard cases*, encontrados em precedentes de Cortes Constitucionais, que ponderam razões apartadas da norma escrita (ainda que destinadas a atingir seu escopo prático, como defende Arguelhes, 2011) para definir a validade de determinado provimento jurisdicional (ARGUELHES, 2005; CARBONELL, 2011; PARGENDLER; SALAMA, 2013; SCHUARTZ, 2008).

Sem ingressar na discussão teórica sobre as condições de validade das premissas consequencialistas – se devem ser uma justificação de segunda ordem, ou se envolvem argumentos institucionais, quando destinados a promover de forma mais eficiente o estado de coisas almejado pela norma –, o fato é que o consequencialismo tem assumido papel primordial na justificação das decisões judiciais. Como adverte Schuartz, esse tipo de assimilação teórica em solo nacional se sujeita a adaptações típicas desviantes (consequencialismo festivo; consequencialismo militante e consequencialismo malandro), com relativo risco à consolidação de uma dogmática sólida que, por seu turno, é importante para se assegurar segurança jurídica e, pois, legitimação e funcionalidade ao sistema jurídico.

A positivação do consequencialismo parece procurar conferir dignidade normativa primária a uma prática reiterada, mas falha ao não estabelecer, normativamente, as condições para exercício dessa abertura hermenêutica que, de forma pouco rigorosa, pode conduzir ao casuismo e à deslegitimação sistêmica.

Como explicar a conexão entre uma demanda por segurança jurídica contratual estrita, de um lado, e a abertura sistêmica a argumentos que envolvem razões extrajurídicas, de outro?

Essa aparente contradição pode ser explicada pela necessidade de preservar valores que não se integram na esfera jurídica a partir de uma racionalidade formal, sistêmica e abstrata, lastreada na fórmula de ouro do Estado de direito liberal (defesa da propriedade privada em sua acepção moderna e preservação dos contratos funcionais), mas que demanda um equilíbrio capaz de manter a diferenciação funcional do sistema jurídico.

Noutros termos, para que o direito seja reconhecido como instância interacional diferenciada, dotada de uma racionalidade própria, é preciso que se reconheça sistematização no processo decisório, condição que restou abalada pelo aluvião legislativo vivenciado no século XX. Do contrário, as decisões correm o risco de serem consideradas arbitrárias.

5.

Nas seções precedentes, sustentamos que a expressão segurança jurídica conforma um conteúdo semântico historicamente contextualizado. As transformações políticas contemporâneas promoveram um deslocamento das condições legitimadoras e funcionais do direito. No contexto da modernidade tardia, essas transformações apontam para uma aproximação dos tradicionais sistemas de organização da ordem jurídica (*Common law e Civil law*), com repercussão na reorganização da razão jurídica. A perseguição de uma razão consequencialista se insere no âmbito dessas transformações, trazendo elementos de prudência na análise das questões contratuais.

A pandemia provocada pelo novo coronavírus, por seu turno, trouxe à tona a necessidade de adoção de medidas drásticas, com restrição da liberdade individual e repercussão na execução de contratos, incrementando o nível de incerteza jurídica. Para combater a disseminação do vírus, países de diferentes tradições jurídicas adotaram, em comum, medidas como: a) restrição das condições de ir e vir à população; b) uso de dados, inclusive sensíveis, para fomentar políticas públicas de contenção ao contágio; c) imposição de horários e condições de funcionamento para exercício de atividade econômica, com forte repercussão na atividade empresarial de pequenas e médias empresas, especialmente, e necessidade de revisão de contratos em cadeia; e d) fechamento de espaços públicos e privados, compulsoriamente.

Debates interessantes sobre privacidade, uso de tecnologia e liberdades civis foram suscitados a partir de um modelo de monitoramento global do uso de dados pessoais como ferramenta para análise e deliberação sobre os passos a serem adotados durante a pandemia. Na China e na Coreia do Sul, foram desenvolvidos aplicativos que, partindo do uso de *Big data* e do cruzamento de informações sobre localização, indicavam se a pessoa poderia ter risco de contrair a Covid ou não. Na China, *QR Codes* eram utilizados para definir se a pessoa poderia transitar livremente ou não⁷. Em Israel, foi autorizado uso de banco de dados coletados pelo serviço secreto israelense, com base em legislação de combate ao terrorismo, para detectar relações entre indivíduos e portadores da moléstia⁸. A Europa realizou protocolo conjunto com operadoras de telefonia celular para uso de dados nesse sentido. No Brasil, o Estado de São Paulo criou o SIMI-SP, também com uso de dados de telefonia celular anonimizados.

Embora a discussão constitucional sobre a liberdade individual e o uso de dados comporte repercussão para a ideia de segurança jurídica, em sua acepção filosófica, relacionada à defesa de uma peculiar liberdade individual em face do Estado, do ponto de vista pragmático, é no âmbito das revisões contratuais que se concentram os pontos de análise mais evidentes para a discussão sobre a relação entre consequencialismo e segurança jurídica em razão da pandemia.

Com o fechamento compulsório de inúmeros contratos, não tardaram a surgir ações visando à revisão contratual de locações, especialmente não residenciais, em que o escopo do contrato havia se inviabilizado, pela impossibilidade do exercício, ainda que temporário, da atividade empresarial relacionada ao objeto do contrato. O mesmo ocorreu com as mensalidades escolares, em que se discutia a possibilidade de cobrança, diante da oferta do serviço por meio de aulas *on-line* ao invés da oferta presencial.

Discute-se se a pandemia poderia significar, em todos esses contratos, causa bastante de força maior⁹. Entendemos que a pandemia, nas hipóteses de locações não residenciais em que houve impedimento ao exercício da empresa, constitui força maior, capaz de romper a base contratual do negócio, justificando-se rescisão sem culpa das partes (desde que não houvesse mora pretérita)¹⁰. Mas essa solução não é aplicável automaticamente a

⁷ KAVANAG, Matthew. Authoritarianism, outbreaks and information politics. *The Lancet Public Health*, London, v. 5, mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pHWvD>. Acesso em: 29 abr.2020.

⁸ HALBFINGER, David; KERSHNER, Isabel; BERGMAN, Ronen. To track Coronavirus, Israel moves to tap secret trove of cellphone data. *The New York Times*, New York, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/358ubgp>. Acesso em: 4 maio 2020.

⁹ Ainda que haja discussão doutrinária a respeito. Nesse sentido, cf. os artigos de Aline Terra e Fernando Simão, disponíveis no portal *Migalhas*. Disponível em: <https://bit.ly/2RICyMB>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹⁰ Nesse sentido, sentença proferida nos autos nº 1006088-27.2020.5.26.0005, j. 31/8/2020.

todas as relações. Nas locações residenciais, por exemplo, o objeto do contrato – entrega da posse – é cumprido integralmente pelo locador, sendo discutível a possibilidade de inexecução porque a pandemia não altera as condições de execução do contrato.

No caso das mensalidades escolares, também é possível argumentar que as condições de custo de prestação do serviço se alteraram. Todavia, esse argumento carece de prova e não há base para se estabelecer, de antemão, condições objetivas para estipulação de descontos em favor dos consumidores.

Por isso, a despeito da miríade de ações envolvendo revisões contratuais, é possível observar uma autocontenção do Judiciário na promoção de revisões liminares. Em pesquisa realizada no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo em 5 de janeiro de 2021, foram encontrados 175 resultados para os termos: Covid – Revisão contratual – Mensalidades escolares. Em perfuntória análise, foi possível constatar que a maioria dos julgados de agravo de instrumento indicava tendência desfavorável à concessão de liminares antes do exercício do contraditório. Até essa data, houve poucos julgamentos de apelações. Nos quatro acórdãos localizados, dois mantiveram descontos e dois sustentaram a manutenção do contrato.

Os argumentos, de modo geral, tocavam em questões de prova, tais como: comprovação da redução de custos ou não; comprovação da redução da capacidade financeira da parte, ou não. Mas também foram usados argumentos que podem ser denominados consequentialistas.

Na Apelação Cível nº 1005615-40.2020.8.26.0361, o acórdão assinalou que:

Não se ignora a situação extraordinária vivenciada por ambas as partes. É certo que a instituição de ensino ré também presenciou redução patrimonial de outras dimensões (inadimplência de alunos, desistências e etc). Contudo, a manutenção do curso de engenharia de produção totalmente à distância, privando os alunos das aulas práticas presenciais (por determinação das autoridades sanitárias, é verdade) com redução de carga horária sem a respectiva redução da mensalidade configura enriquecimento sem causa por parte da ré. (TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 22/10/2020)

Em sentido diverso, a 15ª Câmara do TJSP prolatou acórdão assim ementado:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. PRETENSÃO A REDUÇÃO DA MENSALIDADE ESCOLAR. IMPACTO DECORRENTE DA PANDEMIA DE COVID-19. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. Prejudicado. Não configuração dos requisitos. Improcedência da ação. Apelo da autora. PRETENSÃO A REDUÇÃO DA MENSALIDADE ENTRE 50% A 70% DO VALOR CONTRATADO. Pedido diverso do indicado na inicial, que pretendeu a redução das mensalidades à ordem de 50% dos valores cobrados. Apelo prejudicado neste ponto. Inovação recursal. Inadmissibilidade. REDUÇÃO DA MENSALIDADE. Apelada que demonstrou a efetiva prestação do serviço educacional por meio da plataforma online, disponibilização de biblioteca (virtual e física) e aumento da inadimplência após o início da Covid-19, fatos que não restaram impugnados pela apelante. Instituição de ensino que

aponta a criação de página específica, denominada COVID-19, para atendimento especial de todos os necessitados, e análise de todos os casos protocolados, individualmente, e mediante comprovação dos supostos danos econômico/financeiro sofridos pelos alunos, a prestigiar a boa-fé contratual, bom senso e solidariedade frente ao impacto decorrente da pandemia ora vivenciada. Imprevisibilidade oriunda da pandemia que deve ser analisada com relação à contratante, mas também com atenção as dificuldades enfrentadas pela instituição de ensino. Razoabilidade que se faz de rigor, a fim de prevalecer o equilíbrio econômico na relação contratual. (Apelação Cível nº 1006508-82.2020.8.26.0344, Rel. Jairo Brazil Fontes de Oliveira, j. 9/12/2020)

No mesmo sentido, em interessante julgado, a 34ª Câmara de Direito Privado:

AGRAVO INTERNO. Insurgência contra decisão que indeferiu a tutela recursal para redução de 61,06% do valor do aluguel, em razão da pandemia, por até seis meses posteriores ao encerramento das restrições com relação ao comércio, ou outro percentual a ser delimitado pelo órgão julgador. A concessão aleatória de descontos pode ser prática perigosa a propiciar injustiças e prejuízos irreparáveis não apenas para agravante e agravada, mas para toda a economia brasileira. A alteração do contrato somente pode ser atingida com a citação da agravada e o regular exercício do contraditório, momento em que se terá mais elementos para a exata valoração das necessidades da locatária, e, também, da locadora, a quem, da mesma forma, deve ser oportunizada manifestação para que apresente sua realidade financeira. Fixação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor dado à causa atualizado. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da referida multa (art. 1.021, § 5º, do CPC). RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Interno Cível 2189073-59.2020.8.26.0000/50000, Rel. L. G. Costa Wagner, j. 14/12/2020)

Como se vê, no primeiro julgado, a *consequência* enriquecimento sem causa é motivo para redução da mensalidade, adotando-se como parâmetro o valor ofertado para outros cursos prestados durante a normalidade pela modalidade à distância (50%). Não se discutiu, contudo, elementos relacionados ao percentual de desconto e condicionados ao prejuízo da instituição de ensino. No segundo caso, a ponderação de elementos concretos se volta ao objetivo de manter o *equilíbrio econômico na relação contratual*, evitando-se, pois, enriquecimento de parte a parte. Rigorosamente, o mesmo argumento, consequencialista, é usado para defender posições opostas, o que contribui sobremaneira para o enfraquecimento da segurança jurídica. No terceiro caso paradigmático, o uso do argumento consequencialista atinge elementos de outra ordem, exógena à relação contratual em si: não se discute o impacto da decisão sobre o sinalagma, mas em relação à economia como um todo. A aleatoriedade é descrita como um elemento de irracionalidade do sistema jurídico e o consequencialismo, então, se torna em vetor de defesa da segurança jurídica.

6.

Nesse artigo, procuramos expor condições históricas que indiquem a ressignificação do termo “segurança jurídica” ao longo do tempo e das condições de funcionamento do direito em relação à política e à economia.

Defendemos que, a partir da recuperação da ideia de *Rule of Law* e do surgimento dos chamados Estados Schumpeteriano de Competição (JESSOP, 2003), a ideia de segurança jurídica retornou à noção de prevalência da força obrigatória dos contratos, o que, todavia, conflita com valores positivados durante a formação de cartas constitucionais impregnadas pelos valores do bem-estar social. Esse conflito envolve, necessariamente, uma tensão sobre formas de racionalidade diversas, que procuram ser aplainadas pela ideia de consequencialismo.

O consequencialismo traz para a tradição do direito continental a ideia de prudência, mas é preciso tomar cuidado com a forma como se importam institutos próprios da *Common Law*. No direito brasileiro, a falta de parâmetros objetivos para indicar quais valores devem preponderar dá azo a decisões contraditórias e ao incremento de insegurança jurídica.

A pandemia, por seu turno, tende a pressionar o sistema jurídico a adotar decisões consequencialistas, quer pela imprevisibilidade da situação, quer pela gravidade da questão sanitária. Sem bases doutrinárias sólidas, contudo, os argumentos consequencialistas funcionam como *topoi*, argumentos retóricos que assumem perspectivas várias, conforme o órgão decisor.

Dito de outro modo, se a ideia de consequencialismo parece conferir, de um lado, elementos para incorporação de uma prática decisória racional e flexível, impõe-se que se estabeleçam parâmetros de princípio inafastáveis, pois envolvem redefinição das bases semânticas de conceitos basilares, tais como liberdade de contratar, validade de contratos, condições de intervenção do Poder Público na esfera privada, liberdade de locomoção e direito à intimidade. Não se trata de perseguir uniformidade inatingível nas decisões judiciais. Cuida-se de trabalhar para que a comunicação jurídica permaneça operando de forma funcionalmente diferenciada, girando em torno de uma racionalidade que pode ser objetivamente reconhecida como própria. cremos que a tarefa da teoria do direito e da dogmática jurídica é trabalhar com os argumentos consequencialistas para dotá-los, para usar expressão de Ávila, de “maior capacidade de objetivação” (2001, p. 161). Dito de outro modo, sem pretender classificar o consequencialismo como argumentos institucionais ou não institucionais, temos que compete à teoria e à dogmática jurídica levar o consequencialismo a sério, como tipo de argumento que deve ser tratado por meio de institutos jurídicos razoavelmente equilibrados e cujas finalidades não podem abrir espaço para atuações aleatórias que, a despeito das mais elevadas intenções, favorecem incremento da insegurança jurídica, a impedir que o direito mantenha condições operacionais funcionais em sociedades cada vez mais complexas. MacCormick, há tempos, desenvolveu reflexões bastante significativas a esse respeito (1983). Talvez a pandemia tenha trazido à tona a necessidade de operadores do direito se debruçarem sobre esse tema, com aprofundamento teórico e dogmático capaz de fazer frente às exigências operacionais de consistência e coerência argumentativas.

Referências

ARGUELHES, Diego. Argumentação consequencialista e estado de direito: subsídios para uma compatibilização. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. *Anais* [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2005.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 157-180, mar./2001.

BRUUN, Hans Henrik. Objectivity, value spheres, and “inherent laws”: on some suggestive isomorphisms between Weber, Bourdieu, and Luhmann. *Philosophy of the Social Sciences*, Thousand Oaks, v. 38, n. 1, p. 97-120, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3iwCNFy>. Acesso em: 30 jan. 2021.

CARBONELL, Flávia. Reasoning by Consequences: Applying different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions. *Cogency*, v. 3, n. 2, p. 81-104, 2011.

ESQUIROL, Jorge. O direito fracassado da América Latina. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Aproximações entre Luhmann e Weber: Discussão acerca dos Limites e Potencialidades de uma Leitura Contemporânea da Sociologia Compreensiva da Ação. In: CONGRESSO DA ABRASD: SOCIEDADES PÓS-CONSTITUCIONAIS: A SOCIOLOGIA DO DIREITO APÓS 30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ (HOMENAGEM A JOSÉ EDUARDO FARIA), 9., 2018, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: ABraSD, 2018. p. 65-79.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. *As múltiplas faces do Direito em Max Weber: fundamentos para uma leitura contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2020a.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Big data, vigilância e pandemia: preocupações sobre o uso de dados no contexto da Covid-19. In: CUNHA FILHO, Alexandre Carneiro Jorge da et al. (org.). *Direito em tempos de crise: Covid 19: Vol. 1: Constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2020b. p. 395-403.

HALBFINGER, David; KERSHNER, Isabel; BERGMAN, Ronen. To track Coronavirus, Israel moves to tap secret trove of cellphone data. *The New York Times*, New York, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/358ubgp>. Acesso em: 4 maio 2020.

JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state?* remarks on remapping regulation and reinventing governance. Lancaster: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3iKYulB>. Acesso em: 20 dez. 2020.

KAVANAG, Matthew. Authoritarianism, outbreaks and information politics. *The Lancet Public Health*, London, v. 5, mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pIHWvD>. Acesso em: 29 abr.2020.

LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3vawz0U>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013

RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes; JURGENFELD, Vanessa Follmann. Desnacionalização e financeirização: um estudo sobre as privatizações brasileiras (de Collor ao primeiro governo FHC). *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 2, p. 393-420, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3zceCIP>. Acesso em: 6 jan. 2021.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 213-252, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/358jHh7>. Acesso em: 6 jan. 2021.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. 2 v.

Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais

Heliana Hess¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: *Home office* e teletrabalho ou trabalho remoto diferenças. Breve histórico do teletrabalho e “home office” no Poder Judiciário. Regulamentação pelo CNJ. Regulamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo. Jornada de trabalho remoto. Documentação virtual. Videoconferências. Estatísticas e produtividade. Vantagens de produtividade e tempo e desvantagens do isolamento social e trabalho remoto. Conclusão Bibliografia.

Palavras-chave: *Home office*. Teletrabalho. Pandemia. Resoluções CNJ e TJSP. Jornada de trabalho. Virtualização. Videoconferências. Produtividade. Software. Vantagens. Desvantagens.

Home office e teletrabalho diferenças

A pandemia de Covid-19, ou coronavírus, nos pegou de surpresa!

A vida era cheia de relações e presença. De repente, a partir de março de 2020 ela passou a ter um novo formato de trabalho e de relações sociais e familiares. Nada ficou como antes e nada será como está agora, porque a mudança e a adaptação a novos espaços de trabalho e maneiras de comunicação nas relações profissionais e sociais entrarão em nova fase de constante evolução.

O modelo de trabalho presencial modificou em tudo a forma do trabalho presencial para o *teletrabalho* ou “*home office*”, denominação linguística anglo-americana e usual².

Qual a diferença entre o “*home office*” e o teletrabalho ou trabalho remoto são nuances a serem analisadas.

O teletrabalho, mais restrito, foi regulamentado pela Lei 13.467/2017, com o objetivo de regulamentar a jornada de trabalho para o empregador:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho³ a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).

¹ Mestre e doutora em Direito do Estado (USP) e pós doutora em Ciência Política (UNICAMP).

² A expressão “*home office*” será utilizada no texto porque é a forma que se denomina internacionalmente o trabalho em residência ou em qualquer outro lugar em que o usuário da web se encontre.

³ Lei 13.467/2017 que introduziu o conceito e regras de teletrabalho.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)⁴

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 1o Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 2o Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos⁵ e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado⁶. Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho⁷. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência).

Importa notar que a lei visa a proteger o empregado no regime que adota o teletrabalho, mas também regulamentar o contrato e a jornada de trabalho para a responsabilidade do empregador durante a execução remota de serviços.

Na CLT, artigo 62, inciso, não é abrangido pelo regime de controle de jornada em ponto, porque o que efetivamente importa é a produtividade do trabalho realizado em regime de teletrabalho (Lei 13.467/17).

Portanto, o teletrabalho é realizado em jornada flexível, com aditivo em seu contrato por período especificado pela empresa, diante da pandemia de Covid-19, em razão das circunstâncias especiais que afastam obrigatoriamente o convívio presencial para evitar a propagação da doença no ambiente de trabalho. Aliás, esta discussão tem trazido à

⁴ As regras do teletrabalho variam muito, podendo haver serviço híbrido de *home office* e na empresa, por meio de plantões.

⁵ O custo de compras de hardware e software e instalação de rede fica a cargo do empregador.

⁶ A indenização por compras destes equipamentos não é fonte de inclusão em descontos previdenciário e imposto de renda do trabalhador.

⁷ Esta iniciativa deverá ser introduzida para evitar as doenças mentais e físicas que acometem o trabalhador em sistema de “home office”, com produtividade, mas sem horário fixo para o trabalho.

discussão da responsabilidade do trabalhador por proporcionar um ambiente seguro, limpo, com higienização com produtos de limpeza e álcool gel, máscaras e distanciamento pessoal para evitar o contágio pelo coronavírus.

Porém, não há regulamentação para a aquisição de equipamentos de informática e nem a infraestrutura adequada para a realização do teletrabalho, nem ainda se regulamentou a forma como devem ser computadas as horas-extras e o custeio de melhores equipamentos para a tecnologia da informação. Nem mesmo no âmbito do Poder Judiciário, a questão de compra de equipamentos, como notebooks, vídeos em duplicidade, instalação de redes e conexão de internet mais avançadas para o ajuste com o software do Sistema de Automação Judicial (SAJ) ou o PJE dos Tribunais Regionais e Trabalhistas e Eleitoral ainda está em link de conexão para ajustar o teleambiente de trabalho.

A Convenção 155 da OIT dispõe sobre a aquisição de equipamentos de teletrabalho: *70: Teletrabalho, custeio e equipamento. O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador.*

Neste sentido, para o teletrabalho o custo extraordinário com a aquisição de informática e aumento de conexão, necessárias para o desempenho da função, devem ficar a cargo de reembolso do empregador⁸.

Quanto ao denominado “home office”, a expressão anglo-americana passou a ser inserida em nosso vocabulário diário em razão da forma de trabalho em residência ou em qualquer lugar em que a pessoa esteja acessando a internet, como também pode ser no próprio ambiente de trabalho da empresa.

Por essa razão, o dever de cada empresa em proporcionar todo o material para o trabalho ser realizado com custeio de meios de informática e rede de computador.

Nesse sentido, discorrem Busnardo, Manfrin e Santos⁹ (2020):

Diante das explanações feitas, temos que o trabalho em home office nada mais é do que as exatas atividades que são realizadas dentro da empresa, porém em determinados dias, fora dela. Inclusive, mantém-se os horários e, por conseguinte, o controle de jornada. Assim sendo, é dever da empresa propiciar ao funcionário em home office o mesmo ambiente de trabalho que existe dentro da empresa. Logo, todo o material necessário para que o trabalho seja executado deve ser custeado pela empresa, e eventuais custos extras, como energia e internet, também devem ficar a cargo da empresa. Quanto a responsabilidade em eventual acidente de trabalho, diferentemente do teletrabalho, o home office já é um risco assumido pela empresa, pois conforme exposto, nessa modalidade de trabalho não há qualquer diferença na realização do trabalho nas dependências da empresa ou em casa, de modo que as disposições do contrato de trabalho se mantêm intactas.

⁸ O teletrabalho é mais custoso para o empregador que assume a jornada e o controle e todo o repasse de custos do equipamento, por regra já inserida na CLT.

⁹ Sistematizando a diferença entre teletrabalho e home office, tem-se o artigo: BUSNARDO, Leonardo Moretti; SANTOS, Marcos Rogério; MANFRIN, Jaqueline B.B. Sistematizando a diferença entre teletrabalho e home office. *Laure, Volpon e Defina Advogados*, Ribeirão Preto, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gaNmwu>. Acesso em: 30 jan. 2021.

Portanto, a diferença é muito importante porque há delimitação de responsabilidade do empregador e do empregado.

No teletrabalho não é possível haver o controle de jornada, e o custeio de pode ser feito pelo empregador e a responsabilidade para o cumprimento das regras de acidente e segurança é do empregado, com aditivo em contrato de trabalho.

Já no sistema de trabalho do *home office*, em que a modalidade de trabalho é a distância, não há necessidade de elaborar contrato de trabalho, podendo haver o controle de jornada de trabalho por entrada e saída do sistema virtual e o sistema fica instituído pela política de trabalho da empresa por período delimitado.

A produtividade é fator que não se diferencia nas modalidades. O custeio dos equipamentos para acessar o *software da empresa* e o sistema de internet devem ser custeados e reembolsados pelo empregador e a produção é analisada ao final de cada mês ou jornada de trabalho, a critério da empresa.

Assim, as regras para as modalidades devem ser bem delimitadas, pois ambos os modos de trabalho vieram para ficar, diante de benefícios serão observados na produtividade e na qualidade de vida dos empregados e da economia de recursos pela empresa. Mas a definição clara de regras de cada uma das modalidades somente ficará mais consolidada com a jurisprudência trabalhista e previdenciária, inclusive de doenças e acidentes do trabalho.

Breve histórico do teletrabalho e “home office” no Poder Judiciário

O teletrabalho no Poder Judiciário teve seus primórdios com a possibilidade de trabalho remoto total ou parcial permitido aos servidores, fora da sede de jurisdição do Tribunal e no interesse da prestação do serviço público. Cada tribunal, dentro de sua esfera de competência administrativa e orçamentária e a partir da criação do Comissão de Gestão do Teletrabalho, pôde regulamentar a jornada dos servidores, mas não dos juizes, que ainda eram obrigados a comparecer diariamente ao gabinete, sob pena de responsabilidade, mormente de residir na Comarca, salvo autorização do tribunal (artigo 93, VII da CF). A regulamentação teve início com as mudanças introduzidas pela virtualização da prestação de serviços e do processo digital, já em 2013, com base na Resolução 70/2012 do CNJ. Para os planos estratégicos dos Tribunais, o Desembargador Ivan Sartori passou a implementar medidas efetivas para a informatização do TJSP, no plano estratégico do Tribunal de Justiça do biênio 2013/2014, revisado em 2014, para dar continuidade ao sistema de informatização de Justiça com o sistema de automação judicial (SAJ)¹⁰. A continuidade do planejamento estratégico para o TJSP de 2015/2020 foi seguida pelo Desembargador José Renato Nalini com amplificação do sistema de informatização dos ofícios de Justiça e dos Gabinetes, por meio do TIC e STI, que foram ampliados com eficiência de modo a atingir todos os setores¹¹.

Ressalta-se que o sistema SAJ já vinha sendo implementado desde a sua instalação (2005-2006), porém, as ferramentas de gestão do programa para Gabinetes e Varas e de

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. *Planejamento Estratégico 2010-2014*. São Paulo: TJ-SP, [2010?]. Disponível em: <https://bit.ly/3iGvtCq>. Acesso em: 1 fev. 2021.

¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. *Planejamento Estratégico 2015-2020*. São Paulo: TJ-SP, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3zmP9pA>. Acesso em: 1 fev. 2021. A meta 6 teve por objetivo a integrar os sistemas de 1º e 2º graus até 31/12/2020, vide o item 6 a 6.7 do link acima.

comunicação interna foram ampliadas com a dotação de novas plataformas. Estas metas visavam aumentar em 100% a virtualização dos processos digitais em todas as Varas, incluindo até as Execuções Fiscais e Criminais, como descritos nos objetivos 5, 6, 7 e 8 e 9.

A modernização do sistema de informática do Tribunal contou com a participação de equipes bem-geridas de assessores e de pessoal técnico do SAJ, atingindo o objetivo principal de uniformidade no sistema judicial digital nas Varas da Capital e do interior.

A pandemia de Covid-19 trouxe significativas mudanças para toda a prestação do trabalho em ambiente digital, que teve que ser expandido a partir de fevereiro e março de 2020 para todos a rede de computadores dos funcionários e juizes. Para tanto toda a estratégia foi feita por meio de comunicação digital do sistema Teams e Outlook com aperfeiçoamento constante do sistema de documentação do SAJ para permitir o *home office*. Estas plataformas e ferramentas modificaram a forma de atuação dos juizes e dos serventuários, que estavam aptos a realizar a prestação de serviços on-line, com computadores notebooks em seus *home offices*. Porém, muitos escreventes, técnicos e serventuários ficaram sem poder trabalhar no sistema, porquanto não dispunham de equipamentos de informática e de acesso à internet Wi-Fi para dar continuidade ao trabalho virtual. Esta adaptação até o presente momento ainda não foi solucionada, porque falta orçamento para compra ou ressarcimento das despesas com notebooks e monitores/vídeos e redes de informática, necessários para trabalho em ambiente remoto com a digitalização de processos, a visualização de autos digitais e a elaboração de atos processuais em ofícios virtuais.

Regulamentação do CNJ

A Justiça em Números do ano de 2019 (ano base de 2018) teve um perfil muito diferente dos relatórios Justiça em Números de 2020 (ano base 2019), o que pode ser observado nas estatísticas.

O Presidente do CNJ, Ministro Dias Toffoli, descreveu o ano de 2019 do seguinte modo:

A implantação do DataJud, já em fase de execução, irá permitir a extinção e simplificação de diversos cadastros e sistemas existentes, promovendo economia de recursos públicos e alocação mais produtiva da mão de obra existente. Com a base única, novos dados poderão ser coletados, os quais poderão subsidiar novas análises e diagnósticos. Essa inovação, fruto do trabalho incessante e dedicado da equipe do CNJ, permitirá um avanço ainda maior na gestão de dados do Poder Judiciário, em direção à política de dados abertos com base na ciência de dados e no suporte fornecido pelas novas tecnologias de informação. Assim, o Relatório Justiça em Números, a partir desta 16ª edição, também se encontra em processo de evolução em direção à maior transparência e eficiência, o qual culminará em melhorias em formato e conteúdo já a partir da próxima edição. Além dos relevantes avanços alcançados no último ano, o Relatório Justiça em Números 2020 apresenta também os gargalos da Justiça brasileira. A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de

apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no presente Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados. No entanto, as conclusões do Relatório Justiça em Números 2020 fornecem razões para otimismo, dando novo fôlego aos magistrados, aos servidores e aos demais trabalhadores do sistema de justiça para continuarem trabalhando com afinco em prol de um Judiciário melhor para a sociedade. O Poder Judiciário brasileiro caminha no rumo certo, ao se aprimorar em eficiência, transparência e responsabilidade, conforme evidenciado pela melhora sem precedentes nos seus indicadores de desempenho e produtividade. Quem ganha é o jurisdicionado e a sociedade brasileira como um todo, que podem contar com um Poder Judiciário cada vez mais comprometido com a realização efetiva da justiça e da paz social. Ministro Dias Toffoli Presidente do Conselho Nacional de Justiça.¹²

A primeira Resolução do CNJ que tratou de teletrabalho foi a Resolução nº 298, de 22 de outubro de 2019,¹³ que estabeleceu o teletrabalho integral ou parcial a todos os servidores dos tribunais, até mesmo fora da sede de jurisdição, inclusive no exterior, conforme o interesse da administração. A quantidade de servidores e as atividades e o tempo de trabalho foram definidos por órgão comissionado de cada Tribunal no âmbito de sua competência administrativa e financeira. Ficou estabelecido que a produtividade seria maior por parte daqueles que ficaram nas dependências do órgão, na proporcionalidade e razoabilidade de cada setor, mas que aqueles que optassem pelo teletrabalho não receberiam o auxílio-transporte e nem teriam direito ao banco de horas.

Ao aceitar este regime de teletrabalho, o servidor deverá já dispor de equipamentos e instalação de rede de computador adequados, sem haver indenização ou compensação por compra de equipamentos. Entrementes, a utilização de simples notebook ou de um computador de mesa, que já era comum, não ajuda na visão necessária de autos digitais, que requerem dois vídeos ou monitores para melhor desempenho dos atos processuais. Isso falta à maioria de servidores dos órgãos do Judiciário, que somente utilizam uma tela. Poderia ter sido feito uma cessão de monitor, sob responsabilidade do servidor e chefia, para melhorar esta condição de trabalho.

As comunicações devem ser feitas por videoconferência e por meio de plataformas eletrônicas de celular, como o WhatsApp, por sistema de e-mail ou por meio de canais intranet

Não se esperava, todavia, uma mudança tão radical em outubro de 2019. Porém, com o início do fechamento, ou melhor, do *lockdown*, determinado por cada Estado membro para evitar a propagação da Covid-19, o CNJ alterou esta resolução para adaptá-la a nova condição de trabalho, estendida a todos os servidores e magistrados.

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em Números 2020: ano base 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xcDuYK>. Acesso em: 2 fev. 2021.

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução nº 298, de 22 de outubro de 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gec13p>. Acesso em: 4 fev. 2021.

A Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, estabeleceu o regime de Plantão Extraordinário do Judiciário no âmbito do Poder Judiciário para garantir o acesso à justiça no período emergencial, com a suspensão de todo trabalho presencial de todos e com a possibilidade de manutenção de plantões e serviços essenciais em cada tribunal.

Importante observar no artigo 2ª as atividades do plantão em cada Tribunal, com a suspensão presencial de atendimento aos advogados e com o afastamento da escala de plantão de todos os servidores e magistrados do grupo de risco.

Art. 2º O Plantão Extraordinário, que funcionará em idêntico horário ao do expediente forense regular, estabelecido pelo respectivo Tribunal, importa em suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurada a manutenção dos serviços essenciais em cada Tribunal.

§ 1º Os tribunais definirão as atividades essenciais a serem prestadas, garantindo-se, minimamente:

I – a distribuição de processos judiciais e administrativos, com prioridade aos procedimentos de urgência;

II – a manutenção de serviços destinados à expedição e publicação de atos judiciais e administrativos;

III – o atendimento aos advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da polícia judiciária, de forma prioritariamente remota e, excepcionalmente, de forma presencial;

IV – a manutenção dos serviços de pagamento, segurança institucional, comunicação, tecnologia da informação e saúde; e

V – as atividades jurisdicionais de urgência previstas nesta Resolução.

§ 2º As chefias dos serviços e atividades essenciais descritos no parágrafo anterior deverão organizar a metodologia de prestação de serviços, prioritariamente, em regime de trabalho remoto, exigindo-se o mínimo necessário de servidores em regime de trabalho presencial.

As resoluções nº 314, de 20 de março de 2020, nº 317, de 30 de março de 2020, nº 318, de 7 de maio de 2020, e a Portaria nº 79, de 22 de maio de 2020, prorrogaram o serviço extraordinário enquanto perdurasse a pandemia.

As resoluções sobre a prorrogação da pandemia foram se estendendo até o presente momento, com a publicação da nº 322/2020

A possibilidade de videoconferências de conciliação e para apresentação e custódia de presos foi regulamentada pela Resolução nº 357, de 26 de novembro de 2020, as plataformas foram adaptadas por cada Tribunal (por meio da Res. nº 337, de 29 de setembro 2020) e regulamentou-se o Sistema Nacional de Videoconferência (Provimento nº 75, de 6 de setembro de 2018)¹⁴.

Importante notar que o CNJ aprovou em plenário o ato normativo, por meio da Resolução nº 345, de 9 de outubro de 2020, o “Juízo 100% Digital”¹⁵, que dispõe sobre a informatização do processo digital, de modo que todos os atos e processos sejam

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Atos Normativos*. Brasília, DF: CNJ, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/2RN9rYE>. Acesso em: 11 jun. 2021.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Portaria nº 166, de 24 de agosto de 2010*. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3waDxfx>. Acesso em: 11 jun. 2021.

realizados totalmente por meio eletrônico. A escolha é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. “A Justiça 100% digital é optativa, mas acompanha a agilidade do mundo contemporâneo e traz benefícios para os advogados e para todos nós que visamos a duração razoável dos processos, que é um direito fundamental consagrado pela Emenda 45”, explicou o ministro Toffoli. O presidente destacou que, na modalidade do “Juízo 100% Digital”, as partes poderão requerer a participação na audiência por videoconferência em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário. “As audiências e sessões ocorrerão exclusivamente por videoconferência, algo que temos feito durante a pandemia do coronavírus.”¹⁶

Haverá atendimento remoto durante todo o expediente forense, que será feito por meio de comunicação em plataformas digitais a serem implantadas pelos respectivos tribunais.

Para o conselheiro Rubens Canuto, a possibilidade de os tribunais executarem os atos exclusivamente por meio eletrônico e remoto será benéfico para o fluxo processual no Poder Judiciário:

*O Juízo 100% Digital será um grande avanço para a tramitação dos processos e vai colaborar com a efetividade jurisdicional e a celeridade processual, princípios que devem nortear os processos modernos. Isso mostra que o CNJ está em sintonia com a concepção do Novo Código do Processo Civil.*¹⁷

Destarte, implantado o juízo digital, haverá com certeza mudanças significativas na forma e na mentalidade de trabalho *home office* para todos os jurisdicionados, e para o Poder Judiciário, uma nova era.

