

O Poder Judiciário na Pandemia





PRESIDENTE OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT
VICE-PRESIDENTE MS BRUNO CEZAR DA CUNHA TEIXEIRA
VICE-PRESIDENTE SP ISADORA SEGALLA AFANASIEFF
DIRETORA SECRETÁRIA CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
DIRETOR FINANCEIRO E DO PATRIMÔNIO ALESSANDRO DIAFÉRIA
DIRETOR CULTURAL FABIANO LOPES CARRARO
DIRETORA SOCIAL E DE CONVÊNIOS BÁRBARA DE LIMA ISEPPI
DIRETOR DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS MARCELLE RAGAZONI CARVALHO FERREIRA
DIRETOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL PAULO SÉRGIO DOMINGUES
DIRETOR DE AÇÕES SOCIAIS E CIDADANIA ETIENE COELHO MARTINS
DIRETOR DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS PEDRO LUÍS PIEDADE NOVAES
DIRETOR DE ASSUNTOS JURÍDICOS FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA
DIRETOR DE SAÚDE E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTARES PAULO RICARDO ARENA FILHO
DIRETOR DE DEFESA DE PRERROGATIVAS E ÉTICA MÁRCIO SATALINO MESQUITA

SUPLENTES

MARCO AURELIO DE MELLO CASTRIANI
NINO OLIVEIRA TOLDO

CONSELHO FISCAL

DR. OMAR CHAMON
DR. NILSON MARTINS LOPES JÚNIOR
DR. DÉCIO GABRIEL GIMENEZ
DRA. ROSANA CAMPOS PAGANO

AJUFESP

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DE SÃO PAULO E MATO GROSSO DO SUL

RUA CARLOS COMENALE, 281 - CJ. 32, 3 ANDAR
BELA VISTA - SP - SÃO PAULO - SP - CEP 01332-030
11 - 3266-4484 | 11 - 3266-3303
contato@ajufesp.org.br | <https://ajufesp.org.br/>

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

RENATA MIYABE UEDA

IMAGEM DE CAPA

FREEPIK



EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos a primeira edição da **Revista Ajufesp**.

Nossa Associação completa 25 anos de existência. É a maior Associação Regional de magistrados federais do país e possui uma rica história de lutas pela valorização da magistratura e pela defesa das prerrogativas dos magistrados. Possui, ainda, tradição na realização de eventos culturais e científicos, que têm por escopo a disseminação do conhecimento e a troca de experiências, fundamentais para a capacitação dos magistrados, objetivando uma prestação jurisdicional eficaz, célere e com a qualidade que já é uma marca presente em todo o trabalho da Justiça Federal.

A qualificação dos magistrados federais e a sua estreita relação com a academia são reconhecidas por todos. Com produção científica extensa e de grande profundidade, a magistratura federal colabora de forma intensa com o aperfeiçoamento da doutrina produzida nos bancos acadêmicos das mais renomadas faculdades de nosso país.

É com o foco na disseminação do conhecimento que surge a ideia da publicação da primeira edição da **Revista Ajufesp**. Trata-se de uma publicação voltada à divulgação de temas de interesse geral, sempre com o Judiciário como tema central. A atuação dos juízes, especialmente os federais, em face de uma realidade multifacetada, complexa e em constante evolução, é o cerne das nossas preocupações e reflexões.

Nessa linha, o tema escolhido para essa primeira edição é “O Poder Judiciário em tempos de Pandemia”. A pandemia, como realidade imposta de forma absolutamente inesperada, mudou substancialmente as nossas vidas. Trouxe consigo a necessidade de repensarmos a utilização dos meios tecnológicos em nosso trabalho, o reaproveitamento dos espaços físicos dos Fóruns e causou uma reviravolta nas relações interpessoais de trabalho. Novos paradigmas, como a realização dos atos processuais à distância, revolucionaram o meio jurídico e vieram para ficar.

A revista traz diversos textos de autoria não só de magistrados federais, como também de toda a comunidade jurídica. Esperamos que, com isso, possamos cumprir nosso mister de tornar a **Revista Ajufesp** um veículo plural de divulgação de ideias e de conhecimento científico e acadêmico, tornando-se uma referência no cenário das publicações do gênero.

Abraços a todos e uma ótima leitura!

OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT
PRESIDENTE DA AJUFESP



SUMÁRIO

5

LA COOPERACIÓN DE LOS JUECES
NACIONALES EN LA REALIZACIÓN
DE LA AGENDA ONU 2030
EN TIEMPOS DE PANDEMIA
Guilherme Andrade Lucci

15

CORONAVÍRUS E A CESSAÇÃO DO
CONTRATO DE ARRENDAMENTO
COMERCIAL NO DIREITO PORTUGUÊS
Hannah Gevartosky

27

O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA
DURANTE A PANDEMIA DO
CORONAVÍRUS E O TELETRABALHO
Júlia Teixeira Portolese

39

ORÇAMENTO PÚBLICO E PANDEMIA:
O PAPEL DO STF NA GARANTIA
DA SEGURANÇA JURÍDICA
PARA GASTOS URGENTES
RELACIONADOS À COVID-19
Lucas Felipe Silveira Landim

52

PODER JUDICIÁRIO E O DESVIO DE
RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AO
COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19
NO ÂMBITO MUNICIPAL: CRIMES, ATOS
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA,
COMPETÊNCIA E SANÇÕES APLICÁVEIS
Marcelo Cheli

73

ESTRATÉGIAS E PROPOSTAS
DE JUSTIÇA FEDERAL DE SÃO PAULO
DURANTE A PANDEMIA
Márcio Ferro Catapani

83

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS EM TEMPOS DE PANDEMIA:
CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO INTEGRADAS À
VISÃO SISTÊMICA EM SUAS FORMAS VIRTUAIS
(*ON LINE DISPUTE RESOLUTION -ODR*).
Marcos Antonio Ferreira De Castro

92

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E A ORGANIZAÇÃO DO FEDERALISMO
SANITÁRIO NO CONTEXTO
DA PANDEMIA CORONAVÍRUS
Mário Augusto Silva Araújo

102

A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA
PANDEMIA DA COVID-19: A SOLUÇÃO DE
DEMANDAS DE SAÚDE PELA CONCILIAÇÃO
Paulo Marcos Rodrigues De Almeida

126

REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 709
E A PERSPECTIVA DOS PROCESSOS
ESTRUTURAIS: O PODER JUDICIÁRIO
E O ENIGMA DO ENFRENTAMENTO
DA PANDEMIA DA COVID-19
Thais Carraro Garcia

LA COOPERACIÓN DE LOS JUECES NACIONALES EN LA REALIZACIÓN DE LA AGENDA ONU 2030 EN TIEMPOS DE PANDEMIA

+ R E S U M E N +

La Agenda 2030 de las Naciones Unidas es un acuerdo global que establece compromisos esencialmente con la efectividad y con el respeto de los derechos humanos en el presente y en el futuro cercano. Ella cobra aún más relevancia en estos tiempos de pandemia, en el cual los derechos humanos exigen mayor protección de todos, especialmente del Poder Judicial nacional. En estas breves líneas, se busca demostrar que la cooperación de los jueces nacionales de todos los niveles de jurisdicción es significativa a la atención concreta, por los Estados integrantes de la comunidad internacional y en el marco de sus relaciones domésticas públicas y privadas, de los objetivos trazados por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aún más en este dramático momento histórico.

PALABRAS CLAVE

Poder Judicial nacional. Pandemia. Agenda 2030. Derecho internacional.

GUILHERME ANDRADE LUCCI

JUIZ FEDERAL NA SEÇÃO DE SÃO PAULO.

MESTRE PELA PUC/SP.

DOUTOR EM DIREITO INTERNACIONAL PELA USP.



ÍNDICE

1 AGENDA 2030 DE LAS NACIONES UNIDAS Y PANDEMIA.

2 CUMPLIMIENTO DE LA AGENDA 2030 POR EL PODER JUDICIAL EN LA PANDEMIA.

3 CONCLUSIONES.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.



1 AGENDA 2030 DE LAS NACIONES UNIDAS Y PANDEMIA.

La Agenda 2030, cosida por las manos de los diversos dirigentes mundiales, con el punto esencial de la mediación de las Naciones Unidas, marca un término de refuerzo de ambiciosos y necesarios cambios globales. Estos cambios se darán a través de todos los agentes sociales y de todos los sujetos de derecho internacional, siempre a favor del deseado desarrollo sostenible.

El valioso documento trae compromisos que a una sola vez son programáticos, inmediatos y prontamente aplicables. Evidencia el compromiso general — de personas, de la sociedad civil, de los Estados y de las Organizaciones, éstas internacionales o nacionales, públicas o privadas — con una unión de esfuerzos, con la cooperación mutua, para un futuro pronto más justo, en un mundo más humano, más próspero, más igualitario, más “verde”, más tolerante, más libre y, finalmente, más pacífico. Para eso, la Agenda fija metas cuyo logro demanda acciones inmediatas y permanentes de todos.

La Agenda para el Desarrollo Sostenible, en síntesis, establece 17 objetivos, que abren un alentado camino a todos y por intermedio de cada uno de nosotros hasta el año 2030. Cumple, a todos, dentro de nuestras respectivas posibilidades, habilidades y competencias, preparar condiciones reales para un futuro más prometedor y más pacífico a los pueblos y a las personas, especialmente a aquellas hoy en condiciones socialmente vulnerables.

Este acuerdo global, cuya entrada en vigor se dio el 1 de enero de 2016, propone la realización concreta de los 17 objetivos fijados por él, cada uno compuesto por metas claras y puntuales a ser implementadas en las relaciones públicas y privadas hasta el año 2030. Se establecen compromisos globales asumidos esencialmente con la efectividad y con el respeto de los derechos humanos. En este contexto, la Agenda 2030 cobra aún más relevancia en estos tiempos de pandemia, en el cual los derechos humanos exigen mayor protección de todos, especialmente del Poder Judicial nacional.

Los objetivos de la Agenda 2030 buscan la máxima eficacia jurídica y social de aquellos derechos relacionados con la dignidad de la persona humana, valor vilipendiado en esta dramática cuadratura pandémica. Buscan la efectividad del derecho al desarrollo de las personas y de las sociedades, mediante el prestigio estatal y privado a valores fundamentales como la vida, la salud y la educación. Buscan aún el fin de la pobreza y la erradicación de la hambre, con la igualdad de géneros, con el respeto a las diferencias de género, con la preservación del medio ambiente y de la diversidad biológica, con la adopción de técnicas sostenibles de agricultura, con el acceso a la justicia, entre otros.

El objetivo 16, en particular, se ocupa de la necesidad de la adopción general de acciones tendientes a: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”.



Este objetivo cuenta con especial relevancia al cumplimiento de la Agenda 2030, pues se vuelve esencialmente instrumental a la propia realización de los demás objetivos por ella establecidos. De verdad, es esencialmente a través de las instituciones administrativas y judiciales oficiales, de cada uno de los Estados, que se da la realización doméstica del derecho internacional y de los derechos humanos consagrados. En ese sentido, las metas cometidas a ese objetivo 16 de la Agenda guardan vínculo directo y nutren expectativas reales con la adopción de medidas sustantivas a ser puestas en marcha, aún más en la lucha contra la propagación del covid, por las instituciones oficiales de los Estados y de las Organizaciones. Entre ellas, se evidencian las actividades de los Poderes Judiciales nacionales, o por otros términos por el Poder Judicial nacional de cada uno de los Estados integrantes de las Naciones Unidas, entre ellos por el Poder Judicial brasileño. Este objetivo lleva consigo el legítimo compromiso asumido con la comunidad internacional por los Estados, en especial por la actuación de sus estructuras de justicia, de que pongan fin a las acciones o a las omisiones violadoras de los derechos humanos, en especial violadoras a los derechos a vida y a la salud.

En este contexto, este ensayo se propone justamente a demostrar la importancia de los jueces nacionales brasileños de todos los niveles de jurisdicción en la cooperación para la realización del objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Busca presentar en qué exacta medida y con qué preciso instrumental pueden, incluso deben, los jueces nacionales, en los lindes de sus legítimos poderes y de sus estrictas competencias institucionales, colaborar efectivamente para la realización de ese objetivo en tiempos de pandemia. Se pretende por estas líneas no pretensiosas, por lo demás, trazar en qué grado los Poderes Judiciales domésticos, al colaborar con la realización del objetivo 16, pueden estimular la atención de los demás objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

2 CUMPLIMIENTO DE LA AGENDA 2030 POR EL PODER JUDICIAL EN LA PANDEMIA

La aplicación de los derechos humanos a la vida y a la salud, cuándo cosechados directamente de sus fuentes de derecho internacional — el derecho internacional consuetudinario, convencional o simplemente admitido unilateralmente por el Estado —, no está reservado a los magistrados integrantes de las Cortes Internacionales. También a los magistrados nacionales naturalmente cumple el importante cargo de garantizar y de aplicar tales derechos humanos estandarizados por el derecho internacional, a través de la realización de su actividad típica jurisdiccional doméstica.

Normalmente lo hacen, sin embargo, para el fin de dar cumplimiento a los derechos humanos cuando éstos ya se encuentran vestidos con el ropaje de los derechos fundamentales constitucionales, sobre todo porque *“La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan”* (Poisot, 2010). Lo más importante es que el Poder Judicial nacional garante, por su actuación oficial, que los derechos humanos en cuestión, aún más exigidos en este momento de pandemia, sean efectivamente atendidos - sea por la vía directa, de la invocación del derecho internacional, sea por la vía refleja, a partir de la aplicación de los derechos fundamentales domésticos de mismo contenido material de los derechos humanos. Esta distinción está esencialmente en prestigiar más el derecho interno o más el derecho internacional. Con esta mirada de la actuación conforme al derecho nacional y conforme al derecho internacional, a propósito, la meta 16.10 del objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible prevé el compromiso del Estado de “garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”.



El compromiso de la jurisdicción nacional debe ser el de la cooperación sustancial y directa a la atención de las obligaciones internacionales aceptadas por el respectivo Estado. De hecho, corresponde al Poder Judicial nacional buscar satisfacer las expectativas de la comunidad internacional. Además, le corresponde con mayor relevancia buscar servir a la concreción de los derechos humanos también en el plano interno, en el trato de las relaciones jurídicas y sociales en el ámbito nacional. Sobre este compromiso, versa el valor de número 6 de los Principios de Bangalore (ONU, UNODC, 2002), diploma internacional que establece los parámetros de conducta de los jueces internacionales y de los jueces nacionales de los Estados integrantes de las Naciones Unidas. En particular, el punto 6.4 de estos Principios se dirige a establecer el necesario compromiso de que el juez nacional se mantenga actualizado sobre los asuntos del derecho internacional, incluso de aquellos emanados de compromisos aceptados por *soft law*, relacionados a la aplicación práctica de los derechos humanos en los procesos judiciales en que sea llamado a decidir.

Debe el Poder Judicial nacional prestigiar el derecho internacional ratificado por el Estado respectivo, incluso aquello derivado de las directrices de la Organización Mundial de la Salud – OMS, en orden a darle pronta y directa eficacia en lo que es esencial para la protección de los derechos humanos en este momento de pandemia. La providencia homenaja a la credibilidad del propio compromiso estatal internacionalmente asumido, en la medida en que el Estado pasa a cumplirlo y a exigir su cumplimiento también en el plano de sus relaciones domésticas. No hay coherencia en el Estado asumir en un ámbito internacional cierto compromiso con la efectividad de los derechos humanos, pero en el espacio nacional contradictoriamente negar a esos mismos derechos humanos idéntica efectividad.

El Estado debe, en razón de compromiso internacional y en virtud de los deberes de moralidad pública y de buena fe de sus relaciones (nacionales y internacionales), abstenerse de adoptar comportamientos contradictorios. Es defeso al Estado violar la prohibición del *non concedit venire contra factum proprium*, negándole eficacia a la doctrina de los actos propios y frustrando el máximo alcance del principio de estoppel.

Por el contrario, debe el Estado actuar conforme a esos principios de buena fe, según ya reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH (e.g. en el caso Neira Alegría y otros, 1991) y de acuerdo con lo que ya se ha adoctrinado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (Gómez Robledo, 1981).

También las Cortes nacionales han reconocido la relevancia de la aplicación de esa teoría originariamente civilista de los actos propios en la actuación pública del Estado. En este sentido, Tribunales nacionales como la Corte Suprema de Argentina (e.g. Casos 275: 235, 459, 294: 220, 300: 480, 307: 1602, 312: 1706, 313: 367, entre muchos otros) y el Superior Tribunal de Justicia de Brasil (e.g. AgInt nos Edcl no Agravo em Recurso Especial nº 205.322-CE), entre otros tribunales nacionales, ya fijaron comprensión sobre la plena incidencia de la teoría de los actos propios a cuestiones relacionadas con la reprobación del comportamiento contradictorio adoptado por los Estados, o adoptados por terceros y por los Estados admitidos.

Bajo esta visión orientada al respeto a la buena fe del Estado y a la seguridad jurídica que deben regir las relaciones, corresponde a los magistrados nacionales, al ser llamados a decidir en los procesos de su competencia, atribuir máxima y directa eficacia a las normas de derecho internacional que presten atención a los derechos humanos a la vida y a la salud, especialmente en este momento dramático causado por la pandemia covid-19. Así fundamentando sus decisiones, los jueces nacionales declinan destacada efectividad nacional a los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado respectivo, incluso por el Estado brasileño. El juez nacional, por



lo tanto, cuál agente competente para ejercer uno de los Poderes independientes del Estado, debe garantizar que ese mismo Estado efectivamente cumpla los compromisos internacionales por él asumidos. Debe hacerlo en homenaje a la plena eficacia de los derechos humanos y a la mínima aceptación de comportamientos estatales contradictorios y violadores de esos derechos, aún que por omisión estatal en el no adoptar oportunamente medidas rápidas, serias y preventivas contra la propagación del virus.

En ese contexto, emerge el relevante papel de los Poderes Judiciales nacionales de cooperar para el logro real de los objetivos fijados por las Naciones Unidas a través de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Es importante notar que el derecho internacional y los derechos humanos se realizan de hecho dentro de las fronteras de cada uno de los Estados componentes de la comunidad internacional. La concreción de los compromisos internacionales asumidos depende en gran escala de la postura adoptada por cada Estado en el plano de sus relaciones internas con las personas y organizaciones públicas y privadas que en ellos viven y operan.

El Estado es el garante de los derechos humanos. Si una violación a ellos ocurre dentro de sus fronteras, le corresponde, por sus mecanismos oficiales internos, reparar el hecho específico y garantizar que otros hechos similares no vengan a ocurrir (e.g. caso de la Masacre de Santo Domingo contra Colombia, juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH). Se trata de una providencia que, en última instancia, justifica y confirma la existencia del estado de derecho. Si el Estado no extirpar el foco de violación, él podrá ser llamado a las Cortes Internacionales para responder por su inacción. Esta posibilidad, además, está debidamente anotada en el artículo 2, párrafo 7, de la Carta de las Naciones Unidas y ya ha sido digna de atención de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (Ermacora, 1968).

A consecuencia de este compromiso estatal, deben los jueces nacionales de todos los niveles de jurisdicción asumir un papel destacado en esta actuación intransigente, en nombre del Estado, contra la violación de los derechos humanos, en especial a la vida y a la salud. A ellos les corresponde tomar el proceso como medio adecuado para crear las condiciones jurídicas y materiales que permitan a las partes gozar de sus derechos, atendiendo así al compromiso asumido por los Estados ya en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La actuación del juez nacional, en ese contexto, se inserta en lo que se puede calificar como la adopción de “disposiciones de otras naturalezas” exigida de los Estados en el artículo 2 de la misma Convención Americana.

El objetivo 16 de la Agenda 2030, que prevé la necesidad de promoción de sociedades inclusivas y pacíficas, así como la facilitación del acceso universal a la justicia y la atribución de eficacia a las instituciones públicas, guarda íntegra relación con la actividad primaria de los jueces nacionales. El deber de pacificación social es inherente a la actividad jurisdiccional moderna, que busca la solución material del propio litigio social subyacente entre las partes del proceso. Debe la estructura del Poder Judicial, en el marco del proceso judicial, buscar mediar a las partes para que ellas concilien sus intereses, de modo que ellas mismas encuentren la solución adecuada y posible para aquella crisis específica que las ponen en conflicto.

Así, el objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible debe y puede ser alcanzado por el magistrado nacional, a quien corresponde promover la pacificación social en los casos sujetos a su escrutinio procesal. Así, corresponde al juez nacional, a través de sus decisiones dictadas en los procesos bajo su presidencia, promover la inclusión y la protección de personas o de grupos excluidos o vulnerables – sean esos grupos numéricamente minoritarios o no en relación al número total de población considerada.