Por fim, os dados de produtividade e de celeridade devem ser comunicados ao CNJ todos os anos para análise entre os órgãos de primeira e segunda instância, alimentando as estatísticas do Justiça em Números do Órgão Nacional do Judiciário.

Regulamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo

A partir de março de 2020, com a expansão da pandemia do coronavírus em todo o Brasil e com o Plano de Contingência do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça de São Paulo passou a emitir periodicamente provimentos para regulamentar o trabalho por meio de *home office* para todos os servidores e magistrados.

Os Provimentos iniciais do CSM nº 2545, de 16 de março de 2020, e os nºs 2546, 2547 e 2548, de 23 de março de 2020, até a edição do de nº 2551¹⁸, nos termos da Recomendação do CNJ nº 62, de 17 de março de 2020, deram início ao regime de plantão especial em trabalho remoto *home office*, para enfrentar a pandemia de Covid-19. A “quarentena” do governo estadual era seguida por meio de Provimentos do TJSP. Como não se esperava

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Plenário aprova proposta para varas atuarem de modo 100% digital. CNJ, Brasília, DF, 6 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gb7TRE>. Acesso em: 11 jun. 2021.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. [TJ-SP inicia regime de plantão especial na próxima segunda]. TJ-SP, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3czJzXm>. Acesso em: 11 jun. 2021.

que a propagação do novo coronavírus fosse tão intensa, a sequência sempre de 15 em 15 dias foi sendo reiterada, com os provimentos na linha de estabelecer diretrizes para o trabalho remoto e regras para evitar aglomerações de pessoas e redução do contágio.

Jornada de trabalho remoto – Documentação virtual – Videoconferências – Estatísticas de produtividade

O Provimento nº 2545, de 16 de março de 2020,¹⁹ em seus *considerandos iniciais*, aborda a pandemia de Covid-19, a preocupação com o contágio pela presença fixa e a necessidade evitar a aglomeração, e, ao mesmo tempo, a necessidade de trabalho remoto e da continuidade da prestação essencial do serviço judicial, estabelecendo, deste modo, regras que suspendiam os prazos processuais, o atendimento ao público e as atividades internas das unidades judiciais e administrativas a partir de 16 de março de 2020, com número mínimo de funcionários em escritórios e plantões judiciais de juizes de primeiro grau. Além disso, foram estabelecidas regras de videoconferência de custódia de presos e de sessões das Câmaras, assim como afastados os serventuários e magistrados do grupo de risco e portadores de deficiência e comorbidades.

O trabalho remoto por meio do Sistema SAJ foi rapidamente aperfeiçoado para abranger todos os funcionários, magistrados, estagiários e demais terceirizados administrativos com a funcionalidade do sistema de software pelo Microsoft 365 instalado nos notebooks de todos os que podiam trabalhar em *home office*. Ademais, as assinaturas digitais e os atos processuais foram aperfeiçoados para agilizar o sistema SAJ com novas ferramentas por meio de videoconferência pelo Teams e por outras plataformas do sistema Office 365 que estabelecem conexões em todos os níveis e permitem tanto ao jurisdicionado como a advogados a comunicação remota em tempo real.

Embora alguns falhas e lentidão no Sistema SAJ tenham sido observadas, porque o sistema tem sido lento e com carregamento excessivo, o esforço da Presidência do Tribunal tem sido de muita valia para todos que operam neste sistema remoto de *home office*, assim como nas escolas da Magistratura (EPM) e do serventuário (EJUS).

Falta, no entanto, auxiliar os funcionários com aperfeiçoamento em TI constante para adquirirem monitores de vídeo e notebooks para a melhoria do trabalho remoto. A cessão de monitores sob responsabilidade seria uma opção muito válida para facilitar a leitura dos autos em sistema digital.

Todo este esforço tem sido bem produtivo e eficiente, como pode ser observado na notícia do jornal *Valor Econômico* de 7 de outubro de 2020²⁰:

A produção de atos processuais em trabalho remoto do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) alcançou o total de 16.670.854 no dia 4 deste mês. Os dados compreendem sentenças, acórdãos, despachos e decisões produzidos por magistrados e servidores de todas as unidades judiciais. A média é de mais de 83,3 mil atos diariamente, desde a implantação parcial do sistema de trabalho remoto em 16 de março –

¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. [E-mail institucional da Presidência para todos os serventuários, juizes e desembargadores]. São Paulo, 16 mar. 2020. 1 e-mail.

²⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. [Produção do TJ-SP]. TJ-SP, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pNGnN5>. Acesso em: 7 fev. 2021.

estendido a toda a Corte no dia 25 de março – até domingo, dia 4. Mesmo com a retomada gradual do trabalho presencial escalonado, em 27 de julho, magistrados e servidores do maior Tribunal de Justiça mantêm a produção remota via web connection.

Em recente publicação sobre o trabalho remoto, o TJSP publicou a recente estatística sobre a produção no período de *home office* e a prestação de serviços judiciais com elevada produção por meio de *web connection*:²¹

Mais de 320 dias já se passaram desde que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) instituiu o trabalho remoto como forma de conter o avanço do novo coronavírus (Covid-19). E, mesmo com esse desafio, de 16 de março a 31 de janeiro último, magistrados e servidores do maior Tribunal da América Latina produziram 25.426.743 atos processuais, entre sentenças, acórdãos, decisões e despachos – o que corresponde a 79 mil atos por dia.

A modalidade de trabalho remoto, a prestação jurisdicional é feita por web connection. Até o final de janeiro, foram contabilizados 41.306 usuários distintos e 6,35 milhões de conexões. O trabalho 100% remoto durou cerca de 4 meses, de 25 de março a 27 de julho. Apenas após a entrada das regiões na Fase 2 (laranja) do Plano São Paulo, o TJSP iniciou o retorno gradual das atividades presenciais, ainda com a maioria das equipes trabalhando remotamente:

Confira a produção de 1º e 2º Graus (de 16/3 a 31/1):

1º grau: Despachos = 8.274.386, Decisões Interlocutórias = 12.670.489 e Sentenças = 2.771.386

2º grau: Despachos = 795.396, Decisões monocráticas = 91.285, Acórdãos = 823.421

Além das atividades no sistema por web connection, os servidores também trabalham na organização das agendas, pesquisas, entre outras tarefas. O contato do público com o cartório é preferencialmente por e-mail, disponibilizados das unidades em (www.tjsp.jus.br/e-mail).

Também estão sendo realizadas audiências por videoconferência. O trabalho funciona em dias úteis, das 9h às 19h, e os plantões ordinários (aos finais de semana e feriados) também são remotos e recebem peticionamento eletrônico das 9 às 13 horas. Serviços on-line também foram disponibilizados para auxiliar advogados e jurisdicionados que precisam do Judiciário. As iniciativas evitam o deslocamento e são uma forma de prevenir a disseminação da Covid-19. Veja mais informações sobre os serviços on-line do TJSP.

²¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. [Tribunal de Justiça paulista produz 25,4 milhões de atos processuais durante a pandemia]. TJ-SP, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ze679T>. Acesso em: 11 jun. 2021.

Vantagens de produtividade e de tempo e desvantagens do isolamento social e do trabalho remoto

A análise pontual da regulamentação e da prestação de serviços no período de Covid-19 ainda continua no curso deste trabalho. É certo que estaremos diante de um novo mundo e de um novo modelo de gestão de trabalho que se abre a partir do início de 2020 para todos que atuam na prestação de serviços judiciais.

O *home office* e o *teletrabalho* são modalidades de prestação de serviço do novo mundo virtual, que se descortina com evolução constante e imprevisível. Nesta esteira rolante, a cada dia enfrentamos constante desconexão e quedas do sistema remoto de internet e da conexão de plataformas virtuais que nos proporcionam tempo e produtividade. Mas, há também a constante vigilância, a interligação do trabalho em equipe e a necessária comunicação para estabelecer elos de redes e de sistemas de plataformas privados.

As *vantagens* dessa modalidade de trabalho são muitas. Podemos elencar da seguinte forma:

Infraestrutura digital e links de comunicação nacionais e internacionais: constitui na adaptação da organização de teletrabalho em equipe por meio da rede mundial de computadores em plataformas digitais, cada dia mais avançadas e com ferramentas inovadoras, que proporcionam agilidade na produção de trabalho, com identificação de partes e com análise de dados para a produção de atos em conjunto e em massa, como os atos judiciais e, até mesmo, decisões e sentenças padronizadas. A comunicação e a revolução do sistema digital permitirão a colaboração entre os Entes Estatais e a agilidade de troca de informações e dados, com a facilidade para todos os usuários. O conteúdo da forma e organização do sistema de trabalho com maior cooperação e feedback e a formatação de pastas digitais com o armazenamento em nuvem (One Drive, Google, iCloud, Dropbox etc.), permitirão a troca de dados e de atos de serviços mais rápida e com facilidade de acesso a todos, agilizando o serviço.

Os servidores públicos e privados deverão ser melhor instruídos e adaptados para as funções digitais, com cessão ou pagamento em ressarcimento de novos e modernos equipamentos para a prestação de serviços tanto no trabalho nos escritórios, quanto em *home office*, porque é necessário a visualização digital de documentos. As reuniões e tarefas podem ser transmitidas por meio de videoconferência entre a chefia e os funcionários.

Os servidores precisam ser instruídos sobre as doenças e acidentes de trabalho, como pausas e de intervalos para evitar doença mentais, de estresse, ansiedade, *burnout* etc, bem como sobre cuidados com a coluna e os membros superiores para evitar doenças osteoplásticas.

Ergonomia e modificação das condições e dos ambientes de trabalho: adaptação de ambientes *home office* em residências e nos gabinetes e escritórios mais estruturados para acolher a nova forma de organização, com economia de recursos de locais para os recursos humanos. A modernidade das instalações tanto em mobiliário, como em equipamentos mais ergométricos, com facilidades de transporte para qualquer ambiente ou localidade, facilitará a mobilidade de funcionários e a diminuição de tempo em grandes cidades em trânsito, em tráfego intenso de veículos que ocasiona a perda de tempo no percurso do trabalho e casa e vice-versa.

Ajustes entre a vida familiar e do trabalho: serão necessários ajustes na escala de trabalho para adaptar a vida familiar à prestação de serviços em *home office*. Se, por um lado, há vantagens para a vida em família, principalmente de pais e mães em época de filhos pequenos e em idade escolar, que precisam de ajuda nos deveres da escola, é, por outro, preciso mais disciplina nos horários de vida doméstica on-line para todos. A dinâmica familiar irá assumir uma intensificação, com a maior participação dos pais no ambiente com filhos e também com idosos, os quais requerem o acompanhamento mais intenso nessa fase da vida. Pausas constantes e flexibilidade de trabalho se ajustarão na escala da vida familiar e de lazer para todos aqueles ajustados e adaptados com a flexibilidade e produtividade do trabalho digital.

O esporte e o lazer voltarão a fazer parte da rotina da vida de trabalhadores e servidores, de modo a melhorar a qualidade de vida e a saúde mental e física. As pessoas terão mais oportunidade de viajar e trabalhar em ambientes diversos, porque a comunicação por meio digital facilitará a flexibilidade pessoal e profissional.

Dados e imagem em preservação ou necessária exposição: o direito à imagem e à privacidade dos servidores deve ser respeitada, por meio de plataformas de videoconferência e da padronização das plataformas de transmissão por rede de computadores. O consentimento por meio de imagem nos vídeos deverá ser respeitado. A voz e a aparência podem ser melhor ajustados no sistema digital. A imagem dos órgãos públicos, como os Tribunais, deverá ser respeitada por servidores e juízes, com cautela de imagem nos usos de vídeo e transmissão de dados, evitando fraudes, havendo a responsabilidade da empresa por danos e ilícitos cometidos on-line pelos funcionários aos jurisdicionados, principalmente a transmissão de dados sigilosos e sensíveis de privacidade das partes.

A socialização e o trabalho em equipe em *home office* é ajustado em horários mais flexíveis, porém, a presença física em trabalho híbrido na empresa pode ser ajustada para se encontrar um equilíbrio na aproximação de trabalhadores e chefia.

Algumas *desvantagens* são analisadas:

Custos de equipamentos e de softwares em constante atualização: a ergonomia e a evolução dos sistemas de software e de plataformas virtuais são custosas para os desenvolvedores, pois há a necessidade de aquisição dos produtos mais recentes modernos para os Tribunais, assim como da conexão de dados e seu arquivamento em nuvem.

Responsabilidade do órgão por dados sensíveis de usuários: a utilização de dados e a manipulação destes deverão ser tratadas com cuidado e com a responsabilidade do servidor e do órgão responsável.

Neste sentido, um alerta é importante. Segundo Ariadne Fabiane Velosa²², em análise de nota técnica do Ministério Público do Trabalho sobre o teletrabalho:

As empresas precisam entender que o teletrabalho exige algumas cautelas, principalmente se a modalidade for adotada de forma definitiva. Isso porque a responsabilidade da culpa in vigilando permanece – ou seja, quando o trabalhador, sob a responsabilidade da empresa, sofre algum dano ou acidente que poderia ser prevenido em virtude da fiscalização ou adoção de medidas preventivas

²² VELOSA, Ariadne Fabiane. As 17 recomendações do Ministério Público do Trabalho para o teletrabalho. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3zfq8Nn>. Acesso em: 6 fev. 2021.

pela empresa. Ou seja, mesmo à distância, a empresa pode ser responsabilizada por conta de fatores que sejam desinentes da sua ausência de vigilância sobre aquilo que está sendo feito pelo seu funcionário. Por isso, a nota técnica não deve servir como um desestímulo para as empresas quanto à aplicação do home office, mas, sim, como alerta de que essa modalidade, assim como o trabalho presencial, demanda a vigilância e adequação das empresas à normas trabalhistas, como cumprimento da jornada de trabalho, ter um ambiente adequado para evitar futuras doenças ocupacionais por falta de ergonomia, entre outros. Dessa forma, é recomendável que as empresas tenham um assessoramento jurídico para analisar sua adequação às normas vigentes para implementação do home office de forma definitiva.

Falta de interrelacionamento pessoal entre os grupos e pessoas: o isolamento social e pessoal imposto pela pandemia de Covid-19 não deve servir para o isolamento total, porque o ser humano não está acostumado a viver sozinho. A vida em comunidade deve ser explorada para melhor distribuição de serviços e de bens a todos. Por isso, a atual forma de trabalho remoto em *home office*, isolado de agrupamento e de reuniões pessoais, afasta as pessoas e as deixa com comportamento psicossocial em distopia e em desconexão com a intuição e sensibilidade de convivência pessoal entre os humanos. Somos seres gregários por natureza, de modo que a união de pessoas é saudável para manter o equilíbrio mental e a higidez psicológica por meio do afeto e da troca. Cada qual tem o seu comportamento e reação às circunstâncias do isolamento. Porém, as doenças psiquiátricas e psicossomáticas são mais intensas e constantes nas pessoas isoladas e sem interrelacionamento pessoal²³

O estresse e a ansiedade da cobrança por produtividade, em conjunto com o isolamento social, têm gerado as doenças do século, que são a depressão e a ansiedade crônicas e que podem gerar outros sintomas como o ganho ou a perda de peso, a insônia, a adição em bebidas alcoólicas, a irritabilidade, a falta de humor, a desconfiança no potencial em menos-valia pessoal, entre outros desencadeadores de “janelas killers”, como chama o psiquiatra Augusto Cury²⁴, isto é, fatores psicossomáticos que levam a doenças crônicas e até à morte.

A normas e regras de *home office* ou de teletrabalho têm que ser flexíveis, constantes e sem burocracias que imponham empecilhos às rápidas mudanças do ambiente e das formas de trabalho remotas.²⁵ As ações e a nova jurisprudência em constante evolução devem ajustar a natureza da prestação de serviços e venda de mercadorias por plataformas de serviços em rede de computadores. As regras de segurança e a saúde do “telesservidor” têm que ser asseguradas e cumpridas pelos órgãos públicos e tribunais.

²³ Os mestres da comunicação por vídeo conferência, Leandro Karnal, Monja Cohen, Felipe Pondé, Mario Sergio Cortella, Pedro Alvarez, por meio de vídeos em várias plataformas de streaming, têm alertado para a insegurança e depressão do isolamento pessoal nesta época de pandemia.

²⁴ CURY, Augusto. *Ansiedade: Como Enfrentar o Mal do Século*. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁵ CALCINI, Ricardo; COSTA, Filipe Rodrigues. O Teletrabalho e o lanche fornecido pelo empregador. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3guRbLO>. Acesso em: 11 jun. 2021.

Conclusão

Desde o início da expansão da pandemia de Covid-19 em nosso país, as mudanças na forma de prestação de trabalho tiveram que se adaptar de forma mais resiliente e dinâmica que em outras épocas, em que não havia a imposição do isolamento social.

As adaptações foram feitas com a celeridade e a presteza necessárias, embora a insegurança e a distopia da aplicação do direito com a subsunção das suas regras a situações passadas tenha que ser adaptada prontamente, passando pela inserção no cotidiano diário dos prestadores de serviços por parte do órgão de governo e pela gestão e mobilidade constante do tempo e da espaço. À medida que o inimigo invisível e externo, o vírus, foi se espalhando, os serviços judiciais foram sendo adaptados à constante digitalização e virtualização por meio de avançadas plataformas digitais.

O denominado *home office* ou o teletrabalho foram sendo implementados por medidas e resoluções sobre os serviços e plataformas digitais para o período de trabalho em residência ou em qualquer local onde o servidor encontrava-se em isolamento, por sua escolha e não pelo Tribunal. A presença física, que antes era exigida do servidor e dos magistrados, foi sendo mitigada e flexibilizada. A audiência virtual por videoconferência, os atos e decisões digitais com novos *moods* e *links* e por instrumentos de mídia digital foram sendo aperfeiçoados por equipes de TI e por técnicos que passaram a fazer parte de nossos Tribunais.

A adaptação de servidores, ainda não treinados e equipados para assumir os serviços em *home office*, foi necessária para a continuidade da prestação de serviços nas várias esferas da Justiça, bem como nas eleições de 2020, que foram bem-sucedidas, demonstrando a organização de eficiência do sistema on-line.

Desde março de 2020, os provimentos e resoluções do CNJ, em âmbito nacional, e do Tribunal de Justiça de São Paulo foram importantes para a nova forma de trabalho on-line nas plataformas digitais do sistema de software e redes. Em que pesem as instabilidades constantes do sistema SAJ e do Microsoft 365, passamos a administrar o tempo para a produção e a evolução do serviço digital, visando a entrega *on time* e on-line do serviço de justiça à população. A virtualização e a digitalização de processos físicos foram aos poucos sendo feitas desde 2008, até a cadeia produtiva “100% digital”, como definiu o CNJ, a partir de 2020.

A comunicação de atos e audiências foram se adaptando à videoconferência com os jurisdicionados e advogados públicos e privados no sistema Webconncetion, Teams, Webex Meeting, Zoom, Google Meet etc.

O *home office* ou teletrabalho²⁶ tiveram muitas adaptações diárias e nosso público sofreu com a falta de previsibilidade e nas quedas dos serviços on-line por excesso de usuários. O prestador de serviços teve que se adaptar à nova jornada de trabalho mais flexível e mais produtiva, sem ser necessário contar as horas de trabalho.

Vantagens e desvantagens estão sendo enfrentadas. As plataformas on-line e os links permitem a comunicação nacional e internacional, a troca de dados e o armazenamento

²⁶ Ver TEVAH, Eduardo. O Teletrabalho, produtividade e efetividade da Justiça na era do Processo Eletrônico. In: SEMINÁRIO DE GESTÃO E INOVAÇÃO NO JUDICIÁRIO, 1., 2020, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola de Formação Judiciária do TJDF, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gvaWmD>. Acesso em: 11 jun. 2021.

em nuvem. A flexibilidade do *home office* permite tempo livre com a família e para o lazer, bem como a melhora da saúde e da qualidade de vida, primordialmente sem enfrentar trânsito intenso e desgastante no trajeto para o local de trabalho e a facilidade de entrada no sistema em horário para produzir ou em reuniões digitais. No entanto, algumas desvantagens são trazidas com o novo modo de trabalho, como o isolamento social, o custo de equipamentos e transmissão de dados em TI e as doenças profissionais colunares e de LER/DORT dos membros superiores.

As chaves são a resiliência para enfrentar a imprevisibilidade e as mudanças constantes diante do incerto, do mundo digital, da insegurança de dados e do sigilo aberto em possível fraudes cibernéticas que vêm de fora e nos assombram com a velocidade da luz.

Somos seres sociais, por isso, não podemos deixar que o trabalho isolado permita que doenças mentais do estresse, da ansiedade e da depressão se instalem, nos abatem ou tirem a nossa energia vital.

Estamos todos conectados na rede mundial, como já preleciona Yuval Noah Harari, e não há mais volta ao passado²⁷. A cooperação, a comunicação e a resiliência em adaptação digital devem ser aperfeiçoadas para o novo mundo e as novas formas de trabalho que se aproximam na mudança imposta no limiar do ano 21 do século XXI²⁸.

Referências bibliográficas

BUSNARDO, Leonardo Moretti; SANTOS, Marcos Rogério; MANFRIN, Jaqueline B. B. Sistematizando a diferença entre teletrabalho e home office. *Laure, Volpon e Defina Advogados*, Ribeirão Preto, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gaNmWu>. Acesso em: 30 jan. 2021.

CALCINI, Ricardo; COSTA, Filipe Rodrigues. O Teletrabalho e o lanche fornecido pelo empregador. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3guRbLO>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Atos Normativos*. Brasília, DF: CNJ, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/2RN9rYE>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em Números 2020: ano base 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xcDuYK>. Acesso em: 2 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Plenário aprova proposta para varas atuarem de modo 100% digital. *CNJ*, Brasília, DF, 6 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gb7TRE>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Portaria nº 166, de 24 de agosto de 2010*. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3waDfxf>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Resolução nº 298, de 22 de outubro de 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gec13p>. Acesso em: 4 fev. 2021.

CURY, Augusto. *Ansiedade: Como Enfrentar o Mal do Século*. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁷ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

²⁸ Para mais informações, ver no site da revista *The Economist* as grandes mudanças tanto para o século XXI como para 2021 em um resumo de 20 pontos das análises de especialistas do que está por vir em 2021: THE WORLD in 2021. *The Economist*, London, 2021. Disponível em: <https://econ.st/2ROBDue>. Acesso em: 11 jun. 2021.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

TEVAH, Eduardo. O Teletrabalho, produtividade e efetividade da Justiça na era do Processo Eletrônico. In: SEMINÁRIO DE GESTÃO E INOVAÇÃO NO JUDICIÁRIO, 1., 2020, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola de Formação Judiciária do TJDF, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gvaWmD>. Acesso em: 11 jun. 2021.

THE WORLD in 2021. *The Economist*, London, 2021. Disponível em: <https://econ.st/2ROBDue>. Acesso em: 11 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. *[E-mail institucional da Presidência para todos os serventuários, juizes e desembargadores]*. São Paulo, 16 mar. 2020. 1 e-mail.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. [Produção do TJ-SP]. *TJ-SP*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pNGnN5>. Acesso em: 7 fev. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. [TJ-SP inicia regime de plantão especial na próxima segunda]. *TJ-SP*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3czJzXm>. Acesso em: 11 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. [Tribunal de Justiça paulista produz 25,4 milhões de atos processuais durante a pandemia]. *TJ-SP*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ze679T>. Acesso em: 11 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. *Planejamento Estratégico 2010-2014*. São Paulo: TJ-SP, [2010?]. Disponível em: <https://bit.ly/3iGVtCq>. Acesso em: 1 fev. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJ-SP. *Planejamento Estratégico 2015-2020*. São Paulo: TJ-SP, 2015. <https://bit.ly/3zmP9pA>. Acesso em: 1 fev. 2021.

VELOSA, Ariadne Fabiane. As 17 recomendações do Ministério Público do Trabalho para o teletrabalho. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3zfq8Nn>. Acesso em: 6 fev. 2021.

Segurança jurídica: contratos relacionais em tempos de pandemia

Juan Biazevic¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Segurança jurídica; 2. Contratos descontínuos e relacionais; 3. Interpretando contratos relacionais; 4. Revisando contratos relacionais: *shopping centers* em tempos de pandemia; 5. Conclusões.

Esta obra coletiva busca destacar parte dos desafios que a pandemia de Covid-19 impõe à regulação da vida em sociedade, em especial à segurança jurídica. Os efeitos econômicos gerados pela pandemia representam mudanças na realidade dentro da qual os mais variados contratos em vigor foram estruturados. Alterações profundas na base econômica do contrato não são novidades e a literatura sobre o tema é abundante. Um ponto, contudo, parece-me merecer especial atenção por ser menos explorado na literatura nacional: os desafios impostos pela categoria dos contratos relacionais para a atividade de interpretação e adjudicação. Meu objetivo, portanto, é analisar parte das consequências da pandemia para esse tipo de contrato.

Desequilíbrios econômicos são importantes por razões óbvias. Os contratos são ferramentas socioeconômicas relevantes da sociedade, não apenas porque são instrumentos de troca, mas porque são instrumentos para trocas consideradas socialmente justas². A ideia de justiça na troca remete ao ideal aristotélico de justiça comutativa, o qual, no campo dos contratos, impõe que as prestações assumidas pelas partes guardem algum tipo de equivalência. A ideia de preço justo, mesmo na Idade Média, não estava atrelada a algum valor intrínseco à coisa ou à alguma propriedade estável, mas à uma gama de valores representativos dos preços ordinariamente praticados pelo mercado³. A ideia de equilíbrio nas trocas alcançou as relações contemporâneas e está presente em diversos institutos jurídicos, quer nas relações paritárias, quer nas relações não-paritárias⁴. Ela reflete um juízo socialmente construído de que os contratos, como institutos dignos de tutela jurídica, devem sempre refletir alguma forma de equivalência. É certo que diversas são as formas concretas que essa estrutura pode acomodar e, em alguns casos, a justiça dessa troca pode se tornar controvertida. A possibilidade de desacordo, contudo, não infirma a importância dessa ideia estruturante. Ao contrário, é a própria evidência de que nossas práticas sociais exigem que a estrutura seja respeitada.

¹ Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito, todos pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Convidado dos cursos de Pós-Graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 361.

³ BERTRAN, Maria Paula Costa. *Justiça e contrato: entre comutar e distribuir*. São Paulo: Edusp, 2015. p. 159.

⁴ Apenas a título de exemplo, observe-se que, nas relações paritárias, o Código Civil reconhece a invalidade dos negócios celebrados com lesão (art. 157) e autoriza a revisão de contratos com onerosidade excessiva (art. 478). Nas relações não-paritárias, o Código de Defesa do Consumidor possui dispositivos semelhantes, reconhecendo a invalidade de cláusulas que criem obrigações desproporcionais (art. 51, IV) e a possibilidade de revisão contratual por onerosidade excessiva (art. 6º, V).

A modificação da base econômica de sustentação dos contratos, com seus reflexos para as obrigações reciprocamente assumidas, gera insegurança jurídica. Como argumentarei durante o texto, segurança jurídica não é sinônimo de imutabilidade, mas de comportamento esperado dentro da gramática de funcionamento de uma determinada prática⁵. Mesmo no interior da prática dos contratos, há de se notar que o cumprimento desse valor exige comportamentos nem sempre idênticos dos contratantes. Em alguns contextos, a segurança exigirá a manutenção da vontade inicialmente externada. Em outros, ela exigirá que as partes renegociem os termos da relação para que o equilíbrio seja reencontrado. Identificar as práticas contratuais que exigem cada uma dessas condutas é o desafio que o intérprete competente desse jogo de linguagem deve assumir para responder com correção os desafios impostos por alterações na realidade econômica do relacionamento estabelecido.

Este não é um texto de metodologia jurídica, de tal sorte que não apresentarei as razões de teoria geral que justificam as categorias normativas utilizadas para o desenvolvimento da questão. Deixarei ao leitor a tarefa de julgar a utilidade dessas categorias a partir dos resultados obtidos, e não a partir de um debate metodológico ou metateórico. Para o leitor mais rigoroso, faço consignar apenas que trabalho na pressuposição de que o direito é uma prática linguística complexa que reúne em seu interior inúmeras práticas igualmente complexas, com gramáticas de funcionamento próprias e apenas relativamente dependentes. Trata-se de uma aceitação da descrição das práticas sociais feitas por Wittgenstein na fase final de seu pensamento. No plano da teoria do direito, adoto o modelo interpretativo de Dworkin, em especial, sua teoria da objetividade dos conceitos interpretativos⁶.

1. Segurança jurídica

Nesta seção argumentarei que o conceito de segurança jurídica opera de maneira distinta a depender do contexto no qual é empregado. A intenção é introduzir ao leitor as premissas que explicam a razão pela qual a segurança, em alguns contextos contratuais, exige a manutenção do consenso anteriormente obtido, enquanto em outros, impõe a constante revisão dos termos do relacionamento.

Dentro da tradição da filosofia analítica, os conceitos em geral são determinados a partir de seus contextos de uso. Conceitos, como os de contrato e de segurança jurídica, não são entidades metafísicas que ganham sentido em um plano idealizado, mas entidades utilizadas no interior de certos jogos de linguagem por falantes competentes. Assim, os conceitos jurídicos serão determinados a partir dos contextos nos quais normalmente são empregados pelos profissionais do direito e isso faz com que a maneira pela qual a prática jurídica se desenvolve se torne altamente significativa para a filosofia⁷. Falar

⁵ Aqui utilizo o termo gramática no sentido empregado por Wittgenstein na última fase de suas obras, ou seja, para designar o conjunto de regras que confere sentido ao uso das palavras no interior de uma determinada prática linguística. A linguagem é tomada como fenômeno que se modifica no tempo e no espaço, adquirindo sentido no interior do jogo de linguagem no qual é articulada (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 4. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 47 e 52). Trata-se de um uso semelhante ao de outros autores quando fazem referência à lógica de funcionamento da linguagem.

⁶ Fiz uma defesa metodológica desse modelo em: BIAZEVIC, Juan P. H. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2020. p. 1-88.

⁷ MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 23 e 27-28.

em segurança jurídica, portanto, exige determinar o contexto no qual os usuários da linguagem o empregam.

Filiar-se à tradição analítica não soluciona, *per se*, as dificuldades na elaboração dos conceitos. Dentro dessa tradição, diversos autores disputam a metodologia correta para a determinação do que conta como fonte de direito e de como elas concorrem para a determinação dos conceitos jurídicos. De forma bastante simplificada, mas útil para a compreensão daquilo que aqui me parece relevante, podemos dividir essa controvérsia em dois grandes grupos. O primeiro, que chamarei de convencionalista, afirma que o critério de correção dos conceitos deve ser feito exclusivamente a partir do uso convencional compartilhado pelos falantes. Nele, o uso do conceito “segurança” será correto sempre que empregado de acordo com a maneira pela qual a maioria das pessoas consensualmente o emprega naquele contexto específico. O segundo, que chamarei de teleológico, afirma não ser possível compreender o contexto de uso sem levar em consideração que a prática jurídica é portadora de uma finalidade que lhe confere sentido. O conceito será bem empregado não apenas quando estiver de acordo com o uso social compartilhado, mas também quando estiver de acordo com os valores que justificaram sua edição. Assim, não se compreende o conceito de segurança jurídica indagando apenas como ele é utilizado pelos falantes competentes, mas também indagando o que o torna especial para a comunidade que o emprega⁸.

Se formos estabelecer uma ideia extremamente genérica de segurança jurídica dentro do contexto contratual, capaz de abarcar de forma suficiente, mas sempre um pouco imprecisa, parcelas grandes da prática, diríamos que segurança jurídica é um valor que impõe a manutenção do comportamento esperado das partes, comportamentos que podem variar entre a imutabilidade de alguns contratos até sua mutabilidade constante. Os tipos de contratos que exigem, em condições ordinárias, uma ou outra postura, é o tema da próxima seção, momento no qual, espero, essa primeira ideia, bastante genérica de segurança, ganhará maior concretude.

2. Contratos descontínuos e relacionais

Nesta seção apresentarei dois tipos ideais de contrato: os contratos descontínuos (*discrete*) e os contratos relacionais. A intenção é apresentar as características mais paradigmáticas desses conceitos, permitindo compreender o que os torna valiosos como instrumentos socioeconômicos para a comunidade jurídica. O responsável pelo desenvolvimento da distinção é Ian Macneil⁹. Seus estudos em sociologia dos contratos destacaram a incapacidade das teorias contratuais tradicionais de dar conta do funcionamento de certos contratos, os quais operavam a partir de uma gramática muito distinta e inovadora. Em realidade, o desafio de Macneil às teorias tradicionais era muito mais amplo e não se limitava à denúncia de que elas não eram capazes de lidar com os contratos relacionais.

⁸ O rótulo aqui empregado é muito amplo e abarca autores pós-positivistas, defensores do direito natural contemporâneo e interpretativista. Na ordem, MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 263-4; FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 3-18; DWORIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 48-68.

⁹ Uma boa reconstrução histórica do desenvolvimento da teoria pode ser encontrada em: CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. In: MACNEIL, Ian R. *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. London: Thomson Reuters, 2001. p. 3-58.

A crítica do autor era metodológica e partia da premissa de que essas teorias não levavam em consideração, na profundidade que era exigida, o papel da sociedade e da economia na elaboração dos conceitos para a completa compreensão da prática contratual¹⁰. Esse ponto, embora importante, não é necessário para o argumento que aqui tento desenvolver.

Toda classificação entre categorias deve sempre ser precedida da seguinte questão: qual a relevância da distinção proposta? O Estado assumiu a tarefa de proteger e, se necessário, fazer cumprir coativamente os contratos que são considerados valiosos pelos membros de uma comunidade. A prática contratual, contudo, é internamente complexa e reúne diversos modelos de troca que não comportam uma estruturação única de funcionamento. A tarefa de proteger e fazer valer os contratos tal como celebrados pressupõe a capacidade de compreender cada uma das diversas e distintas instâncias dos contratos em seus pormenores. Nem todos os contratos operam internamente da mesma maneira e é exatamente essa distinção na gramática de funcionamento que as categorias normativas “contratos descontínuos” e “contratos relacionais” buscam destacar. O sistema jurídico, incapaz de dar conta do funcionamento real de seus contratos, perde muita legitimidade na tarefa de adjudicação de direitos¹¹. Os sistemas, se tiverem as pretensões da legitimidade e da eficiência, devem ser capazes de compreender por completo os contextos, as convenções e os valores que fornecem sentido a cada instância da prática contratual¹².

Tomarei inicialmente como paradigma de contrato descontínuo o contrato de compra e venda de um bem não perecível. Imagine um contrato para a aquisição de cadeiras de jantar. Comprador e vendedor, após uma breve negociação, celebram contrato no qual ficam definidos: o preço; a cor; o material; a quantidade; a forma de pagamento; o prazo e o local para entrega. Ultimada a troca, com a entrega do dinheiro e das cadeiras, o contrato se extingue pelo adimplemento. O comprador, precisando de mais cadeiras, deverá celebrar novo contrato, que ficará sujeito a uma nova negociação independente da primeira. É nesses termos que os contratos descontínuos podem ser considerados: (a) impessoais; (b) presentificadores; (c) envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas; e (d) requererem o mútuo consentimento:

O contrato é (a) impessoal, porque define a transação em termos de simples troca de mercadoria. Nele não se confere nenhuma importância à qualidade das partes contratantes, bastando sua simples subsunção ao conceito geral de sujeito de direitos. O contrato

¹⁰ Como Macneil esclareceu no prefácio à edição brasileira de “O Novo Contrato Social”, não se teoriza sobre contratos sem perceber o contexto no qual se inserem as transações e as relações relevantes para o vínculo, sendo certo que “uma análise contextual combinada das relações e transações é mais eficiente e produz um resultado analítico final mais completo e certo do que o obtido quando se começa por uma análise não-contextual das transações” (MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. xiv.). Para uma análise mais detida da crítica e das limitações da alternativa proposta por Macneil, vide BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 131-6.

¹¹ MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 102.

¹² COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 3. Como afirmei em outra ocasião: “Ignorar a esfera cooperativa, mantendo as teorizações contratuais exclusivamente centradas na ideia de trocas de promessas previamente definidas, importaria dois equívocos graves: (a) no plano metodológico, seria uma descrição incompleta de parcelas relevantes da prática; e (b) no plano da efetividade da jurisdição, quando da interpretação e da aplicação do direito em caso de desacordo, importaria a aplicação de remédios jurídicos incompatíveis com aquilo que efetivamente as partes estavam fazendo” (BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 130-131).

é (b) presentificador, pois busca planejar no presente imediato os comportamentos futuros das partes, prevalecendo a ideia de que ele deve ser mantido dentro do contexto consagrado do *pacta sunt servanda*. A concepção de (c) barganha instrumental busca refletir a presunção de que as partes agiram, durante as negociações, de forma egoísta e individualista na busca da realização de seus próprios interesses econômicos, excluindo-se a premissa de que as partes atuavam de forma cooperativa ou solidária. Finalmente, (d) a ideia de mútuo consentimento recorda que a autonomia da vontade é a fonte criadora desses vínculos¹³.

O paradigma descontínuo é o paradigma tradicional, típico dos modelos de troca manufatureiro e de massa. Os contratos descontínuos são relevantes porque, ao mesmo tempo: (a) permitem algum tipo de cooperação simples; e (b) dispensam a necessidade de desenvolver relacionamentos profundos entre as partes, promovendo um tipo de distanciamento pessoal (*personal detachment*) necessário para o pleno exercício da liberdade¹⁴. O nível de confiança que se estabelece entre as partes aqui é o trivial: a confiança de que a outra parte, dentro de um curso racional mais básico, não irá descumprir o contrato, pois existem consequências jurídicas para o descumprimento¹⁵.

Tomarei como paradigma de contrato relacional um contrato para o desenvolvimento de tecnologias. Duas empresas que se associam contratualmente para pesquisar e desenvolver novas tecnologias não são capazes, *ex ante*, de determinar por completo o que será descoberto, os métodos necessários para o desenvolvimento das pesquisas ou como reagirão aos avanços tecnológicos alcançados por terceiros ou pelos concorrentes. O que o contrato celebrado cria é um tipo de comportamento cooperativo de longo prazo que se modifica continuamente a depender de circunstâncias futuras imprevisíveis ou previsíveis muito genericamente. O sucesso do contrato depende do estabelecimento de um nível profundo de confiança capaz de facilitar a cooperação e a interdependência, mediado por cláusulas internas e abertas que, longe de definir com clareza o que cada parte deve realizar, regulam um processo de contínua renegociação. Diversas são as características que afastam esse tipo de contrato da lógica tradicional dos contratos liberais, em especial:

(a) *Os elementos constitutivos dos contratos se tornam mais flexíveis, pois questões como preço, quantidade, qualidade e entrega sofrem*

¹³ BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 141. Esse é um resumo desenvolvido a partir da análise de Ronaldo Porto Macedo Junior (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 83-93).

¹⁴ O argumento aqui é o desenvolvido por Dori Kimel para justificar a importância moral da prática contratual (KIMEL, Dori. *From promise to contract: Towards a liberal theory of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 78-80). Kimel, contudo, apresenta esse argumento de forma ampla, para justificar a totalidade da prática contratual, nela incluindo os contratos relacionais (KIMEL, Dori. The choice of paradigm for theory of contract: reflections on the relational model. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 233-255, 2007). Essa ampliação não me parece adequada, pelo simples motivo de que não é metodologicamente correto buscar uma única justificativa moral unificadora para práticas sociais complexas. A pluralidade das práticas pode exigir – e normalmente exige – a articulação de diversos valores de justificação, valores nem sempre coincidentes.

¹⁵ O argumento não é o da impossibilidade do desenvolvimento de relações de confiança profunda entre contratantes, mas o de que esse desenvolvimento não é uma característica paradigmática necessária para o desenvolvimento da prática contratual. A estrutura jurídica permite, nos casos paradigmáticos, que uma parte confie na outra, mesmo desconhecendo seus atributos pessoais ou em contextos nos quais é pouco provável conhecer esses atributos (KIMEL, *op. cit.*, p. 57-60).

mutação constante. (b) Essa mutabilidade torna impossível prever todas as contingências contratuais para o futuro, colocando em xeque a própria utilidade das cláusulas gerais nas quais as teorias neoclássicas se fiam para a solução desses imprevistos. (c) O contrato adquire uma dimensão processual, na forma de um jogo reflexionante que produz in fieri a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. (d) Os termos do contrato ficam sujeitos a readequações constantes durante a vigência, através da previsão de processos institucionais pelos quais os termos da troca e do ajuste serão especificados no curso do adimplemento. Finalmente, (e) os contratos não mais se limitam a estabelecer trocas entre sujeitos de direito, mas a estabelecer complexos processos de cooperação, solidariedade e confiança¹⁶.

Dois pontos desafiam de forma mais direta os modelos contratuais tradicionais para a compreensão desse tipo de contrato: o papel do consentimento e a flexibilidade dos termos do contrato. As teorias tradicionais trabalham na premissa de que o consenso é capaz de determinar de forma bastante clara os limites das obrigações assumidas, ainda que se reconheça algum nível endêmico de incompletude. No modelo relacional, o consentimento apenas desencadeia um relacionamento, mas não é capaz de definir seus pormenores futuros. Isso naturalmente invoca a questão da flexibilidade dos termos do contrato, flexibilidade que é interna ao vínculo celebrado e está presente na expectativa legítima dos contratantes¹⁷. Por exemplo, imagine que o contrato celebrado entre duas fabricantes de *smartphones* vise desenvolver tecnologias para telas desses aparelhos. Cientes de que telas maiores e com maior resolução consomem mais energia, o contrato envolve necessariamente pesquisas em baterias. Passados alguns anos, a despeito das evoluções que os parceiros realizaram, um terceiro desenvolve uma nova tecnologia que, simultaneamente: (a) aumenta a capacidade das baterias em um percentual capaz de suportar telas melhores; e (b) torna completamente obsoleta a pesquisa realizada pelas partes. O comportamento que se espera das partes do contrato é, uma vez modificada a realidade tecnológica, a imediata modificação da avença. Não faz mais sentido investir em uma tecnologia obsoleta e de menor eficácia. Aqui, o relacionamento se transforma ou se extingue. As partes terão de compartilhar os prejuízos decorrentes do insucesso de suas pesquisas, da mesma forma que compartilhariam os lucros caso fossem as responsáveis pela revolução tecnológica.

Nesses termos, o que torna os contratos relacionais importantes é a capacidade de estabelecer um tipo de cooperação profunda, que está fundada em um nível de solidariedade e confiança mais elevado. Ao contrário dos contratos descontínuos, nos quais o distanciamento pessoal é preservado como ferramenta de facilitação de trocas, nos relacionais a gramática do contrato pressupõe um tipo de solidariedade orgânica que envolve não só a constante troca de informações, mas o compartilhamento dos aspectos positivos (benefícios) e os aspectos negativos (ônus) do relacionamento¹⁸.

¹⁶ BIAZEVIC, *op. cit.*, p. 142. Novamente, esse é um resumo desenvolvido a partir da análise de Ronaldo Porto Macedo Junior (MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 87-89).

¹⁷ MACNEIL, *op. cit.*, p. 50-51.

¹⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 140-141.

A distinção entre os tipos ideais descontínuos e relacionais permite criar uma métrica entre os comportamentos esperados dos contratantes. A importância do espectro é perceber que contratos reais poderão ocupar, dependendo de suas características e das expectativas sociais neles envolvidas, lugares distintos. No extremo da descontinuidade estarão localizados os comportamentos altamente competitivos entre as partes, enquanto no outro extremo, teremos os comportamentos altamente cooperativos. O tipo ideal do contrato descontínuo será aquele no qual a relação entre as partes se limita a uma troca: uma parte entrega um produto ou serviço especializado, enquanto a outra entrega normalmente o seu equivalente em dinheiro¹⁹. O tipo ideal do contrato relacional é aquele no qual as partes, tal como ocorre em um casamento, decidem estabelecer um projeto de relacionamento. O acordo celebrado é o de cooperar para o sucesso de um empreendimento conjunto, ainda que não seja possível antever, desde o início, as contingências que serão enfrentadas. O consenso não definirá os pormenores do contrato, mas as bases sobre as quais o relacionamento se desenvolverá²⁰. No mundo real, por exemplo, um contrato de plano de saúde ocupará uma posição intermediária nessa métrica. Explorei em outro trabalho como o dever cooperativo permite ampliar o rol de coberturas obrigatórias para além dos termos do contrato e da regulação, desde que respeitados certos pressupostos de custo-efetividade determinados pela economia da saúde²¹. Em outros temas, contudo, a cooperação não se fará presente na mesma intensidade, como ocorre na determinação do preço devido ou na amplitude da rede de atendimento. Neles, a disparidade de forças se faz mais presente e ao usuário resta apenas aceitar ou rejeitar os modelos de adesão predispostos pela operadora. Esse exemplo revela a importância de compreender cada instância contratual a partir de seus pormenores contextuais, determinando com precisão quais são os elementos dos contratos que impõem comportamentos cooperativos. Retomarei esse ponto na próxima seção.

Como tudo o que foi dito na presente seção se relaciona com a ideia de segurança jurídica? Em regra, a segurança jurídica imporá comportamentos distintos a depender do tipo de contrato em análise. Recordando que aqui trabalho com o conceito de segurança como manutenção do comportamento esperado, há de se reconhecer que, em situações normais, a segurança exigirá a manutenção dos termos do contrato se ele for do tipo descontínuo e a imediata renegociação se for do tipo relacional. A revisão contínua e injustificada de contratos descontínuos gera insegurança, porque as pessoas não mais serão capazes de planejar seus comportamentos futuros e não confiarão que o planejamento instrumentalizado em seus contratos terá alguma validade. A imutabilidade do

¹⁹ Aqui há de se fazer duas notas. Inicialmente, o simples fato de um contrato se prostrar no tempo não o desqualifica como contrato descontínuo. Por exemplo, nos contratos de fornecimento de energia por demanda contratada, embora o contrato tenha longa vigência, os termos da troca são simples: dinheiro e energia. Neles não se observa qualquer tipo de relacionamento profundo que o aproxime do outro polo da relação. Ademais, afirmar que o comportamento é altamente competitivo não envolve sustentar que entre as partes se desenvolve um tipo de vale-tudo sem regras. Os limites legítimos da competição são normativamente mediados e socialmente construídos. Nossas práticas contratuais não dispensam um mínimo cooperativo mesmo no extremo da descontinuidade, razão pela qual Macneil tentou (incorretamente) desenvolver toda uma teoria contratual centrada na ideia de cooperação. Exemplo desse dever de cooperação, reconduzível ao conceito de boa-fé objetiva, se localiza no dever de informação no momento da celebração do contrato.

²⁰ Perceba o leitor que o comportamento cooperativo nesses tipos de relacionamento, como algo digno de tutela jurídica, é imposto também externamente. Em contratos de planos de saúde, por exemplo, os deveres cooperativos dispensam por completo a anuência subjetiva dos contraentes, de tal forma que eles serão um padrão de comportamento imposto ainda que as partes desejem adotar comportamentos oportunistas desde o início.

²¹ BIAZEVIC, *op. cit.*

contrato relacional gera insegurança, pois impede a adaptação da cooperação às novas circunstâncias, frustrando o sucesso do relacionamento. Note, portanto, que a compreensão do conceito de segurança não depende apenas do contexto de uso (descontínuo ou relacional), mas também dos valores que busca realizar (um juízo de natureza moral de que é importante proteger o comportamento esperado pelos contratantes).

3. Interpretando contratos relacionais

Na seção anterior afirmei que cada instância contratual deve ser compreendida a partir de seus “pormenores contextuais”. Com isso, quero destacar a necessidade de compreender as relações contratuais não como um vínculo estabelecido no vácuo entre dois sujeitos de direito, mas como um vínculo estabelecido no interior de um complexo conjunto de determinantes de natureza econômica, social e moral. A intenção desta seção, portanto, é destacar como a dimensão das práticas sociais, dos valores morais, que fornecem sentido a essas práticas, e dos determinantes econômicos interagem na compreensão da forma pela qual a prática contratual deve operar²². Essa é uma afirmação que se aplica indistintamente aos contratos descontínuos e aos relacionais, mas que adquire maior complexidade nestes em razão da incompletude e flexibilidade que lhes é inerente. Como Macneil anota, a interpretação em contratos relacionais exige que os estudiosos se tornem algo mais - antropólogos, sociólogos, economistas, teóricos políticos e filósofos - para fazer jus às questões levantadas pelas relações contratuais²³. Para a infelicidade dos que buscam respostas claras e definidas para todos os problemas, as respostas alcançadas “tendem a ser confusas e abertas à consideração, fazendo com que as pessoas hesitem ao tentar resolver o que fazer”²⁴.

Se os conceitos jurídicos são construídos a partir do contexto no qual são empregados pelos falantes, isso significa afirmar que interpretar contratos exige a seleção do material contextual relevante para a compreensão da conduta das partes, inclusive e principalmente, a estrutura econômica subjacente. Afinal, já que a troca é um evento econômico, os pormenores econômicos que a condicionam devem ser compreendidos por completo. No exemplo da pesquisa de tecnologia utilizado na seção anterior, imagine que o contrato, como meio para a pesquisa em telas, envolva o aporte de capital periódico para as pesquisas em baterias. Um dos parceiros, em razão da tecnologia disruptiva criada pelo terceiro, deixa de realizar o pagamento na data acertada no contrato. Note que a falta de pagamento, embora o contrato celebrado preveja o pagamento periódico, foi consequência direta do fato de que a pesquisa se tornou obsoleta e não faz mais sentido investir em algo que não trará retorno econômico. Houve descumprimento contratual? Uma leitura superficial do contrato, típica das relações descontínuas, levaria à afirmação de que houve o descumprimento do contrato, pois ele previa o pagamento em uma certa data e isso não ocorreu. Contudo, interpretar um instante do longo relacionamento de forma isolada de toda sua estrutura de sustentação é ignorar o contexto do vínculo formado. É muito comum, quando o dissenso se instala entre os parceiros, a escolha de fatos isolados, normalmente fatos que estão em desacordo com alguma das cláusulas do contrato, para

²² MACNEIL, *op. cit.*, p. xiv.

²³ MACNEIL, *op. cit.*, p. 68.

²⁴ MACNEIL, *op. cit.*, p. xix.

imputar ao outro a causa primeira do descumprimento. Na lógica relacional, contudo, é esperado que o comportamento das partes se altere à medida que se altera a realidade, mesmo em contrariedade ao que dispunha o primeiro instrumento escrito. A divergência entre o comportamento de uma das partes e o disposto no contrato, *per se*, não pode ser tomada como comprovação do descumprimento, mas deve ser compreendida dentro do grande contexto da realidade possível de desenvolvimento da relação. No caso, o intérprete deve ser capaz de distinguir entre o descumprimento das cláusulas do contrato que mina o relacionamento e o “descumprimento” que é consequência necessária para a própria manutenção do vínculo relacional.

Considerando que o direito privado também é direito, os valores morais que conferem sustentação à prática contratual condicionam e limitam a liberdade das partes na articulação de seus interesses econômicos²⁵. O contexto da troca, porque o direito é uma prática dotada de um propósito moral, deve ser compreendido a partir do que a torna importante aos contratantes e à comunidade²⁶. O contrato não é apenas um instrumento de troca no mercado. Ele é instrumento socialmente relevante e tem sua juridicidade mantida a partir de critérios de moral política, ou seja, a partir de uma rede complexa de expectativas, valores, costumes e processos comunicativos que revelam a relevância que lhes é dada pelos contratantes e pela comunidade. Se os valores morais são importantes para a compreensão desse vínculo, há de se recordar quais são os valores que tornam a prática contratual relacional importante. O ato relacional de contratação também é a concreção de um ato de liberdade, mas a liberdade aqui é moldada por um conjunto de expectativas sociais que se forma por referência aos conceitos de cooperação, solidariedade e confiança²⁷. Ainda no exemplo do parágrafo anterior, afirmar que a falta de pagamento violou os termos do contrato é utilizar um conjunto de valores de justificação típica dos contratos descontínuos para lidar com uma prática contratual que invoca valores relacionais. O equívoco dessa interpretação não se limita, portanto, à seleção do material relevante, mas também alcança a compreensão valorativa que esse material deve receber.

A dimensão das práticas sociais, dos valores morais que fornecem sentido a essas práticas e dos determinantes econômicos se mesclam na forma pela qual a prática contratual operará. A categoria normativa que busca dar conta da complexidade imposta pelo contextualismo é a da boa-fé objetiva. Esse é um conceito que, tal como ocorre com os conceitos jurídicos em geral, deve ser construído a partir da dupla dimensão do contexto de uso e dos valores morais que o justificam. A boa-fé, em contextos relacionais, é do tipo

²⁵ Esta não é uma afirmação que autorize uma intervenção ampla e injustificada na esfera daquilo que foi acordado entre as partes. Há de se ter em mente que a possibilidade de intervenção pressupõe um juízo moral prévio de que a autonomia privada, naquele contexto, deve ser limitada por outro valor mais relevante. A quantidade de liberdade individual para o estabelecimento de regras dependerá, portanto, de um juízo de natureza moral realizado pela comunidade, a partir, por exemplo, da importância social do setor ou da disparidade de forças entre as partes dos contratos.

²⁶ O leitor familiarizado com Dworkin perceberá aqui a presença de sua metodologia interpretativa em três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. A primeira é a da identificação dos paradigmas e dos materiais relevantes. A segunda é a da justificação desses paradigmas a partir de um propósito de moral política. A terceira é aquela através da qual o intérprete ajusta sua compreensão sobre aquilo que a prática realmente exige (DWORKIN, *op. cit.*, p. 65-68). As afirmações sobre o contexto econômico são afirmações que concorrem para a determinação do material que conta como relevante na etapa pré-interpretativa. As afirmações sobre os valores que justificam e conferem sentido à prática se localizam na etapa interpretativa.

²⁷ Aqui cooperação é tomada como a conduta de se associar com outro para benefício mútuo, partilhando os benefícios e os ônus do relacionamento. Solidariedade é um conceito mais amplo, fazendo referência a um julgamento externo ao vínculo entre as partes a partir do contexto social que o sustenta. Finalmente, a ideia de confiança decorre da solidariedade e envolve a noção de não exploração, ou seja, a ideia de que nenhuma das partes explorará a vulnerabilidade da outra (MACEDO JUNIOR, *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 140-148).

que impõe às partes comportamentos cooperativos, adjetivando de ilícita a conduta do mero maximizador de riqueza individual. Esse ponto é importante e merece atenção. As partes ingressam em contratos porque acreditam que obterão algum tipo de benefício. No contrato relacional, a cooperação é o instrumento pelo qual ambas as partes almejam receber o benefício esperado. Quando uma das partes se comporta de maneira oportunista, como mero maximizador de riqueza, ela viola a gramática de funcionamento do contrato, violando, por consequência, o padrão geral de conduta imposto pela boa-fé objetiva. Essa gramática tem fonte social e ingressa no contrato ainda que uma das partes não a deseje. Relacionamentos impõem comportamento cooperativo e não há manifestação de vontade capaz de afastar essa característica. É nesses termos que a boa-fé objetiva serve como padrão de correção da conduta concreta de cada uma das partes do relacionamento. Ela será a categoria normativa que será invocada para justificar a recondução das coisas a um padrão aceitável de comutatividade. Como resultado disso tudo, as partes não podem atuar como meras maximizadoras de riqueza individual, paradigma típico dos contratos descontínuos, mas como agentes comprometidos com a preservação do relacionamento e com a harmonização dos conflitos que surgirem durante o vínculo. Em especial, na adversidade, momento no qual o relacionamento é verdadeiramente testado e as partes devem ser capazes de rever suas posições e partilhar os prejuízos suportados. Uma não pode se aproveitar de sua superioridade econômica para impor à outra uma perda desproporcional aos riscos assumidos, reduzindo seu próprio prejuízo e transferindo-o parcialmente à outra.

4. Revisando contratos relacionais: shopping centers em tempos de pandemia

Apontar concretamente um único padrão para a revisão de todos os contratos relacionais é tarefa fadada ao insucesso. Cada relacionamento se apresenta com suas próprias características e o máximo que se pode fazer é apontar alguns caminhos de investigação. Em linhas muito gerais, a determinação do padrão de correção de conduta exige compreender o papel de cada parte, a posição de poder, a reciprocidade entre as obrigações assumidas, o planejamento e a flexibilidade, tudo mediado não só pelos valores da confiança, solidariedade e da cooperação, mas também pelos valores sociais que envolvem e sustentam o vínculo²⁸. Em realidade, as partes, pretendendo solucionar o dissenso com a intervenção de um terceiro – judiciário ou arbitragem –, deverão assumir o ônus de demonstrar as características relevantes do relacionamento criado, seus pormenores econômicos e apontar as alternativas possíveis de readequação razoável. É certo que a judicialização da questão é forte indício de abalo no relacionamento. Nos contratos sem prazo determinado, como no paradigma do desenvolvimento de tecnologias, a solução provável é o desfazimento do vínculo, com a eventual judicialização de algum debate quanto aos termos do desfazimento, em especial, a partilha dos prejuízos. Contudo, há contratos relacionais com prazo, como os contratos de locação de espaço em *shopping center*, e neles, as partes podem se ver obrigadas a manter o relacionamento, ainda que a contragosto. Como readequar esse tipo de vínculo? O objetivo desta seção é tentar tornar um pouco mais concretas as ideias abstratas que até agora apresentei.

²⁸ FEINMAN, Jay M. *Relational contract and default rules*. Southern California Interdisciplinary Law Journal, Los Angeles, v. 3, p. 43-58, 1993. p. 56-58.

O contrato de locação em *shopping center* deve ser compreendido como uma instância de contrato relacional. A esfera cooperativa está presente na compreensão de que o resultado econômico pretendido por todos – cada um dos lojistas e o proprietário do centro de compras – depende da cooperação conjunta, cada um desempenhando papéis previamente determinados e predispostos para a majoração coletiva dos resultados econômicos. É incorreto assumir a premissa de que o proprietário pretende lucrar tão só com a locação, extraíndo do locatário a maior quantia possível a título de remuneração e abandonando-o à própria sorte para fruir economicamente do espaço. A gramática de funcionamento do contrato exige compreender que a conduta esperada é a colaborativa, no sentido de que é do interesse de ambos o sucesso financeiro do parceiro (o proprietário se remunera em parte do faturamento do locatário e o locatário aumenta seu faturamento quando localizado em um bom centro de compras). A própria compreensão desse vínculo dentro de uma dicotomia proprietário-locatário parece-me incompleta, pois a redução do conjunto dos contratos a pequenos vínculos isolados tende a ignorar que o empreendimento deve ser compreendido a partir da relação econômica complexa que une o conjunto dos locatários e o empreendedor²⁹.

Afirmar que a cooperação é o padrão esperado do contrato relacional não é afirmar que nesses vínculos não existem disparidades de poder entre os envolvidos. A maior parte das trocas se estabelece dentro de relações de poder, sendo poucos os contratos que são firmados entre pessoas técnica e economicamente iguais. Na esfera dos contratos, embora o direito aparente tentar controlar o vínculo, as verdadeiras fontes de poder são as socioeconômicas³⁰. No exemplo que aqui exploro, o poder que o proprietário do *shopping center* possui de planejar e organizar o conjunto das lojas que serão reunidas no espaço, o chamado *tenant mix*, é concreção dessa posição. Esse é um poder que está reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro³¹, mas que comporta controle pela cláusula geral da boa-fé objetiva. Dito de outra forma, o exercício desse poder comporta revisão pela gramática cooperativa do vínculo relacional. O poder conferido ao proprietário para organizar o empreendimento não autoriza a imposição de obrigações desproporcionais capazes de abalar a comutatividade esperada para o vínculo. Nossas práticas contratuais, por exemplo, reconhecem como válidas as cláusulas que impõem a filiação do locatário à associação de lojistas, ao pagamento do fundo de promoção do empreendimento, o rateio das despesas comuns de condomínio, o pagamento de aluguel fixo pelo espaço utilizado e de um percentual nos negócios concretizados, a redução dos poderes do locatário de ceder o contrato ou o controle societário da loja, a imposição da exploração de um certo ramo de atividade, bem como a cláusula de raio (não ter outra loja semelhante nas proximidades do empreendimento). Essas obrigações todas são impostas pelo poder do proprietário de organizar o empreendimento conjunto, mas

²⁹ É o que destaca a doutrina nacional, mas sob o modelo analítico dos contratos em rede: “O fato do contrato isoladamente considerado integrar uma rede de contratos interfere na sua interpretação e qualificação. A causa dos contratos individualmente firmados está imbricada à causa supracontratual da rede de contratos: a função econômica do contrato firmado entre empreendedor e lojista é a criação, manutenção e desenvolvimento da empresa de conjunto. O resultado prático pretendido pelas partes é a integração do estabelecimento empresário-lojista no shopping, para que ele pratique sua atividade empresarial beneficiado pelas vantagens de integrar o centro, estrutura criada e mantida pelo empreendedor, também na prática de sua atividade empresarial” (BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas, 2009. p. 111).

³⁰ MACNEIL, *op. cit.*, p. 54-55.

³¹ Art. 54, *caput*, da Lei nº 8.245/1991.

se inserem – e adquirem juridicidade em razão dessa inserção – dentro da estrutura esperada para o funcionamento do empreendimento, como instrumento para o sucesso econômico de todos os envolvidos. Essa é a chave para a compreensão da esfera legítima do exercício da posição de poder.

A pandemia representa um desafio particularmente importante para o funcionamento dessa realidade econômica. Diversas medidas impostas pelo poder público impediram o funcionamento ordinário dos centros de compras. Mesmo a possibilidade de funcionamento em horário reduzido não foi capaz de minorar o impacto econômico da pandemia, em especial, pela mudança dos hábitos de consumo dos antigos frequentadores. Na prática, esses empreendimentos deixaram de operar total ou parcialmente, não mais apresentando os resultados econômicos minimamente esperados³². As causas do abalo econômico decorrem de força maior (pandemia) e, de fato, do príncipe (restrições de funcionamento impostas pelo poder público), modificando por completo todo o planejamento econômico dos contratantes. O abalo da realidade é global, no sentido de que não se trata de um problema econômico que atingiu particularmente um locatário, mas a totalidade dos empreendedores (locador e locatários) que ali se uniram para explorar o mercado. Como a gramática relacional se presta a solucionar o problema?

Dois são os pontos relevantes nessa esfera. O primeiro é o de que os contratantes ingressaram no relacionamento para compartilhar os resultados da exploração do mercado, quer se trate de resultado desejado (lucro), quer se trate de indesejado (prejuízo). O segundo é o de que os relacionamentos, a despeito das regras dispostas nos instrumentos contratuais, devem ser flexíveis o suficiente para se adaptar aos desafios impostos pela exploração do mercado. Embora a pandemia provavelmente não tenha previsão no contrato, é da gramática relacional que as circunstâncias imprevistas não tenham sido tratadas contratualmente em seus pormenores. O que é importante perceber é que a gramática do contrato impõe a capacidade de adaptação a circunstâncias que apenas podem ter sido genericamente previstas no instrumento contratual, mas que se tornarão concretas nas mais variadas e inesperadas formas. Nesses termos, porque as partes devem compartilhar os prejuízos suportados e, se necessário, modificar as obrigações reciprocamente assumidas para equacionar esses prejuízos, há de se ter em mente que em uma crise dessa proporção o instrumento escrito entre as partes não possui a mesma eficácia do que em outros contextos. Qualquer solução concreta para a partilha do prejuízo deve ser proporcional aos riscos assumidos por cada uma das partes, sem que se cogite que uma delas, em abuso de seu maior poder de negociação, se comporte de maneira oportunista para carrear a monta do prejuízo em maior proporção às demais. Nesses termos, o comportamento oportunista do proprietário do *shopping center*, de transferir de forma mais severa o prejuízo suportado aos locatários em geral, ou a algum locatário em particular, viola o padrão socialmente compartilhado de conduta correta nesse contrato.

³² Como publicado pela imprensa, locatários relataram “vendas médias 90% inferiores às de antes da pandemia”. Um proprietário de oito lojas de bijuterias afirmou “que ficou sem fazer uma única venda por três dias em uma das lojas. ‘As vendas não estão cobrindo nem mesmo as despesas com funcionários’”. Ainda segundo a reportagem, a situação se mantinha ainda preocupante, mesmo com a ampliação do horário de funcionamento de quatro para seis horas diárias. “Para Wagner Simões, que tem um quiosque da Casa de Bolos no Shopping Center 3, na avenida Paulista, ficou pior após a ampliação do horário. Seus custos fixos aumentaram; as vendas, não. ‘Quando as lojas estavam funcionando por quatro horas, eu conseguia revezar com funcionários de uma outra unidade. Agora, fica mais difícil’, afirma. ‘Acabo vendendo apenas para os funcionários do próprio shopping’” (JAKITAS, Renato. Com shoppings vazios, comerciantes abrem lojas para faturar R\$ 50 por dia. *Estadão*, São Paulo, 12 jul. 2020. Economia. Disponível em: <https://bit.ly/3cND8jA>. Acesso em: 29 set. 2020).

Essa última observação é importante também por outro motivo. Imagine que o contrato celebrado entre as partes possua uma cláusula impondo que os ônus financeiros decorrentes de força maior ou fato do príncipe, ainda que acarretem uma impossibilidade global do exercício da atividade econômica, correrão sempre por conta dos locatários. Imagine, portanto, que o contrato imponha ao locatário a obrigação de adimplir integralmente todas as obrigações assumidas mesmo em um contexto de pandemia. Na prática, isso significa afirmar que os riscos da impossibilidade do funcionamento podem ter sido distribuídos de forma desigual entre as partes do contrato. É certo que o proprietário do *shopping center* sofrerá perda econômica, em especial, pela diminuição da remuneração que decorre do percentual do faturamento do locatário. Também é certo que algumas obrigações do locatário, em especial as relativas ao rateio das despesas para a manutenção da coisa, serão devidas. O ponto que gera dissenso, contudo, é outro: a obrigação do locatário de adimplir mensalmente o aluguel fixo pelo simples fato de ocupar um espaço físico no interior do estabelecimento. A manutenção integral dessa obrigação tem o potencial, a depender do contexto no qual o contrato foi estruturado, de distribuir os riscos do empreendimento de forma desigual, sobrecarregando em demasia o locatário e imunizando parte bastante razoável dos riscos do proprietário. Essa cláusula é válida? Aqui parece-me haver a possibilidade de quebra da comutatividade esperada no contrato. A completa compreensão dessa afirmação pressupõe recordar alguns temas que tratei no início deste trabalho.

A justiça comutativa é princípio estruturante do direito dos contratos que exige a manutenção de alguma forma de equilíbrio nas trocas. Essa é uma afirmação genérica que exige concreção a partir da dupla dimensão do contexto de uso e dos valores morais que tornam a prática contratual digna de tutela jurídica. Não é possível compreender o que a comutatividade exige sem destacar o contexto de uso do conceito (a prática contratual relacional dos contratos de locação em *shopping center*) e os valores morais que lhe conferem juridicidade (a cooperação como mecanismo de exploração do mercado). A esfera cooperativa não exige que os riscos sejam partilhados previamente na mesma proporção, mas exige que eles sejam divididos dentro de padrões minimamente razoáveis dentro das regras ordinárias de mercado. O que isso significa na prática é matéria de prova a ser analisada empiricamente. A demonstração desse padrão de normalidade é importante por outro motivo. É bastante razoável sustentar que o equilíbrio do contrato relacional, com a divisão dos prejuízos suportados, deve ser feito na mesma proporção da divisão dos lucros. Em outros termos, a mesma estrutura contratual para a divisão dos lucros deve estar presente para a partilha dos prejuízos. Um modelo contratual que majore a participação do proprietário nos momentos de sucesso, mas a minore nos momentos de insucesso, é sério candidato ao rótulo da abusividade. A gramática de funcionamento do contrato exige a manutenção de alguma forma de equilíbrio entre esses dois instantes e isso se impõe externamente ao contrato, como um padrão social de correção que independe da vontade das partes. Aquele que tem maior participação na obtenção do lucro também deve participar na mesma proporção na partilha do prejuízo. Nossas práticas sociais não admitem que se explore o mercado transferindo a terceiros o risco da atividade desempenhada. Há sensível quebra na comutatividade quando a parte com maior poder de negociação se reserva o direito de, simultaneamente, auferir os lucros da operação e transferir os riscos do prejuízo.

Fica claro, portanto, que não é difícil apontar, em abstrato, as características relacionais de um certo contrato, mas é praticamente impossível destacar, em concreto,

como realizar reequilíbrios contratuais sem ter acesso aos pormenores empíricos que caracterizam o desenvolvimento de cada relacionamento. O máximo que se pode sugerir, *ex ante*, é algum tipo de divisão equitativa dos prejuízos, na proporção dos investimentos realizados e dos riscos normalmente assumidos. Ir além disso depende da concreta compreensão dos pormenores socioeconômicos do contrato relacional.

5. Conclusões

Podemos imaginar que os contratos, nos vínculos descontínuos e nos relacionais, passarão doravante a disciplinar as consequências de uma pandemia. Há de se esperar, em especial, nas situações de disparidade de forças, que uma das partes imponha cláusula que a proteja das consequências do evento, transferindo à outra os riscos. A legalidade dessa transferência, como tudo na esfera dos contratos, deverá ser analisada a partir de critérios de comutatividade. Uma pergunta relevante nesse tipo de situação será a seguinte: a parte a quem foi atribuído o risco recebeu algum tipo de contraprestação pela assunção ou essa cláusula representa a imposição de algum tipo de ônus desproporcional ao contexto da troca? Compreender essa relação de comutatividade exigirá compreender o tipo de comportamento esperado entre as partes, distinguindo não só as relações de poder, mas também o tipo de vínculo estabelecido (descontínuo ou relacional). Essa complexa investigação é importante para a segurança contratual, em especial porque, como tentei ilustrar com os argumentos acima expostos, segurança não é sinônimo de imutabilidade. Esse conceito, como conceito interpretativo, exige a manutenção dos comportamentos esperados, juízo de valor que considera de forma apenas relativa a intenção das partes, mas que também invoca um padrão de correção exterior e socialmente construído. A revisão do contrato em alguns contextos, portanto, longe de gerar insegurança jurídica, pode ser a própria realização concreta do princípio.

Referências

- BARCELLOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- BERTRAN, Maria Paula Costa. *Justiça e contrato: entre comutar e distribuir*. São Paulo: Edusp, 2015.
- BIAZEVIC, Juan P. H. *Interpretação dos contratos: os limites de cobertura dos planos de saúde*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- CAMPBELL, David. Ian Macneil and the relational theory of contract. In: MACNEIL, Ian R. *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. London: Thomson Reuters, 2001.
- COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FEINMAN, Jay M. Relational contract and default rules. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 3, p. 43-58, 1993.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

JAKITAS, Renato. Com shoppings vazios, comerciantes abrem lojas para faturar R\$ 50 por dia. *Estadão*, São Paulo, 12 jul. 2020. Economia. Disponível em: <https://bit.ly/3cND8jA>. Acesso em: 29 set. 2020.

KIMEL, Dori. *From promise to contract: Towards a liberal theory of contract*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

KIMEL, Dori. *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 2, 2007, p. 233-255.

MACAULAY, Stewart. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (ed.). *The implicit dimension of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato previdenciário como contrato relacional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaio de direito privado e social: contratos, meio ambiente e tutela coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 4. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

A (im)possibilidade de concessão de moratória tributária pelo Poder Judiciário em tempos de pandemia

*Luis Antonio Nocito Echevarria*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

O conceito de sociedade de risco de Ulrich Beck traz a ideia de como a sociedade se organiza em torno dos riscos que enfrenta, decorrentes do próprio desenvolvimento, buscando evitá-los². Trazida a concepção ao Direito, verifica-se que essa ciência vem se desenvolvendo de maneira a acompanhar tais dificuldades, empregando força de autonomia didática em ramos sequer vislumbrados. Hoje, se fala em direito da internet, do entretenimento, aeronáutico e sequer se discute a força do direito ambiental.

A pandemia enfrentada ao longo deste ano em razão do coronavírus (Covid-19) vem reforçar as dificuldades da sociedade moderna. Não se sabe, ao certo, sua origem, e ao que parece, dadas as diversas pandemias já enfrentadas pela humanidade, ela não pode ser atrelada aos riscos da sociedade moderna, consoante a teoria do citado sociólogo alemão. Porém, as lições de Ulrich Beck e sua dissecação da sociedade moderna auxiliam no enfrentamento dessa sinistralidade. Eis que se trata de um evento que atinge a humanidade como um todo, podendo, inclusive, atender o efeito bumerangue aduzido pelo sociólogo (até mesmo aqueles que criam o risco são afetados por ele)³.

Diante desse cenário, Ricardo Lobo Torres traz o paradoxo do direito fundamental à segurança jurídica na sociedade de risco: “todos os grandes riscos da atualidade (v.g. Aids, destruição do meio-ambiente, drogas, terrorismo, etc.) seriam facilmente controlados se a própria sociedade resolvesse evitá-los; como esse dever moral não é assumido, o Estado não o pode criar por lei sob pena de ofender a liberdade do cidadão”⁴.

A pandemia certamente provoca diversas indagações que podem suscitar o conflito acima aduzido, como a obrigatoriedade de máscaras e o confinamento social, e sobre o papel da sociedade nessas recomendações/obrigações.

No direito tributário, especificamente, por dizer respeito de modo substancial ao pagamento de tributos, o principal efeito é a incapacidade, de um lado, de os contribuintes arcarem com suas obrigações tributárias, sejam elas principais ou acessórias (que envolvem, ao menos, custos indiretos), e, de outro, a perda da arrecadação por parte do Estado.