Hay temas que merecen mayor protección y plena actuación inclusiva social de los Estados en los ámbitos global y regional, incluso en este momento de pandemia, a través de vacunación prioritaria de ciertos grupos, por ejemplo. En particular, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, se destacan el tema de la igualdad de géneros, el de la violencia contra las mujeres y contra los niños, el de la protección de los derechos indígenas, el respeto a la identidad de género, el de la inmigración y refugiados y el tema del tratamiento concedido a la población carcelaria, especialmente a las detenidas gestantes o con hijos menores. Como efecto de ello, las metas 16.1 y 16.2 del objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible traen la preocupación, respectivamente, de “reducir considerablemente todas las formas de violencia y las tasas de mortalidad conexas en todo el mundo.” y de “poner fin al maltrato, la explotación, la trata, la tortura y todas las formas de violencia contra los niños”.

Las medidas necesarias para el logro de las metas en general, y para la meta 16 en particular, son diarias y permanentes para los agentes del Poder Judicial nacional. Los procesos bajo su presidencia recurrentemente desafían la mirada hacia esas metas y reclaman el descubrimiento judicial de las formas procesal y material más efectivas para alcanzarlas. Así es que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible puede tornarse efectiva también por las manos de los Poderes Judiciales nacionales.

El punto de que debe partir el magistrado nacional en la cooperación efectiva con el desarrollo sostenible de que importa a la Agenda 2030 es el de colocarse como autoridad pública nacional competente para ello y de darse cuenta de que ejerce un poder estatal relevante al cumplimiento de esos objetivos internacionalmente establecidos. Debe el magistrado nacional de todos los niveles atentarse para la circunstancia de que él, en esa condición de agente de poder estatal, tiene que corregir el rumbo desvirtuado de la acción o de la inacción ejecutiva estatal, cuando se divorcian de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. El juez nacional debe ambicionar la atención también en el plano doméstico de los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado con la realización de los derechos humanos, entre ellos los objetivos de la Agenda 2030. Esa asunción de uno de los papeles de protagonismo de la corrección de la acción o de la inacción estatal desviada permite al magistrado llamar a los comportamientos domésticos públicos o privados al debido realineamiento con los derechos humanos y con los pactos internacionales aceptados, evitando con ello incluso el riesgo de responsabilización internacional del Estado (e.g. CIDH, Caso Ximenes Lopez vs. Brasil, 2006).

El punto siguiente a la cooperación del juez nacional en la efectividad de los compromisos internacionales asumidos por el Estado respectivo pasa por la técnica de hermenéutica para su decisión. En la interpretación de los hechos y de las normas jurídicas aplicables a cada caso bajo su juicio, el juez nacional debe presumir las normas jurídicas más favorables a la protección de los derechos humanos y buscar interpretar los hechos bajo el prisma no de la justicia retributiva, sino de la justicia distributiva (e.g. CIDH, Caso Garibaldi contra Brasil, voto razonado del Juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, 2009), guiándose por la necesidad de pacificación e inclusión social de las partes, con políticas públicas atentas a prevenir la propagación del virus covid-19. Su exégesis debe prestar especial atención a la inclusión social, en particular de aquellas personas y de aquellos grupos más vulnerables ya mencionados en este ensayo. En ese sentido milita la meta de número 16.7 del objetivo 16 de la Agenda: “Garantizar la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades a todos los niveles”.

Esta idea de actuación jurisdiccional doméstica de protección efectiva a los derechos humanos en nivel nacional guarda vínculo directo con el objetivo de ampliar el desarrollo sostenible a nivel



nacional y también indirectamente a nivel internacional. En este último plano, la actuación estatal interna conforme a los derechos humanos refuerza la confianza de sus interlocutores internacionales. En el marco de la Convención Americana, esa actuación jurisdiccional doméstica aún atendía a su artículo 2, que impone el compromiso del Estado de adoptar medidas legislativas o de otras naturalezas (incluso jurisdiccionales) en la atención de los derechos en ella consagrados. La actuación firme y correctiva del Poder Judicial nacional en cuanto a los rumbos de la postura interna ilegítima de las personas o del propio Estado refuerza el estado de derecho y garantiza el primado del acceso sustancial y universal a la justicia y a los mecanismos estatales de protección a la vida y a la salud. A propósito, la meta del número 16.3 del objetivo 16 de la Agenda 2030 establece la necesidad de “Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”.

A propósito del principio del acceso a la justicia, el alcance cuidado por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es el del acceso sustancial, material. Los Poderes Judiciales nacionales y toda la estructura judicial nacional deben actuar para que el acceso material a la justicia sea siempre la meta a ser alcanzada. En el acceso material debe estar comprendida la actuación judicial independiente, distributiva, imparcial, simplificada, humana, en un plazo razonable y garantizadora de los derechos. En síntesis, la actuación jurisdiccional doméstica debe observar y prestigiar concretamente los preceptos contenidos en el artículo 8 y siguientes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Estas premisas están fijadas en diversos juicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (e.g. Caso Garibaldi vs. Brasil, 2009).

Como último punto de estas breves líneas sobre la posibilidad efectiva de cooperación del juez nacional con la realización del objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en tiempos de pandemia, cabe señalar la necesidad de una amplia aplicación del control difuso de convencionalidad en el plano de la jurisdicción nacional. Se trata de control jurisdiccional sobre la validez de actos y de leyes nacionales en confrontación con compromisos internacionales aceptados por el Estado. El ejercicio de ese control por los diversos Estados permite que las Cortes internacionales coordinen actividad relevante de aumento de la unificación del derecho internacional y de reducción de su fragmentación. Esta grave tarea se ve dificultada por no existir en el plano internacional, a diferencia de aquello que ocurre en el plano nacional, una autoridad central única de que emanan las normas jurídicas y ejecuciones obligatorias de compromisos internacionales.

Las Cortes superiores de los Estados, de manera general, han dado algún cumplimiento a la obligación, la que corresponde a los magistrados nacionales de todos los niveles, de ejercer el control de convencionalidad. En la ocasión, sobre ese control no se trata de mera facultad, sino de obligación internacional, la CIDH ya se pronunció (e.g. Caso Mendoza y otros vs. Argentina, 2013). Sin embargo, hay campo fértil para el avance de la realización del control de convencionalidad en el plano de la jurisdicción interna, especialmente por los jueces de grados inferiores de jurisdicción.

Este control debe aplicarse a menudo, incluso de oficio, por los jueces nacionales de todos los niveles de jurisdicción (e.g. CIDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, 2014). A los jueces cabe también identificar eventual incumplimiento, por otra autoridad pública – y esto es realmente importante con respecto a las omisiones en la política estatal de salud en tiempos de pandemia –, incluso aquellas autoridades del Legislativo y del Ejecutivo, de la obligación de realizar el control de convencionalidad en el desencaje de sus respectivas competencias administrativas, ya que ese control debe ser hecho por toda autoridad pública (e.g. CIDH, en el caso de Rochac Hernández



y otros contra El Salvador, 2014). El control de convencionalidad difuso a ser realizado por todos los jueces nacionales debe darse a partir de la amplia relación de documentos internacionales como parámetros de respeto a los derechos humanos, no restringiéndose a los tratados internacionales (e.g. CIDH, Caso Gudiel Álvarez y - en el marco de la OEA, a partir de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana (e.g. CIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, 2014).

En fin, las posibilidades de actuación del juez nacional en la cooperación a la realización del derecho internacional en espacio doméstico son amplias y relevantes. El objetivo 16 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de promoción de sociedades pacíficas e inclusivas, puede ser buscado sustancialmente por los jueces nacionales. A estos les cabe garantizar la presencia efectiva del Estado en la solución de aquella crisis social bajo su juicio. Debe hacerlo garantizando el pleno acceso material a la justicia, a través de su actuación eficaz, responsable e inclusiva, especialmente atenta a la precariedad de las condiciones de vida de grupos y de personas socialmente vulnerables.

3 CONCLUSIONES

Se buscó, aunque por breves líneas, demostrar que la cooperación de los jueces nacionales de todos los niveles de jurisdicción es significativa a la atención concreta, por los Estados integrantes de la comunidad internacional y en el marco de sus relaciones domésticas públicas y privadas, de los objetivos trazados por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aún más en estos dramáticos momentos de pandemia.

Esos agentes públicos poseedores de parcela relevante del poder estatal deben tener siempre en mente el compromiso asumido por el Estado respectivo con el respeto a los derechos humanos, sobre todo a la vida y a la salud, y con la promoción de sociedades pacíficas para el desarrollo sostenible. En sus manos está la posibilidad de garantizar la efectividad de los derechos humanos y de invocar los compromisos internacionales como fuente primaria de derecho, incluso mediante la utilización de la técnica del control de convencionalidad difusa y de oficio.

La institución de la justicia nacional es un mecanismo que debe actuar con eficiencia, transparencia y responsabilidad en la actividad socialmente inclusiva de las personas y de los grupos vulnerables, bajo más grande riesgo de contagio por covid-19. En el ámbito de los Estados Americanos, más allá, son dignos de especial atención del juez nacional en el combate a la propagación de lo virus, los temas relacionados con la igualdad de géneros, el cuidado con los niños (ONU, Convención sobre el Derecho de los niños, 1989), el cuidado con la población carcelaria (ONU, Reglas Nelson Mandela, 2015), especialmente las gestantes y madres de niños (ONU, Reglas de Bangkok, 2011), y la identidad de género (ONU, Principios de Yogyakarta, 2006).