¹ Especialista em direito tributário (Mackenzie, 2010) e em direito internacional (PUC, 2012).

² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 24.

³ BECK, *op. cit.*, p. 44-45.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Segurança jurídica e sociedade de risco*. In: SHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 257.

Vale lembrar que a arrecadação é o que sustenta as políticas públicas em geral e, em última análise, o que permitirá que o Estado controle ou minimize os efeitos nefastos da enfermidade, seja com políticas de prevenção, seja com o custeio da saúde.

Nesse contexto, surge a questão da possibilidade de se conceder moratória, por parte do Poder Judiciário, aos tributos, considerando esse fato certamente imprevisível e irresistível que acomete nossa sociedade.

Para responder a essa indagação, há de se fazer um breve introito ao instituto da moratória, em planos gerais, para, em seguida, analisá-la sob o prisma da segurança jurídica e dos limites necessários ao ativismo judicial, sob pena de clara ofensa ao princípio da separação de poderes.

2. Moratória tributária

A moratória é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário no que toca à dilação do prazo para seu pagamento, sem incidência de juros moratórios. Assim, concedida a moratória, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária terá novo prazo para adimplir sua obrigação tributária, sem quaisquer ônus.

Em termos gerais, o Código Tributário Nacional (CTN) fixa algumas diretrizes a esse instituto. Inicialmente, a moratória pode ser concedida em caráter geral ou individual, nos termos do artigo 152 do referido diploma, cabendo o reconhecimento administrativo da comprovação dos requisitos preenchidos quanto à última hipótese, somente.

Ademais, embora o texto legal supracitado admita, em seu artigo 152, I, *b*, a edição de lei da união estabelecendo moratória quanto aos tributos dos demais entes federativos, tal dispositivo não parece ter sido recepcionado pela Constituição Federal, diante da autonomia política e administrativa dos entes federativos. Saliente-se que o artigo 151, III, da Carta Republicana, veda a concessão de isenções de tributos da competência dos demais entes federativos, o que reforça a intenção constitucional de que um ente federativo se abstenha de tratar de tributos que não compõem sua competência tributária⁵.

O parágrafo único do artigo 152 do CTN admite a edição de moratória restrita a uma determinada região do território do ente tributante, ou a uma certa classe ou categoria de contribuintes. Tal discriminação é justificável. Se uma enchente, por exemplo, atingiu apenas parte de um município, há a possibilidade de se conceder a moratória a apenas parte de seu território. De igual sorte, se uma geada provocou danos aos ruralistas, mas não aos industriais, seria compreensível a concessão de moratória apenas àquela categoria.

No caso da Covid-19, embora se trate de pandemia que tenha afetado sobremaneira a sociedade como um todo, é certo que determinadas categorias (e.g. setor de turismo, transporte de passageiros etc.) sofreram perdas econômicas mais substanciais que outras. Assim, seria possível a concessão de moratória apenas para tais categorias, a título de exemplo.

O artigo 153 do CTN, por seu turno, estabelece os requisitos que a lei concessiva da moratória deve atender: a) prazo de duração do favor; b) condições da concessão do favor em caráter individual; c) os tributos a que se aplica; d) o número de prestações e

⁵ PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2009. p. 1070.

seus vencimentos; e e) as garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiado, no caso de concessão da moratória em caráter individual. Trata-se, portanto, de elemento limitador da discricionariedade do legislador⁶.

Em regra (salvo disposição em contrário), a moratória só abrange os créditos tributários definitivamente constituídos até a data da lei (ou o despacho que a conceder), ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data por ato regularmente notificado ao sujeito passivo (artigo 154, CTN). Desse modo, em regra, não abarca tributos vincendos, sem início de lançamento ou cujos fatos geradores ainda não ocorreram.

Dispõe o parágrafo único do citado artigo 154 que a moratória não aproveita os casos de dolo, fraude ou simulação. Assim, caso um fiscal autue uma empresa que fraudara determinado tributo e lavre um auto de infração para pagamento em 30 dias, eventual moratória concessiva para esse determinado tributo não o aproveitaria.

Nos termos do artigo 155, CTN, a moratória não gera direito adquirido, sendo revogada sempre que se apure que o beneficiado não satisfaça as condições ou tenha deixado de satisfazê-las. Haverá imposição de penalidade somente nos casos de dolo ou simulação, quando isso ocorrer.

Por fim, reforça o parágrafo único do artigo 155 do CTN que, durante o prazo da moratória, flui o prazo prescricional, tratando-se de verdadeira exceção ao princípio da *actio nata*.

Estabelecidas as linhas gerais acima, forçoso concluir não somente pela possibilidade, mas pela recomendação de concessão de moratória em tempos de pandemia. É justamente para eventos imprevisíveis, inevitáveis e irresistíveis que o instituto é voltado. Eventos esses nos quais o adimplemento da obrigação tributária se torna extremamente dificultoso e prejudicial. Se, por um lado, as políticas públicas dependem da arrecadação dos impostos, por outro, uma exação desproporcional e desarrazoada prejudica o próprio desenvolvimento econômico e, indiretamente, a própria arrecadação.

Contudo, o instituto deve atender as diretrizes dispostas acima, sobremaneira no que concerne à imprescindibilidade de ser veiculado mediante lei, não podendo o legislador abrir mão de sua competência constitucional para dispor sobre a moratória.

Não é outro o entendimento de Paulo de Barros Carvalho, afirmando que

entrando em jogo o interesse público, como no campo das imposições tributárias, vem à tona o fundamental princípio da indisponibilidade dos bens públicos, razão por que o assunto da moratória há de ser posto em regime de exclusiva legalidade⁷.

Ora, se nem mesmo com autorização genérica seria possível a concessão do instituto por ato infralegal, o que dirá, na sua ausência, uma determinação genérica, do Poder Judiciário, sem observância dos critérios de conveniência e oportunidade da medida.

Vale ressaltar, nesse diapasão, que a análise da conveniência e oportunidade de edição da moratória está inserida na função típica do Executivo.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1265.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 476.

3. Segurança jurídica, limites do ativismo judicial e impossibilidade de concessão de moratória pelo Poder Judiciário

Um ordenamento jurídico claro é pressuposto para a segurança jurídica. Humberto Ávila, em relevante obra sobre o tema, leciona que é impossível falar em segurança jurídica se o Direito não for compreensível, previsível e estável⁸. Analisando-se as dimensões estática e dinâmica da referida doutrina, importa dizer que há segurança jurídica quando o Direito é claro, de modo a permitir que o cidadão compreenda as normas de conduta e, com base nelas, alcance os efeitos jurídicos previstos. Nessa perspectiva, o cidadão não terá sua legítima expectativa, gerada pelo direito claro, frustrada.

Admitir uma atuação exagerada do Judiciário, fora de suas funções institucionais, importa em ocasionar insegurança jurídica.

Tem-se o denominado “ativismo judicial”, um modo proativo de interpretar a Carta Política, provocando ingerência do Poder Judiciário em que demais poderes se retraem.

Luís Roberto Barroso estabelece críticas ao ativismo judicial exagerado, de natureza político-ideológica (uma vez que os membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, não podendo sobrepor suas decisões às dos agentes políticos eleitos para aquele determinado fim), de capacidade institucional (eis que os demais poderes estão mais habilitados para o fim que são destinados) e de limitação do debate (o poder Executivo e o Legislativo possuem instrumentos de debate para implementação das políticas públicas que direcionam, como audiências públicas ou a própria base eleitoral de um congressista)⁹.

Humberto Ávila também leciona acerca dos limites do ativismo:

Os limites, antes construídos, relativamente à liberdade de configuração do Poder Legislativo, trazem maior ou menor poder de controle para o Poder Judiciário. Os limites são, obviamente, convergentes e inversamente proporcionais: o poder de controle do Poder Judiciário quanto à fixação de premissas de fato e à previsão de efeitos futuros da lei será tanto menor, quanto mais difícil e técnico for o juízo exigido para a fixação das premissas de fato, e mais duvidosos forem os efeitos futuros da lei; o poder de controle do Poder Judiciário será tanto maior, quanto mais pessoalizado for o elemento distintivo relacionado com a diferenciação feita pelo Poder Legislativo, mais vinculada com princípios relacionados com a garantia do desenvolvimento pessoal for a distinção e mais importante forem os bens jurídicos afetados ou influenciados por esses princípios¹⁰.

Prossigue o ilustre professor:

Em um sistema de separação dos Poderes, a atividade do Poder Judiciário consiste em reconstruir significações de dispositivos estabelecidos pelo Poder Legislativo, além de examinar a ocorrência

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 140; 146.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 443; 446.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 184.

dos fatos, por meio de uma série de atos concatenados destinados a dizer o Direito. Não é o caso de ingressar na interminável discussão a respeito de o Poder Judiciário “declarar” ou “constituir” normas. Trata-se, em vez disso, e tão somente, de demonstrar que os pontos de partida utilizados pelo Poder Judiciário são as disposições normativas estabelecidas pelo Poder Legislativo. Embora se admita, portanto, que os textos normativos legais não encapsulem normas, mas apenas estabeleçam núcleos de significação mais ou menos determinados, que precisam ser argumentativamente contextualizados do ponto de vista fático e normativo para adquirirem pleno sentido, o Poder Judiciário deve usá-los como pontos de referência para a aplicação do Direito. Tal vinculação não apenas decorre do princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88), que exige atuação judicial adstrita aos comandos originários do Poder Legislativo: ela advém, também, da própria regra da legalidade (arts. 5º, I, e 150, II, da CF/88), que impede que as obrigações tributárias possam ser baseadas direta e exclusivamente em decisões judiciais¹¹.

Não se discute a importância do Poder Judiciário para o equilíbrio democrático. A judicialização da política, isto é, a ingerência do Judiciário sobre questões políticas, se revela cada vez mais recorrente, especialmente confrontada com abusos dos poderes incumbidos das políticas públicas¹².

Se, por um lado, o ativismo exacerbado deve ser contido, por outro, a denominada “autocontenção judicial” (o oposto) também deve ser evitada. Como adverte Klaus Tipke¹³, é fundamental a existência de um tribunal constitucional que cuide das exorbitâncias do Legislativo e do Executivo, inclusive como corolário da igualdade. Há de se buscar um meio termo, estabelecendo limites ao ativismo judicial.

Nesse contexto, a atuação dos demais poderes pode e deve ser controlada pelo Judiciário, mormente quando restringe direitos fundamentais, situação em que o âmbito de controle deverá ser amplo, principalmente para “avaliar a avaliação” de outro poder (caso de premissa equivocada) ou em caso de restrição a bem jurídico constitucionalmente protegido ou de grande relevância¹⁴.

Em contrapartida, há de se ter uma atuação diminuta do Poder Judiciário, embora ainda sustentável sua contenção, em caso de juízo técnico ou se presente um caráter de ponderação mais amplo, consoante ensina Humberto Ávila:

De outro lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser tanto menor, quanto mais: (1) duvidoso for o efeito futura da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 639.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. Segurança jurídica e sociedade de risco. In: SHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 266.

¹³ TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário. In: MACHADO, Brandão (coord). *Direito Tributário: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 517-530.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 219.

matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição.

Presentes esses fatores, menor deverá ser o controle exercido pelo Poder Judiciário, já que se torna mais difícil uma decisão autônoma desse Poder. Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência. Se tudo isso foi feito – mas só nesse caso – a decisão tomada pelo Poder Legislativo é justificável (vertretbar) e impede que o Poder Judiciário simplesmente substitua a sua avaliação. Mas, veja-se: a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não, uma posição rígida e prévia anterior a ele. Sem o controle do Poder Judiciário não há sequer como comprovar a justificabilidade da medida adotada por outro Poder.

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição¹⁵.

Nesse diapasão, adverte Klaus Tipke que não é admissível estabelecer como justificativa para uma subvenção tributária motivação que não fora cogitada pelo legislador. Neste ponto, afirma categoricamente o ilustre jurista alemão que “os tribunais não podem substituir o objetivo da intervenção do legislador por outro que lhes pareça racional; de outra forma, estariam dirigindo a economia em lugar do legislador”¹⁶.

Dessa forma, o que se busca combater, como fundamento da segurança jurídica, não é a atuação firme do Poder Judiciário, mas sua proatividade exacerbada, fora das balizas constitucionalmente estabelecidas.

A título de exemplo, na discussão da constitucionalidade da instituição do mecanismo de tributação simplificada denominado “Simples”, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 219-220.

¹⁶ TIPKE, Klaus. *Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário*. In: MACHADO, Brandão (coord). *Direito Tributário: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 526.

o papel do judiciário como “legislador negativo”, não cabendo ao Judiciário conferir benefício (papel de legislador positivo) que o Poder Legislativo não pretendeu outorgar¹⁷.

Estabelecidas tais lições, portanto, há de se entender que a concessão de moratória por parte do Poder Judiciário, sob a justificativa de um contexto de pandemia, importa em claro ativismo judicial exagerado, visto que toma para si, em detrimento dos demais poderes, a função de avaliar a conveniência e oportunidade intrínseca ao instituto, revelando claro desrespeito aos preceitos constitucionais.

É certo, contudo, que podem ocorrer efeitos positivos em decorrência da decisão judicial. Trazendo a questão sob exame, uma moratória concedida para uma determinada categoria de pessoas seria atentatória à igualdade, se não estendida às categorias em igualdade de condições. Afinal, em especial no que concerne à pandemia, não há sentido em se conceder moratória a determinada empresa e não o fazer com relação àquelas que trabalham no mesmo setor ou em segmentos similares (embora, como afirmado no item anterior, seja perfeitamente possível a distinção entre categorias que não estão em igualdade de condições).

Ensina Humberto Ávila, quanto a esses efeitos positivos da atuação do Judiciário, especialmente quando confrontado com o princípio da igualdade, sob o prisma do juízo negativo como proibição de provocar efeitos positivos em decorrência de sua decisão:

[...] se juízo negativo significa a proibição de provocar efeitos positivos em decorrência da sua decisão, claramente a competência do Poder Judiciário não compreende apenas juízos negativos de exclusão. O Poder Judiciário pode declarar a nulidade da medida de comparação. Aliás, esse procedimento foi feito pelo próprio Supremo Tribunal Federal: ao analisar uma lei que estabeleceu uma nova revisão de vencimentos apenas para os militares, excluindo da revisão os servidores civis, decidiu que o Poder Judiciário pode corrigir a inconstitucionalidade de uma discriminação quando a lei estabelecer privilégios para uma pessoa ou grupo em relação a outros que se encontram na mesma situação. Nesse caso, a atuação do Poder Judiciário foi negativa (excluiu a medida de comparação incompatível com a igualdade), mas o efeito concreto terminou sendo positivo (ao excluir a medida de comparação, terminou por outorgar o benefício àqueles a quem o Poder Legislativo não quis outorgar)[...]»¹⁸.

De toda sorte, a premissa da contenção do ativismo judicial e respeito às balizas constitucionais há de ser respeitada. No campo da moratória, tal benefício somente pode ser instituído por lei específica.

Se a própria decisão judicial é imprevisível e retroativa (pois dada posteriormente em relação a fatos anteriores, sem qualquer certeza de caminho a ser adotado pelo julgador), permitir uma atuação positiva do Judiciário, como no caso da concessão de benefício fiscal sem lei que o fundamente, ofende sobremaneira a segurança jurídica,

¹⁷ ADI 1.643-1, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. em 05/12/2002.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 186.

conforme exposto acima, já que a irretroatividade e a previsibilidade são elementos da segurança jurídica¹⁹.

E não tem sido outro o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, consoante os seguintes julgados exemplificativos:

MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – Pedido de suspensão da exigibilidade do recolhimento de ICMS, bem como dos parcelamentos em andamento, pelo período de 90 dias ou até que cesse o decreto de calamidade pública, em decorrência da pandemia causada pela Covid-19 – Inadmissibilidade – Convênio Confaz nº 169/17, que estabelece a necessidade de expressa concessão da moratória, do parcelamento ou da ampliação de prazo para pagamento de ICMS pelos Estados ou Distrito Federal – Ausência de norma autorizadora para a prorrogação pleiteada – Observância ao postulado da tripartição dos Poderes – Precedentes – R. sentença mantida. Recurso improvido. (Apelação nº 1018753-28.2020.8.26.0053, Relator(a): Carlos Eduardo Pachi, 9ª Câmara de Direito Público, j. em 23.11.2020)

APELAÇÃO. Mandado de segurança. Pleito da autora de que houvesse a suspensão da exigibilidade de tributos estaduais durante a pandemia de covid-19. Sentença que denega a segurança. Manutenção. Ausência de direito líquido e certo. Impossibilidade de concessão de moratória pelo Poder Judiciário (arts. 152 e 153 do CTN). Planejamento de socorro às empresas que deve ser implementado pelo Poder Executivo. Precedentes deste Tribunal e do C. STF. Sentença mantida. Recurso não provido. (Apelação nº 1010245-73.2020.8.26.0577, Relator(a): Marcelo Semer, 10ª Câmara de Direito Público, j. em 20.11.2020).

Aliás, no juízo político de suspensão de decisões concessivas de liminares nas quais se pretendia a concessão de moratória pelo Judiciário, a presidência daquele Tribunal de Justiça se posicionou nos seguintes termos:

[...] II. Está suficientemente configurado o risco de lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas (cf., STA-AgRg 112, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.02.08; Pet-AgRg-AgRg 1.890, Rel. Min. Marco Aurélio, red. ac. Min. Carlos Velloso, j. 01.08.02; SSAgRg 846, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.05.96; e SS-AgRg 284, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.03.91). Isto porque decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, mormente em tempos de crise e calamidade, porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica. Oportuno destacar que a concessão de moratória, prevista nos artigos 152 a 155 do Código Tributário Nacional, correspondente que é à suspensão ou alargamento do prazo para o cumprimento da obrigação tributária principal, depende necessariamente de lei. [...] III. Forçoso reconhecer

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 640.

que as decisões liminares proferidas nos mandados de segurança especificados têm nítido potencial de risco à ordem administrativa, na medida em que ostentam caráter de irreversibilidade em tema de competência primordialmente atribuída ao Poder Executivo, além de criarem embaraços e dificuldades ao adequado exercício das funções típicas da Administração pelas autoridades legalmente constituídas, comprometendo a condução coordenada e sistematizada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19. Embora estejam pautadas em efetiva preocupação com o atual cenário mundial, as decisões desconsideraram que a redução na arrecadação dos impostos pelo Estado interfere diretamente na execução das medidas necessárias à contenção da pandemia de COVID-19. Também deixaram de considerar que, com relação ao recolhimento regular de ICMS, o cumprimento da obrigação mantém exata correspondência com o ritmo de vendas. Por incidir somente quando se aperfeiçoa o fato gerador, o ICMS é devido na mesma intensidade da atividade econômica do contribuinte: a redução da atividade econômica resulta em correspondente redução do valor do ICMS devido. [...] É importante dizer: não foram poucas as providências adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo para mitigação de danos provocados pela pandemia de COVID-19, tudo com vistas a evitar o contágio, a preservação da vida e da economia, ameaçadas de continuidade caso mantidas as liminares deferidas. Neste momento de enfrentamento de crise sanitária mundial, considerando todos os esforços envidados hora a hora pelo Estado, decisões isoladas, que caracterizam redução drástica na arrecadação do Estado, têm o potencial de promover a desorganização administrativa, obstaculizando o pronto combate à pandemia. IV. A despeito da indubitosa seriedade do momento atual, devastador e intranquilo, não há mínima indicação de que o Estado esteja sendo omisso quanto ao combate à pandemia de coronavírus. Por estar munido de conhecimento técnico abalizado e deter o controle do erário, o Estado de São Paulo, pelo Poder Executivo, tem as melhores condições e os melhores critérios para deliberar acerca do tema, de forma coerente com a capacidade contributiva de cada empresa segundo seu âmbito de atuação. Em suma, sem que se caracterize mínima omissão, é certo que a coordenação das ações de combate ao estado de calamidade – inclusive no que se refere a iniciativa de propor alterações legislativas – cabe ao Poder Executivo, que, com decisões e atos complexos, tem aplicado política pública voltada ao combate efetivo do mal que a todos aflige e de suas consequências econômico-financeiras. Ademais, não tem sentido determinar medidas da alçada de outro poder do Estado com fundamento apenas na discordância unilateral acerca da forma e do tempo de agir, até porque, em momento de enfrentamento de crise sanitária mundial, decisões isoladas têm o potencial de promover a desorganização administrativa. A intenção dos magistrados foi a melhor possível, é inegável. De encômios são merecedores todos os que buscam, no Poder Judiciário, soluções aptas à superação do difícil e inédito panorama. Entrementes, o momento atual exige calma. A coordenação, a ser exercida pelo Poder Executivo, é imprescindível. Somente uma organização harmônica e coerente ensejará a adoção das medidas necessárias e abrangentes. V. Daí a

imperiosa suspensão das decisões liminares, que ora determino [...]. (Suspensão de Liminar nº 2066138-17.2020.8.26.0000, Rel. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 08.04.2020).

Em igual juízo, a Presidência do Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos da decisão que concedeu liminar nos autos do Agravo de Instrumento nº 2062467-83.2020.8.26.0000, sob o fundamento de que

exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica em detrimento de outro, ou mesmo do próprio Estado, a quem incumbe, precipuamente, combater os nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia. (Suspensão de Segurança nº 5363/SP, j. 15/04/2020).

E assim justificou:

Assim, não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento. Apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais repita-se promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas. Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa. Ademais, a subversão, como aqui se deu, da ordem administrativa vigente no estado de São Paulo, em matéria tributária, não pode ser feita de forma isolada, sem análise de suas consequências para o orçamento estatal, que está sendo chamado a fazer frente a despesas imprevistas e que certamente têm demandado esforço criativo, para a manutenção das despesas correntes básicas do estado.

Aumentar o grau de abrangência de sorte a permitir a ingerência do Judiciário nesse aspecto resultaria na subversão do sistema jurídico. Novamente, há de se recorrer a um meio termo. Um modelo composto somente por princípios seria extremamente flexível, ao passo que um modelo em que só existem regras seria demasiadamente rígido, sem “válvulas de escape”²⁰.

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 148.

Há, ainda, outras barreiras. De início, a preocupação constitucional da autonomia do ente federativo é tamanha que, consoante exposto acima, não é possível a concessão de moratória de tributos de outros entes federativos. Vale dizer, a Constituição delega apenas àquele ente político que detém a competência tributária dispor sobre moratória de seus próprios tributos. Admitir que o Judiciário venha a se imiscuir nessa questão é também afastar, por via oblíqua, o exercício de função própria do Executivo, inserida no âmbito de sua discricionariedade.

Ademais, também nos termos do item anterior, verifica-se que a preocupação do CTN para a concessão do referido instituto perpassa por diversos requisitos que devem ser atendidos pela lei concessiva da moratória, aos quais não está vinculada uma decisão judicial que concede a moratória.

Tampouco há de se admitir a aplicação do denominado fato do príncipe como fundamento para a concessão da moratória. Referido instituto está inserido no campo da álea administrativa, voltado à inexecução sem culpa de contratos com a Administração, quando a parte contratante é onerada por alteração superveniente da disciplina estatal que influi no sinalagma do contrato. O exemplo clássico da doutrina é o aumento da carga tributária, que acaba por refletir na execução do contrato²¹.

A analogia buscada para aplicar tal instituto à questão chega aos encargos suportados pelos contribuintes, em razão das medidas adotadas pelo Estado na contenção do avanço da pandemia, rompendo um suposto equilíbrio tributário outrora existente.

Contudo, o fato do princípio se volta à inexecução de contratos administrativos, justificando-se quando há quebra do equilíbrio contratual. Assim, não guarda relação com o inadimplemento tributário, cujo elemento nuclear é a compulsoriedade e inexistência de natureza contratual.

Destarte, diante de todo o demonstrado, verifica-se como inviável a concessão de moratória pelo Poder Judiciário sob a justificativa de um cenário de pandemia.

Saliente-se que algumas medidas foram tomadas pelos órgãos responsáveis no sentido de minimizar os efeitos da pandemia em matéria tributária. Há de se destacar a portaria conjunta da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nº 555/2020, que prorrogou a validade das certidões negativas e positivas com efeitos de negativas quanto aos débitos federais; a instrução normativa nº 1.930/2020, da Receita Federal do Brasil, que determinou o adiamento do prazo de entrega da declaração do imposto sobre a renda da pessoa física; o decreto nº 10.305/2020, da Presidência da República, que suspendeu o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) para operações de crédito e empréstimos realizadas entre 3 de abril e 3 de julho do corrente ano; dentre outras medidas.

No município de São Paulo, por seu turno, destaca-se a lei nº 17.403/2020, que dispõe sobre a suspensão da exclusão de parcelamentos durante o estado de calamidade pública decorrente da Covid-19.

É certo que alguns estados, como São Paulo, não editaram normas prevendo moratória dos tributos de suas competências (embora, no caso de São Paulo, tenha ocorrido a suspensão de prazo de defesa em processos administrativos, o que gera, por consequência, a postergação de atos executivos relacionados a esses processos), porém é inviável que o Judiciário venha a se imiscuir nesse ponto.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 391.

4. Conclusão

Diante de todo o colacionado, é totalmente recomendável a concessão de moratória tributária em tempos de pandemia, tratando-se de um momento absolutamente extraordinário, decorrente de evento imprevisível, inevitável e irresistível. Porém, há de se concluir pela impossibilidade de sua concessão pelo Poder Judiciário.

Conforme exposto, há imperiosa necessidade de lei, o que veda a atuação do órgão jurisdicional como legislador positivo.

Ademais, uma decisão judicial concessiva da moratória não atenderia aos parâmetros e requisitos fixados pelo legislador complementar.

Ainda, na hipótese, ter-se-ia um ativismo judicial exacerbado, rompendo com a segurança jurídica e a separação de poderes. Neste contexto, há de se destacar que o Judiciário não é o órgão democraticamente eleito para elaborar políticas fiscais de isenção ou parcelamento de tributos. Relevante também reforçar que não há, nesse órgão, campo para debates sobre o assunto, como existe no Poder Executivo ou no Legislativo.

Por fim, não detém o Poder Judiciário a tecnicidade necessária para avaliar os efeitos da medida de moratória, tanto para a economia quanto para fazer frente às políticas públicas de contenção da pandemia.

E é exatamente nesse sentido que a jurisprudência vem se firmando. Em última análise, seguir a jurisprudência implica fomentar a segurança jurídica, não cabendo ao Judiciário, sem razão suficiente, se afastar de seus precedentes²².

Ainda que a pandemia seja algo único, fora do ordinário, não há justificativa suficiente para quebrar os paradigmas acima colacionados.

5. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2009.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 641.

TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário. *In: MACHADO, Brandão (coord.). Direito Tributário: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira.* São Paulo: Saraiva, 1984. p. 517-530.

TORRES, Ricardo Lobo. Segurança jurídica e sociedade de risco. *In: SHOUERI, Luís Eduardo (coord.). Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Segurança jurídica e a aplicação da teoria dos precedentes judiciais

*Nelson Jorge Junior*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Cláusulas gerais e interpretação judicial; 3. Jurisprudência. Súmula. Precedente; 4. Vinculação dos precedentes; 5. O princípio da segurança jurídica; 6. Conclusão.

1. Introdução

O Código de Processo Civil em vigor trouxe, para o sistema processual do Brasil, um leque de indicação para vincular as decisões judiciais dos tribunais às jurisprudências e mantê-las estáveis, íntegras e coerentes (art. 926 do CPC), e identificou o que deve ser observado (art. 927 do CPC). Creio haver preocupação com as decisões judiciais a fim de a tutela do direito ser deferida a um indivíduo em situações idênticas, isto é, da mesma forma ao outro indivíduo. Há, portanto, necessidade da previsibilidade e da igualdade das decisões judiciais e, em consequência, respaldo para a força obrigatória dessas decisões, cujo sustentáculo advém da Constituição Federal.

A Constituição brasileira dispõe como garantias a todos a liberdade, a isonomia e a legalidade, buscando permitir que a sociedade tenha segurança jurídica.

Com essa compreensão, verifica-se que o precedente jurisprudencial compõe o direito e com força imposta pela lei; e o faz, assim, para alcançar a necessária segurança jurídica e abraçar a garantia da liberdade e igualdade. Para tanto, é preciso conhecer como é interpretado e aplicado o direito e qual a eficácia do precedente. A formação do precedente enseja conhecer o raciocínio empregado para a conclusão da decisão judicial, de forma a permitir sua previsibilidade, conhecendo o direito aplicável à espécie e proporcionando segurança jurídica.

Diante desse quadro, será permitido ao indivíduo proceder a escolha do que pode ou não fazer. Conhecendo esse ditame, terá, com os precedentes conhecidos, segurança jurídica, porque saberá com antecedência que o precedente será aplicado sem tergiversação e, se necessário for, atingirá a igualdade de tratamento por meio da segurança jurídica. Assim, a busca pela estabilidade jurisprudencial é benéfica, porque confere segurança e transmite ao jurisdicionado a ideia de isonomia, permitindo que as normas sejam eficazmente compreendidas, afastando-se as inúmeras e contraditórias interpretações, que nada mais fazem do que gerar incerteza e dificuldade no cumprimento das leis.

¹ Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (Ciência das Relações Sociais). Ex-professor do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo.

2. Cláusulas gerais e interpretação judicial

A Constituição Federal e a lei ordinária, ao instituírem o sistema dos precedentes vinculantes, não suprimiram direitos e garantias.

Na verdade, essa permissão procura conferir maior efetividade ao direito material, que se busca por meio do processo, fortalecendo aquilo que já foi decidido. E como o sistema legal em vigor, em alguns momentos, faz opção pelo emprego das denominadas *cláusulas gerais* – as quais contêm conteúdo indeterminado, com o fim de permitir a aplicação para a realidade do momento em que se vive, possibilitando resposta ágil à solução dos conflitos de interesse –, necessário se faz então destacar a importância da interpretação para a aplicação do direito. O que tem direta relação com a fundamentação empregada para a solução e o raciocínio jurídico, nos quais irá permitir o precedente jurisprudencial.

A respeito das *cláusulas gerais*, que permitem ao juiz a conformação da norma e vinculação controlada pelos tribunais, observou Judith Martins-Costa:

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos [...]

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz ‘a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificado, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variável [...] A grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativa, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas².

Percebe-se a responsabilidade do intérprete das *cláusulas gerais*, e nisso agora tem real destaque o Poder Judiciário, por meio de seus juízes e tribunais, uma vez que a interpretação jurídica é que irá proporcionar a segurança jurídica, pois indicará o significado do texto de que resultará a norma.

² MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 81, n. 680, p. 50-51, jun. 1992.

A doutrina contemporânea passou a fazer distinção entre texto e norma, que seria a parte do texto interpretado, da qual a normatividade seria o resultado da interpretação³. Portanto, é relevante o ato de interpretar o texto normativo para se alcançar a segurança jurídica⁴. Eros Roberto Grau observa que:

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem⁵.

É dever observar que o ato de interpretação tem por escopo afastar as que se deram forma incorreta por trazerem insegurança, de modo a estabilizar a decisão a ser proferida pelos juízes e pelos tribunais. Esse papel pertence aos tribunais superiores, como previsto na Constituição Federal de 1988, investidos do poder de afirmar como a lei não deve ser interpretada, de forma a se buscar a unidade do direito – isto é, a uniformidade da interpretação da lei, possibilitando, assim, ser afastada qualquer vontade dos juízes que possa se sobrepor à da lei. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são responsáveis por asseverar e velar pela interpretação da lei, assegurando a liberdade e a isonomia aos casos decididos. Essa atuação resulta em estabilidade e continuidade para a ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas.

O sistema jurídico, assim, de forma objetiva, em determinadas hipóteses, vincula as decisões conforme a interpretação daquelas cortes, utilizando, pois, o uso do precedente.

Michele Taruffo, após fazer distinção entre precedente e jurisprudência, conceitua o precedente asseverando:

³ Conforme o doutrinador Nery Júnior: “A normatividade não se relaciona com o texto da norma, é o resultado da interpretação que se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o ‘texto da norma’ e a sua *validade*, que consiste, de um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, do outro, na obrigação dirigida ao juiz (ou a autoridade habilitada a interpretar) de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequados ao caso particular e de trabalhar corretamente de um ponto de vista metódico” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45).

⁴ Kelsen (2003) destaca essa preocupação ao concluir que “uma interpretação estritamente científica de uma lei estadual ou de um tratado de Direito Internacional que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção do sentido único: É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 396-397).

⁵ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25.

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas fattispecie concretas não é determinada in re ipsa, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos⁶.

A decisão judicial para o caso – a sentença – deve ser motivada pela incidência da norma geral, uma vez que não cabe ao julgador criá-la, pois estaria a exercer trabalho como legislador e não como julgador; todavia, tem relevância saber como a decisão judicial foi construída, ou, no dizer de alguns doutrinadores, como foi construída a norma jurídica individual para o caso concreto, se, por exemplo, houver contrariedade aos princípios constitucionais e direitos de garantia.

A interpretação judicial para tal hipótese estará, então, se aproximando da norma geral estabelecida pelo legislador, uma vez que a fundamentação da decisão judicial se fundaria nessa norma por respeito a sua mais importante característica: seu espírito, afastando o caráter ilusório, enganoso, de maneira que o precedente criado, sendo ele obrigatório, oriente os cidadãos sobre como poderão agir. Assim, terão necessária previsibilidade a esse respeito, buscando a necessária segurança jurídica. Dessa forma, todos os indivíduos poderão ter a compreensão dos ditames empregados para aquele caso aferido e em conformidade com a lei aplicada, estando, portanto, assegurada a previsibilidade da interpretação judicial.

3. Jurisprudência. Súmula. Precedente

Para possibilitar o estudo da incidência dos precedentes jurisprudenciais, se faz necessário conhecer a distinção entre eles: as súmulas e a jurisprudência.

O sistema legal brasileiro é o da *civil law*, que não se confunde com o sistema *common law*, como é sabido. Porém, há alguns anos, cresce o interesse em conferir força à jurisprudência, apesar de o sistema brasileiro considerar a jurisprudência como fonte do direito⁷.

Percebe-se que a jurisprudência poderá ser aplicada numa situação ou circunstância que se repita em casos análogos. Em virtude dessa repetição, pôde o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do então Ministro Vicente Nunes Leal, criar as súmulas de jurisprudência predominante. Essas súmulas são o resultado da compreensão da maioria dos ministros, que podem ser revogadas ou modificadas, desde que novos fundamentos se apresentem para tanto. Elas revelam, exprimem a jurisprudência de um tribunal⁸. As

⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista dos Tribunais Online*, [s. l.], v. 199, n. 36, p. 139-149, set. 2011. p. 142-143.

⁷ Miguel Reale considera a jurisprudência como fonte do direito, ao esclarecer: “Pela palavra ‘jurisprudência’ (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167).

⁸ Nelson Nery Junior (2009) conceitua súmula ao afirmar: “A súmula é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. O objetivo da

súmulas consideradas simples ou não vinculantes não restringem o livre convencimento motivado dos magistrados; no entanto, essa liberdade não alcança as súmulas vinculantes⁹, que obrigam a todos os magistrados e órgãos da administração direta e indireta.

No dizer de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, diante do que dispõem os artigos 926 e 927, ambos do novo Código de Processo Civil, a nova legislação processual provocou evolução normativa, o que deu relevância à jurisprudência, porque, com a imposição obrigatória para a observância dos precedentes, estes podem ser qualificados como *fontes do direito*. É dito:

Após toda essa evolução e agora com a obrigatoriedade da observância desses precedentes judiciais, na ordem jurídico-positiva brasileira da atualidade a jurisprudência é uma fonte de direito. Mas ressalva-se que a jurisprudência dotada desse poder de impor não é toda e qualquer linha de julgamentos, de qualquer tribunal e muito menos dos juízos de primeiro grau de jurisdição. Somente integram as fontes do direito os precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais indicados na lei, especialmente no art. 927 do Código de Processo Civil, os quais, pelo maior peso sistemático de que são dotados, diferenciam-se dos demais e ganham essa eficácia de se projetarem em julgamentos futuros¹⁰.

As súmulas diferem do precedente judicial, pois este representa uma decisão que provocará repercussão no julgamento de casos futuros. Os precedentes surgem por razão de a lei ser interpretada de diferentes formas e, em alguns casos, haver decisões judiciais diferentes para casos iguais, o que termina acarretando a quebra da segurança jurídica. Disso resulta a necessidade do dever dos magistrados de respeitar e vigiar os precedentes, pois, para as mesmas hipóteses, as decisões devem ser proferidas com o mesmo resultado, cumprindo o dever, a obrigação de respeito aos precedentes dos tribunais superiores.

É necessário que os tribunais e os juízes mantenham coerência com os próprios precedentes. Precisam trazer a lume a tese que se aperfeiçoou para o caso examinado, o que ficou delineado, que terá vinculação para a aplicação pelos magistrados de primeiro grau, como também pelos tribunais de segundo grau de jurisdição.