Es evidente que la reflexión propuesta es merecedora de debates permanentes, los cuales podrán estimular el descubrimiento de medios cada vez más efectivos a la concreción de las necesidades mundiales urgentes pandémicas en lo que respecta a los derechos humanos a la vida y a la salud, sintetizadas por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Sin embargo, más que debates sobre sus términos, la Agenda 2030 requiere de los jueces nacionales en verdad la pronta realización de sus objetivos. Este es su anhelo.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Casos: 275:235, 459; 294:220; 300:480; 307:1602; 312:1706; 313:367. <http://www.csjn.gov.ar/> Acceso en 12/05/2017.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos Edcl no Agravo em Recurso Especial n.º 205.322-CE. <http://www.stj.jus.br> Acceso en 12/05/2017.
- Ermacora, Felix. Human rights and domestic jurisdiction (article 2, § 7, of the Charter). Haia: *Recueil des Cours* 124, 1968.
- Gómez Robledo, A. Le ius cogens internationale: sa genèse, sa nature, ses fonctions. Haia: *Recueil des Cours* 172, 1981.
- OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. <http://www.corteidh.or.cr/> Acceso en 11/05/2017.
- OEA. CIDH. Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, párr. 142.
- OEA. CIDH. Caso Garibaldi vs. Brasil, juzgado de 23 de setembro de 2009.
- OEA. CIDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012.
- OEA. CIDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151
- OEA. CIDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013
- OEA. CIDH. Caso Neira Alegria y otros, Sentença de Exceções Preliminares de 11 de dezembro de 1991, Serie C N° 13, parágrafo 29.
- OEA. CIDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- OEA. CIDH. Caso Ximenes Lopes versus Brasil, 2006.
- OEA. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014.
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/index.html> Acceso en 11/05/2017
- ONU. ACDH. Principios de Yogyakarta, 2006. <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>
- ONU. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/la-agenda-de-desarrollo-sostenible/>
- ONU. Convención sobre los derechos del niño, 1989. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> Acceso en 05/05/2017
- ONU. UNODC. Principios de Bangalore. http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf
- ONU. UNODC. Las reglas de Bangkok, 2011. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf
- ONU. UNODC. Las reglas Nelson Mandela, 2015. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ebook.pdf
- Poisot, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Voto en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010.

CORONAVÍRUS E A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO COMERCIAL NO DIREITO PORTUGUÊS



HANNAH GEVARTOSKY

DOUTORANDA EM CIÊNCIAS JURÍDICAS –
PROCESSUAIS PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.

MESTRE EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
PELA FACULDADE DE DIREITO DA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

GRADUADA EM DIREITO PELA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

+ R E S U M O +

Objetiva-se, no presente estudo, analisar quais as medidas podem ser adotadas, tanto pelo senhorio quanto pelo arrendatário, em relação ao seu contrato de locação levando-se em conta o cenário de pandemia e as normas que regem a extinção dos contratos de arrendamento urbano para fins comerciais no direito português.

PALAVRAS-CHAVE

Contratos duradouros; contratos de arrendamento urbano para fins comerciais; COVID-19; decreto governamental; direito português.



INTRODUÇÃO

A importância do estudo a respeito do regramento dos contratos duradouros, especialmente os contratos de arrendamento comerciais, deve-se ao fato de que os mesmos correspondem a uma porcentagem significativa dos contratos celebrados quotidianamente, os quais têm sido afetados pela pandemia do coronavírus (COVID-19).

A situação pandêmica exigiu dos Estados a adoção de medidas céleres e extraordinárias, a fim de conter e mitigar a propagação do COVID-19. Tais medidas implicam em sérias restrições ao modo de vida atual, como limitação de circulação de pessoas, a decretação da quarentena e fechamento de fronteiras, fechamento e/ou redução significativa da possibilidade de frequência de escolas e universidades, teletrabalho e fechamento e/ou restrição do número de pessoas em estabelecimentos comerciais com a suspensão de diversas atividades empresariais, dentre outras¹.

Referidas medidas têm impacto direto em diversos negócios, especialmente nos estabelecimentos abertos ao público destinados a atividades de comércio e de prestação de serviços, bem como os estabelecimentos de restauração e similares², considerados não essenciais pelo governo, os quais tiveram seu faturamento severamente reduzido ou interrompido e, conseqüentemente, a sua sobrevivência ameaçada nesta crise de prazo incerto.

Assim, levando-se em conta o cenário atual e as normas que regem a extinção dos contratos de arrendamento urbano para fins comerciais no direito português, objetiva-se, no presente estudo, analisar quais as medidas podem ser adotadas tanto pelo senhorio quanto pelo arrendatário em relação ao seu contrato³.

¹ As medidas adotadas pelo governo português podem ser consultadas em <<https://dre.pt/legislacao-covid-19-por-areas-tematicas>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

² Importante reforçar que a análise do presente artigo se restringirá aos contratos referentes aos estabelecimentos abertos ao público destinados a atividades de comércio a retalho e de prestação de serviços, que foram suspensas no âmbito do estado de emergência ou por determinação legislativa ou administrativa, incluindo os casos em que tenha sido mantida a prestação de serviços à distância ou através de plataforma eletrônica; bem como aos estabelecimentos de restauração e similares, mesmo que mantenham a atividade apenas para consumo fora do estabelecimento ou entrega ao domicílio (nos termos dos arts. 7º e 8º do Decreto n. 2-A/2020, de 20 de março).

³ Importante frisar que os contratos e normas que serão analisados no presente trabalho excluem os contratos de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, uma vez que tais contratos são regidos por normas específicas, as quais não serão objeto de análise neste estudo.



MODOS DE CESSAÇÃO DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO URBANO PARA FINS NÃO HABITACIONAIS

O que caracteriza os contratos denominados duradouros⁴ é justamente a sua vocação para perdurar no tempo⁵, de modo que sua duração ou prazo de vigência pode ser tanto por tempo indeterminado quanto por prazo determinado⁶, desde que este se destaque por sua permanência no tempo⁷.

A duração desses tipos contratuais com o prolongado contato entre as partes e o provável desenvolvimento de uma relação de confiança⁸ impacta diretamente nas normas aplicáveis na sua execução e, especialmente, na sua extinção, sendo necessário observar-se, dentre outros, os princípios da boa-fé, da proibição do vínculo perpétuo e da autonomia da vontade contratual⁹.

Os contratos de arrendamento urbano, seja para fins habitacionais seja para fins não habitacionais, são considerados contratos duradouros¹⁰ que a lei apresenta uma particular tendência em defender a estabilidade da relação¹¹ no interesse do arrendatário¹², limitando as possibilidades de a contraparte extinguir o contrato¹³.

⁴ No direito português não existe um regime geral de regramento dos contratos duradouros com legislação própria ou mesmo capítulo específico no Código Civil, mas tão somente normas dispersas e pontuais. (Nesse sentido, v. COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Cessação dos contratos duradouros: regime específico e contrato de agência*, p. 4. Disponível em <file:///E:/Coimbra/2o%20semestre/Contratos%20duradouros/Ag%C3%A2nciaFPC.pdf>.) As normas específicas referem-se a contratos duradouros típicos e, por destinarem-se a reger tipos contratuais particulares, possuem certas especificidades, de modo que devem ser estudados individualmente, não chegando a formar uma teoria ou regra geral. De fato, os contratos típicos são aqueles que possuem regime jurídico próprio, ou seja, dispõe de legislação específica ou capítulo específico no Código Civil, de modo que seu regramento e estrutura é previamente determinado pelo legislador. Assim, ao celebrar-se contratos típicos, há a necessidade de observância do referido regramento jurídico particular.

⁵ Conforme ensina Pedro Romano Martinez, os contratos com prestações permanentes ou duradouras são contratos cuja execução se prolonga no tempo, de modo continuado ou reiterado. V MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessão do contrato*. 2.ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 230.

⁶ Nesse sentido, v. COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Cessação dos contratos duradouros: regime específico e contrato de agência*, p. 2. Disponível em <file:///E:/Coimbra/2o%20semestre/Contratos%20duradouros/Ag%C3%A2nciaFPC.pdf>.

⁷ Acerca da ligação entre o período temporal e o contrato duradouro, v. MAGALHÃES, David. *Nótula sobre a justa causa de resolução do contrato de arrendamento urbano*, in “Julgar” (Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses), nº 5, maio-agosto 2008, p. 29.

⁸ A permanência temporal dos contratos duradouros propicia um mais prolongado e intenso contato pessoal entre as partes que poderão desenvolver uma dependência relativamente ao comportamento negocial da outra em termos de preservação de bens jurídicos de que são titulares e prossecução dos seus interesses, o que origina a necessidade de observância de determinados deveres de conduta derivados do princípio da boa-fé. V. MAGALHÃES, David. *Nótula sobre a justa causa de resolução do contrato de arrendamento urbano*, in “Julgar” (Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses), nº 5, maio-agosto 2008, pp. 30-31.

⁹ Dentre as regras gerais de direito que balizam comportamentos das partes, pode-se mencionar a boa-fé (art. 762 nº2 do CC e arts. 6º e 12º da LCA), proibição do abuso de direito (art. 334º do CC) e culpa na formação dos contratos (art. 227º nº1 do CC.), além de cláusulas contratuais gerais (DL 446/85) e as regras de defesa da concorrência (L 18/2003 de 11 de junho).

¹⁰ Sobre a natureza duradoura do contrato de arrendamento urbano, v. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Arrendamento urbano*. 9.ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 48.

¹¹ “A relação contratual de locação apresenta certos limites no que respeita à sua extinção motivados por uma proteção do locatário, em especial dos arrendatários urbano e rural.” MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada*. 2.ª edição. 7ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 217.

¹² De fato, nos contratos de trabalho e de arrendamento verifica-se um interesse social tão elevado que justifica-se a imposição de limitações à regra da livre denúncia. A este respeito, V. MONTEIRO, António Pinto. *Direito Comercial: contrato de distribuição comercial: relatório*. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 135.

¹³ V. MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada*. 2.ª edição. 7ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 217 e COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Arrendamento Direito Substantivo e Processual*, Lições ao curso do 5º de Ciências Jurídicas no ano lectivo de 1988-1989, Coimbra, 1988, pp. 146-147. Disponível em <https://cije.up.pt/client/files/0000000001/pereira-coelho-arrendamento_545.pdf>.



Em outros termos, as modalidades de cessação dos contratos¹⁴ de arrendamento, quais sejam o acordo entre as partes, a caducidade, a oposição à renovação, a denúncia e a resolução (art. 1079 do CC) apresentam alguns requisitos específicos previstos em normas imperativas (art. 1080 do CC).

De fato, os contratos de arrendamentos para fins não habitacionais¹⁵ são disciplinados pelos artigos 1108 e ss do CC e, conforme a estipulação legal, as partes poderão determinar o conteúdo do contrato, designadamente em matéria de prazo de vigência, regime de denúncia e de oposição à renovação, sendo que na ausência de estipulação convencional devem ser aplicadas as regras previstas para o arrendamento para habitação (art. 1110, n.1 do CC).

Isto posto, tendo em vista a peculiaridade das modalidades de cessação dos referidos contratos, e como base para adentrar especificamente nas medidas que poderão ser adotadas tanto pelo senhorio quanto pelo arrendatário a fim de responder às exigências postas pela situação de pandemia, serão analisadas a seguir as formas de extinção¹⁶ do contrato de arrendamento para fins comerciais¹⁷ admitidas pelo direito comum.