O conteúdo hermenêutico dessa decisão vinculatória afeta a organização do Poder Judiciário, como expõe Michele Taruffo, ao considerar a decisão judicial como sendo: a) precedente vertical; b) precedente horizontal; c) autoprecedente¹¹. A hipótese do precedente vertical possibilita inferir a hierarquia entre os órgãos judiciais, portanto, aqueles proferidos pelo órgão superior fazem vincular os inferiores. No tocante ao prece-

súmula é fixar teses jurídicas *in abstracto* que devem ser seguidas pelos membros do tribunal, de modo a facilitar o exercício da atividade jurisdicional pelo tribunal que as editou” (NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 529).

⁹ Art. 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

¹⁰ DINAMARCO, Cândido; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 43-44.

¹¹ *Op. cit.* p. 148-149.

dente horizontal, está relacionado às decisões do mesmo órgão hierárquico e, por isso, não têm poder de vinculação, mas tão só a capacidade de persuasão. Com relação ao autoprecedente, traz a intenção, o propósito de que o magistrado deve ter coerência ao decidir, para com isso concretizar a garantia constitucional da igualdade e respeito à imparcialidade.

No atual sistema jurídico, a vinculação hermenêutica está prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, que se refere à súmula vinculante; na uniformização de jurisprudência, conforme dispõe o artigo 926 do atual Código de Processo Civil; no Incidente de assunção de competência, de acordo com o artigo 947; e pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987, todos do Código de Processo Civil.

Destaca-se, pois, a importância do previsto no artigo 926 do novo Código de Processo Civil, ao dispor que: *os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*. Frisemos, então, que os tribunais não podem possibilitar a prevalência de divergências sobre questões jurídicas idênticas. Portanto, a interpretação da lei apresenta relevância nesse sistema, porque por meio dela irá a decisão explicitar os fundamentos que permitiram a conclusão do caso concreto, com o dever de ser racional e fiel ao direito. Uma vez sendo essa interpretação vinculativa, todos os demais juízes e tribunais deverão aplicá-la aos casos idênticos ou muito assemelhados, isto é, aplicação uniforme¹², afastando outras interpretações subjetivas dos julgadores¹³.

O precedente irá permitir, conforme dispõe o artigo 932, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, negar seguimento ao recurso quando for inadmissível, ou estiver prejudicado, ou não tenham sido impugnados especificamente os fundamentos da decisão recorrida; ao recurso, será negado provimento se for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, ou do próprio tribunal, ou se o acórdão for contrário a acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de **recurso repetitivo**, ou contrário a entendimento firmado em **incidente de resolução de demandas repetitivas** ou de **assunção de competência**.

O precedente judicial obtém a autoridade que flui desses tribunais superiores, e estes não estão legislando, não estão a criar leis, mas tão só a proceder a interpretação poderá guiar, por meio de norma jurídica, as decisões futuras dos tribunais; conferindo assim interpretação futura da unidade do direito. Deve ser considerado que, para a segurança jurídica, a divergência de entendimento dentro dos tribunais atinge o interesse público, porque não se aceita, não se admite, que casos iguais sejam tratados de forma desigual perante a ordem jurídica em vigor.

Ao se preocupar a nova lei processual com a incidência dos precedentes, sobressai então que a *ratio decidendi* constitui essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto, e essa é a regra de direito que vincula os julgamentos futuros *inter*

¹² Alguns doutrinadores fazem uso das palavras: *nomofilástica e nomofilática*. Porém, tais termos não existem no vocabulário da língua portuguesa da Academia Brasileira de Letras. Essas palavras são de origem italiana: *“nomofilachia ou nomofilacia: Garanzia dell’uniforme interpretazione della legge”* (CANZIO, Giovanni. *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*. In: CARLEO, Alessandra (org.). *Il vincolo giudiziale de passato: I precedenti*. Bolonha: Il Mulino, 2018).

¹³ Observou a respeito Daniel Mitidiero: “A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos) – e é justamente por essa razão que a *vida do Direito*, concretizada na sua interpretação e aplicação, não depende apenas da lógica, mas é antes de tudo *experiência*” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes da Persuasão à Vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 59-60).

alia. Portanto, e sob esse ângulo, compete aos juízes, ao tê-la em consideração como precedente, extrair a norma jurídica que poderá ou não incidir na situação concreta. A obrigatoriedade ao precedente indica o dever jurídico de conformar-se a *ratio decidendi*. Logo, ecoa sobre todos os casos futuros aos quais tenha pertinência.

O precedente é produto de atividade jurisdicional, e a produção de decisões com potencialidade de se tornar modelo de solução para o julgamento de casos futuros é inevitável. A *ratio decidendi* é, em verdade, o fundamento jurídico da decisão judicial, melhor dizendo:

*constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (rule of law). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros inter alia. [...] Cumpre esclarecer que a ratio decidendi não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a 'norma legal' (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta*¹⁴.

A *ratio decidendi* é também chamada de motivo determinante de uma decisão. O motivo determinante, entendido como *ratio*, é a ideia, o pensamento sem o qual não se chegaria àquela decisão específica. É o motivo suficiente e imprescindível para a decisão que foi tomada. Observou Luiz Guilherme Marinoni a respeito: “Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante a decisão. Constitui a *ratio decidendi*”¹⁵.

E a *ratio decidendi* não se confunde com o *obiter dictum*, que é a passagem da motivação do julgamento que contém simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia e que não cabe ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, posto que não tem autoridade para predeterminar futuros julgamentos, porém, pode ser aludido como argumento de persuasão¹⁶.

Para a garantia da fidelidade àqueles julgados das cortes, com a aplicação das súmulas vinculantes, dos julgamentos proferidos em recurso repetitivo e em incidência de assunção de competência, não se pode olvidar da possibilidade do uso da reclamação, como dispõe o artigo 988 do atual Código de Processo Civil, à medida que a decisão judicial necessita estar fundamentada (art. 489, § 1º, inc. V). Na hipótese de aquela não ter observado o enunciado de súmula de jurisprudência ou precedente invocado pela parte interessada, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento, deverá ser considerada sem fundamentação.

¹⁴ Cruz e Tucci, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 292.

¹⁶ Ensinam Didier Jr., Braga e Oliveira: “O *obiter dictum* (*obiter dicata*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (‘prescindível para o deslinde da controvérsia’). Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz ‘incidentalmente’ ou a ‘propósito’ (“by the way”), mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed, vol. 2. Salvador: JudPodivm, 2018. p. 516-517).

Por outro lado, os tribunais poderão sinalizar que a jurisprudência será modificada, ou então irá seguir orientação diferente (*signaling*). Poderão também cotejar, comparar se a causa em exame se assemelha ou não ao precedente (*distinguishing*); isto é, procura-se vislumbrar se os casos são ou não análogos para a aplicação do precedente, pois se assim não for, não será aplicado; é, portanto, necessário que o julgador proceda essa averiguação¹⁷.

Didier Jr., Braga e Oliveira compreendem que o *distinguishing* tem duas acepções, a saber, o *distinguish*-método e o *distinguish*-resultado.

Na primeira acepção (*distinguish*-método), o *distinguishing* designa o método de comparação entre o caso analisado e o caso paradigma. Na segunda acepção (*distinguish*-resultado), o *distinguishing* representa o resultado desse confronto, quando se depreende que os casos possuem alguma diferença ou semelhança, o que pode culminar no afastamento ou na aplicação da *ratio decidendi*. Partindo-se das acepções de *distinguishing* anunciadas, é possível concluir que o *distinguishing* consiste no processo que estimula a experiência metódica do magistrado, baseado na análise e comparação entre as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* do caso a ser julgado e as circunstâncias fáticas e a *ratio decidendi* dos casos julgados em momento precedente. Isto é, com a comparação do *distinguishing*, parte-se do particular para o geral. A partir dessa comparação, havendo semelhança entre os casos, o magistrado deverá se verificar se a *ratio decidendi* do caso paradigma se amolda ao caso em julgamento. Se a *ratio decidendi* extraída do caso paradigma se adequa ao caso em julgamento, o magistrado deverá aplicá-la, ressalvada a técnica de superação do precedente¹⁸.

¹⁷ A respeito desse tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DA VÍTIMA APÓS PERSEGUIÇÃO POLICIAL DO CRIMINOSO QUE ESTAVA EM LIBERDADE CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS.

Não cabimento de precedente exarado pela 2ª turma do superior tribunal de justiça. Aplicabilidade da técnica interpretativa do DISTINGUISHING. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o afirmado pela parte ora recorrente, de fato, a 2ª Turma deste Sodalício julgou o recurso especial nº 1.159.189/RS que se aplicaria à hipótese sub examine. 2. Ocorre que o precedente citado não se amolda ao caso em concreto. Isso porque, conforme se viu, no julgado considerado como paradigma, o Tribunal a quo entendeu pelo cabimento da indenização, sendo que, em recurso especial, esta parte da insurgência não foi conhecida por demandar o revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos. Além disso, naquele caso, não foi consignado no acórdão que o agente estivesse sob livramento condicional. 3. Todas estas circunstâncias levadas em consideração pelo acórdão naquele julgado não foram reconhecidas pelo decisum referente ao presente caso em concreto. Muito pelo contrário, na hipótese em tela, o Tribunal a quo, com base nos elementos fáticos e probatórios constantes dos autos, afastou o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, fundamento por meio do qual afastou qualquer deficiência do serviço do Estado. Conclusão em sentido contrário é inviável a teor da Súmula 7/STJ.

4. Este argumento é baseado, por analogia, no entendimento de que não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado, que concedeu o benefício da liberdade condicional ao apenado, tenha sido a causa direta e imediata da perseguição e seu trágico desfecho com a morte da vítima.

5. Assim, necessário se faz a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade do precedente substanciado no recurso especial nº 1.159.189/RS, pois os fundamentos fáticos ali destacados, que foram reconhecidos pelo Tribunal a quo, não estão presentes no acórdão ora recorrido.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 1355566/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 13/05/2013).

¹⁸ “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente. [...] Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) – como previsto no art. 489, § 1º, V, e 927, § 1º, CPC; (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada “*distinção*”, na forma em que consagrada no art. 489, § 1º, VI, e 927, § 1º, CPC” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 567).

O novo Código de Processo Civil destacou, pois, a necessidade da incidência dos requisitos da uniformização, estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais, organizando o papel dos tribunais e destacando a relevância da criação dos precedentes judiciais pelas Cortes Supremas, de modo que a incumbência os vincule para que haja uniformidade das decisões por eles proferidas, não mais sendo aceita a continuidade das disseminações múltiplas da interpretação do direito.

Portanto, o dever incumbido aos tribunais poderá vir a ser cumprido de forma correta quando da edição de enunciados de súmula, nos termos do art. 926, §§1º e 2º, do atual Código de Processo Civil. A uniformização, estabilidade, isonomia e segurança jurídica poderão ser alcançadas quando observada a previsão dos incisos do art. 927 do novo Código de Processo Civil, que elenca decisões judiciais vinculantes, isto é, os precedentes judiciais que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais. Evidencia-se, então, a necessidade, para a uniformidade, do encontro da interpretação do direito, para que não mais possa disseminar, em múltiplas direções, o que está a representar, e passará a ser respeitado, promovendo a tutela desse direito com segurança jurídica, com consideração à liberdade do indivíduo e à igualdade.

4. Vinculação dos precedentes

A principal preocupação que emana da sociedade brasileira com relação à interpretação das leis e os julgamentos oriundo dela está no sentido de ser necessário atingir grau que permita aos jurisdicionados ter certeza com relação aos temas eventuais considerados polêmicos, pois, se assim não for, nenhuma pessoa se sentirá segura de seu direito.

De forma que, quando considerada a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, destaca-se sua vinculação, as quais são verdadeiros precedentes que permitem, nos termos do artigo 932, inciso IV, do Código de Processo Civil, que possa qualquer recurso ser rejeitado pelo relator do recurso interposto quando for contrário a elas, a ponto de estar autorizado a proferir decisão monocrática, isto é, na qual não será necessário o julgamento colegiado¹⁹.

Nota-se que as súmulas, assim consideradas como precedentes, são vinculantes e ocupam lugar destacado no sistema atual por serem consideradas como *fonte de direito*. Michele Taruffo observou que:

A dimensão teórica relaciona-se à circunstância de que o recurso ao precedente caracteriza de maneira peculiar a estrutura da argumentação jurídica em ordem à interpretação da regra de direito e à sua justificação, seja quando o precedente vem trazido em sede de análises doutrinárias, seja quando a ele se faz referência no

¹⁹ Ponderou José Carlos Barbosa Moreira: “Compreensivelmente, sobe de ponto a preocupação com a uniformidade em se tratando de matéria constitucional. Já não representa novidade a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em ação direta de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou de outro normativo. A Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, engendrou novo mecanismo vinculativo, por meio de acréscimo à Carta da República, da qual se tornou o art. 103-A.” [...] Observou mais ao exame do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil de 1973, ao afirmar que o poder atribuído ao relator “de dar provimento a recurso interposto contra decisão divergente de súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, bastaria – argumenta-se – para atingir os objetivos que se têm em vista, e seria até mais eficiente, em tal perspectiva, do que a ‘súmula vinculante’”. In: *Temas de Direito Processual Nona Série*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 302/303.

âmbito da interpretação judicial do direito. Sem enfrentar aqui o problema de a jurisprudência ser ou não ser fonte de direito, é certo que ela é um fator essencial e decisivo em sede de interpretação e de aplicação do direito. Este fator condiciona a estrutura da argumentação jurídica, sendo que esta vem a ter, não uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura tópica, no mesmo sentido esclarecido por Viehweg em Topik und Jurisprudenz. Os precedentes representam, de fato, os topoi que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da Rechtsfindung e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença)²⁰.

O precedente tem relação com uma decisão de um caso específico, mas ressalta-se que a força dele, no dizer de Giovanni Canzio, é inversamente proporcional à quantidade e ao número de precedentes, isto é, quanto mais precedentes, menos vinculante será um deles.

Del resto, è una regola matematica: la forza e l'efficacia di un precedente è inversamente proporzionale alla quantità e al numero dei precedenti; più precedenti ci sono, meno forte è ciascuno di essi (c.d. inflazione dei precedenti)²¹.

Na percepção da incidência dos precedentes, nos termos previstos no Código de Processo Civil, torna-se preciso perceber a distinção entre os julgados proferidos pelas Cortes Superiores e aqueles dos Tribunais dos Estados e Federais. Isso porque estes têm competência e o dever de efetuar a **uniformização da jurisprudência**, mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*, do CPC), isto é, de coibir, corrigir erros e acertos dos julgamentos das ações que a lei lhes confere a jurisdição, e assim encorajam a unidade do direito. Nesse âmbito, o atual Código de Processo Civil dispõe, para essa finalidade, do recurso extraordinário e do recurso especial (arts. 102, inc. III, 105, inc. III, da CF; e arts. 1.029, e 1.043 – embargos de divergência, do CPC); por meio de apelação, agravo de instrumento, devem agir para a uniformização dessa aplicação da unidade do direito, daí a incidência de que dispõe o artigo 927 do Código de Processo Civil.

Uniformizar é tornar uniforme e, no âmbito do direito processual civil, o atual Código visa atingir o que resulta disperso e desproporcional, fora do padrão, para assim poder padronizar e tornar uniforme a interpretação e a aplicação do direito. Observa Eros Roberto Grau: “*Interpretar o direito* é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar contingencial o singular”²².

Ao permitir passar a régua para a aplicação do artigo 927 do Código de Processo Civil, o novo Código possibilita a unidade do direito com a uniformização das decisões

²⁰ *Op. cit.*, p. 139.

²¹ CANZIO, Giovanni. Nomofilachia e diritto giurisprudenzile. In: CARLEO, Alessandra (org.). *Il vincolo giudiziale de passato: I precedenti*. Bolonha: Il Mulino, 2018.

²² GRAU, *op. cit.*, p. 60.

judiciais: o *Incidente de Assunção de Competência* (art. 947) e o *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* (arts. 976 a 987), e será possível, para tanto, que se efetue a edição de súmulas (art. 926, §§ 1º e 2º). Com essa disposição legal, e observada e respeitada a tutela jurisdicional dos Tribunais Superiores, sobressai nítida a distinção, porque apenas às Cortes Superiores é permitido o exercício jurisdicional da criação dos precedentes, o que se dá ao proferirem decisão de interpretação que acarrete a unidade do direito; aos tribunais, cabe a tutela jurisdicional para proferir a uniformização da jurisprudência, porque a lei lhes permite, mediante os recursos cabíveis, o reexame do caso concreto, com possibilidade de discussão e apreciação dos fatos e das provas realizadas.

Pondera-se, diante dessas circunstâncias, que há de se distinguir os papéis desempenhados pelas Cortes Supremas e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Federais. A essas cortes, é conferida, pela Constituição Federal e pela lei ordinária, a função vinculada à interpretação dos casos futuros, isto é, o precedente obrigatório, em que se pretende, com a decisão proferida, dar significado e unidade ao direito, com o que se obterá a segurança jurídica para garantir a igualdade e a liberdade.

5. O princípio da segurança jurídica

O princípio²³ da segurança jurídica encontra respaldo na Constituição Federal e se relaciona com o que se denomina Estado Democrático de Direito, do que resulta a estreita ligação com os direitos fundamentais.

Ensina Hans Kelsen que a Constituição é a norma fundamental, que dá validade a todas as demais normas de um sistema jurídico, e salienta:

Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. Somente a execução do ato coercivo estatuído por estas normas individuais – o último ato do processo de produção jurídica – se opera em aplicação das normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma. A aplicação do Direito e, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma²⁴.

No entanto, em alguns momentos, há desarranjo entre normas, o que poderá desencadear alguma dúvida referente à adequada interpretação de uma norma jurídica vinculada

²³ Não se pode olvidar que os princípios constitucionais são a coluna mestra do sistema jurídico e devem ser interpretados em conformidade com adequada e profunda inteligência, pois são considerados também como norma jurídica. Roque Antonio Carrazza afirma, a respeito desse último aspecto, que: “Tais normas, ao contrário do que pode parecer ao primeiro súbito de vista, não possuem todas a mesma relevância, já que, algumas, veiculam simples regras, ao passo que, outras, verdadeiros princípios. Não é sem razão que Prosper Weil afirma que ‘algumas normas constitucionais são mais diretrizes; outras menos’. A Constituição é, pois, um conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes” (CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 27).

²⁴ KELSEN, *op. cit.*, p. 261.

aos direitos assegurados na Constituição e os princípios que dela emanam. A interpretação será necessária para definir a aplicação da norma jurídica face à Constituição e seus princípios, e, para tanto, conveniente será a consideração dos valores contidos na Carta Magna para orientar o sentido e o alcance da norma infraconstitucional. Isto porque uma vez que se realizará a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição, abre-se oportunidade para a adequação do sistema jurídico, com possibilidade de incorporação de novos valores, atenuação de regras, modelando ou harmonizando-o às necessidades da sociedade compreendida em sua complexidade.

Para a segurança jurídica, é dever do Estado esforçar-se e procurar alcançar a adequada estabilidade social, e uma das formas por ele aplicada para tal é o direito. Com ele, busca-se a segurança jurídica de maneira que todo indivíduo tenha a certeza que, ao respeitar a lei posta, o comportamento nela disposto deverá ser por todos atendidos e, caso assim não se dê, poderá o indivíduo contestar, impugnar a conduta daqueloutro que a desrespeitou. Assim sendo, terá o cidadão assegurada a conduta, não estando sujeito então a surpresas em relação a qualquer das atividades perante a sociedade, pois os órgãos que têm esse dever irão ativar os meios e fins adequados e necessários para que a violação à norma jurídica seja corrigida ou reparada.

Não é aceitável, portanto, a admissão de o direito ser variável, de acordo com o caso apresentado, ou com cada caso, ou caso a caso, porque é preciso que tenhamos uma ordem jurídica considerada *equilibrada e estável*, que torna possível a segurança jurídica, quer quanto à legislação ou em relação às decisões judiciais. Isto porque delas devemos conseguir a necessária estabilidade, com previsibilidade e certeza, uma vez que são valores não passíveis de separação, porque o fato de vivermos em sociedade traz a exigência de as regras serem previamente conhecidas, possibilitando que o indivíduo possa se conduzir com honra e honestamente, respeitando e sendo respeitado.

Há um duplo horizonte para ser visto e para se atingir a segurança jurídica, com o equilíbrio e a estabilidade da legislação, como também oriunda da decisão judicial, considerando que esses pressupostos trafegam para o mesmo fim, no mesmo sentido, e não podem e nem devem ser afastados, não se rejeitam, mas sim se atraem, não se afastam para longe da Constituição, a protegem e a defendem inteiramente de eventual ofensa ou desrespeito. Para se conhecer inteiramente algo, é necessário considerá-lo em seu duplo aspecto, tendo, pois, um olhar para a dimensão doutrinária e outro para a completude da realidade.

Decorre desse princípio constitucional a gravidade da força dos precedentes oriundos das Cortes Supremas, uma vez que a elas compete dar a dimensão necessária à interpretação para a unidade do direito. Disso resultará a segurança jurídica, pela qual os juízes estão obrigados a seguir os precedentes, incluindo os Tribunais Estaduais e os Tribunais Federais, promovendo a igualdade e a liberdade, viabilizando o exercício do livre-arbítrio dos indivíduos²⁵. Nessa esfera de ação, não se permite olvidar a necessidade do respeito

²⁵ Destacou a respeito Luiz Guilherme Marinoni: "Admitindo-se que a interpretação não pode definir o sentido exato da lei, mas deve realizar valoração para definir o sentido atribuível ao texto legal, é claro que a lei não é suficiente para garantir a igualdade perante o Judiciário. A Corte Suprema não mais pode ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu. É preciso que o sentido do direito delineado pela Corte Suprema, por intermédio do precedente, pautar a solução dos casos iguais ou similares, vinculando ou obrigando os juízes e tribunais inferiores. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis" (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164-165).

à *ratio decidendi* da decisão proferida pelas Cortes Supremas, em que foram examinados os fatos jurídicos abrangidos pela ação singular.

A força dos precedentes proferidos pelas Cortes Supremas é tal na atualidade da lei processual civil que, no campo atinente às decisões proferidas para a *Assunção de Competência*, o *incidente de constitucionalidade* e os julgamentos pelo rito dos *repetitivos* – que impõe a vinculação às decisões delas –, tornou-se admissível a ação rescisória, conforme dispõe o artigo 966, inciso V – *violar manifestamente norma jurídica*. Essa disposição, ao mencionar a *norma jurídica*, vincula de forma clara a diferenciação daquelas Cortes²⁶.

6. Conclusão

O Estado de Direito Constitucional incumbiu as Cortes Supremas de relevantes responsabilidades, o que se elevou com a possibilidade da edição de súmulas vinculantes e julgamento de recursos repetitivos. Com isso, as relações entre legislação e jurisdição são revistas. O atual legislador, com algumas exceções, não possui vasto conhecimento de direito, humanidade, filosofia etc. e, portanto, não é voltado para o saber intelectual, alguma vez olvidando-se da realidade que o avizinha no cotidiano. Por isso, nem sempre toda legislação substantiva e processual pôde ser codificada sem erros, defeitos e lacunas. Assim, possibilitou, por algumas décadas, divergências na aplicação do direito, ensejando insegurança jurídica, o que se descumpria a garantia constitucional da segurança jurídica. Diante desse quadro real da sociedade brasileira, os doutrinadores atuais e alguns juristas e filósofos passaram a aceitar a aplicação da teoria da interpretação, pela qual asseveram a distinção entre texto e norma e, conseqüentemente, a impossibilidade de o juiz se restringir à enunciação da exata interpretação da lei.

A mudança advinda desse pensar resultou no precedente judicial, o qual se torna possível com princípios, cláusulas gerais e textos com conceitos indeterminados. O precedente judicial aponta, pois, a atividade judicante, permitindo conhecer a função a ser desempenhada pelas Cortes Superiores, para que sua atuação constitucional resulte na segurança jurídica processual e substancial.

A lógica do precedente abre a possibilidade de existir segurança jurídica no direito brasileiro para atender a integridade e a liberdade, a exigir, da jurisdição, coerência, estabilidade e previsibilidade.

²⁶ Na lição de Carlos Alberto Garbi: “A redação atual do Código acomoda melhor e tecnicamente a rescisória que tem como fundamento a violação da norma e não da lei, compreendida a norma jurídica mais amplamente no âmbito da moderna teoria da interpretação como o sentido que atribui ao equívoco texto da lei. Então, a norma jurídica não se identifica com os textos de lei, senão com os sentidos construídos a partir da interpretação em conformidade com os valores dominantes [...]. Há que se reconhecer que os tribunais superiores, especialmente o STF e STJ, encarregados constitucionalmente de definir o sentido justo da lei constitucional e infraconstitucional, exercem pelos seus julgados mais do que forte influência nas instâncias inferiores. Não há sentido em atribuir a essas Cortes Supremas apenas a competência para se pronunciar sobre o direito e não conferir às suas decisões qualquer respeito, quando se atribui a esses tribunais a guarda da Constituição e a função de uniformizar a aplicação da lei federal. Quando a decisão rescindenda está em desacordo com o sentido de interpretação estabelecido pelos tribunais superiores, caberá rescisória, e não a inibe o fato de que outros tribunais locais registram decisões no mesmo sentido da decisão rescindenda, porque deve prevalecer a orientação definida pelos tribunais superiores para o direito constitucional ou a aplicação da lei federal. Então, o que impede a rescisória é a existência de decisão no mesmo sentido dos tribunais superiores” (SANTOS, Silas Silva; CUNHA, Fernando Antonio Maia da; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; RIGOLIN, Antonio (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: Perspectivas da Magistratura*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 966-968).

A partir do precedente judicial, com o qual então se resguarda a previsibilidade e a segurança jurídica, deve ser ressaltada a importância da *ratio decidendi*, considerada a essência da tese jurídica para decidir o caso julgado; e é partir dela que se vinculam os julgamentos futuros *inter alia*. A *ratio decidendi* não é individualizada pelo órgão julgador que profere a decisão. Caberá aos juízes, nas futuras ações judiciais, ao examinarem-nas diante do precedente, se aplicado, extrair a norma jurídica que poderá ou não incidir na situação concreta examinada.

A submissão ao precedente assinala o dever jurídico de se ajustar as razões dos precedentes. Delineia-se, então, o aperfeiçoamento da interpretação, e a *ratio decidendi* conforma-se numa escolha sobre todos os casos futuros aos quais tenha pertinência. Por essa razão, os precedentes judiciais emanados das Cortes Supremas são considerados obrigatórios no atual sistema jurídico brasileiro, emanando deles, como resultado espelhado da Constituição Federal, a segurança jurídica, de modo a permitir a liberdade e igualdade do direito perante os tribunais estaduais e federais.

7. Referências

- CANZIO, Giovanni. Nomofilachia e diritto giurisprudenziale. In: Carleo, Alessandra (org.). *Il vincolo giudiziale de passato: I precedenti*. Bolonha: Il Mulino, 2018.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- DINAMARCO, Cândido; Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed, vol. 2. Salvador: JudPodivm, 2018.
- SANTOS, Silas Silva; CUNHA, Fernando Antonio Maia da; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de; RIGOLIN, Antonio (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: Perspectivas da Magistratura*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2018.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 81, n. 680, p. 50-51, jun. 1992.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes da Persuasão à Vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista dos Tribunais Online*, [s. l.], v. 199, n. 36, p. 139-149, set. 2011.

Direitos das crianças e dos adolescentes acolhidos institucionalmente durante a pandemia decorrente da Covid-19

*Paulo Roberto Fadiças César*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Alessandra Biasioli Pignalosa*²
Bacharela em Administração Pública e estudante de Direito

Sumário: 1. Introdução; 2. Sobre a medida socioprotetiva de acolhimento; 2.1. Convivência familiar e comunitária; 3. Órgãos responsáveis pela formulação, implantação e execução de políticas públicas na área da infância e da juventude e a pandemia causada pela Covid-19; 3.1. Consequências da violação das recomendações; 4. Desenvolvimento infantil; 4.1. Conceito; 4.2. Desenvolvimento infantil e acolhimento institucional; 5. Efeitos da pandemia da Covid-19; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Com o advento da pandemia decorrente da Covid-19, foram impostas medidas de distanciamento social que impactaram significativamente todos os setores da sociedade. Entre esses, encontramos mais de 30 mil crianças e adolescentes acolhidos (Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, 2020), que sofreram restrições em meio a uma situação fática e jurídica de limitações de exercício de direitos.

Este texto pretende analisar os efeitos indiretos da pandemia na esfera jurídica e no desenvolvimento dessas crianças e adolescentes, bem como esboçar um prognóstico em relação às políticas públicas referentes à Infância e Juventude para o período pós-pandemia.

A escolha desse grupo decorre de, doutrinariamente, as crianças já serem alijadas de qualquer direito político, excluídas do processo democrático (DAHL, 2012), e poucos são os jovens que exercem a cidadania ativa entre os 16 e 17 anos³. Dessa forma, as crianças e jovens em situação de acolhimento representam uma parcela sensivelmente vulnerável aos influxos normativos emanados de um sistema jurídico-político do qual não participam, e a pandemia catalisou os efeitos deletérios do acolhimento.

¹ Mestrando em Direito Internacional Privado pela Universidade de São Paulo, Líder Executivo em Primeira Infância pela *Harvard University*, Juiz da Vara da Infância e da Juventude de Penha de França e do Setor Anexo de Atendimento de Crianças e Adolescentes Solicitantes de Refúgio e Vítimas Estrangeiras de Tráfico Internacional de Pessoas.

² Bacharela em Administração Pública pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (2019) e estudante de Direito pela Universidade de São Paulo.

³ Cotejando os dados das eleições de 2020 com os de 2018, disponíveis no site do TSE, (<https://bit.ly/2S5stJQ>), podemos aferir que, em 2014, havia 1.638.469 eleitores menores de 18 anos, enquanto em 2020 esse número despencou para 1.030.563, diminuição de aproximadamente 37% no período analisado.

Ante a limitação de espaço e a escassez de dados em relação ao exercício de vários direitos, optou-se por delimitar o objeto da análise, dando-se ênfase ao direito à convivência familiar e comunitária, sem olvidar o desenvolvimento infantil, altamente impactado no contexto do acolhimento.

Por fim, a interdisciplinaridade do tema exige que sejam ultrapassadas as balizas positivistas que geralmente circunscrevem os textos jurídicos, por isso, serão abordados temas de Sociologia e Psicologia.

2. Sobre a medida socioprotetiva de acolhimento

Antes de abordar o tema proposto, se faz mister tecer algumas explicações sobre a natureza e o instituto do acolhimento institucional, para deixar mais claro o escopo deste texto.

O Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) prevê um rol exemplificativo de medidas socioprotetivas em seu art. 101, inclusive o acolhimento institucional (inc. VII) e o familiar (inc. VIII), mas não define o que vem a ser o acolhimento. Tampouco o faz a Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Serviço Social, que aprova a “Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais”, prevendo que o acolhimento poderá ser em abrigo ou casa-lar.

A Resolução Conjunta nº 1, de 18 de junho de 2009, dos Conselhos Nacionais de Assistência Social (CNAS) e dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), traz, por sua vez, em seu item 4.1.1., a seguinte definição de caráter descritivo em relação ao abrigo:

Serviço que oferece acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva de abrigo (ECA, Art. 101), em função de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para família substituta. O serviço deve ter aspecto semelhante ao de uma residência e estar inserido na comunidade, em áreas residenciais, oferecendo ambiente acolhedor e condições institucionais para o atendimento com padrões de dignidade. Deve ofertar atendimento personalizado e em pequenos grupos e favorecer o convívio familiar e comunitário das crianças e adolescentes atendidos, bem como a utilização dos equipamentos e serviços disponíveis na comunidade local. (RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 1 CNAS E Conanda, 2009, p. 68)

O mesmo diploma traz, em seu item 4.2.1, a seguinte definição de casa-lar:

O Serviço de Acolhimento provisório oferecido em unidades residenciais, nas quais pelo menos uma pessoa ou casal trabalha como educador/cuidador residente - em uma casa que não é a sua - prestando cuidados a um grupo de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva de abrigo (ECA, Art. 101), em função de abandono ou cujas famílias ou responsáveis

encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para família substituta

Esse tipo de serviço visa estimular o desenvolvimento de relações mais próximas do ambiente familiar, promover hábitos e atitudes de autonomia e de interação social com as pessoas da comunidade. Com estrutura de uma residência privada, deve receber supervisão técnica, localizar-se em áreas residenciais da cidade e seguir o padrão socioeconômico da comunidade onde estiverem inseridas.

O serviço deve organizar ambiente próximo de uma rotina familiar, proporcionar vínculo estável entre o educador/cuidador residente e as crianças e adolescentes atendidos, além de favorecer o convívio familiar e comunitário dos mesmos, bem como a utilização dos equipamentos e serviços disponíveis na comunidade local, devendo atender a todas as premissas do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no que diz respeito ao fortalecimento dos vínculos familiares e sociais, e oferecimento de oportunidades para a (re) inserção na família de origem ou substituta. (Resolução Conjunta nº 1 CNAS e Conanda, 2009, p. 75)

A diferença entre os serviços, além da estrutura e mão de obra, decorre da especificidade de ser mais adequada a casa-lar para grupo de irmãos, conforme podemos constatar na redação do terceiro parágrafo do item 4.2.2, *in verbis*: “Este equipamento é particularmente adequado ao atendimento a grupos de irmãos e a crianças e adolescentes com perspectiva de acolhimento de média ou longa duração” (Resolução Conjunta nº 1 CNAS e Conanda, 2009, p. 75).

Podemos, portanto, concluir que a medida de acolhimento institucional consiste na colocação da criança ou do adolescente em um local semelhante à residência, que não seja o seu lar natural ou de sua família estendida, tampouco lar substituto. De qualquer maneira, as instituições de acolhimento devem observar o previsto nos arts.⁴ 92, caput, e art. 94, não implicando em privação de liberdade (art. 101, §1º). Além disso, pode ser determinada a medida de acolhimento pela autoridade judiciária (art. 101, § 2º) ou, excepcionalmente, pelo próprio serviço de acolhimento institucional (art. 93, caput), devendo durar no máximo 18 meses (art. 19, § 2º), preferindo o acolhimento familiar ao institucional (art. 34, § 1º).

Além do acolhimento institucional, é importante frisar que há o acolhimento familiar. A definição veiculada pela resolução acima referida é precisa:

Serviço que organiza o acolhimento, em residências de famílias acolhedoras cadastradas, de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva (ECA, Art. 101), em função de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhamento para adoção. [...]

⁴ Neste texto, quando não houver referência expressa ao diploma legal, esse será o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se de um serviço de acolhimento provisório, até que seja viabilizada uma solução de caráter permanente para a criança ou adolescente - reintegração familiar ou, excepcionalmente, adoção. É uma modalidade de acolhimento diferenciada, que não se enquadra no conceito de abrigo em entidade, nem no de colocação em família substituta, no sentido estrito, porém podendo ser entendido como regime de colocação familiar preconizado no artigo 90 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além de estar previsto no ECA, o acolhimento familiar encontra-se na Política Nacional de Assistência Social (2004) e no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa de Direitos de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (BRASIL, 2006).

Em qualquer modalidade, o acolhimento é um serviço público inserido no Sistema Único de Assistência Social (SUAS), mesmo que seja privado o abrigo ou a casa-lar. Como exige o afastamento do lar natural, esse gênero de medida requer determinação ou confirmação por processo animado pelo contraditório (art. 101, § 2º), desde que algum direito da criança ou do adolescente previsto no art. 4º tenha sido violado. Caso contrário, deverá ser promovida a reintegração familiar imediata (art. 93, parágrafo único).

Se a aplicação de qualquer medida tem como pressuposto a violação ou ameaça a um direito (art. 98), é razoável esperar que o cumprimento da medida não venha a representar violação desses direitos, desde que não tenham sido restringidos por ordem judicial (art. 94, II e §1º). E quais são exatamente esses direitos? O caput do art. 4º do ECA é exemplificativo, mas também elucidativo: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

2.1. Convivência familiar e comunitária

Especial atenção merecem os direitos protegidos dos acolhidos no art. 92, I: convivência familiar, e VII: participação na vida da comunidade local, ou seja, o direito à convivência familiar e comunitária, que também estão previstos no art. 5º da Lei da Primeira Infância (LPI), Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Daí surge a necessidade de entender o que vem a ser convivência familiar e comunitária, prevista no art. 16, inc. V, no art. 19, caput, e no art. 100, caput, assim como no art. 13 da LPI.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, apesar de ter força de lei, ante o previsto no art. 260, § 1ºA, não se configura como um plano propriamente dito, mas como um caderno de doutrina que guia a política pública no tocante ao acolhimento. De qualquer maneira, não define o que vem a ser o direito à convivência familiar ou comunitária, portanto, não será útil para responder à questão proposta.

Pela análise do verbo, conviver é viver junto. Todavia, essa acepção da convivência é imperfeita, porque, no tocante à convivência familiar, se exige que exista relação de poder familiar na família natural (art. 25, caput) ou, na família extensa, laços de consanguinidade, afinidade e afetividade (art. 25, parágrafo único), e “em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (art. 19, caput, *in fini*). Nas hipóteses de ausência ou inaptidão de família natural e extensa, a criança ou o adolescente passa a ter direito à família substituta (art. 88, inc. VI, *in fini*, e art. 100, inc. X, *in fini*).

Em relação à convivência comunitária, o quadro normativo é escasso. Além da ausência de definição legal, o conceito de comunidade é vago, porque nem se limita ao aspecto físico - um município, bairro ou localidade -, nem a um grupo de pessoas. Por esse motivo passamos a frisar dois pontos significativos: *Gemeinschaft und Gesellschaft* e o senso de comunidade.

Gemeinschaft und Gesellschaft (1887) é o título da obra de Ferdinand Tönnies, que distingue comunidade, *Gemeinschaft*, da sociedade, *Gesellschaft*. O sociólogo alemão do século XIX vislumbrava a evolução da *Gemein* (numa livre tradução, “juntos”) para a *Gesell*⁵ (também numa livre tradução, “sociável”), mas, para os sociólogos mais modernos, como Klaus Lichtblau (2000), ambas as formas de comunhão entre pessoas coexistem⁶. De qualquer maneira, a *Gemeinschaft* traz, em sua acepção, um sentimento de pertencer a algo, ter algo em comum com os demais integrantes de um grupo, ao passo que, na *Gesell*, as relações seriam formais, institucionais. Podemos notar, então, que o senso de comunidade é vital para entender o direito à convivência comunitária.

No artigo *Sense of Community: A Definition and Theory* (1986), David W. McMillan e David M. Chavis descrevem:

o senso de comunidade é um sentimento que os membros têm de pertencimento, um sentimento de que os membros são importantes para uns aos outros e ao grupo, e uma fé compartilhada de que as necessidades dos membros serão atendidas pelo compromisso deles de estarem juntos. (p. 9)

Os elementos do sentimento de comunidade seriam, portanto, seus integrantes, a influência recíproca e para o grupo, integração e sentimento de necessidades comuns e, por fim, conexões emocionais compartilhadas.

Os serviços de acolhimento institucional formariam uma comunidade? Na acepção do *Gesellschaft*, a resposta seria positiva, porque há laços formais e institucionais entre os acolhidos, além de dividirem a mesma residência pública. Contudo, do ponto de vista do *Gemeinschaft*, a resposta dependerá da existência entre os acolhidos de sentimento comunitário. De qualquer maneira, o legislador não foi preciso ao utilizar o adjetivo “comunitário” como sinônimo de “local”, porque, para o acolhido, os equipamentos locais, como escola, podem estar na localidade em que ele se situa, sem nenhum sentimento de pertencer ao grupo dos demais integrantes.

3. Órgãos responsáveis pela formulação, implantação e execução de políticas públicas na área da infância e da juventude e a pandemia causada pela Covid-19

A Constituição Federal (CF), em seu art. 227, estabeleceu a prioridade absoluta da Infância e da Juventude, reservando a matéria na competência legislativa para a União, os estados e Distrito Federal (art. 24, inc. XV da CF), mas não para os municípios, que acabam executando quase todos os serviços socioassistenciais em razão da atribuição

⁵ Jadir Antunes (2017), em seu artigo “A diferença entre Gemeinschaft, Gesellschaft e Verein (Comunidade, Sociedade e Associação) em Marx”, resume com precisão a distinção entre esses dois conceitos.

⁶ A distinção é mais antiga, mas foi a partir da obra de Ferdinand Tönnies (1995) que se iniciou o debate.

determinada pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS - art. 15 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993) a esse ente da Federação.

Essa disparidade entre atribuição legislativa e execução de políticas públicas decorre do contexto do legislador constituinte: a assistência social não era um direito da população e, principalmente no âmbito da Infância e da Juventude, era atribuída aos Estados e à União. Esse contexto foi sendo sensivelmente alterado com os diplomas legais, inclusive com o ECA. Por meio deste, foi criado um sistema de garantia de direitos, consistente em Conselhos Tutelares e Conselhos de Direitos⁷, que, ao lado do Sistema de Justiça (formado pelas Varas da Infância e da Juventude, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, todos órgãos dos Estados ou do Distrito Federal), formam uma rede complexa que interage principalmente com o Sistema Único de Saúde (SUS), com o SUAS e com a Educação - sendo que esses três últimos sistemas são predominantemente compostos por órgãos municipais.

A reforma da LOAS pela Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, introduziu, por sua vez, órgãos municipais de Assistência Social (Centro de Referência de Assistência Social - CRAS) e regionais (Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS). Esses últimos podem ser estaduais ou, como costuma ocorrer, municipais, fenômeno que esvaziou as atribuições dos órgãos federais e estaduais. Dessa maneira, restou evidente que o município, que não tem atribuição legislativa em relação à Infância e Juventude, passou a prestar e fiscalizar todos os serviços socioassistenciais públicos e particulares, assim como os de saúde e educação.

O contexto hodierno é semelhante a uma teia, porque temos órgãos federais, estaduais e municipais que, ao lado do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, mantêm alguma forma de fiscalização para com as entidades que prestam serviços socioassistenciais, inclusive de acolhimento institucional. Por esse motivo, não é atividade simples aferir a constitucionalidade das normas emanadas em tempos de crise decorrente da pandemia.

Há normas de âmbito municipal, estadual ou regional, bem como nacionais, destacando-se, entre essas últimas, a Recomendação Conjunta nº 1, de 16 de abril de 2020, dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público com os Ministérios da Cidadania e da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; as “Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do Covid-19”; e a Portaria nº 59, de 22 de abril de 2020, da Secretaria Nacional da Assistência Social, que aprovou a Nota Técnica nº 11/2020.

3.1. Consequências da violação das recomendações

Como destacado alhures (CÉSAR, 2020)⁸, apesar de o texto veicular recomendações, a violação aos comportamentos descritos nas normas não é juridicamente irrelevante - pelo contrário, porque, cotejando o art. 28, caput, da Lei de Introdução às normas do

⁷ É importante ressaltar que a criação dos Conselhos Tutelares, ao lado da criação de Conselhos Municipais de Direitos da Infância e da Juventude, representou inédita municipalização no âmbito da Infância e da Juventude.

⁸ No mesmo sentido, ver: SANTOS, Juliana Viera dos. O pensamento anticientífico e o regime de responsabilidade do agente público durante a pandemia. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 148, p. 159-171, dez. 2020.

Direito Brasileiro (LINDB), com o art. 37, caput, da CF, o agente público poderá sofrer sanção se, injustificadamente, não observar alguma recomendação.

Para evitar a incidência da LINDB, foi editada Medida Provisória de número 966 em 13 de maio de 2020. Teve vida breve a norma, uma vez que caducou em 10 de setembro do mesmo ano, conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 123, de 21 de setembro de 2020, e objeto da ADI 6.427, cuja relatoria foi do Min. Luís Roberto Barroso. Mesmo que perfunctoriamente, merece ser analisado o ponto central do acórdão proferido pelo STF no que se refere ao erro grosseiro, ou seja, aquele que permite responsabilizar o administrador público:

[...] na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Temos, portanto, delineados pelo STF os limites da discricionariedade do ato administrativo em tempos de pandemia, o que, *mutatus mutandi*, se aplica à tomada de decisões em relação ao acolhimento institucional.

4. Desenvolvimento infantil

4.1. Conceito

De acordo com Juliana Martins de Souza e Maria de La Ó Ramallo Veríssimo (2015), o desenvolvimento infantil abrange dimensões biológicas, psicológicas e sociais, sendo um processo individual que se estabelece com o início da vida da criança e se prolonga de maneira contínua, dinâmica e progressiva pelos anos subsequentes. As autoras propõem nova análise conceitual do termo a partir da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano (BRONFENBRENNER; MORRIS, 2006), composta por quatro elementos interligados: o processo (implicações da relação do indivíduo com o contexto sobre seu desenvolvimento); a pessoa (características biológicas, cognitivas, emocionais e comportamentais); o contexto (ambientes que influenciam o desenvolvimento); e o tempo (temporalidade das mudanças ao longo da vida) (SOUZA; VERÍSSIMO, 2015). A partir desses quatro eixos, analisam os principais fatores de influência sobre o desenvolvimento infantil, que, em sua definição, seria fundamental para o desenvolvimento humano.

Com relação ao processo, foi observado que as interações da criança com as pessoas, objetos e símbolos presentes em seu ambiente imediato são um componente central para o desenvolvimento. Nesse cenário, a pesquisa revelou (simultaneamente, no âmbito da revisão da literatura e da pesquisa de campo) que o papel dos cuidadores primários sobre tais interações possui maior ênfase que o papel ativo da própria criança, especialmente quando imbuído de afeto (SOUZA; VERÍSSIMO, 2015). Disso obtém-se que a atuação do cuidador primário é uma peça essencial para o processo de desenvolvimento infantil no que diz respeito à interação da criança com os elementos do ambiente que a cerca, e que, portanto, merece especial atenção em discussões sobre a temática.

No que diz respeito à pessoa, pode-se dizer que suas características são tanto produtoras quanto produtos do desenvolvimento, uma vez que são um dos componentes que

“[...] influenciam a forma, força, conteúdo e direção dos processos proximais⁹” (SOUZA; VERÍSSIMO, 2015, p. 1102). As análises teóricas evidenciaram que as principais características de influência sobre o desenvolvimento infantil são: a prematuridade e o baixo peso ao nascer, a alimentação, o crescimento e eventuais doenças. Entretanto, deve-se observar que os resultados do trabalho de campo revelaram que os aspectos ambientais prevalecem em relação aos aspectos individuais, reiterando o clássico debate entre *nature* e *nurture*¹⁰.

Em relação ao contexto, constatou-se, tanto na análise teórica quanto no trabalho de campo, que o ambiente é um elemento de destaque para a promoção do desenvolvimento infantil. Bronfenbrenner e Morris (2006) categorizam a análise ambiental em quatro subsistemas: microsistema (relações face a face e nível mais interno de comunicação, incluindo relações familiares, na sala de aula com professores e colegas etc.); mesossistema (interação entre os diversos microsistemas, em que as experiências de um contexto influenciam as experiências de outro contexto, como as interações entre uma família e sua comunidade local, escola, parentes, e, no caso do acolhimento, entre a família de origem, a escola, o abrigo e a comunidade local em que este último se encontra); exossistema (outros ambientes de que a criança participa indiretamente ou que de alguma maneira influenciam seu contexto, como o local de trabalho dos pais); macrossistema (sistema mais amplo que abrange valores, ideologias, cultura, costumes, crenças, instituições sociais e/ou políticas comuns, etc., influenciando as experiências em outros subsistemas)¹¹. No estudo em questão, observou-se que os fatores que influenciam o desenvolvimento infantil perpassam todos estes subsistemas.

Caracterizando o microsistema, foram destacados o ambiente familiar e, em alguns estudos, as instituições de abrigamento. Ficou evidenciada, nesse subsistema, a importância do vínculo e da interação dos pais com a criança, bem como das características do ambiente em que ela vive. No caso do mesossistema, identificou-se a influência dos ambientes onde a criança em desenvolvimento está inserida, como a creche e a escola. Não foi observada, na pesquisa, uma relação entre exossistemas e desenvolvimento, todavia, não se pode ignorar que tais subsistemas influenciam diretamente essa relação, como um acontecimento na escola onde estudam irmãos que repercute em um microsistema. Por fim, no que diz respeito ao macrossistema, foram apontados fatores mais amplos que influenciariam o desenvolvimento infantil, como as condições socioeconômicas e culturais (SOUZA; VERÍSSIMO, 2015).

O quarto elemento da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano estudado pelas autoras é o tempo, uma vez que foi confirmado que o desenvolvimento não ocorre logo após a interação das crianças com suas experiências, mas sim como uma construção que se dá ao longo de suas vidas. Contudo, de acordo com os dados obtidos, foram

⁹ “Os processos proximais caracterizam-se pelo estabelecimento de uma interação recíproca, progressivamente mais complexa, entre um organismo humano e as pessoas/objetos do seu ambiente imediato, em que ambas as partes se mantêm ativas e se estimulam mutuamente” (DINIZ; COLLIER, 2010, p. 68).

¹⁰ Como exemplo, tem-se: KEATING, Daniel. P. *Nature and Nurture in Early Child Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

¹¹ A teoria de Bronfenbrenner e Morris (2006) ainda prevê um último subsistema, o cronossistema, que incorpora a dimensão temporal, abrangendo as mudanças que ocorrem ao longo da vida de um indivíduo (estejam estas centradas na pessoa ou no ambiente, sejam elas de desenvolvimento abrupto ou gradual). Entretanto, Souza e Veríssimo (2015) não incorporaram esse subsistema ao estudo (provavelmente pelo fato de o fator temporal já ser considerado por meio do elemento “tempo” da Teoria Bioecológica, como será mencionado posteriormente).

referidos apenas os processos individuais de desenvolvimento, sem remeter à ideia de continuidade/mudança sócio-histórica entre gerações (SOUZA; VERÍSSIMO, 2015). Assim, ao se pensar no processo único de cada criança, o tempo decorrido da interação com a experiência pode influenciar seu desenvolvimento.

Todos os aspectos elencados a partir dos quatro elementos da teoria supramencionada podem afetar o desenvolvimento infantil positivamente (agindo como protetores quando oferecem influências favoráveis) ou negativamente (tornando-se fatores de risco quando suas influências são potencialmente prejudiciais). Dessa maneira, devem ser considerados como pontos de atenção das políticas públicas, práticas sociais e comunitárias que tenham como público-alvo as crianças (SOUZA; VERÍSSIMO, 2015). Analisa-se, em seguida, a caracterização de tais aspectos no serviço de acolhimento institucional¹² de crianças e adolescentes¹³.

4.2. O desenvolvimento infantil e o acolhimento institucional

Como já mencionado, a “Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais”¹⁴ prevê que o acolhimento institucional se dê por meio de dois serviços: o abrigo e a casa-lar. Em ambos, preconiza-se o favorecimento do convívio familiar e comunitário, sendo um dos deveres dos abrigos “[...] favorecer o convívio familiar e comunitário das crianças e adolescentes atendidos, bem como a utilização dos equipamentos e serviços disponíveis na comunidade local” (Resolução Conjunta nº 1 CNAS e Conanda, 2009, p. 68), e da casa-lar “[...] estimular o desenvolvimento de relações mais próximas do ambiente familiar, promover hábitos e atitudes de autonomia e de interação social com as pessoas da comunidade” (Resolução Conjunta nº 1 CNAS e Conanda, 2009, p. 75). Dessa maneira, como supramencionado, é ponto central do serviço de acolhimento institucional a promoção do convívio familiar e comunitário.

A partir do conceito de “desenvolvimento infantil” traçado por Souza e Veríssimo (2015), depreende-se que o estímulo a esse convívio é essencial. Ele está presente de maneira mais clara em três dos quatro eixos destrinchados pelas autoras: as experiências da criança em termos de interações, vínculos e afeto (processo); os níveis do contexto em que está inserida, que determinam as experiências e o cuidado que recebe (contexto); continuidade e mudanças das habilidades motoras, cognitivas, psicossociais e de linguagem, que também são influenciadas pelo ambiente (pessoa). Para que tais aspectos atuem como potencializadores do desenvolvimento e para que sejam cumpridos os arts. 4º¹⁵ e 7º¹⁶ do ECA, é imprescindível que os burocratas de nível de rua¹⁷ e, no limite, os

¹² No presente texto, “acolhimento institucional” se refere tanto aos abrigos quanto às casas-lar.

¹³ Uma vez que, de acordo com as autoras, o desenvolvimento infantil afeta o desenvolvimento humano como um todo, pode-se dizer que o primeiro influencia toda a vida de um indivíduo, não se restringindo apenas à primeira infância.

¹⁴ Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Serviço Social.

¹⁵ 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁶ Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

¹⁷ Funcionários próprios ou terceirizados da administração pública que interagem com os usuários das políticas públicas. A exemplo: professores, policiais, assistentes sociais, profissionais da saúde, profissionais dos serviços carcerários, das agências de atendimento, das agências de serviço social e encaminhamento para emprego (LIPSKY, 2019, p. 11).

policymakers tenham em perspectiva que as interações das crianças, os vínculos e as relações de afeto e cuidado que estabelecem, bem como as habilidades psicossociais que adquirem, dependem intrinsecamente do ambiente que as cerca e da maneira como se relacionam com os atores¹⁸ e objetos que o compõem. Esse processo é diretamente influenciado pela caracterização e estímulo dados ao convívio familiar e comunitário, que se mostra, portanto, vital ao desenvolvimento infantil.

Nessa mesma linha, Jack P. Shonkoff *et al.* (2011) apontam que as influências ambientais e experiências interagem com pré-disposições genéticas e resultam em diversas disrupções que afetam o aprendizado, comportamento e bem-estar físico e mental ao longo da vida. Citam, a partir disso, três domínios que estabeleceriam um contexto adequado para o desenvolvimento das primeiras raízes desse bem-estar, dos quais destaca-se: “[...] (1) Um ambiente saudável e responsivo de relacionamentos, os quais proveem às crianças consistência, cuidado e interações protetivas com adultos para aprofundar seu aprendizado e ajudá-las a desenvolver capacidades adaptativas que promovam sistemas bem regulados de resposta ao estresse” (SHONKOFF *et al.*, 2011, p. e240, tradução nossa). Entendem, ademais, que as habilidades de familiares, cuidadores e o capital social obtido por meio da vizinhança, associações voluntárias e local de trabalho dos pais ocupam um papel central no fortalecimento da fundação da saúde da criança (e, portanto, de seu desenvolvimento). Mais uma vez, revela-se a importância da convivência familiar e comunitária para o sadio crescimento da criança.

Partindo da acepção de *Gemeinschaft* anteriormente mencionada, resta clara a necessidade de estimular, entre os acolhidos, a rede socioassistencial e os cuidadores primários, o sentimento de pertencimento, a fim de estimular a convivência comunitária. No que tange à convivência familiar, existem diversos serviços públicos com a finalidade de fortalecer vínculos e promover interações entre a criança e seus(suas) cuidadores(as)¹⁹, como o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), o Serviço de Proteção e Atendimento Integral às Famílias (Paif)²⁰ e o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (Paife)²¹. Entretanto, é preciso pensar também em como estimular a convivência familiar dentro do serviço de acolhimento institucional (seja por meio da família biológica, extensa ou substituta).

É possível dizer que a convivência familiar se encontra alguns passos à frente da convivência comunitária dentro do serviço de acolhimento. Isso porque é estimulada por meio de programas e serviços já estabelecidos, como o Programa de Apadrinhamento Afetivo, o Programa Adote um Boa Noite, o Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora e o próprio processo de adoção. Assim, deve-se pensar no aprimoramento e ampliação destes, bem como na criação de programas cujo foco seja o aprofundamento da qualidade

¹⁸ Cuidadores primários, familiares, amigos, professores, escola, unidades de saúde, instituições de acolhimento, vizinhos (e outros membros da comunidade) etc.

¹⁹ Vide o Caderno de Atividades do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (2018), do Ministério de Desenvolvimento Social, disponível para acesso eletrônico em: <https://bit.ly/2THFjP4>.

²⁰ Tem o objetivo de apoiar famílias em situação de vulnerabilidade, a fim de prevenir a ruptura de laços familiares e comunitários, promover o acesso a direitos e a uma melhor qualidade de vida. São feitas visitas domiciliares para orientação e encaminhamento a outros serviços e políticas pelos técnicos do Centro de Referência de Assistência Social (Cras).

²¹ Voltado para pessoas em situação de risco ou que já tiveram seus direitos violados, tem como objetivo fortalecer a família em seu papel protetivo, incluí-la no sistema de proteção social, acabar com e prevenir as violações de direitos na família, sendo ofertado pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas).

e consistência do vínculo estabelecido entre a criança e o(a) cuidador(a) (algo que pode ser feito, sem prejuízo, dentro dos programas já existentes).

A convivência comunitária, entretanto, não goza de medidas de estímulo similares dentro do serviço de acolhimento. A realidade é que sua promoção acaba dependendo da discricionariedade de cada serviço em realizar atividades que trabalhem o sentimento de pertencimento dos acolhidos. Como supramencionado, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (BRASIL, 2006) estabelece diretrizes, conceitos, resultados e metas gerais que orientariam a criação de planos estaduais e municipais mais detalhados e adequados ao contexto local. Todavia, até a data de publicação do presente artigo, tais planos não foram encontrados nos portais eletrônicos do Governo do Estado²² ou da Prefeitura²³ de São Paulo, constando apenas a instituição da Comissão Estadual Intersetorial para acompanhamento da implementação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (Decreto Estadual nº 55.718/2010) e da Comissão Intersetorial de Convivência Familiar e Comunitária (Portaria da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social nº 32/2018)²⁴.

Sem a existência de um plano em âmbito local que estipule e uniformize as metas e atividades a serem desenvolvidas para a promoção da convivência comunitária nas instituições de acolhimento, as crianças e adolescentes ficam à mercê da boa vontade e habilidades pessoais dos técnicos e orientadores dos serviços (que nem sempre recebem a capacitação adequada para tanto). Fica em risco, nesse cenário, o desenvolvimento infantil, que, como visto, depende do estímulo à convivência comunitária para ser concretizado e potencializado. É necessário, portanto, trazer a temática (juntamente da convivência familiar) ao centro da agenda pública do acolhimento, a fim de que as crianças e jovens institucionalizados realmente tenham a garantia de uma vida e um desenvolvimento plenos. Como se verá a seguir, essa realidade, com a pandemia, tornou-se ainda mais frágil e deficitária, ressaltando a urgência do debate público a esse respeito.

5. Efeitos da pandemia decorrente da Covid-19

A pandemia afetou significativamente o direito à convivência familiar e comunitária, conforme podemos aferir no “Levantamento nacional sobre os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes em tempos de Covid-19” (BERNARDI, 2020). No referido documento, comprovou-se que foram impostas medidas restritivas de contato com a família aos acolhidos (p. 132), e, diferentemente do que as recomendações previam, as saídas para padrinhos afetivos ou funcionários dos serviços de acolhimento representaram um comportamento minoritário. De outro lado, a não alteração do fluxo para saída dos

²² O Plano Estadual de Assistência Social (2016-2019) previa a finalização e publicização do referido plano até 2017, entretanto, não foi encontrado no portal eletrônico do governo durante a realização da pesquisa. Tampouco foi encontrado o Plano Estadual de Assistência Social (2020-2023), o que impossibilitou a verificação do andamento da meta estabelecida no plano anterior.

²³ O Plano de Assistência Social da Cidade de São Paulo (2018-2021) não menciona, em nenhum momento, a criação de um plano sobre a temática.

²⁴ Note-se que, no âmbito estadual, tardou quatro anos a criação de uma Comissão com o objetivo de elaborar um plano, ao passo que, no âmbito municipal, essa demora foi de doze anos.

acolhidos, que é de aproximadamente um terço, deixou claro a fragilidade do sistema, visto que, perante uma situação totalmente nova, não houve nenhuma reação.

Ainda na mesma pesquisa, é possível constatar que os dois maiores desafios percebidos pelos acolhidos foram a limitação das atividades e o fechamento das escolas. Em relação à educação, não se pode desconsiderar que tanto as escolas públicas quanto os serviços de acolhimento institucionais não contavam com a tecnologia necessária para o ensino à distância, o que agravou os prejuízos decorrentes do distanciamento social.

Maria Beatriz Martins Linhares e Sônia Regina Fiorim Enumo, no artigo “Reflexões baseadas na Psicologia sobre efeitos da pandemia COVID-19 no desenvolvimento infantil” destacam esse prejuízo:

Além das grandes perdas do processo de aprendizagem formal, as crianças estão sendo privadas da necessária socialização com os pares, em que ocorrem aprendizados significativos para o desenvolvimento humano, tais como: experiências lúdicas compartilhadas, que implicam em interações proximais face a face; cooperação; convivência com as diferenças; compartilhamento de decisões; enfrentamento de desafios; negociação de conflitos; adiamento de gratificações; espera da sua vez; exercício de controle de impulsos; entre outras habilidades. No caso da Educação Infantil, tem-se a grande limitação de não poder ser realizada à distância e, no caso do Ensino Fundamental, o fato de o aprendizado ser realizado exclusivamente à distância gera um excesso do uso de telas, o que pode ser prejudicial ao desenvolvimento e saúde das crianças (Holmes et al., 2020; Sociedade Brasileira de Pediatria, 2020). A educação feita à distância requer adaptações da estrutura e do currículo com incorporação de recursos tecnológicos e de comunicação. No caso da Educação Infantil, a educação à distância priva a criança de experiências concretas em um espaço coletivo compartilhado e de relações proximais. Pode-se verificar que a ausência do suporte educacional ou a realização do ensino fragmentado feito à distância, sem prévia estruturação e organização adequada, pode se constituir em um fator de risco ao desenvolvimento das crianças que merece ter os seus efeitos adequadamente investigados (Holmes et al., 2020) (LINHARES; ENUMO, 2020, p. 5).

Os efeitos psicológicos deletérios da quarentena e da pós-quarentena já estão devidamente documentados pela ciência. Nesse sentido, importante é o estudo publicado na revista Lancet por Brooks et al. (2020). Os fatores estressantes do período identificados foram: a duração da quarentena, o temor de infecção, frustração e tédio, fornecimento de insumos de forma insuficiente e informação inadequada; em relação ao pós-quarentena, o impacto nas finanças e o estigma de estarem em contato com o vírus. Uma das conclusões que merece ser destacada é a de que o sentimento de altruísmo deve ser incentivado para estimular quarentenas promovidas de forma espontânea.

O estudo do Comitê Científico do Núcleo Ciência pela Infância (2020), intitulado “Repercussões da Pandemia de COVID-19 no desenvolvimento Infantil”, destaca um ponto que também foi abordado em outros documentos: o senso de pertencimento, ou seja, sentir-se aceito e compreendido pelos outros e ter relações próximas estáveis,

seguras e duradouras. Esse sentimento, que já vimos mencionado antes, está presente na *Gemeinschaft*, e é importante para lidar com o estresse tóxico.

O afastamento do convívio familiar ampliado, dos amigos e de toda rede de apoio, agravando vulnerabilidades, foi destacado em estudo da Fundação Oswaldo Cruz (BRASIL, 2020) entre os efeitos indiretos da Covid-19. Esse afastamento provoca um sentimento próximo ao luto, como se observa:

Em crianças e adolescentes, o conhecimento sobre o desenvolvimento esperado torna-se um grande aliado nessa avaliação, em que alguns desvios e regressões podem ocorrer como reações agudas às adversidades ambientais. A proposição de Bronfenbrenner (1996) do modelo bioecológico para o desenvolvimento ilustra como os diferentes ambientes e relações sociais no tempo e no espaço se interrelacionam e são constituintes fundamentais na equação fatores de risco x fatores de proteção para o entendimento da influência dos estressores ambientais em nossa espécie. O estresse pode ser um desafio importante para o desenvolvimento - estresse positivo -, pode ser um estresse tolerável ou ainda aquele que ultrapassa nossa capacidade de lidar - estresse tóxico (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA, 2017). Ninguém é forte o tempo todo e os momentos emocionais difíceis devem ser compreendidos e respeitados. Existe um processo de luto pela perda da liberdade, pela ausência da escola, dos amigos que é necessário ser vivido. Medos, preocupações, alterações de sono, apetite e no humor são esperados em algum momento durante esse período (FEGERT et al., 2020). (BRASIL, 2020) Uma forma possível de prevenir repercussões negativas na saúde mental é através da intervenção sobre os estressores ambientais do contexto de cada jovem. Identificar as vulnerabilidades, os fatores de risco e os de proteção torna-se uma estratégia preciosa (THAPAR et al., 2015). A resiliência, capacidade de dar sentido e de transformar positivamente suas experiências de vida ainda que negativas, é singular e deve ser buscada (CYRULNIK, 2004). A promoção da saúde mental nesse grupo etário inclui cuidados com o sono, atividade física e adaptação ao estresse (WHO, 2005); tríade que, respeitando as normas de segurança, deve estar na agenda do cuidado dessa população. (BRASIL, 2020, p. 21)

A mitigação dos efeitos diretos e indiretos da pandemia demanda programas efetivos em relação à infância e juventude. Todavia, em relação à primeira infância, o quadro é deveras desalentador.

Conforme o Relatório de Avaliação nº 816125, Exercício 2020, publicado em 22 de janeiro de 2021 pela Controladoria Geral da União (CGU), inexistem tanto uma política que integre as ações de todos os ministérios quanto uma instância de coordenação intersetorial que articule as políticas setoriais. Além disso, há significativa fragilidade na articulação de ações intersetoriais entre os ministérios envolvidos, gerando riscos de sobreposição, duplicação e fragmentação de ações voltadas à primeira infância. Não surpreendentemente, 48% das ações avaliadas pela CGU não têm nem coleta de dados, e 79% das ações avaliadas não divulgaram seus resultados. Violando frontalmente o princípio da transparência, 88% das ações avaliadas não disponibilizam dados sobre os valores aplicados.

Considerando o contexto pré-pandêmico, o prognóstico para o período pós-pandêmico não é alvissareiro. Milhares de crianças e adolescentes que estiveram ou ainda estão acolhidos institucionalmente sofrerão os efeitos da pandemia sem que nenhuma medida mitigatória seja planejada, tampouco executada, o que lhes causará sensíveis prejuízos a longo prazo.

6. Conclusão

Os entes municipais, apesar de não contarem com competência legislativa, são os responsáveis pela execução das políticas públicas em relação à infância e juventude, inclusive pelas medidas socioprotetivas de acolhimento institucional e familiar, cujo cumprimento já compromete de alguma forma o direito à convivência familiar e comunitária. Esse direito sofreu mais restrições com a pandemia provocada pela Covid-19, porque uma das formas de evitar o contágio foi justamente proibir o contato direto com a família, diminuindo a circulação de pessoas nos serviços de acolhimento institucionais. Tal fato, junto ao estabelecimento do ensino a distância, provocou esfacelamento dos laços familiares e comunitários.

Considerando que esses laços já são fragilizados antes do acolhimento institucional, houve majoração dos efeitos deletérios da institucionalização, principalmente para as crianças menores. O impacto em relação a esse grupo não é passível de medição imediata, mas ficou evidenciada a diminuição das relações pessoais. Pelos estudos existentes, não se pode afirmar que a privação ou diminuição das interações diminuirá a velocidade do desenvolvimento das redes neurais ou ampliará a neuropoda (algo que apenas poderá ser verificado com estudos de médio e longo prazo). Ao mesmo tempo, sabendo que o desenvolvimento infantil está fortemente atrelado às interações, vínculos e relações que a criança estabelece com o ambiente imediato que a rodeia, não se pode negar que a diminuição da ocorrência dessas experiências prejudicará, em alguma medida, o processo de desenvolvimento. Devem ser realizados estudos para que se compreenda exatamente quais serão esses prejuízos e em que profundidade se darão.

Conforme devassado pela CGU, em relação à Primeira Infância, não há transparência das ações, tampouco articulação dos órgãos envolvidos ou uma instância articuladora, ou seja, falta coordenação e comunicação. Urge a todos os envolvidos nas políticas públicas da infância e da juventude, principalmente da primeira infância, formularem novas políticas para a pós-pandemia direcionadas às crianças e adolescentes acolhidos, com medidas que diminuam os efeitos deletérios do isolamento social e que promovam o convívio comunitário e familiar, principalmente para aqueles que ficaram institucionalizados durante a pandemia decorrente da Covid-19.

7. Referências bibliográficas

ANTUNES, Jader. A diferença entre *Gemeinschaft*, *Gesellschaft* e *Verein* [comunidade, sociedade e associação] em Marx. *Eleutheria - Revista do Curso de Filosofia da UFMS*, Campo Grande, v. 2, n. 3, p. 38-49, 28 dez. 2017.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Decreto nº 55.718, de 19 de abril de 2010*. São Paulo: Alesp, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3wElGog>. Acesso em: 28 jan. 2021.

BERNARDI, Dayse Cesar Franco. *Levantamento nacional sobre os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes em tempos de Covid-19: apresentação dos resultados: vol. 1*. São Paulo: NECA: Movimento Nacional Pró-convivência Familiar e Comunitária e Fice, 2020. *E-book*.

Brasil. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira. Covid-19 e Saúde da Criança e do Adolescente. *Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente*, Brasília, DF, 11 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3vzV9bF>. Acesso em: 27 jan. 2021

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

BRONFENBRENNER, Urie; MORRIS, Pamela. The Bioecological Model of Human Development. In: DAMON, William; LERNER, Richard M.; PEARSON, Eisenberg; van der Veere, Christine N. (ed.). *Handbook of Child Psychology*. Hoboken: Wiley, 2006. p. 793-828. Disponível em: <https://bit.ly/3iPvoBu>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BROOKS, Samantha K. *et al.* The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence. *The Lancet*, Londres, v. 395, n. 10227, p. 912-920, mar. 2020.

CÉSAR, Paulo Roberto Fadigas. Melhor interesse da criança e do adolescente acolhidos institucionalmente em tempos de pandemia decorrente do COVID-19. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Careniro da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; ISSA, Rafael Hamse; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito em tempos de crise*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 5.

COMITÊ CIENTÍFICO DO NÚCLEO CIÊNCIA PELA INFÂNCIA. *Repercussões da Pandemia de COVID-19 no Desenvolvimento Infantil*. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. SNA detalha estatísticas da adoção e do acolhimento no Brasil. *CNJ*, Brasília, DF, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3zBdIEP>. Acesso em: 27 jan. 2021.

DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DINIZ, Eva; KOLLER, Silvia Helena. O afeto como um processo de desenvolvimento ecológico. *Educar*, Curitiba, n. 36, p. 65-76, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2TI5q8e>. Acesso em: 27 jan. 2021.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Desenvolvimento Social. *Plano Estadual de Assistência Social do Estado de São Paulo 2016-2019*. São Paulo: Governo do Estado, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3xyZ5Lh>. Acesso em: 27 jan. 2021.

LICHTBLAU, Klaus. „Vergemeinschaftung“ und „Vergesellschaftung“ bei Max Weber: Eine Rekonstruktion seines Sprachgebrauchs. *Zeitschrift für Soziologie*, Munique, v. 29, p. 423-443, dez. 2000.

LINHARES, Maria Beatriz Martins; ENUMO, Sônia Regina Fiorim. Reflexões baseadas na Psicologia sobre efeitos da pandemia COVID-19 no desenvolvimento infantil. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 37, e200089, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3zzqzLF>. Acesso em: 27 jan. 2021.

LIPSKY, Michael. *Burocracia de nível de rua: dilemas do indivíduo nos serviços públicos*. Tradução de Arthur Eduardo Moura da Cunha. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública, 2019.

MCMILLAN, David W.; CHAVIS, David M. Sense of Community: A Definition and Theory. *Journal of Community Psychology*, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 6-23, jan. 1986. Disponível em: <https://bit.ly/2SFuGMg>. Acesso em: 27 jan. 2021.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social. *Portaria n° 32, de 26 de julho de 2018*. Dispõe sobre a constituição municipal de Convivência Familiar e Comunitária. São Paulo: Prefeitura de SP, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3gFokV9>. Acesso em: 28 jan. 2021.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social. *Plano de Assistência Social da Cidade de São Paulo 2018-2021*. São Paulo: Prefeitura de SP, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3zxt6wB>. Acesso em: 28 jan. 2021.

SANTOS, Juliana Viera dos. O pensamento anticientífico e o regime de responsabilidade do agente público durante a pandemia. *Revista do Advogado*, São Paulo, n° 148, p. 159-171, dez. 2020.

SHONKOFF, Jack P. *et al.* The Lifelong Effects of Early Childhood Adversity and Toxic Stress. *Pediatrics*, Itasca, v. 129, n. 1, p. 232-246, 26 dez. 2011.

SILVA, Soraia. Modelo Ecológico de Desenvolvimento. *Nota Positiva*, [s. l.], 18 set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3wDv3Wm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SOUZA, Juliana Martins de; VERÍSSIMO, Maria de La Ó Ramallo. Child development: analysis of a new concept. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 23, n. 6, p. 1097-1104, dez. 2015.

TÖNNIES, F. Comunidade e sociedade: textos selecionados. In: MIRANDA, Orlando de (org.). *Para ler Ferdinand Tönnies*. São Paulo: EDUSP, 1995. p. 231-352.