1. OS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO URBANO PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COMERCIAL E A LEGISLAÇÃO CIVIL PORTUGUESA

No dia 18 de março de 2020 foi decretado o estado de emergência em Portugal¹⁸, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março¹⁹.

Após a declaração do estado de emergência, o governo português adotou uma série de medidas excepcionais e temporárias²⁰ para mitigar o risco de contágio e a propagação da pandemia do COVID-19.

Dentre essas medidas restou determinado o fechamento dos estabelecimentos comerciais abertos ao público a partir da meia noite do dia 22 de março de 2020²¹, com exceção dos estabelecimentos que prestam serviços essenciais (art. 7 e 8 do Decreto n. 2-A/2020, de 20 de março²²).

¹⁴ Com exceção das especificidades de certos regimes de alguns contratos duradouros típicos, pode-se dizer que os contratos duradouros se extinguem, em geral, através da caducidade, do mútuo acordo; da denúncia ou da resolução contratual. Apesar de não haver um regime geral de regramento dos contratos duradouros, a doutrina entende que as regras da cessação do contrato de agência poderiam ser adotadas como orientação geral aplicáveis aos contratos duradouros. Nesse sentido, v. MONTEIRO, António Pinto. *Direito Comercial: contrato de distribuição comercial: relatório*. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 130 e COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Cessação dos contratos duradouros: regime específico e contrato de agência*, nota de rodapé 2. Disponível em < file:///E:/Coimbra/2o%20semestre/Contratos%20duradouros/Ag%C3%A2nciaFPC.pdf >.

¹⁵ O que inclui comércio, indústria e exercício de profissões liberais.

¹⁶ Antes de mais nada, importante esclarecer que os modos de cessação da relação contratual duradoura, em virtude de gerarem a extinção do vínculo contratual, constituem exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, na medida em que admite o rompimento daquilo que foi acordado sem que haja qualquer vício na formulação do negócio. A respeito do tema, ver MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessão do contrato*. 2.ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 229-230.

¹⁷ Relevante mencionar que além da caducidade, denúncia e resolução, algumas modalidades de contratos tipicamente duradouros possuem formas específicas de cessação, as quais estão adequadas aos interesses das partes aos quais estão destinados a proteger. Assim sendo, além do contrato de arrendamento, pode-se apontar o contrato de sociedade e o contrato de trabalho que estabelecem outras formas de extinção, tais como a oposição à renovação, a exoneração e a exclusão do sócio e o despedimento por fato imputável e por fato não imputável ao trabalhador, respectivamente.

¹⁸ O estado de emergência cessou os seus efeitos às 23:59 h do dia 2 de maio. Atualmente, Portugal se encontra sob a situação de calamidade, a qual foi declarada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 3-A/2020, de 30 de abril. A qual pode ser consultada em: < <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/132883344/details/maximized> >. Acesso em 15 de maio de 2020.

¹⁹ V. <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/130399862/details/maximized>.

²⁰ Não há prazo certo de vigência das medidas, as quais permanecem em vigor enquanto durar a situação.

²¹ O plano gradual de levantamento das medidas, com a reabertura do comércio e restauração pode ser consultado em: <<https://dre.pt/application/conteudo/132883346>>. Acerca das restrições de acesso a estabelecimentos, consultar Decreto-Lei n.º 10-A/2020, art. 12.

²² O Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril revogou o Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, mas as medidas de



A referida medida governamental decretada em nome da saúde pública, ainda que já se tenha estabelecido um plano gradual de reabertura do comércio e restauração e retorno de algumas atividades, teve impacto direto nos rendimentos dos estabelecimentos comerciais e, consequentemente, reflexo nos contratos de arrendamento comerciais.

Em razão da imprevisibilidade e excepcionalidade da situação foram editadas normas especiais para regular os mais diversos assuntos, dentre eles as questões atinentes aos contratos de arrendamento comerciais.

O presente tópico visa analisar quais as ações poderiam ser tomadas tanto pelo senhorio quanto pelo arrendatário a respeito do seu contrato de arrendamento comercial numa situação de pandemia caso não houvessem sido editadas leis extraordinária para regular o assunto, ou seja, quais seriam as medidas cabíveis de acordo com direito comum e também quais as medidas ainda podem ser baseadas nas regras do Código Civil, pois ausente legislação excepcional.

Conforme admitido pelo direito privado, as partes têm a liberdade de estabelecer cláusulas atinentes a casos em que se admite a modificação e/ou extinção do contrato prevendo pressupostos, efeitos e condições para a sua aplicação.

Assim, é importante verificar, antes de tudo, se o contrato de arrendamento comercial contém cláusula específica, nomeadamente uma cláusula para acontecimentos que impeçam a fruição do imóvel ou que estipule os direitos e obrigações das partes em caso de ocorrência de uma situação extraordinária como a pandemia do COVID-19.

Não havendo cláusula que regule a situação, é necessário recorrer a lei, começando pelas normas especiais do Código Civil e a legislação extravagante aplicáveis aos contratos de arrendamento e em seguida pelas normas gerais do Código Civil.

Com base na legislação ordinária, perpassando as formas de extinção dos contratos de arrendamento para fins não habitacionais, percebe-se a possibilidade de as partes, através de mútuo acordo, colocar fim ao contrato.

Para tanto, como visto, é necessário que todas as partes estejam de acordo com o encerramento do vínculo obrigacional.

Ocorre que o senhorio e /ou o arrendatário podem não concordar com essa solução, de modo que há a necessidade de verificar as demais modalidades de cessação passíveis de serem exercidas pelas partes. Observa-se que a caducidade é uma modalidade extintiva plenamente aplicável, porém não é de grande valia se o contrato não estiver chegando ao seu termo e se o mesmo não previr cláusula excluindo a renovação automática.

Por sua vez, caso o prazo do contrato esteja por encerrar-se, mas não exclua a renovação automática, poder-se-ia cogitar o exercício da oposição à renovação, porém, deve-se observar a exigência legal de decurso de 5 anos para o exercício da faculdade de oposição à renovação do contrato de arrendamento comercial pelo senhorio. Além disso, a comunicação deve ser realizada com prazo mínimo de antecedência previsto no art. 1097 do CC²³, caso outro prazo não tenha sido estipulado pelas partes.

fechamento de estabelecimentos e os efeitos sobre contratos de arrendamento de foram mantidas. V. arts. 9,10 e 12 do Decreto n.º 2-B/2020.

²³ Os prazos legais são: (i) 240 dias, se o prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis anos; (ii) 120 dias, se a duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a um ano, mas inferior a seis; (iii) 60 dias, se a duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis meses e inferior a um ano; e (iv) um terço do prazo de duração do contrato ou da sua renovação, caso o contrato tenha duração inferior a seis meses, prazos esses reportados ao termo do prazo inicial do contrato ou das suas renovações.



O exercício da oposição à renovação pelo arrendatário também deverá aguardar a aproximação do vencimento do prazo contratual e observar a antecedência mínima prevista no art. 1098, ns. 1 e 2 do CC²⁴, se outra não tiver sido acordada entre as partes.

A respeito das regras relativas à denúncia do contrato pelo senhorio, além das hipóteses passíveis de serem estipuladas de comum acordo pelas partes, resta estabelecido que o senhorio apenas pode denunciar o contrato nas hipóteses b) e c) previstas no art. art. 1101 do CC (art.1110-A do CC), ou seja, para demolição ou realização de obras ou respeitado o prazo de antecedência de 5 anos.

Tendo em vista a necessidade de expressa previsão contratual de outras hipóteses, caso não haja referida cláusula, as hipóteses de denúncia do contrato de arrendamento comercial pelo senhorio determinadas pela lei civil, por sua especificidade, apresentam-se bastante limitadas.

No tocante à denúncia pelo arrendatário, a mesma pode ser efetuada *ad nutum*, porém a lei, a fim de evitar rompimentos bruscos, estabelece prazos de aviso prévio a serem respeitados, de modo que a denúncia é admitida quando, nos contratos por prazo certo, houve o decurso de um terço do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação, exigindo-se que o prazo de comunicação ao senhorio respeite a antecedência mínima de 120 dias do termo pretendido do contrato, no caso de o prazo do contrato ser igual ou superior a um ano; ou de 60 dias do termo pretendido do contrato, se o prazo deste for inferior a um ano (art. art. 1098, n. 3 do CC).

No caso de contrato de arrendamento por prazo indeterminado, a denúncia pelo arrendatário pode ser realizada após o decurso de 1 ano do início do contrato (art. 1110, n. 2 do CC).

Em ambos os casos, na eventualidade de inobservância dos prazos previstos em lei, a denúncia ainda opera seus efeitos, porém o arrendatário poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos que venham a ocorrer em razão da cessação do vínculo contratual.

Assim sendo, considerando o respeito aos prazos previstos em lei, quer parecer que os mesmos se apresentam demasiado alongados para serem observados durante um estado de crise, não se adequando às necessidades do senhorio ou do arrendatário.

Por isso, resta analisar os casos em que seria admissível a resolução do contrato de arrendamento comercial.

Nos termos do art. 1083 do CC, é inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento em caso de mora igual ou superior a três meses no pagamento da renda, encargos ou despesas que corram por conta do arrendatário ou no caso de o arrendatário se constituir em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses.

Pois bem, considerando as dificuldades econômicas em que se encontram os estabelecimentos comerciais em razão do fechamento de lojas, restaurantes, discotecas, dentre outros, verifica-se uma grande probabilidade de que as rendas, enquanto durar a pandemia e até a normalização da vida social, sofram atraso, de modo que, segundo as regras contidas no Código Civil, em princípio, a resolução por parte do senhorio em razão de falta de pagamento poderia ser uma das medidas passíveis de serem tomadas nesta situação, caso outra não fosse a solução dada pela legislação excepcional.

²⁴ A lei estabelece os seguintes prazos: (i) 120 dias, se a duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis anos; (ii) 90 dias, se a duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a um ano, mas inferior a seis anos; (iii) 60 dias, se a duração inicial do contrato ou da sua renovação for igual ou superior a seis meses e inferior a um ano; e (iv) um terço do prazo de duração inicial do contrato ou da sua renovação, se o contrato tiver sido celebrado por prazo inferior a 6 meses, prazos esses reportados ao termo do prazo inicial do contrato ou das suas renovações.



Ademais, poder-se-ia verificar alguma das causas de resolução previstas no n. 2 do art. 1083 do CC, porém, como visto, a cessação com base nesses fundamentos exige o ajuizamento de ação judicial (art. 1084, n. 1 do CC, e art. 14, n. 1, da Lei n.º 6/2006).

No que concerne às hipóteses de resolução pelo arrendatário, ter-se-ia, segundo a previsão do n. 5 do art. 1083 do CC, a possibilidade de cessação pela não realização pelo senhorio de obras que a este caibam, quando tal omissão comprometa a habitabilidade do locado e, em geral, a aptidão deste para o uso previsto no contrato.

Além disso, poder-se-ia alegar o incumprimento do contrato pelo senhorio, em razão do inadimplemento do seu dever legal de garantir o gozo do imóvel (art. 1031, n. 2 do CC)²⁵, uma vez que, com a determinação governamental, os estabelecimentos comerciais foram fechados.

Não obstante alguns juristas tenham levantado essa hipótese, importante destacar a dificuldade de defender tal posição, uma vez que o senhorio cumpriu inicialmente com suas obrigações legais²⁶, procedeu à entrega do imóvel e garantiu inicialmente o seu gozo²⁷, de modo que o não cumprimento superveniente (impossibilidade de gozo do imóvel) não pode ser imputado a ato voluntário do senhorio (ou seja, não se trata de incumprimento culposos), sendo necessário portanto, perquirir se o contrato possui cláusula que regule tal situação e se a mesma seria aplicável na situação da atual pandemia.

Por fim, também poderia falar-se em resolução, seja pelo senhorio seja pelo arrendatário, por alteração das circunstâncias, uma vez que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar parece se verificar no caso do COVID-19²⁸.

²⁵ “[...] ao senhorio é atribuída no art. 1031 b) uma obrigação de conteúdo positivo de assegurar o gozo da coisa ao arrendatário, diferentemente do que sucede no comodato em que, atenta a natureza gratuita do contrato [...]. No entanto, o facto de ser uma obrigação de conteúdo positivo não implica naturalmente que o senhorio esteja continuamente a assegurar o gozo da coisa ao arrendatário, uma vez que, tendo a coisa lhe sido entregue, e estando ele consequentemente na sua posse, torna-se desnecessária qualquer intervenção do senhorio para assegurar esse gozo, bastando normalmente a sua abstenção em praticar actos que o impeçam ou diminuam (cfr. art. 1037, n. 1), a não ser em casos excepcionais, como na hipótese de haver necessidade de fazer reparações na coisa locada (cfr. Art. 1036). A lei é, aliás, expressa no sentido de que o senhorio não tem obrigação de assegurar o gozo da coisa contra actos de terceiro (art. 1037, n. 1, in fine), cabendo antes ao arrendatário o uso das ações possessórias para a sua tutela (art. 1037, n. 2).” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Arrendamento urbano*. 9.ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2019, p. 40.

²⁶ “A obrigação de entrega da coisa locada está associada com o dever de assegurar o gozo da coisa (art. 1031, alínea b) CC). Destas obrigações que impendem sobre o locador advêm, em especial, três deveres principais. Primeiro, sobre o locador recai o dever de entregar o bem sem vícios de direito nem defeitos que obstem à realização cabal do fim a que a coisa se destina. {...} Segundo, o locador deverá abster-se de actos que impeçam ou diminuam o gozo da coisa. Terceiro, o locador está adstrito a realizar as reparações necessárias e pagar as despesas imprescindíveis à boa conservação da coisa. [...] não há responsabilidade do locador quando a perturbação do gozo seja feita por terceiro, sem qualquer direito sobre a coisa (art. 1037, no 1 in fine CC), bem como se for motivado por caso fortuito ou de força maior.” Assim, “Na pendência do contrato, o locador não pode obstar a que o locatário goze a coisa, mas não tem a obrigação de assegurar esse gozo contra actos de terceiro.” MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada*. 2.ª edição. 7ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 187-190.

²⁷ Mesquita considera que “o locador, após a entrega da coisa ao locatário, apenas fica obrigado a não impedir ou perturbar o exercício do direito de gozo que a este pertence e, quando se torne necessário (esporadicamente, portanto), a praticar actos de conservação da coisa indispensáveis a que ela possa continuar a servir para o fim ou fins a que está afectada.” MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 135.

²⁸ A Organização Mundial de Saúde declarou, no dia 30 de janeiro de 2020, estado de emergência de saúde pública de âmbito internacional e, no dia 11 de março de 2020, classificou a doença COVID-19 como uma pandemia, de modo que entende-se que, em Portugal, a imprevisibilidade das circunstâncias se verifica, com certeza, nos contratos celebrados até dezembro de 2019. Para contratos posteriores a dezembro de 2019 e até final de janeiro de 2020, parece manter-se a imprevisibilidade da escalada da pandemia, mas tal pode ser contestada a depender do objeto do contrato e das partes envolvidas, sendo certo que para os contratos de arrendamento comerciais em Portugal parece que pode-se considerar imprevisível. Porém, após 11 de março de 2020, com a qualificação do COVID-19 como uma pandemia internacional, não



De fato, verifica-se que os contratos de arrendamento comercial cuja finalidade consista no funcionamento de estabelecimento têm como pressuposto fundamental servir clientes e a situação fática, bem como as determinações governamentais conduziram à impossibilidade legal de desempenho da função econômica do contrato, o que corresponde a uma frustração dos pressupostos em que as partes fundaram a decisão de contratar.

Nestes casos, salvo se o contrato de arrendamento contiver uma cláusula que afaste a relevância da “alteração das circunstâncias”, ou cláusula *rebus sic stantibus*, a depender da época em que foi celebrado, quer parecer que a situação é imprevisível e que seus efeitos não fazem parte dos riscos normais do negócio, ou riscos próprios do contrato, de acordo com os usos e costumes do comércio.

Portanto, o arrendatário poderia, desde que não esteja “em mora no momento em que a alteração das circunstâncias de verificou” (art. 438 do CC), com fundamento no art. 437 do CC, salvo cláusula contratual em contrário, notificar o senhorio da resolução ou intenção de modificação equitativa do contrato²⁹.

A respeito da modificação, há ainda uma norma específica no regime da locação que prevê expressamente a possibilidade de redução da renda.

De fato, o art. 1040 do CC dispõe que “*Se, por motivo não atinente à sua pessoa ou à dos seus familiares, o locatário sofrer privação ou diminuição do gozo da coisa locada, haverá lugar a uma redução da renda ou aluguer proporcional ao tempo da privação ou diminuição e à extensão desta [...]*” e “[...] *se a privação ou diminuição não for imputável ao locador nem aos seus familiares, a redução só terá lugar no caso de uma ou outra exceder um sexto da duração do contrato*”³⁰.

Ocorre que a aplicação da referida norma, conforme a letra da lei, requer que a diminuição ou privação do gozo da coisa locada exceda um sexto da duração do contrato, o que significa que no atual cenário a redução da renda ao abrigo da referida norma não valeria para todas as situações.

Além disso, o emprego desta norma encontra algumas dificuldades em termos de interpretação e aplicação, nomeadamente quanto a calcular o mencionado prazo quando estejam em causa contratos de duração indeterminada.

Conquanto nem toda modificação para redução da renda possa se basear diretamente no art. 1040 do CC pelas dificuldades acima explicitadas, entende-se que, caso não houvessem sido editadas normas excepcionais a respeito, a modificação segundo juízos de equidade seria admissível nos termos dos do art. 437 do CC³¹.

Ademais, tendo em vista que a alteração das circunstâncias deve ser imprevisível, haveria a necessidade de se analisar o grau de previsibilidade da situação no período em que a relação jurídica foi formada.

Não obstante todo o exposto, conforme já adiantado, apesar de o regramento previsto no Código Civil ser, a priori, o regime aplicável, a observância de muitas das disposições legais foi afastada com a edição de normas excepcionais para reger situações específicas.

se verifica mais o requisito autorizador da resolução por alteração das circunstâncias.

²⁹ O conceito de equidade significa que a modificação da obrigação de pagamento de renda deve sofrer as alterações proporcionais à afetação do benefício econômico que o contrato se destina a garantir ao arrendatário.

³⁰ “*Em princípio, a lei admite, no art. 1040 CC, que durante a vigência do contrato a renda ou aluguer venha a ser reduzido. [...] assim, se o gozo retirado daquele bem não corresponder ao valor da renda ou aluguer, permite-se que haja a diminuição desta prestação*”. MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada*. 2.ª edição. 7ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 196.

³¹ Segundo Martinez, “*No fundo, pode dizer-se que o art. 1040 CC corresponde a uma aplicação limitada – mormente por ser unilateral – do instituto da alteração das circunstâncias (arts. 437 ss CC)*.” MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada*. 2.ª edição. 7ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 196.



Referida legislação excepcional e temporária prevê regras completamente diferentes das constantes na legislação civil ordinária, de modo que afastam a incidência do direito comum nas situações que regulam.

Em razão disto, passamos a analisar a legislação extraordinária editada acerca dos contratos de arrendamento urbano comercial.

2. REGIME EXCEPCIONAL E ESPECÍFICO DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO URBANO EM RESPOSTA À SITUAÇÃO EPIDEMIOLÓGICA PROVOCADA PELO CORONAVÍRUS

A Lei 1-A/2020, de 19 de março, em seu art. 8º modificado pelo art. 2 da Lei 4-A/2020, de 6 de abril³², determina que até à cessação das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento do COVID-19 fica suspensa a caducidade dos contratos de arrendamento habitacionais e não habitacionais, salvo se o arrendatário não se opuser à cessação; bem como a produção de efeitos da revogação e da oposição à renovação de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio³³.

Referida disposição produz efeitos desde o dia 13 de março³⁴, ou seja, a partir desta data, mesmo que tenha sido realizada qualquer oposição à renovação ou revogação pelo senhorio, as mesmas ficam com seus efeitos suspensos. Deste modo, ainda que o senhorio opte por opor-se à renovação e ou solicitar a revogação do contrato, apesar de poder fazê-lo após o dia 13 de março, os efeitos da medida ficarão suspensos.

Não obstante, a oposição à renovação ou revogação realizadas antes do dia 13 de março, por não estarem abarcadas pelas disposições da lei excepcional devem ser regidas pelo direito comum, de modo que produzem efeitos para os casos em que a cessação opera-se com a simples recepção da comunicação. Já nos casos em que a lei exige o ajuizamento de ação judicial, nestes casos o referido processo seria suspenso por força do disposto no art. 7, n.10 da Lei 1-A/2020, de 19 de março, interpretado de acordo com o disposto no art. 5 da Lei 4-A/2020, de 6 de abril.