Segurança jurídica e eficiência nas políticas judiciárias em tempos de pandemia

Richard Pae Kim¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Segurança jurídica e seu conteúdo; 3. Políticas judiciárias definidas pelo Conselho Nacional de Justiça para o período da pandemia; 3.1. Judiciário e continuidade de seus serviços durante a pandemia; 3.2. Papel do Judiciário na garantia do direito fundamental à saúde; 3.3. Políticas judiciárias voltadas aos presos e às medidas socioeducativas; 3.4. Políticas para uma melhor gestão processual no período da pandemia; 3.5. Atenção ao direito à informação nas políticas judiciárias para o enfrentamento dos efeitos da pandemia; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Fui honrado com o convite para coordenar, em conjunto com os eminentes Diretor da Escola Paulista da Magistratura, Desembargador Luis Francisco Aguilar Cortez, e magistrado Dr. Renato Siqueira de Pretto, esta obra coletiva, fruto das pesquisas e debates realizados pelo 5º Núcleo de Estudos em Direito Constitucional da EPM, que teve como centralidade temas relacionados à segurança jurídica e aos efeitos jurídicos impostos aos direitos dos brasileiros durante a pandemia da Covid-19.

Desde 2020, o Poder Judiciário, assim como o Estado brasileiro, tem o grande desafio de garantir direitos fundamentais, sem violar a segurança jurídica e os demais princípios constitucionais, em tempos tão difíceis, com problemas de proporções mundiais.

O desafio posto neste trabalho foi o de elencar as principais medidas, regulatórias e administrativas, expedidas e executadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para assegurar que os tribunais brasileiros possam continuar a exercer suas funções constitucionais e a ajustar as suas políticas judiciárias à plena garantia dos direitos humanos e fundamentais, por meio da relativização de algumas regras processuais e procedimentais em situações especiais, inclusive de natureza interpretativa, sem romper com a segurança jurídica, tudo com o fito de dar prosseguimento adequado aos serviços públicos de forma uniforme, eficiente e, em muitos casos, com respeito à interinstitucionalidade.

É evidente que o acerto ou não de algumas dessas decisões e atos só poderão ser diagnosticados após o período pandêmico, com uma avaliação qualificada de cada uma das medidas adotadas pelo Judiciário nacional. Entretanto, verificando desde logo alguns dos balanços parciais realizados entre março e o final de dezembro de 2020, podemos concluir que o Poder Judiciário conseguiu e vem conseguindo atender às expectativas da

¹ Doutor e Mestre em Direito pela USP. Pós-doutor em Políticas Públicas pela Unicamp/SP. Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e da Escola Judiciária Eleitoral Paulista (TRE/SP). Ex-Juiz Auxiliar e Instrutor de Gabinete no Supremo Tribunal Federal. Ex-Juiz Auxiliar da Presidência e Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica do Conselho Nacional de Justiça. Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral.

população, não só porque muitos feitos tramitaram, em sua maioria, dentro dos prazos esperados, mas também porque tivemos a adoção de importantes medidas que viabilizaram a distribuição da Justiça com respeito à saúde – não apenas da população, mas de servidores, colaboradores e magistrados de todo o país –, e porque se conseguiu, ainda, destinar consideráveis verbas, por meio de decisões judiciais, em prol de ações de enfrentamento às consequências advindas da proliferação da Covid-19.

Este trabalho, que não possui a menor pretensão de esgotar os seguintes temas, inicia-se com algumas reflexões sobre o conteúdo jurídico da segurança jurídica, passa pela análise da importância das políticas judiciárias, inclusive para a regulação das atividades judiciais e judiciárias em um período de tamanha excepcionalidade, e avalia algumas das importantes políticas elegidas e implantadas pelo CNJ. O órgão, central no controle e gestão da administração da Justiça nacional, viabilizou no país o atendimento adequado à população pelos nossos tribunais, em especial porque lançou mão de atos normativos que garantiram o acesso à Justiça, sem violar a segurança jurídica, mesmo durante situações de emergência e estado de calamidade pública.

2. A segurança jurídica e seu conteúdo²

A segurança jurídica é tão imprescindível à manutenção da ordem e da paz social que foi erigida pelo legislador ao status de garantia constitucional.

No caso específico do direito brasileiro, em que pese a inexistência de norma com expressa previsão constitucional, o texto da Lei Maior traz diversas menções a tal valor. Já no preâmbulo da Carta, concede-se a ele inegável relevância, vez que é ali alçado a valor fundante do Estado brasileiro. Como bem assinala Ravi Peixoto, é possível extrair a segurança jurídica, enquanto princípio fundamental, tanto da própria construção da Constituição, como das regras de interpretação do texto constitucional. A previsão do art. 5º, caput da Constituição da República, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” viria em reforço a essa compreensão.

Isso porque, procedendo-se uma leitura sistêmica, o direito à segurança é garantido conjuntamente com os direitos à liberdade, à igualdade e à propriedade, todos eles valores sociais objetivos. Sendo assim, a proteção da segurança paralelamente a esses valores seria claro indicador de que o termo também foi empregado, já que muitos doutrinadores se referem à “segurança pública” no sentido de “segurança jurídica”³.

Não fosse o suficiente, a elevação da segurança jurídica ao status de garantia constitucional pode ser extraída também da previsão da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, insculpida no art. 5º, inciso XXXVI da Carta, vez que todos esses instrumentos jurídicos têm por objetivo a consolidação de relações jurídicas, de maneira a concretizar, no âmbito individual, a segurança jurídica. De igual maneira, a regra da legalidade cristalizada no art. 5º, inciso II da Constituição, por meio da qual o sujeito

² Retirado do Capítulo 3 do artigo: KIM, Richard Pae; BARREIRO, Camila da Silva. Supremo Tribunal Federal e a modulação dos efeitos de suas decisões. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira. *A Constituição da República segundo Ministros, Juizes auxiliares e Assessores do STF*. Salvador: Juspodivm, 2018.

³ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 64-65.

passa a ter conhecimento de que sua esfera jurídica somente poderá sofrer alterações mediante anterior previsão legal, promove a ideia de cognoscibilidade. Cumpre ainda mencionar a previsão do acesso à justiça (art. 5º, incisos XXXV e LIV), dos direitos ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da separação de poderes (art. 2º), e de uma série de outras previsões normativas das quais decorre, de uma forma ou de outra, a necessidade de observância e preservação da segurança jurídica.

Afora esse fundamento dogmático, há que se atentar também para a dimensão principiológica da garantia da segurança jurídica, profundamente atrelada ao Estado Democrático de Direito. A respeito,

Almiro do Couto e Silva afirma que o Estado de Direito estaria apoiado, em seu aspecto material, nas ideias de ‘justiça’ e de ‘segurança jurídica’ e, no aspecto formal, em vários elementos, entre os quais se destacariam: i) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; ii) a divisão das funções do Estado; iii) a legalidade da Administração Pública; iv) a proteção da confiança. Apresentando os fundamentos do Estado de Direito, Sylvia Calmes também o fundamenta em três categorias (vinculação do Estado à lei; divisão de poderes e limitação do poder).

O Estado de Direito traz em si a exigência de protetividade de direitos, a responsabilidade estatal, a universalidade, a não arbitrariedade o Direito, a submissão do Estado às regras claras, prospectivas e não contraditórias. Elementos que o tornam cognoscível, confiável e calculável, protegendo o cidadão da arbitrariedade, pois ‘o Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito’.

A segurança jurídica e seus elementos, portanto, seriam deduzidos dos fundamentos do Estado de Direito e, especialmente, de suas regras, atos e procedimentos, que garantem efetividade aos direitos individuais e ao exercício legítimo de poder pelo Estado.⁴

Nesse ponto, é de se ter em vista que

[o] Estado de Direito possui um aspecto formal e um material. A dimensão formal está relacionada à separação de Poderes, à hierarquização das normas e à proteção jurisdicional. O aspecto material, por sua vez, objetiva proteger os direitos fundamentais. E a segurança jurídica conecta-se ao Estado de Direito tanto sob o seu ponto de vista formal, como do ponto de vista material. Na acepção formal, conexas à tripartição dos poderes, hierarquização das normas e proteção judicial auxilia na cognoscibilidade do direito, mediante a maior organização de funções e das normas. No aspecto material, relacionada à proteção de direitos, a segurança jurídica atuará justamente como um ‘direito-garantia’, tutelando esses direitos.⁵

⁴ SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 42-43.

⁵ PEIXOTO, *op. cit.*, p. 68.

Consubstanciando a segurança jurídica um corolário do Estado de Direito e do próprio texto da Carta da República, a atuação dos responsáveis pela elaboração das normas a serem seguidas por todos devem pautar-se nesse princípio. Ocorre que, no mundo moderno, a criação do Direito não constitui mais prerrogativa exclusiva do Poder Legislativo: também o Poder Judiciário, por meio da jurisprudência pacificada, das súmulas e dos precedentes obrigatórios, tem se incumbido mais e mais de tal função. Como consequência, também a ele tem se imposto com cada vez mais vigor o dever de zelar pela estabilidade do sistema, tornando-se obrigatório que, ao decidir, também os juízes zelem pelos parâmetros da cognoscibilidade, da controlabilidade e da calculabilidade. Isso porque

[a] segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a cognoscibilidade do Direito. É preciso viabilizar o conhecimento e a certeza do Direito, sem os quais não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. É claro que o fato de o Direito ser vazado em linguagem - que é indiscutivelmente porosa e polissêmica - requer a compreensão da segurança mais como viabilização de conhecimento do que propriamente como determinação prévia de sentido. A segurança jurídica exige, portanto, a controlabilidade intersubjetiva dos processos semântico-argumentativos que conduzem ao conhecimento e à certeza do Direito e a adoção de critérios racionais e coerentes para sua reconstrução. Em segundo lugar, exige confiabilidade do Direito. O Direito deve ser estável e não sofrer quedas abruptas e drásticas. Evidentemente, não é possível assegurar a sua imutabilidade, na medida em que é inerente ao Direito o seu aspecto cultural e, portanto, a sua permanente abertura à mudança. Importa, no entanto, que a confiança depositada pela pessoa no Direito não seja iludida, o que impõe estabilidade e continuidade normativas e, em sendo o caso, previsão de normas de salvaguarda da confiança em momentos de crise de estabilidade jurídica. Em terceiro lugar, impõe calculabilidade, isto é, capacidade de antecipação das consequências normativas ligadas aos atos e fatos jurídicos e das eventuais variações (quais e em que medida) da ordem jurídica. Também aqui o caráter cultural, não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito repele a previsibilidade absoluta e determina a sua substituição pela noção mais elástica de calculabilidade.⁶

Sucedese que a segurança jurídica, enquanto princípio que emana do Estado de Direito, não se viabiliza *per se*; o texto constitucional não traz uma normatização, um roteiro indicativo de como essa garantia será viabilizada no caso concreto. Trata-se de um princípio que depende da implementação de instrumentos voltados a dar concretude a sua incidência.

Conforme bem assinala Marilda de Paula Silveira, sua aplicação não se materializa como qualidade intrínseca do ordenamento jurídico; deve ser compreendida mais como um dos pilares que fundamentam a própria ideia de Direito e Justiça, “um valor que inspiraria a existência do Direito, assim como a Justiça e a Paz Social”⁷. É nesse contexto

⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22-23.

⁷ SILVEIRA, *op. cit.*, p. 35.

que a modulação dos efeitos, tal como prevista nos arts. 27 da Lei nº 9.868/99, 11 da Lei nº 9.992/99 e 927, § 3º, do Código de Processo Civil atualmente em vigor, apresenta-se como instrumento da preservação da segurança jurídica por parte do Judiciário em seus processos de tomada de decisão – dito de outro modo, a técnica da modulação, por exemplo, constitui eficaz meio de preservação e, ao mesmo tempo, promoção do valor constitucional da segurança jurídica.

Consoante Alexandre Freitas Câmara⁸, citado por Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas⁹, dado que no Estado de Direito a previsibilidade deve sempre ser a regra, nada mais razoável que haja regras de direito intertemporal, para as hipóteses de alteração de posição dos tribunais, idênticas àquelas aplicáveis para os casos de mudança na lei, visto que ambas, em diferentes medidas, são pautas de conduta para o jurisdicionado.

Veja-se: os precedentes cada vez mais ganham força no sistema jurídico brasileiro. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, fala-se agora em precedentes de vinculatividade forte. Soma-se a isso o fato de que também, dia após dia, a jurisprudência dos Tribunais ganha gradativa força de obrigatoriedade, gerando nos jurisdicionados uma legítima expectativa de direito. Não raro, ações são propostas, teses são defendidas fiando-se naquilo que as Cortes vêm decidindo de forma reiterada. Assegurar estabilidade a esses entendimentos também faz parte do Estado de Direito, manifestação da garantia da segurança jurídica.

Diante de um quadro de alteração da jurisprudência dominante ou de declaração de inconstitucionalidade de uma norma que, até então, vinha sendo aplicada sem problemas, não parece correto que simplesmente se proceda a alteração do posicionamento aplicável ou da legislação de regência de forma sobressaltada, gerando um quadro de incerteza e instabilidade. O jurisdicionado há de ser protegido contra alterações de grande monta que impliquem mudança inesperada em sua esfera de direitos. É como bem observa Alexandre Freitas Câmara:

É certo que mudanças interpretativas assim não devem ocorrer com frequência. Isto iria contra o dever de estabilidade da jurisprudência imposto pelo art. 926 do CPC (LGL/2015/1656), que impõe aos tribunais a obrigação de respeito aos próprios precedentes. Assim, havendo uma linha de jurisprudência constante, especialmente nos casos em que isso tenha sido formalmente identificado e consolidado em enunciado de súmula, ainda que tais enunciados não sejam formalmente vinculantes, ter-se-á ao menos uma legítima expectativa de que o entendimento consolidado será seguido, com a exigência de que seja analiticamente justificada qualquer decisão que não o siga. A alteração ou cancelamento de um enunciado de súmula de jurisprudência dominante, porém, implica dizer que o tribunal reconhece que a interpretação que se dava a um determinado texto normativo não é mais a que se reputa correta, e que a partir de dado momento outra deve ser sua interpretação. Pois é preciso saber se tal modificação deve dar-se com caráter retroativo ou prospectivo.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 281-320, fev. 2017.

⁹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 285.

Pois a solução deste problema passa por recordar-se que a mudança na interpretação de um texto normativo implica o estabelecimento de uma nova norma jurídica. E, isto se diz por conta da inegável diferença entre texto e norma. Afinal, a norma jurídica é o produto da interpretação dada a um texto normativo.

Ora, se assim é, a consolidação de uma nova interpretação implica a fixação de uma nova norma, distinta da que anteriormente se construía a partir do mesmo texto. E isto precisa ser levado em conta quando se altera ou cancela um enunciado de súmula de jurisprudência dominante.

Ocorre que, como regra geral, novas normas jurídicas não têm eficácia retroativa. Comentando o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, afirma José Afonso da Silva que [u]ma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. É curioso notar, porém, que normalmente só se liga tal dispositivo constitucional aos casos em que há modificações de texto normativo.¹⁰

Quanto à função meramente interpretativa do juiz, é de se ter em conta que a teoria dos precedentes expande a relevância da atuação jurisdicional para além do caso concreto, de maneira que uma decisão não mais pode ser observada apenas sob o ponto de vista da resolução da questão posta em juízo.

Cabe também ao Poder Judiciário, que tem sua atividade regida pela segurança jurídica e pela confiança legítima, a elaboração de regras de transição como forma de efetivação das normas jurídicas mencionadas. Além disso, no tocante à igualdade, há situações nas quais somente a retrospectividade do novo entendimento será capaz de garantir a igualdade entre todos os litigantes. A superação de precedentes implicará, naturalmente, em desigualdade de tratamento de situações fáticas semelhantes – a diferença é que a superação prospectiva identifica a partir de que momento as situações fáticas passarão a ser tratadas de maneira distinta.

A Constituição de um país, de acordo com Hans Kelsen (1985), é a norma fundamental que empresta validade a todas as demais existentes num sistema jurídico¹¹. A correta interpretação constitucional precisa calcar-se, de um lado, no plano jurídico e, de outro, num plano político, garantindo o equilíbrio, posto que, na análise da interpretação da norma constitucional, espera-se dos órgãos constitucionais o ajuste do interesse público, revelando o sentimento da coletividade e de justiça.

Sob a perspectiva acima narrada, é preciso ressaltar o trabalho do jurista e Ministro Luís Roberto Barroso (STF) quando destaca que a proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico, capaz de orientar como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente nos casos de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional. Repete-se, então, que ao Poder Judiciário é permitido invalidar atos legislativos ou administrativos quando não observada a adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela

¹⁰ CÂMARA, *op. cit.*

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 280.

norma jurídica (*adequação*); quando a medida normativa não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade ou vedação do excesso*); e quando não se manifeste o binômio custo-benefício, pois o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade stricto sensu*)¹².

Segundo Humberto Ávila¹³, a aplicação da proporcionalidade dar-se-á em situações nas quais se constate uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal modo que o intérprete do direito possa proceder ao exame de três parâmetros fundamentais e complementares: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

No tocante à interpretação, quando houver colisão de princípios fundamentais, é importante ressaltar que a utilização do princípio da proporcionalidade, com a observação da necessidade e adequação, cuida de um instrumento de controle não só da atividade legislativa, mas da vida cotidiana, quando ausente regra específica que possa subsumir a uma determinada situação fática e que implique em restrição a direito(s) fundamental(tais). A função da proporcionalidade é essencial e indispensável, principalmente nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais, diante da complexidade da natureza dos princípios fundamentais ante suas oscilações terminológicas e imprecisões conceituais.

A dificuldade de aplicação do critério da proporcionalidade no processo de ponderação não deve impedir sua incidência. Aliás, como afirmado pela boa doutrina, “pode-se dizer que em muitos casos os critérios políticos confundem-se com critérios jurídicos, podendo o juiz adequá-los ao caso concreto”¹⁴.

A propósito, conforme lição dos grandes administrativistas e constitucionalistas, toda lei tem duas finalidades: uma ampla, que deve ser o interesse público, e outra restrita ou estrita, que deve ser a específica prevista na lei para aquela situação. Isto não significa necessariamente que o legislador só buscará alcançar finalidades coletivas, públicas, por meio da edição da norma. O que está a se sustentar é a indissociabilidade da finalidade pública da norma, que não deve ser dirigida a interesses do indivíduo, mas pode tutelar direitos individuais, do cidadão.

Há um aspecto que devemos, no entanto, considerar, e que se mostra essencial para entender a dificuldade de se verificar a proporcionalidade da norma e os motivos pelos quais a aplicação desse princípio pode acarretar mudanças significativas em nosso sistema jurídico. Não apenas a função jurisdicional se encontra limitada aos valores constitucionais, mas também à atividade legiferante.

No processo legislativo, a proporcionalidade da norma deve ser analisada dentro dos critérios jurídicos, que podem estar contextualizados em um momento histórico, e não há dúvida de que se deve levar em conta não só os elementos jurídicos técnicos estabelecidos pela Constituição Federal, como também as variáveis sociais da época de sua publicação e seus efeitos para o futuro. Consoante muitos autores já sustentaram, não há dúvida quanto à existência de uma mutação constitucional e mesmo das normas infraconstitucionais.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 213-216.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-124.

¹⁴ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 83-85.

Isso exige um exame permanente da proporcionalidade da norma, desde seu nascedouro até sua revogação, derrogação ou ab-rogação. Inúmeros são os exemplos de que a proporcionalidade, quando da edição da norma, não permanece a mesma, principalmente após o decurso do tempo. É o caso das mais recentes decisões judiciais, que passaram a interpretar que as normas postas na Constituição não só têm eficácia jurídica, como também um conteúdo mínimo que deve ser atingido no atendimento proporcional aos direitos do cidadão.

Mostra-se igualmente importante a análise da exposição de motivos, as justificativas apresentadas pelo proponente de um projeto de lei ou até mesmo os pareceres apresentados pelas comissões e subcomissões, para analisar, além da validade da norma, as hipóteses de sua incidência. O tempo e as mudanças das variáveis que compuseram a proporcionalidade da norma sancionada, por exemplo, poderão autorizar que o hermeneuta, observando o princípio da proporcionalidade, chegue a conclusões absolutamente díspares em relação à aplicação originária desse princípio, quando da elaboração e publicação da norma.

Com o devido respeito aos que pensam diferentemente, a fim de que haja segurança jurídica, efetivo respeito ao Estado democrático de direito e à separação de poderes, bem como a aplicação das regras de interpretação constitucional e da observância à hermenêutica tradicional, o intérprete deve respeitar a vinculação entre a lei da ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional, e deve privilegiar a lei, resultado do processo democrático. Ou seja, na inexistência de grandes variáveis fáticas, há que prevalecer a proporcionalidade da norma observada pelo legislador.

É fato que ainda não conseguimos solucionar o problema do sincretismo metodológico, a que se refere o eminente professor Virgílio Afonso da Silva ao tratar dos curtos-circuitos existentes em nossa doutrina a respeito da interpretação constitucional. Entretanto, concordando com o autor, o hermeneuta deve escolher um dos métodos de interpretação constitucional normalmente apresentados pela doutrina e aplicar os cânones de interpretação sistematizados por Savigny, que também devem valer para o Direito Constitucional¹⁵.

Por outro lado, como anteriormente salientado, a restrição ou a limitação aos direitos fundamentais deve observar os requisitos da legalidade, da proporcionalidade e da proibição de decisões casuísticas, mesmo em situações extremas já referidas.

À toda evidência lógica, a restrição há de ser interpretada e aplicada de forma restritiva, razão pela qual ocorrerá nos casos em que houver efetiva necessidade e desde que o titular da função que a institui, ou a aplica, cumpra o seguinte trinômio: necessidade, adequação e proporcionalidade. Algumas serão instituídas por lei, a exemplo do direito à inviolabilidade de correspondência, prevista no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, que pode ser objeto de restrição explicitamente escolhida pela própria Carta nos casos de Estado de Defesa e de Estado de Sítio. Outras, pelo administrador, quando se tratar de correspondências que devam passar por alguma espécie de fiscalização (raio-x, v.g.), porque existente algum interesse público, como na hipótese da fiscalização em aeroportos, penitenciárias ou em órgãos que exijam maior segurança.

Embora o Poder seja uno e indivisível, pois pertence ao povo brasileiro, como expresso na Constituição Federal, não há dúvida de que os Poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), no exercício das funções republicanas, devem respeito um ao outro, e a harmonia há de ser respeitada.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 142.

Da mesma forma, o administrador, em seu poder regulamentar, só poderá alterar suas políticas, sejam elas administrativas ou judiciárias, nos limites da proporcionalidade exigida pela situação de emergência ou calamidade que atinja uma nação ou o ente federativo, sob pena de violentar a própria Constituição Federal.

Evidente que, mesmo em situações excepcionais, a segurança jurídica há de ser respeitada e deve voltar-se no sentido de garantir o estado constitucional naquilo que a própria situação excepcional se concentre. Ou seja, as medidas excepcionais deverão ser instituídas e aplicadas com respeito à proporcionalidade e aos limites da necessidade, sem violar direito adquirido e coisa julgada, por exemplo.

Assim, o ideal é que o titular da opção, no caso, o legislador, defina os limites dessa mudança de forma proporcional, de acordo com os objetivos da lei que relativizar esta ou aquela norma, de forma a eliminar, enfrentar ou reduzir os danos que a emergência esteja a exigir, inclusive sob o ponto de vista temporal.

A título exemplificativo, penso, particularmente, que o legislador agiu bem ao aprovar a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que tratou sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19) e das razões de decidir pelo parlamento, bem delineados no Parecer nº 18/2020, de relatoria da eminente Senadora Simone Tebet. Destarte, os parâmetros interpretativos não de respeitar os limites temporais e de mérito, cuja proporcionalidade tenha sido avaliada pelas autoridades constitucionalmente elegidas para realizá-la, decidindo o conteúdo da norma¹⁶.

3. Políticas judiciárias definidas pelo Conselho Nacional de Justiça para o período da pandemia: eficiência e segurança jurídica

Como se sabe, as políticas públicas são, essencialmente, um processo legislativo e administrativo composto de diversas fases. É evidente que, pelo princípio da legalidade administrativa, as fases das políticas públicas devem ter fundamentos de validade na lei.

No controle desse processo, inclusive na execução das políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo, com fundamento na lei (definição da política de forma genérica pelo legislador), muitos têm se utilizado da terminologia “controle judicial das políticas públicas”. Com o devido respeito, a substituição do administrador ou legislador pelo juiz não se mostra constitucionalmente ou politicamente correta, seja porque deve haver respeito à separação de poderes instituída pela Constituição Federal, seja porque todos devem respeito às políticas públicas instituídas pelo Estado, quando legitimadas pelo regime de representação democrática e de acordo com as normas constitucionais.

Não se está a colocar em xeque a competência do Judiciário, como um dos Poderes da República, de fiscalizar as atividades do Executivo e do Legislativo (sistema de *check and balances*), e exercer o controle jurídico de legalidade dos atos e procedimentos. O ponto que se está a insistir é a tese de que o Poder Judiciário não pode, no julgamento dessas demandas, substituir o legislador ou o administrador.

Essa questão se mostra mais complexa quando a tese é de ilegalidade da escolha, ou seja, de ilegalidade do ato discricionário pelo fato de a Administração ter ultrapassado os

¹⁶ Parecer disponível em: <https://bit.ly/3q6aEXN>. Acesso em: 20 nov. 2020.

limites estritos da discricionariedade ou mesmo seus limites principiológicos, a exemplo da violação aos princípios da razoabilidade, bem como da moralidade administrativa.

Por sua vez, deve-se salientar que o Poder Judiciário não só exerce controle das políticas públicas fixadas pelos demais poderes, como também estabelece e realiza, por sua vez, suas próprias políticas, as judiciárias. Nessa linha de raciocínio, analisaremos algumas das que foram implantadas neste período pandêmico, seja no sentido de dar efetividade aos direitos materiais, viabilizando o acesso à Justiça, ou organicidade e eficiência aos direitos estabelecidos pelas normas de organização e de procedimento, que dão funcionalidade ao sistema de garantia de direitos, sem violar, como salientado, a segurança jurídica.

Muitas dessas políticas judiciárias foram instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça. Aliás, rememoremos que o CNJ é o órgão competente para supervisionar a atuação administrativa e financeira do Judiciário nacional¹⁷. Supervisionar, no caso, não significa apenas fiscalizar, mas participar do processo de modernização da gestão e contribuir para a elaboração dos planejamentos estratégicos de interesse do Judiciário.

É fato que o Conselho não substitui a administração dos tribunais. Em verdade, o exercício dessa atividade há de suprir as necessidades dos diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário, mas deve o CNJ, como premissa inafastável, admitir que os demais são os principais responsáveis pelos próprios destinos, e somente diante de sua inegável insuficiência, ou da necessidade de uniformizar as políticas quando não houver garantia de igualdade de atendimento, de todas as ordens, é que o órgão central deverá atuar.

Por sua vez, incumbe ao CNJ implantar políticas públicas judiciárias nacionais, de forma a aperfeiçoar a eficiência dos órgãos judiciais e buscar soluções para seus problemas, com a finalidade de fomentar mudanças positivas à administração da Justiça e de possibilitar que se alcance, de forma mais eficiente, o cumprimento de direitos fundamentais do cidadão, de maneira interdisciplinar, inclusive, com os demais entes e organismos públicos.

Nessa linha de atuação é que o Conselho, exercendo suas competências constitucionais, em boa hora, acabou por editar diversas medidas para o período da pandemia, em especial as de enfrentamento à pandemia da Covid-19. Vejamos algumas delas¹⁸.

3.1. Judiciário e continuidade de seus serviços durante a pandemia

Com a finalidade de enfrentar o risco representado pela chegada da pandemia da Covid-19 no Brasil e mitigar sua propagação, observada a continuidade da prestação dos serviços pelo Poder Judiciário, foram adotados em 2020 normativos para ampliar as hipóteses de realização de trabalho remoto e para preservar a saúde de magistrados, servidores e colaboradores nas atividades presenciais necessárias à continuidade dos serviços. Para isso, foram aprovadas pelo Plenário do CNJ as regras e recomendações listadas no Quadro 1:

¹⁷ KIM, Richard Pae. O Conselho Nacional de Justiça como órgão garantidor e qualificador de direitos fundamentais. In: LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato (org.). *O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário – Homenagem aos 10 anos do CNJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 115-136.

¹⁸ Os dados sobre essas políticas judiciárias implantadas pelo CNJ foram extraídos de: TOFFOLI, José Antônio Dias; KIM, Richard Pae (org.). *Relatório de gestão Ministro Dias Toffoli: 2018-2020*. Brasília: CNJ, 2020.

Quadro 1

Resolução nº 313	Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial.
Resolução nº 322	Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e dá outras providências.
Resolução nº 329	Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19.
Recomendação nº62	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.
Recomendação nº 63	Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19.
Recomendação nº 68	Acrescenta o art. 8º-A à Recomendação CNJ nº 62/2020, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – Covid-19, no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, e altera o art. 15, para prorrogar a vigência por noventa dias.
Recomendação nº 69	Recomenda às presidências dos tribunais adoção de providências para que promovam o pagamento de precatórios com o intuito de mitigar o impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo Coronavírus causador da Covid-19.
Recomendação nº 70	Recomenda aos tribunais brasileiros a regulamentação da forma de atendimento virtual aos advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária e das partes no exercício do seu <i>Jus Postulandi</i> (art. 103 do NCPC), no período da pandemia da Covid-19.
Recomendação Conjunta nº1	Dispõe sobre cuidados a crianças e adolescentes com medida protetiva de acolhimento, no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus (Covid-19), em todo o território nacional e dá outras providências.

Para que não fossem suspensas as atividades jurisdicionais, o CNJ disponibilizou, em âmbito nacional, uma plataforma emergencial de videoconferência. A Cisco Webex permite a realização de audiências por videoconferência, prática que se tornou fundamental para que o Judiciário não parasse as ações de atos processuais neste período de pandemia. Como se extrai das informações prestadas pelo próprio Conselho¹⁹, até agosto de 2020, foram realizadas mais de 46,7 mil reuniões na plataforma, com duração média de 32 minutos. Houve crescimento considerável desde o início da pandemia, quando comparado o dia 13/4, em que foram realizadas 612 reuniões, com o dia 13/05, quando houve 3.303 reuniões, configurando um aumento de 539%.

No que toca às ações que versaram sobre o direito à saúde durante a pandemia da Covid-19, foi aprovada pelo Plenário Virtual do CNJ, em sessão do dia 8 de maio de 2020, a Recomendação CNJ nº 66, de 13 de maio de 2020, que orienta os juízes com competência

¹⁹ As estatísticas desse projeto estão disponíveis no painel disponível em: <http://tiny.cc/pxiepz>

para julgamento das ações que versam sobre o direito à saúde a adotarem medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o referido período.

A norma visou orientar esses juízos para que seja observado o efeito prático da decisão no contexto de calamidade, com vistas ao cumprimento do interesse público e da segurança do sistema sanitário, bem como à efetividade judicial e à celeridade do cumprimento da decisão.

3.2. Papel do Judiciário na garantia do direito fundamental à saúde

O CNJ também aprovou nota técnica, dirigida ao Poder Executivo Federal, aos Poderes Executivos Estaduais e Municipais e ao Procurador-Geral da República para manifestar-se pela adoção de medidas de gestão voltadas à prevenção da Judicialização da Saúde durante a pandemia do Covid-19.

Com isso, buscou estabelecer diálogo nas esferas pública e privada, a fim de promover o bem maior, que é a proteção à vida, conjugada com a proteção à economia e, em última análise, minimizar os impactos da judicialização originados de casos vinculados à presente situação.

Os magistrados puderam também acessar pareceres técnicos da área da saúde. Como se sabe, desde 9 de outubro de 2018, após ajustes tecnológicos, o CNJ passou a otimizar o acesso a pareceres, notas e informações técnicas com o pleno funcionamento do E-NATJUS²⁰. O sistema conta, atualmente, com 50 pareceres técnicos científicos e 55 notas técnicas em sua base de dados de pesquisa pública, cujo objetivo é oferecer base científica para as decisões dos magistrados de todo o país em demandas relacionadas à saúde. A partir de 19 de agosto de 2019, a ferramenta passou a permitir que magistrados de todo o país contem com o serviço durante 24 horas por dia, sete dias por semana, diante de iniciativa conjunta do CNJ, do Hospital Israelita Albert Einstein e do Ministério da Saúde.

Os profissionais de saúde podem, outrossim, avaliar os pedidos, com base nas melhores evidências científicas disponíveis, fornecendo o respaldo técnico necessário para atestar se a demanda é, de fato, urgente.

No dia 21 de março de 2020, o Fórum Nacional da Saúde disponibilizou, em seu banco de dados do sistema E-NATJUS, um Parecer técnico-científico que trata da efetividade e segurança da hidroxicloroquina e da cloroquina em pacientes com Covid-19, em razão da controvérsia existente sobre o uso do medicamento.

Importante ainda salientar que, por exemplo, conforme informações do painel do CNJ²¹, os órgãos do Poder Judiciário destinaram, entre 16 de março e 5 de abril de 2020, R\$ 198,76 milhões para o combate à pandemia. Esses valores, que foram liberados por tribunais, foram decorreram de penas ou medidas alternativas de prestação pecuniária e atenderam à recomendação do CNJ, estabelecida no artigo 9º da Resolução 313, que uniformizou o funcionamento dos serviços judiciários durante a emergência de saúde pública.

A norma a norma dispõe que essas verbas podem ser utilizadas para compra de leitos, medicamentos e itens de apoio aos profissionais da saúde, por exemplo, respiradores, máscaras, aventais, luvas, óculos de segurança e kits para teste.

²⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/>.

²¹ Dados do CNJ publicados em matéria do Conjur. Disponível em: <https://bit.ly/3zEj10U>. Acesso em: 20 nov. 2020.

A Justiça do Trabalho destinou a esse propósito a maior parte dos recursos: R\$ 111,7 milhões, dos quais R\$ 51 milhões partiram do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG). Na Justiça Estadual, a maior parte dos R\$ 70,2 milhões teve origem em decisões dos tribunais no Paraná e em Santa Catarina. A Justiça Federal destinou R\$ 16,8 milhões.

Outro exemplo da importante atuação do Poder Judiciário foi a determinação do STF, que destinou mais de R\$ 1,6 bilhão para que os Estados Federados utilizassem no combate ao coronavírus, na decisão do eminente Ministro Alexandre de Moraes, fruto de acordo entre a Operação Lava Jato e a Petrobras²².

3.3. Políticas judiciárias voltadas aos presos e às medidas socioeducativas

O CNJ, por meio das políticas elaboradas pelo Plenário e executadas pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF) das execuções penais e de medidas socioeducativas, implementou diversas medidas para os presos, internados e egressos do sistema prisional, a saber:

- a) abertura de frentes para ações de cidadania: em parceria com a Humanitas 360, ações de inserção produtiva chegaram ao Maranhão, enquanto a parceria com a Kroton resultou em vagas em cursos livres, dentro e fora de unidades prisionais, com 50 bolsas de estudos para pessoas privadas de liberdade no ensino superior, já iniciadas; em fevereiro de 2020, a Jornada de Leitura no Cárcere reuniu 2,5 mil participantes de todo o Brasil de forma virtual; por fim, foi realizada pesquisa para mapear Conselhos da Comunidade em todo o país, e houve fomento a redes locais de atenção às pessoas egressas em 13 estados;
- b) aprovação da Recomendação CNJ nº 62, de 17 de março de 2020, que recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas diante da pandemia da Covid-19;
- c) estímulo à instalação de comitês de monitoramento nos GMF dos tribunais, sempre com olhar especial para as ações de enfrentamento à proliferação da Covid-19 nas unidades prisionais;
- d) acompanhamento dos dados diários de evolução da Covid-19 nos sistemas prisional e socioeducativo, inclusive com o desenvolvimento de projeção sobre o desenvolvimento da enfermidade no sistema prisional, em parceria com a Organização Pan-Americana da Saúde e a Organização Mundial de Saúde (OPAS/OMS);
- e) implantação e execução com parceiros do projeto de visitas sociais virtuais, instituído no Maranhão, que realizou cerca de 800 visitas no período de abril a maio de 2020, de modo a manter e fortalecer o contato entre pessoas privadas de liberdade e familiares no contexto da pandemia;
- f) expedição de nota do CNJ sobre a forma de realização da audiência de apresentação prevista no art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) durante a pandemia;
- g) emissão de orientação técnica para inspeção, pelo Poder Judiciário, dos espaços de privação de liberdade no contexto da pandemia;

²² Disponível em: <https://bit.ly/3xqH8hl>. Acesso em: 20 nov. 2020.

- h) elaboração e divulgação de material informativo para ajudar pessoas egressas dos sistemas prisional e socioeducativo e seus familiares no requerimento de auxílio emergencial, concedido pelo Governo Federal em virtude da pandemia da Covid-19.

3.4. Políticas para uma melhor gestão processual no período da pandemia

Dentro da **política de gestão das Tabelas Processuais Unificadas**, que objetivou apoiar a gestão (incluindo a manutenção e atualização) das tabelas processuais unificadas de classes, assuntos e movimentos, instituídas pela Resolução CNJ 46/2007, além do desenvolvimento da tabela de documentos, houve a criação de assuntos para acompanhamento de questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão, dentre as quais as demandadas oriundas da pandemia da Covid-19.