Ademais, para fazer frente às perdas suportadas pelos comerciantes e arrendatários, restou determinado que a falta de pagamento das rendas que se vençam nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês subsequente não pode ser invocada como fundamento de resolução, denúncia³⁵ ou outra forma de extinção de contratos pelo senhorio³⁶, nem como

³² Artigo 2.º - Alteração à Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março - Os artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, passam a ter a seguinte redação:

[...] Artigo 8.º - [...] Durante a vigência das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade de saúde pública e até 60 dias após a cessação de tais medidas nos termos do n.º 2 do artigo 7.º da presente lei, ficam suspensos: a) ...; b) A caducidade dos contratos de arrendamento habitacionais e não habitacionais, salvo se o arrendatário não se opuser à cessação; c) A produção de efeitos da revogação, da oposição à renovação de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio; d) O prazo indicado no artigo 1053.º do Código Civil, se o término desse prazo ocorrer durante o período de tempo em que vigorarem as referidas medidas; [...].

³³ Pertinente apontar que a lei não faz menção ao instituto da denúncia. Não obstante, o art. 9, n.1 da Lei 4-C/2020, de 6 de abril dispõe que a falta de pagamento das rendas não pode ser invocada como fundamento da denúncia, de modo que o seu exercício também restou limitado pela legislação excepcional.

³⁴ Lei 4-A/2020 - Artigo 6.º - Produção de efeitos - 1 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a presente lei produz efeitos à data de produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

³⁵ Interessante apontar que a legislação assinala, atecnicamente, a impossibilidade de denúncia do contrato por ausência de pagamento das rendas, apesar de, como visto, tal causa ser fundamento para resolução e não denúncia do contrato.

³⁶ Relevante mencionar que a legislação não menciona prazo ou dever de informação do arrendatário ao senhorio acerca do diferimento do pagamento da renda. Não obstante, assim como ocorre com a comunicação da denúncia e resolução, e também por analogia às regras estabelecidas para o arrendamento habitacional no mesmo diploma legal



fundamento de obrigação de desocupação de imóveis (art. 9, n.1 da Lei 4-C/2020, de 6 de abril³⁷). Em suma, o incumprimento pelo arrendatário do pagamento das rendas que se vençam a partir do dia 1 de abril de 2020 (art. 14, Lei 4-C/2020) não pode constituir causa para a extinção do contrato pelo senhorio, sendo dispensada, inclusive, o pagamento da indenização prevista no art. 1041 do CC ou outras penalidades (arts. 9, n. 2 e 12, Lei 4-C/2020).

Importante esclarecer que a lei apenas adiou o pagamento das rendas³⁸ do período para os 12 meses que se sucederem ao primeiro mês do término do estado de emergência, as quais devem ser pagas conjuntamente com as rendas do mês a que disserem respeito num valor mínimo mensal de duodécimos do valor total, sob pena de, não o fazendo, o senhorio poder terminar o contrato (art. 8, Lei 4-C/2020³⁹).

Por sua vez, relevante apontar que a lei não faz menção ao período anterior a 1 de abril de 2020, de modo que, caso eventual extinção do contrato pelo senhorio seja baseada em incumprimento anterior ao mês de abril, quer parecer que nestes casos será aplicável a lei civil⁴⁰.

Impende, ainda, questionar se a suspensão do pagamento das rendas implicaria na impossibilidade de aplicação do art. 1040 do CC, o qual estabelece possibilidades de redução da renda.

Quer nos parecer que não, desde que os requisitos exigidos no art. 1040 do CC restem preenchidos e que o arrendatário não opte pelo diferimento das rendas. Caso o arrendatário faça uso da faculdade de adiamento do pagamento das rendas prevista na legislação excepcional não há como o senhorio exigir a aplicação do quanto disposto no art. 1040 do CC.

As possibilidades efetivas de cessação do contrato são, portanto, (i) o acordo entre as partes; (ii) a caducidade, no caso de haver cláusula excluindo a renovação automática e não oposição do arrendatário e (iii) a existência de previsão contratual específica de situações que se encaixariam nas circunstâncias da atual crise e autorizariam a extinção do contrato.

Por fim, resta admitida ainda a cessação do contrato por iniciativa única e exclusiva do arrendatário, devendo este realizar, a partir da data da cessação, o pagamento imediato das rendas vencidas e não pagas, nos termos da Lei 4-C/2020 (art. 13 da Lei 4-C/2020).

(Lei 4-C/2020, de 6 de abril), levando-se em conta que o direito comum faz menção à aplicação supletiva das normas dos contratos de arrendamento habitacional (art. 1110, n. 1 do CC), entende-se que os arrendatários que se vejam impossibilitados do pagamento da renda devem informar o senhorio, por escrito, com antecedência razoável, em cumprimento ao princípio da boa-fé.

³⁷ Artigo 9.º - Cessação do contrato ou outras penalidades 1 - A falta de pagamento das rendas que se vençam nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês subsequente, nos termos do artigo anterior, não pode ser invocada como fundamento de resolução, denúncia ou outra forma de extinção de contratos, nem como fundamento de obrigação de desocupação de imóveis.

³⁸ A este respeito, cumpre salientar que, apesar de a medida governamental ser necessária e fundamental para reger o período de emergência, a mesma não oferece solução ao período posterior, uma vez que, após um mês de cessação do estado de emergência, as rendas em atraso ainda terão que ser pagas pelo empresário que teve a sua receita zerada ou drasticamente reduzida durante o encerramento do comércio. Neste caso, em ausência de edição de novas normas excepcionais pelo governo, aplicar-se-ão as regras dos contratos de arrendamento consagradas no Código Civil.

³⁹ Artigo 8.º - Diferimento de rendas de contratos de arrendamento não habitacionais – “O arrendatário que preencha o disposto no artigo anterior pode diferir o pagamento das rendas vencidas nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês subsequente, para os 12 meses posteriores ao término desse período, em prestações mensais não inferiores a um duodécimo do montante total, pagas juntamente com a renda do mês em causa.”

⁴⁰ Não obstante, na hipótese de o caso ser levado ao tribunal, o processo ficará suspenso nos termos da Lei 1-A/2020, de 19 de março.



CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Os contratos de arrendamento comerciais foram e ainda estão sendo amplamente afetados pela pandemia do coronavírus (COVID-19), o que suscita o questionamento de quais ações podem ser tomadas tanto pelo senhorio quanto pelo arrendatário a respeito do seu contrato duradouro.

A resposta para tal inquirição comporta a análise do direito comum e da legislação extraordinária editada para regular temporariamente o assunto, ou seja, há a necessidade de se verificar o momento de exercício das modalidades de cessação, de forma a averiguar quais medidas devem observar as regras do Código Civil e quais estarão submetidas às normas da legislação excepcional.

A partir do dia 13 de março a oposição à renovação ou revogação pelo senhorio ficam com seus efeitos suspensos, produzindo efeitos somente se exercidas antes da referida data e nos casos em que a cessação opera-se com a simples recepção da comunicação, uma vez que, nos casos em que a lei exige o ajuizamento de ação judicial, o processo ficará suspenso por força da legislação extravagante.

Ademais, o não pagamento das rendas que se vençam a partir do dia 1 de abril de 2020 não pode constituir causa para a extinção do contrato pelo senhorio.

Não obstante, caso eventual extinção do contrato pelo senhorio seja baseada em incumprimento anterior ao mês de abril, nestes casos será aplicável a lei civil, devendo-se observar os requisitos do artigo 1083 do CC.

Além disso, admite-se a redução da renda prevista no art. 1040 do CC desde que as condições restem preenchidas e que o arrendatário não opte pelo diferimento permitido pela Lei 4-C/2020, de 6 de abril.

No mais, a cessação do contrato de arrendamento comercial pode se dar: (i) por acordo entre as partes; (ii) pela caducidade, no caso de existir cláusula excluindo a renovação automática e não haver oposição do arrendatário; e (iii) pela existência de previsão contratual específica de situações que se encaixariam nas circunstâncias da atual crise e autorizariam a extinção do contrato.

Por fim, resta admitida ainda a cessação do contrato por iniciativa do arrendatário, devendo este realizar, a partir da data da cessação, o pagamento imediato das rendas vencidas e não pagas.

Contudo, relevante lembrar que a excepcionalidade da situação recomenda bom senso, de modo que, com base na boa-fé e na equidade, orienta-se a renegociação extrajudicial e modificação dos termos contratuais para a busca, se possível, de reequilíbrio econômico financeiro para a manutenção do vínculo contratual duradouro.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Arrendamento Direito Substantivo e Processual*, Lições ao curso do 5º de Ciências Jurídicas no ano lectivo de 1988-1989, Coimbra, 1988. Disponível em <https://cije.up.pt/client/files/0000000001/pereira-coelho-arrendamento_545.pdf> Acesso em 30 de março de 2020.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. *Cessação dos contratos duradouros: regime específico e contrato de agência*.

HENRIQUES, Paulo Alberto Videira. *A desvinculação unilateral ad nutum nos contratos civis de sociedade e de mandato*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Arrendamento urbano*. 9.ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2019.

MAGALHÃES, David. *Nótula sobre a justa causa de resolução do contrato de arrendamento urbano*, in “Julgar” (Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses), nº 5, maio-agosto 2008, pp. 29 e ss.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada*. 2.ª edição. 7ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessão do contrato*, 2.ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

MESQUITA, Manuel Henrique. *Anotação ao Acórdão do STJ de 5 de março de 1996*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 130, n.º 3875/2876, pp. 45 e ss.

MESQUITA, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003

MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de Agência: anotação ao Decreto-Lei nº 176/86, de 3 de julho*, 8ª ed. atualizada, Coimbra: Editora Almedina, 2017.

MONTEIRO, António Pinto. *Direito Comercial: contrato de distribuição comercial: relatório*. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

VALENTE, Edgar Alexandre Martins. *Arrendamento Urbano- Comentário às Alterações Legislativas Introduzidas ao Regime Vigente*, Coimbra, Edições Almedina, 2019.

O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E O TELETRABALHO

JÚLIA TEIXEIRA PORTOLESE
DOUTORANDA EM DIREITO CONSTITUCIONAL
PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE SÃO PAULO.
MESTRA EM DIREITO CONSTITUCIONAL
PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE SÃO PAULO.
ESPECIALISTA EM DIREITO CONTRATUAL
PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE SÃO PAULO.
ADVOGADA.
PROFESSORA ASSISTENTE EM DIREITO
CONSTITUCIONAL PELA PONTIFÍCIA
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO.