Algumas ações buscaram otimizar os **Julgamentos do Tribunal do Júri**, mesmo em tempos de pandemia. Eis o contexto da criação desse projeto e alguns dos resultados alcançados por um grupo de trabalho que auxiliou o Plenário do CNJ a decidir políticas judiciárias que visaram tornar mais eficientes essas ações.

Como se sabe, o problema do número de homicídios no Brasil é uma questão trágica que a sociedade, muitas vezes, não quer enfrentar. São 500 mil homicídios a cada dez anos. “É pior do que qualquer guerra”, enfatizou o Ministro Dias Toffoli, Presidente do CNJ no período de 2018 a 2020. “Mais grave ainda é saber que 30% dos casos prescrevem na Justiça, sem julgamento. Estamos dando prioridade a esse problema agora”, enfatizou. Assim, a Presidência do CNJ criou o grupo de trabalho destinado a elaborar estudos para aprimorar o julgamento das ações judiciais relacionadas a crimes dolosos contra a vida (GT-Júri), integrado pelo Conselheiro Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro, pelo Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica, coordenado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça e de diversos magistrados e juristas.

Dessa forma, o Plenário do CNJ aprovou recomendação com orientações de procedimentos voltados a aprimorar o julgamento das ações relacionadas a crimes dolosos contra a vida (Recomendação nº 55, de 08/10/2019), com a sugestão de que seja utilizado o sistema de videoconferências em atos processuais das ações penais, inclusive durante as sessões, e que sejam organizados mutirões para julgamento de processos de competência do Tribunal do Júri.

Com o fito de concretizar os termos da referida Recomendação e de dar densidade a essa política é que foi autuado o Ato nº 0004587-94.2020.2.00.0000 – ainda em trâmite –, que trata da minuta de resolução para autorizar o uso de videoconferência na realização das sessões de julgamento do Tribunal do Júri, em razão das contingências geradas pela pandemia.

Em 29 de julho de 2020, foi realizado o “Seminário Digital Gestão Processual no Júri e Propostas em Tempo de Crise”, com o intuito não apenas de tornar público o material produzido e disseminá-lo, mas também de apresentar e debater medidas de simplificação dos julgamentos de feitos da competência do Tribunal do Júri, quer por meio de iniciativas de cunho administrativo, quer por providências relativas a rotinas judiciais, conferindo especial enfoque à atuação em momentos de crise, como o que estamos vivendo no presente momento.

Em favor da economia do país e da saúde financeira e econômica das empresas, em especial com a garantia da manutenção dos muitos empregos, uma importante política, ainda que por meio de recomendação, foi aprovada pelo CNJ na 307ª Sessão Ordinária. Ela contém orientações para todos os juízos com competência para **juízo de ações de falência e de recuperação judicial em decorrência dos impactos dos econômicos da Covid-19**, por meio da Recomendação nº 63, de 31 de março de 2020, no sentido de se adotar medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus.

Entre os itens da recomendação estão: priorizar análises de levantamento de valores, suspender assembleias presenciais e ter cautela especial no deferimento de medidas de urgências. No total, foram seis as orientações aos tribunais.

Nessa esteira, o CNJ recomendou a prorrogação dos prazos de duração da suspensão, chamada *stay period*, nos casos de necessidade de adiamento da Assembleia Geral de Credores (lembrando que se trata de um prazo de 180 dias no qual fica suspenso o curso de todas as ações e execuções promovidas em face do devedor, isto é, da empresa em recuperação judicial, contados do seu deferimento). O objetivo é que a empresa possa se reorganizar financeiramente, sem que haja risco de uma penhora ou outra espécie de constrição que prejudique a construção de um plano para prosseguimento da atividade empresarial.

Também foi incluída a recomendação para que os tribunais autorizem todas as empresas que já estejam em fase de cumprimento do plano de recuperação, aprovado pelos credores, em prazo razoável, a apresentar planos modificativos, desde que condicionados à comprovação de que houve diminuição da capacidade de cumprimento de suas obrigações decorrente da pandemia da Covid-19, bem como de que houve adimplemento de obrigações assumidas no plano até 20 de março de 2020.

A recomendação também visou a manutenção das atividades dos administradores judiciais, para que continuassem a fiscalizar as empresas recuperandas de forma virtual ou remota, com apresentação de relatórios mensais de atividades.

Por fim, sobre o deferimento de medidas de urgência, o CNJ acentuou a necessidade de o magistrado atuar com cautela, inclusive em casos de decretação de despejo por falta de pagamento e realização de atos executivos de natureza patrimonial em desfavor das empresas e demais agentes econômicos em ações judiciais que demandem obrigações inadimplidas.

3.5. Atenção ao direito à informação nas políticas judiciárias para o enfrentamento dos efeitos da pandemia

Importante anotar que em março de 2020, no início da pandemia no país, o CNJ criou o *hotsite* “Coronavírus”, com o objetivo de organizar e consolidar as principais informações e decisões do Poder Judiciário envolvendo a pandemia da Covid-19, a fim de garantir informações e até mesmo a segurança jurídica nas decisões que seriam proferidas pelo Judiciário nacional. O referido *hotsite* unificou, no mesmo espaço:

- a) os principais atos normativos emitidos pelo CNJ e pelos tribunais;
- b) as formas de contato com o CNJ e com cada um dos tribunais durante o regime de plantão extraordinário;

- c) painéis de *Business Intelligence* (BI) contemplando diversas informações, como produtividade, situação dos prazos processuais nos diversos tribunais do país e ações judiciais de interesse sobre o tema. A exemplo do painel de “Monitoramento da Produtividade Semanal” em razão da pandemia da Covid-19, que apresenta dados sobre o número total de movimentos, despachos, decisões, sentenças e acórdãos, além dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária, destinados pelo Poder Judiciário ao combate à pandemia. As informações poderiam e podem ser visualizadas conforme a semana de referência e o segmento de justiça de interesse do usuário;
- d) painel com o monitoramento da situação dos prazos processuais em razão da pandemia – produzido para monitorar ações definidas na Resolução CNJ nº 314/2020, indicando a situação dos prazos processuais por segmento de justiça, por tribunal, e datas de início e término das medidas relativas a esses prazos, com atualização diária;
- e) acesso a pesquisas judiciárias relevantes, como sobre a saúde mental de magistrados e servidores e o impacto da pandemia no trabalho diário da Justiça. Informações disponibilizadas por meio de um painel, que passou a apresentar os resultados de pesquisa realizada por solicitação do Comitê Gestor Nacional de Atenção Integral à Saúde de Magistrados e Servidores do Poder Judiciário, com o objetivo de identificar os impactos da pandemia na saúde desses agentes, sendo possível a consulta por segmento de justiça, unidade da federação, carreira, sexo, raça/cor, estado civil, local de residência e outros recortes²³;
- f) *clippings* e outros dados monitorados pelo Observatório Nacional do Judiciário;
- g) conteúdos estatísticos e informativos sobre como o novo coronavírus e a Covid-19 estão afetando os sistemas prisional e socioeducativo.

Além disso, o *hotsite* passou a consolidar as principais notícias divulgadas tanto pelo CNJ como pelos 91 tribunais brasileiros que tivessem a pandemia como tema. Até agosto de 2020, o painel tinha mais de 1,1 mil notícias publicadas, em 165 dias de conteúdo (de 13 de março a 25 de agosto) – uma média de quase sete notícias por dia, incluindo os finais de semana, a garantir informações suficientes aos tribunais e cidadãos brasileiros.

O CNJ, após a adoção de algumas políticas, resolveu também realizar uma avaliação dos impactos da pandemia nos processos de trabalho dos Tribunais. Essa pesquisa foi solicitada pelo grupo de trabalho instituído pela Portaria CNJ nº 74, de 6 de maio de 2020, que se destinava a analisar os impactos da Covid-19 nas metas nacionais. Para a realização do levantamento de dados, foi aplicado um questionário para cada um dos 62

²³ Dentre os achados, a pesquisa permitiu identificar que, até 15 de julho de 2020, apenas 2,8% dos magistrados e 1,9% dos servidores do Poder Judiciário haviam recebido diagnóstico positivo para a Covid-19, enquanto 3,1% dos magistrados e 3,6% dos servidores acreditam ter sido infectados, embora sem diagnóstico. À época de encerramento do preenchimento dos questionários, o Brasil registrava 2.074.860 de infectados, o que corresponde a 1% da população. A pesquisa mostrou um quadro de servidores e magistrados mais cansados e mais mal-humorados, com alterações na rotina de sono e sentimento de medo. O estudo foi debatido durante o 3º Seminário Nacional sobre saúde dos Magistrados e Servidores, realizado em agosto de 2020, e os dados foram disponibilizados na forma de relatório e painel, que permite consulta por tribunal e dados de perfil. As conclusões servirão de subsídios para que os tribunais possam planejar ações com vistas ao bem-estar de seus colaboradores, bem como medidas de melhorias do trabalho remoto e de possíveis fatores de atenção para o retorno das atividades presenciais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020). Disponível em: <https://bit.ly/2SCyCr2>. Acesso em: 29 ago. 2020.

tribunais, sob as seguintes abordagens: a) gestão administrativa; b) gestão processual e atendimento ao público; e c) impactos e dificuldades em razão da pandemia.

Como resultado, foi possível diagnosticar que, no que tange à gestão administrativa, os tribunais estavam se adaptando adequadamente aos impactos da pandemia da Covid-19, sendo que 84% do total de servidores passou a trabalhar em regime remoto.

Além disso, verificou-se que a maioria dos tribunais havia editado normativos para regulamentar o trabalho remoto, e apesar de muitos não terem determinado nesses dispositivos a forma de acompanhamento da produtividade, o controle e acompanhamento dos trabalhos passaram a ser realizados, em grande parte, pelos gestores.

Ainda a respeito da gestão administrativa, importante destacar que houve efetivo esforço dos tribunais para disponibilizar sistemas, similares ao VPN, ferramentas eletrônicas, equipamentos e mobiliários para o exercício das funções pelos magistrados e pelos diversos servidores.

Quanto à gestão processual e ao atendimento ao público, verificou-se que 27% dos processos judiciais ainda tramitavam na forma física, o que evidentemente dificultou seu andamento, principalmente nas localidades onde incidiram as quarentenas.

4. Considerações finais

O Conselho Nacional de Justiça, fruto da Reforma do Judiciário na Constituição Federal, foi mais um instrumento criado pelo nosso sistema democrático com o objetivo de debelar, ou ao menos minimizar, a eventual crise desse Poder. A despeito dos motivos que originaram sua criação, nos termos definidos pelo constituinte derivado, não há dúvida de que, além de realizar o controle administrativo, financeiro e correcional do Poder, a fim de tornar a atuação judiciária mais eficiente, o CNJ tem conseguido cumprir a ordem constitucional na busca da efetivação dos direitos fundamentais dos destinatários das atividades jurisdicionais, até mesmo no período da pandemia mundial da Covid-19.

Essa linha de conduta, a meu ver, veio também a ser adotada pelos tribunais brasileiros, que priorizaram o acesso à Justiça ao andamento regular das ações judiciais, mesmo em localidades em que se decretou o *lockdown*, em especial das ações que envolviam o direito à saúde.

Aliás, muitos tribunais aproveitaram a oportunidade para aprimorar seus sistemas eletrônicos e plataformas digitais, investindo não só na realização de sessões virtuais em seus respectivos órgãos colegiados, como também houve, por consequência da necessidade de dar seguimento aos atos judiciais e judiciários em razão da pandemia, forte aplicação de esforços no aperfeiçoamento e na realização das audiências virtuais e das sessões de conciliação. Essas políticas judiciárias beneficiaram advogados, demais atores do Sistema de Justiça e, principalmente, os jurisdicionados.

As políticas públicas implantadas pelo Judiciário logo no início do período pandêmico, de fato, não apenas viabilizaram a continuidade da prestação da jurisdição e o acesso à Justiça, mas garantiram o respeito às normas sanitárias e à segurança jurídica de todos, dando previsibilidade à atuação da Justiça, com transparência e sem se descolar das normas jurídicas. Conforme já referido neste artigo, mesmo as recomendações editadas pelo CNJ acabaram por justamente fornecer essa segurança jurídica e tratamento igualitário aos cidadãos nesse tempo de crise.

O grande receio de que os tribunais, porventura, pudessem, em razão da pandemia, relativizar toda a sua jurisprudência – destruindo a estabilidade econômica e jurídica do país – acabou se mostrando também infundado e, pois, rechaçado. Pelo contrário, muitas das decisões judiciais contribuíram para que os entes federados pudessem receber investimentos financeiros, inclusive para enfrentar os efeitos perversos da pandemia.

Certo é que ainda há muito a ser feito. No entanto, todos os dados que foram expostos neste trabalho ao menos nos trazem o alento, neste difícil momento que o país está a atravessar, de que a missão conferida pela Constituição da República ao Poder Judiciário está sendo cumprida com responsabilidade, eficiência e respeito ao princípio da segurança jurídica.

5. Referências bibliográficas

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do conselho nacional de justiça. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 281-320, fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Diagnóstico sobre a saúde mental dos magistrados e servidores no contexto da pandemia da Covid-19*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2SCyrc2>. Acesso em: 29 ago. 2020.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. A segurança jurídica e o Supremo Tribunal Federal: modulação dos efeitos temporais no controle da constitucionalidade. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; VALIM, Rafael (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-221.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIM, Richard Pae. O Conselho Nacional de Justiça como órgão garantidor e qualificador de direitos fundamentais. In: LEWANDOWSKI, Ricardo; NALINI, José Renato (org.). *O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário – Homenagem aos 10 anos do CNJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 115-136.

KIM, Richard Pae; BARREIRO, Camila da Silva. Supremo Tribunal Federal e a modulação dos efeitos de suas decisões. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira. *A Constituição da República segundo Ministros, Juízes auxiliares e Assessores do STF*. Salvador: Juspodivm, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2007.

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato: mudança, transição e motivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TOFFOLI, José Antonio Dias; CRUZ, Felipe Santa; GODINHO, André (org.). *Emenda Constitucional nº 45/2004: 15 anos do novo Poder Judiciário*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

TOFFOLI, José Antônio Dias; KIM, Richard Pae (org.). *Relatório de gestão Ministro Dias Toffoli: 2018-2020*. Brasília: CNJ, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Os juízes, a pandemia e os argumentos consequencialistas

Teresa Arruda Alvim¹
Advogada

Sumário: 1. Delimitação do tema; 2. Sobre a segurança jurídica; 3. Sobre argumentos consequencialistas; 4. Nossas sociedades; 5. Direito posto; 6. Função dos argumentos consequencialistas; 7. Os riscos; 8. Bibliografia.

1. Delimitação do tema

Só em períodos históricos de menor complexidade e em fases de notável estabilidade é que o direito se reduz a um padrão normativo rígido, que é imposto à sociedade.

Nossa época é de intensa mobilidade e complexidade social e estamos vivendo uma situação absolutamente excepcional: a pandemia da Covid-19.

Por isso, o consequencialismo é tema de grande relevância para o momento presente: não se podem *IGNORAR* os impactos das decisões tomadas pelo Estado na realidade, no mundo dos fatos, no plano empírico.

O foco central deste nosso artigo é o consequencialismo no contexto das decisões do juiz.

Pode o juiz usar argumentos consequencialistas para decidir? Permitir que estes influenciem suas decisões?

De um modo geral, percebe-se a existência de opiniões extremistas: uns consideram a possibilidade de fazer uso de argumentos consequencialistas, como base única fundamental da decisão, sempre que isso se revelar necessário. No outro extremo, há os que entendem que argumentos consequencialistas jamais podem ser utilizados porque não seriam jurídicos.

Sabe-se que hoje são diversas as correntes de pensamento que não identificam o direito com a lei. Por vários caminhos diferentes, pensadores do direito vêm, aos poucos, se afastando da noção de *direito* como equivalente à *norma escrita*.

¹ Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro Honorário da Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais. Relatora da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal em 2009 para a redação do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Relatora do Anteprojeto de Lei de Ações de Tutela de Direitos Coletivos e Difusos elaborado por Comissão nomeada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019 (PL 4778/20).

Sempre me chamou a atenção, muito antes (mas realmente muito antes) da entrada em vigor do CPC de 2015, a força normativa da jurisprudência. A previsibilidade do direito é objetivo que, efetivamente, só pode ser alcançado, se os jurisdicionados estiverem sujeitos a um *texto legal* numa *mesma* e única interpretação. Sob esse aspecto, portanto, é indiferente a qualidade da interpretação, o erro ou o acerto do sentido atribuído ao texto: para efeito de gerar segurança jurídica, basta que o jurisdicionado tenha **conhecimento e certeza** da pauta de conduta em que deve basear o planejamento de sua vida.

A previsibilidade (ou a calculabilidade) são valores que inerentes à ideia de direito e que integram a noção mais ampla de segurança jurídica.

Essa visão do direito joga uma relevantíssima carga de responsabilidade no Poder Judiciário, já que vê nele um protagonista na criação do próprio direito.

Nos últimos tempos, principalmente em razão da pandemia de Covid-19, que abalou o mundo, argumentos consequencialistas têm, no Brasil, servido, muito frequentemente, de base a decisões judiciais. Esses argumentos são o resultado da avaliação que o juiz faz dos *impactos* que sua decisão pode gerar na *sociedade*. Argumentos consequencialistas podem, portanto, determinar o próprio teor da decisão.

Num primeiro olhar, pode-se entender que, como o direito serve à sociedade, nada mais natural e desejável que sejam levadas em conta as consequências da tomada de decisão no mundo empírico. Exercendo um juízo de valor sobre tais impactos serem positivos ou negativos, o juiz decide de modo X ou Y.

No entanto, em sociedades pluralísticas como as atuais, em que não há uma classe dominante e outra dominada; em que as ideias de certo/errado estão razoavelmente esmaecidas; em que o que é bom/ruim, pode variar imensamente segundo o ponto de vista de quem faz essa avaliação, deve-se ter muito cuidado com o uso de argumentos consequencialistas.

Sem as cautelas necessárias, a difusão do estilo consequencialista de fundamentar decisões tem o condão de gerar intensa desuniformidade no direito e, por consequência, comprometer a previsibilidade.

Por outro lado, a realidade da pandemia gerou a judicialização de muitos conflitos e qualquer um na posição do juiz ficaria irresistivelmente tentado, em face das situações difíceis que esta doença criou, a levar esta realidade em conta para decidir.

As reflexões que proponho neste artigo giram em torno, justamente, dos *cuidados* que devem ser tomados no emprego destes argumentos, não só no presente momento histórico, mas sempre.

2. Sobre a segurança jurídica

A segurança jurídica, em meu sentir, é um *valor* encampado por um *princípio* cuja função é *supraordenadora*².

² Tratando separadamente desses sentidos, ou dessas possíveis dimensões da segurança jurídica, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 121 et seq.

Trata-se, a meu ver, de uma ideia inerente, conatural ao próprio direito. De um valor *constitutivo* do direito³.

No Brasil, esse princípio tem assento constitucional (CF/1988, art. 5º). Integra a noção de Estado de Direito e a proteção da dignidade humana, consistindo, sob certo aspecto, numa pressuposição para que os homens possam planejar e controlar seu futuro.

Tem-se dado importância extrema à segurança no mundo de hoje, justamente como reação à profunda insegurança em que vivemos.

Muito se discute a respeito das causas dessa insegurança, e, dentre as principais, está, com certeza, o excesso de informações somado ao “dever” que tem o homem contemporâneo de planejar racionalmente e, de certa forma, *predeterminar* seu futuro. Não há como assimilar toda a informação que está à disposição e, muito menos, gerenciar e organizar os dados para compreender adequadamente o presente e planejar o que há de vir, exercendo, assim, certa dose desejável de controle sobre o futuro. A sensação de impotência é fonte de tremenda insegurança.

Vivemos, por outro lado, em sociedades de grupos. Não há mais uma camada *dominante* e outra *dominada*. Há interesses, e os grupos se formam à volta deles: as instituições financeiras, os consumidores, os industriais, e assim por diante. Interesses que, muito frequentemente, estão contrapostos. Há muitas “verdades”, muitas versões da realidade, muitas noções diferentes do que seja *certo* e *errado*, bom ou ruim.

Esse quadro pode gerar excesso de regramento, leis, decretos, medidas provisórias e, portanto, correlatamente, o perigo de não se saber *exatamente* “o que é o direito”, por qual pauta de conduta deve o jurisdicionado orientar-se. Essa situação se reflete também na instabilidade da jurisprudência. Os exemplos que poderiam aqui ser dados certamente fariam com que este ensaio tivesse não o número de páginas que tem, mas, em vez disso, alguns volumes.

Nesse cenário rapidamente descrito, deve-se acrescentar a tendência das civilizações contemporâneas no sentido de possibilitar que, mais e mais, camadas sociais antes excluídas usufruam de benefícios como hospitais, consumo e, é claro, acesso à Justiça.

Some-se a isso o movimento tentacular exercido pelo direito: *tudo* é disciplinado, regulado, normatizado. Indivíduos podem, de fato, ir à Justiça em vários papéis: marido, consumidor, idoso, contribuinte etc.

Além disso, tem-se a pressão típica da nossa época: tudo deve ser feito muito rapidamente. A necessidade de rapidez diz respeito tanto às leis, quanto às decisões judiciais.

É exatamente esse contexto que revitaliza o estudo da segurança jurídica. Como observa Humberto Ávila⁴, “só se obtém plena consciência do significado de um bem quando se o perde”.

³ Odilon Romano Neto ensina: “Ao se tratar da *proteção da confiança*, destaca-se inicialmente que a confiança, antes de um fenômeno jurídico, é um fenômeno social presente nas relações humanas, qualificando-se como ‘uma sólida esperança em uma pessoa, uma coisa ou um comportamento’, em relação aos quais o sujeito que confia projeta sentimentos de *segurança* e *estabilidade*. A confiança é, portanto, um elemento essencial no convívio social, na medida em que a partir dela se estrutura um ambiente de estabilidade e previsibilidade, dentro do qual indivíduos e empresas podem planejar o futuro e contribuir para o desenvolvimento social e econômico do país. Como anotou Canotilho, ‘o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida’” (ROMANO NETO, Odilon. A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessôa da Silveira (coord.). *A Constituição da República, segundo ministros, juizes, auxiliares e assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 284-285).

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

A segurança jurídica é tema vastíssimo, e, como é evidente, a própria expressão tem vários sentidos e dimensões que, de certo modo, interpenetram-se e se complementam⁵.

A dimensão do princípio da segurança jurídica, que serve de pano de fundo para este ensaio, é a *necessidade de uniformidade e da consequente previsibilidade do direito*.

3. Sobre argumentos consequencialistas

É relevante frisar aqui que argumentos consequencialistas são argumentos *jurídicos*.

A visão pragmática do direito, ao contrário das visões semânticas e sintáticas, se caracteriza justamente por levar em conta a *operatividade* e a *funcionalidade* do ordenamento jurídico, ou seja, sua capacidade de servir adequadamente à sociedade em que se insere. É o direito que gera resultados *socialmente positivos*, que está rente às necessidades do organismo social a que deve servir.

Argumentos consequencialistas harmonizam-se perfeitamente com a visão pragmática do direito, já que supõem um diálogo entre o direito estrito senso, a sociedade e a avaliação dessa relação. Essa relação deve “funcionar bem”.

São aqueles que orientam a tomada de decisão, fazendo com que a opção do órgão decisor recaia sobre aquela solução que gere impacto mais positivo para a sociedade.

Têm estado presentes nas decisões judiciais, por vezes como o único ou principal fundamento delas.

É comum que em decisões judiciais, principalmente em épocas como as que estamos vivendo, se “passe por cima” da lei ordinária, como se esta estivesse sendo interpretada à luz do princípio da dignidade humana, ou de outro princípio qualquer de índole constitucional que seria, por si só, apto a afastar soluções mais conservadoras. Um exemplo caricato seria o de o juiz dispensar o devedor de quitar seu débito apenas porque teria ficado desempregado em função da pandemia.

4. Nossas sociedades

Vivemos em sociedades “inclusivas”, na feliz expressão de Canotilho⁶. Isso quer dizer que há nas sociedades contemporâneas marcada tendência a que sejam incorporadas aos segmentos institucionalizados camadas sociais que em outros tempos viveriam à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização⁷.

⁵ A esse respeito, observa Alexandre Freire: “O princípio da segurança jurídica é, sem dúvida alguma, um dos pilares do Estado de Direito. Visa a garantir estabilidade e tranquilidade nas relações jurídicas, tendo como principal objetivo proteger e preservar as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações e no que diz respeito às ações esperadas de terceiros” (FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 51-82, especialmente, p. 63).

⁶ J. J. Gomes Canotilho. A “principalização” da jurisprudência através da constituição. *RePro* 98/83-89 (volume em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Descrevendo a “sociedade inclusiva” com os olhos voltados para o direito, assevera Arruda Alvim que a ideia contemporânea de utilidade liga-se à concepção segundo a qual o aparato estatal deve abranger um número cada vez maior de jurisdicionados, transmutando-os de jurisdicionados formais para jurisdicionados substanciais (ARRUDA ALVIM. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. item 4, p. 5).

⁷ Sobre as sociedades *inclusivas* diz Hannah Arendt: “A sociedade de massas, contudo – quer algum país em particular tenha atravessado ou não efetivamente todas as etapas nas quais a sociedade se desenvolveu desde o surgimento da época moderna

Essa pode ser considerada uma das características mais marcantes da nossa época. A mobilidade social ocorre concomitantemente com a intensificação do fenômeno da positivação. Essa concomitância produz a dificuldade de se operativizar (= fazer funcionar) um *sistema* de normas escritas e, portanto, de razoável estabilidade em sociedades que, em contrapartida, têm estado em permanente mudança.⁸

Hoje, as sociedades incorporam cada vez mais esses indivíduos e, naturalmente, fica cada vez mais difícil se falar em interesses *da sociedade*,⁹ já que muito comumente há interesses de *grupos* integrantes da *mesma sociedade* que são frequentemente conflitantes e reciprocamente excludentes.

Há uma tendência a que grupos migrem para o que Arruda Alvim chama de *centro de deliberação social*, principalmente nas sociedades dos países em desenvolvimento, o que pode afetar a estrutura dessa sociedade, produzindo quase sempre a “sensação” de que o ordenamento não é “justo”.¹⁰ Naturalmente, nesse movimento, os grupos que antes se encontravam nesses centros de deliberação social vão sendo desalojados, comprometendo valores enquanto elementos mantenedores da institucionalização. Claro está que, num contexto dessa natureza, o direito não poderia senão desempenhar a função de resolver ou neutralizar *tensões*.

Hoje, admite-se considerar que o direito não é um sistema impecável e irrepreensivelmente *lógico*. O que de mais marcante existe no direito é uma série de noções-chaves que desempenham um papel fundamental no que diz respeito à argumentação e à discussão de problemas jurídicos. Esses *topoi* (= noções-chaves) se exteriorizam por meio de *conceitos vagos* que assumem determinados significados *em função dos problemas a serem solucionados*.

Esses *lugares comuns* da argumentação são noções como *interesse público, autonomia da vontade, deve dar-se a cada um o que é seu*. É inútil tentar montar um sistema lógico, hierarquizado e de validade universal com os *topoi* sob pena de eles se verem necessariamente envolvidos em contradições.¹¹

Parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de cada vez mais incluírem-se *conceitos vagos* nos *textos do direito posto*, às vezes integrando até mesmo as *cláusulas gerais*, como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real,

–, sobrevém nitidamente quando ‘a massa da população se incorpora à sociedade’ (...)” (*Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 250).

⁸ Warat diz que em nosso século todos os setores pugnam por participar do poder político. Isso diz respeito talvez de modo especial à classe trabalhadora que tem o firme propósito de alcançar esse desiderato (cf. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973. p. 39).

⁹ Exatamente nesse sentido, Ana Paula de Barcellos diz que “para o estudioso, ou para o cidadão que tenha a pretensão de estar bem informado, parece realmente que não há mais coisa alguma simples no mundo: já não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta singela e direta, já que, com frequência, eles envolvem valores e interesses diversificados e conflitantes. Jornais e revistas passaram a publicar matérias compostas de várias opiniões sobre o mesmo tema, na tentativa de dar conta de sua multiplicidade e atrair leitores de todos os grupos. Nos regimes democráticos, predominantes nas sociedades ocidentais nos últimos cinquenta anos, essa pluralidade recebe espaço institucional de manifestação e desenvolvimento” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 8).

¹⁰ ARRUDA ALVIM. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 1.

¹¹ Como observa Tercio Sampaio Ferraz Junior em seu conciso e lucidíssimo prefácio à tradução da 5. ed. da obra de Viehweg. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979.

assim como é sintomática a necessidade que vem sendo sentida na comunidade jurídica de que os princípios jurídicos integrem os raciocínios de direito.

Esse novo estilo de legislar parece atender melhor às necessidades das novas sociedades. Como se disse, esse movimento de incorporação de novos segmentos torna as sociedades dinâmicas e instáveis, feições estas que não estavam presentes nas sociedades do século XIX.

As sociedades contemporâneas tendem a ser, de certo modo, heterogêneas, no sentido de pluralistas, já que não se identificam claramente um grupo dominante e um grupo dominado, como em outras épocas históricas.¹²

A visão do direito *como algo integralmente separado do contexto real* em que se insere e em que atua concretamente permite que se concebam unicamente soluções que não satisfazem essa nova sociedade. *A negação desse isolamento tem sido um ponto de partida em quase todas as novas teorias que vêm surgindo para ocupar parte (grande parte...) do espaço da dogmática tradicional.*

O instrumental clássico concebido no contexto dessa antiga cosmovisão praticamente se resumia à lógica formal e ao raciocínio dedutivo. Falava-se em silogismo judicial, e o raciocínio jurídico sempre tinha o ponto de partida na norma.¹³

Com o crescimento e o aumento da complexidade das sociedades, o pensamento jurídico tradicional passou a mostrar-se insuficiente, e levou a que o uso da dogmática tradicional viesse em muitos casos a significar “forçar” a realidade a encaixar-se num esquema excessivamente simplificado que efetivamente não a podia comportar.¹⁴

O perfil estático do direito e a ideia de *segurança* como necessidade de *manutenção do status quo* correspondiam às feições estáveis das sociedades.

Hoje, à segurança jurídica ligam-se às ideias de *previsibilidade* ou de *calculabilidade*.

5. Direito posto

Como dissemos antes, o direito não é mais um padrão normativo rígido que se impõe à sociedade. A realidade penetra no direito e influi até mesmo na confecção das próprias normas, na formulação de princípios.

De um lado, por exemplo, existe a regra de que o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o dos sócios que a integram. Por outro lado, em face da realidade de que a pessoa jurídica poderia estar sendo usada como “véu” para encobrir práticas de fraude, não há como fechar os olhos: nasceu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Outro caso interessante é o do abrandamento da regra do *pacta sunt servanda* pela criação da teoria da imprevisão.

¹² ARRUDA ALVIM. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. item 11, p. 14.

¹³ Às vezes se tem a impressão quando se estudam autores mais formalistas de que o *pensamento* se perde num emaranhado de palavras e já não se sabe mais o que é palavra e o que é pensamento. Parece que fica *nublado* o mundo real e a realidade passa a ser *as palavras*. Maria Helena Diniz noticia que houve um penalista chamado Binding que chegou a afirmar que, na verdade, os delinquentes *cumprem as normas penais*, já que matam e, em regra, são punidos com a consequência prevista na lei. A mesma professora observa ser evidente a confusão feita pelo autor entre norma e proposição, elementos cujas “diferenças (...) são gnoseológicas e não de gramaticalismo lógico” (*A ciência jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. item C.1; 1.1, a, p. 85-86).

¹⁴ ARRUDA ALVIM. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. item 2, p. 3.

Princípios como a função social da empresa ou do contrato têm orientado opções interpretativas da lei.

Esses exemplos demonstram como o direito vem-se curvando historicamente à necessidade de enxergar a realidade e discipliná-la, suavizando seus dogmas. Quando a realidade e a teoria entram em choque, não se deve desprezar a realidade, fingindo que não a está vendo, mas alterar a teoria!

Por outro lado, impactos da decisão na vida real há muito tempo são levados em conta por certas decisões em virtude de previsão legal expressa. De fato, por exemplo, o que faz o juiz, ao avaliar o *periculum in mora* se não projetar no futuro as consequências da não concessão da medida pleiteada pela parte imediatamente? O que faz o juiz quando avalia o “dano marginal”? O *periculum in mora* reverso?

As próprias normas jurídicas incorporam muito frequentemente a necessidade de o juiz levar em conta a realidade, muitas vezes projetando os efeitos de sua decisão no futuro. É o que o magistrado faz, por exemplo, quando avalia o “interesse do menor”.

6. Função dos argumentos consequentialistas

Textos de lei, muito frequentemente, comportam mais de uma interpretação. A eleita deve ser dentre a que *melhor responde* às necessidades sociais do momento. A escolha deve acontecer com os olhos na realidade.

No avaliar qual seria a solução que *melhor responde* às necessidades sociais do momento, o juiz deve apropriar-se do *ethos* dominante o quanto possível, distanciando-se da sua visão pessoal sobre o tema.

Tomemos um exemplo:

Existe uma portaria (12/2012) que tem por objetivo responder a necessidades derivadas de *situações extraordinárias*, permitindo ao contribuinte que peça prorrogação do prazo para o pagamento de tributos federais. Essa portaria pode ser tida como não autoaplicável, porque um de seus dispositivos alude à necessidade de uma norma posterior. Entretanto, sua finalidade restaria integralmente frustrada, pois a portaria foi concebida para remediar situações de urgência. Todavia, havendo outro caminho (outro resultado possível de interpretação do mesmo texto), é este o que deve prevalecer. O outro caminho seria, por exemplo, o de se entender que a suspensão do prazo para o pagamento deveria ocorrer **de imediato** e a “norma posterior” poderia dizer respeito a outros aspectos, como, por exemplo, à forma de pagamento do tributo.

Assim, em contextos como o examinado acima, os argumentos consequentialistas desempenham papel “desempataador” entre duas ou mais interpretações possíveis, devendo prevalecer aquela que responde de modo mais eficiente e evidente às necessidades sociais do momento.

Outro dos cuidados que devem ser tomados quando se empregam argumentos consequentialistas é o de que essa projeção dos efeitos futuros da decisão que viria a ser tomada sejam *devidamente demonstrados*, às vezes, até mesmo, por meio de prova pericial.

Resumindo e concluindo, parecem ser então de duas ordens os cuidados que devem ser tomados: (i) não se pode deixar de lado o direito posto e as soluções devem ser obtidas pela via interpretativa, ainda que à luz de projeções dos efeitos da decisão sobre

a sociedade, projeções essas que (ii) não de ser, pelo menos, analiticamente demonstradas e, em certos casos, até mesmo evidenciadas por meio de prova pericial.

7. Os riscos

Sociedades pluralísticas como as do século XXI, como já se observou antes, são bem mais complexas do que as que havia há alguns séculos.

Em vez de uma classe dominante e outra dominada, há vários grupos com diversos interesses que fazem pressão para que tudo ocorra como lhes parece “melhor”.

Assim, e por isso, os conceitos de *bom* ou *ruim* para a sociedade podem ser manipulados de formas diferentes em decisões judiciais diversas. Se, por exemplo, na justiça civil se protege o consumidor, na justiça do trabalho as decisões têm em vista proteger o trabalhador.

Em plena pandemia, há decisões que determinam a extensão da jornada de trabalho dos funcionários de instituições bancárias para proteger o consumidor, lhes atribuindo a função de controlar o uso de máscaras nas filas que se formam fora das agências; há decisões, por outro lado, na justiça trabalhista que determinam o encurtamento da jornada de trabalho dos funcionários das agências bancárias por causa da Covid-19, para sua própria segurança.

De fato, a avaliação sobre ser mais positivo o impacto da decisão X ou Y na sociedade pode variar imensamente, na dependência de quem a faz.

A *falta de uniformidade* e consequente comprometimento da *previsibilidade do direito* mostra o *perigo* de argumentos consequencialistas serem a única base ou a base principal de uma decisão judicial. Isso porque, como dissemos no item 1 deste artigo, decisões judiciais, além de resolverem o conflito que existe entre as partes, no caso concreto, têm carga normativa, i.e., são *precedentes*, são direito.

Portanto, é enganosa a impressão que se tem de que o juiz que decide levando em conta apenas os impactos de sua decisão no mundo empírico estaria “fazendo justiça”. O direito é como uma música, tocada por uma orquestra, com vários instrumentos. Se um deles destoa, compromete o todo, ainda que esteja ele (só eles!) tocando uma bela música.

8. Bibliografia

- ARENDR, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- ARRUDAALVIM. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- ROMANO NETO, Odilon. A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (coord.). *A Constituição da*

República, segundo ministros, juízes, auxiliares e assessores do STF. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 284-285.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. *Language y definición jurídica.* Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, impressão e acabamento
Tikinet

Revisão
Giovana Meneguim | Tikinet

Diagramação
Julia Ahmed | Tikinet

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 75g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados – brochura

Tiragem
525 exemplares

Setembro de 2021