+ R E S U M O +

Este artigo trata a respeito do funcionamento do Poder Judiciário diante da crise de emergência da saúde pública provocada pelo Coronavírus e, como um recurso necessário para combater este problema, enfatiza-se o teletrabalho. Analisaremos a trajetória da regulamentação do teletrabalho no Setor Judiciário Federal e como foi impactada pelo COVID-19. Para tanto, verificaremos dados e será apresentado um estudo descritivo das resoluções que disciplinam o teletrabalho integral e compulsório aos juízes, servidores e demais funcionários a partir de metas e ações adotadas pelos Tribunais. Os resultados sugerem que os desafios da realização do teletrabalho neste período contribuirão para a análise e aperfeiçoamento de normas, metas e políticas públicas em teletrabalho no Poder Judiciário e a compreensão e prevenção dos impactos à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE

Poder judiciário; Segurança jurídica; Coronavírus; Medidas de produtividade; Teletrabalho.



INTRODUÇÃO

A Justiça brasileira trouxe relevantes modificações em seu funcionamento oriundas da pandemia do Coronavírus. O Poder Judiciário permanece em funcionamento, mas alterou o modo de atendimento à população e a contagem de prazos referentes aos processos em andamento. A justiça adequou-se ao momento da presente crise brasileira para o funcionamento do país, de maneira que, esta não pode parar.

Para tanto, no presente artigo abordaremos as regulamentações recentes sobre as atividades do sistema Judiciário em relação ao funcionamento dos órgãos, processos e respectivas regras para a promoção da segurança jurídica mínima do Estado nesse período de pandemia que o Brasil enfrenta, bem como os impactos das medidas, procedimentos adotados na apresentação de soluções imediatas e dados que mensuram a produtividade do Supremo Tribunal Federal neste período de pandemia do COVID-19.

Por fim, é atribuído enfoque e estudo mais detalhado sobre o regime de teletrabalho enquanto uma das medidas adotadas pelo sistema Judiciário rápida e eficiente para realização e continuidade de funcionamento de serviço essencial à sociedade prestado pelo Estado durante esta fase de calamidade pública pela qual passa o Brasil e o restante do mundo. No entanto, neste artigo apenas será abordado o cenário brasileiro.

1 O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

O funcionamento da Justiça é regulado pelo Conselho Nacional de Justiça, entidade responsável por monitorar e aperfeiçoar as atividades do Poder Judiciário para trazer transparência aos processos e assegurar a efetividade da atividade e uniformidade entre seus órgãos. Com a finalidade de lidar com os efeitos do Coronavírus nas atividades processuais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 318 de 2020 que estabelece as novidades sobre o funcionamento da Justiça comum.

Os processos físicos terão os prazos suspensos até o dia 31 de maio; os processos virtuais não sofrem alteração, uma vez que, não exigem movimentação física entre as partes; Estados em *lockdown* dispõem que os prazos processuais nos feitos que tramitem em meios eletrônico e físico permanecem automaticamente pelo tempo que perdurarem as restrições suspensos. Enquanto o funcionamento da Justiça estiver sob regime especial, as audiências e sessões de julgamentos continuam, mas são realizadas por videoconferência; o horário de funcionamento da Justiça é idêntico ao do expediente forense; o atendimento presencial fica suspenso e deve ser realizado por meios tecnológicos; a convocação ou convite às partes até cinco dias úteis para sessões e audiências; e as medidas de urgência como liminares e antecipação de tutela devem ter suas matérias examinadas e analisadas com prioridade pelos magistrados.



O Congresso Nacional editou a Lei 13979 de 2020 com regras de transição para enfrentar a calamidade como o isolamento, a quarentena, realização compulsória de exames, testes e a restrição, excepcional e temporária, de entradas e saídas do país e a locomoção interestadual e intermunicipal, está acrescentada pela Medida Provisória 926 de 2020 editada pelo Poder Executivo.

Rotinas foram reajustadas em meio às incertezas como consequência das medidas preventivas necessárias decretadas no que tange aos setores da indústria, do comércio e dos serviços, desaceleração da atividade econômica e redução ou perda do emprego e renda com o crescimento dos casos de vulnerabilidade social. Nesse sentido, o Ministério da Economia aponta que foram requeridos mais de novecentos e sessenta mil pedidos de seguro-desemprego no mês de maio de 2020, número 53% superior ao mesmo período de 2019.

As consequências geradas pela pandemia acarretaram a elevação dos litígios no Brasil, haja vista que, no Supremo Tribunal Federal foram apontados, de março a julho, três mil, seiscentos e sessenta e três processos referentes à pandemia de acordo com o Painel de Ações COVID-19 que monitora a judicialização do tema. Os números demonstram que com a pandemia a sociedade brasileira passou a demandar mais definições e segurança jurídica. Nesse contexto, a relevância do sistema de Justiça foi redimensionada. O Poder Judiciário com a participação das instituições da Justiça como advocacias pública e privada, Ministério Público e Defensoria Pública, têm pacificado os conflitos provenientes da emergência sanitária e assegurado o mínimo de previsibilidade, confiança e estabilidade. O que se pretende é promover a segurança jurídica essencial para superar a epidemia e resguardar a saúde e vida das pessoas, seus empregos e a capacidade produtiva do Brasil.

No Brasil, a segurança jurídica é promovida predominantemente pelo Supremo Tribunal Federal que modera os conflitos democráticos e federativos, decide temas de importância nacional e estabelece diretrizes de interpretação para os três Poderes da República em todas as esferas federativas. A atuação da Suprema Corte estabiliza a ordem política, social e promove os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana. O Poder Judiciário do país está em funcionamento. Em meio à pandemia, o STF continua a julgar processos desde março quando a Corte decretou as primeiras medidas de prevenção ao contágio pelo Coronavírus até julho, de modo que, julgou seis mil, novecentos e vinte e sete processos colegiadamente, sendo mil, oitocentos e um no Plenário, dois mil, oitocentos e trinta e quatro na 1ª Turma e dois mil, duzentos e oitenta na 2ª Turma.

Os Ministros, juízes auxiliares, servidores e colaboradores da Corte deram prosseguimento às atividades do tribunal e cumpriram a prestação jurisdicional pela Suprema Corte do Brasil com o suporte de ferramentas digitais, da tecnologia da informação e a realização de trabalhos à distância. Os julgamentos virtuais que existem desde 2007 foram ampliados e abrangem os processos da competência da Corte respeitadas as competências das turmas ou do Plenário. Esse sistema possibilita a alteração de votos proferidos e que os ministros destaquem processos para julgamento presencial.

As sessões semanais de julgamento das Turmas, nas terças-feiras e do Plenário às quartas e quintas-feiras seguiram por meio de videoconferências. No primeiro semestre de 2020 foram julgados nas sessões plenárias por videoconferência cinquenta e seis processos dos quais vinte e oito versavam sobre a pandemia do Coronavírus. Priorizou-se o julgamento de questões referentes ao tema consoante o Painel de Ações COVID-19 que indica a Corte ter proferido três mil, oitocentos e cinco decisões sobre esse tema (dados de 08/07/2020).¹

¹ TOFFOLI, José Antonio Dias. Poder Judiciário e segurança jurídica em tempos de pandemia. Revista Consultor



Ainda, perante a crise de pandemia foram julgadas outras questões relevantes à segurança jurídica e à previsibilidade de maneira que, em 2020 até o mês de julho, o Tribunal julgou cinquenta e cinco repercussões gerais, sendo doze em sessões presenciais e quarenta e três em sessões virtuais, um aumento de 500% em relação ao mesmo período de 2019 quando foram julgados onze processos. No que pertine às ações de controle concentrado (ADI, ADC, ADPF, ADO), o Plenário julgou duzentos e sessenta e sete processos, sendo cinquenta e dois em sessões presenciais ou por videoconferência e duzentos e quinze em sessões virtuais, um aumento de 468% em relação ao mesmo período de 2019 (cinquenta e sete processos).²

Em situação de calamidade, o Supremo Tribunal Federal encerrou o primeiro semestre de 2020 com vinte e nove mil, duzentos e oitenta e cinco processos em tramitação³ e propiciou por meio de julgamentos que reafirmam a imprescindibilidade da proteção da saúde, da vida e outros direitos fundamentais para tutelas a atividade produtiva do país, os empregos e a renda dos brasileiros. Por meio dessas decisões as medidas adotadas no enfrentamento à pandemia compatíveis com a Constituição puderam coibir determinados excessos.

A atuação do Poder Judiciário ao lado das instituições essenciais à Justiça é imprescindível para suavizar os impactos sociais e econômicos de uma crise de saúde sem precedentes na história. Os magistrados espalhados pelo Brasil têm atuado na garantia de direitos básicos dos indivíduos. O Poder Judiciário que atua com independência indica uma democracia, a qual resguarda os direitos e as liberdades fundamentais, possam ser acionadas em favor do cidadão. O Estado Democrático de Direito é a Justiça que faz valer as leis e a Constituição e a consolidação alcançada pelas instituições judiciais consubstancia uma conquista e deve ser defendida. Não pode haver retrocessos e por isso segue-se com a defesa do Poder Judiciário e, assim, proteger a democracia brasileira.

O recente normal da justiça brasileira traz impactos permanentes no Poder Judiciário e respectivos procedimentos, haja vista que, passados mais de dois meses desde o início das medidas de contenção da pandemia causada pelo Coronavírus no território nacional têm reflexos atuais sobre o Poder Judiciário brasileiro e, por conseguinte, isto repercute na prática da advocacia. O distanciamento social imposto pelas autoridades produziu efeitos no funcionamento da atividade jurisdicional como os atendimentos presenciais limitados, processos paralisados, prazos suspensos, audiências e sessões de julgamento canceladas, providências cartoriais atrasadas entre outras.

A despeito do Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais terem reagido ao promulgar atos infr legais, a fim de minimizar tais impactos como as Resoluções 313, 314 e 318 do CNJ, as mudanças no Poder Judiciário brasileiro após o Coronavírus trouxeram novas práticas que foram implantadas e ampliadas como o trabalho remoto de magistrados e serventuários, audiências e sessões de julgamento transmitidas virtualmente em tempo real, ampliação da digitalização de autos físicos e outras. Determinadas mudanças, embora reversíveis, alteram a cultura e o costume dos juizes, advogados, defensores, membros do Ministério Público e serventuários, podendo vir a tornarem-se permanentes.

Jurídico, agosto de 2020 [citado em 19 de março de 2021]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/poder-judiciario-seguranca-juridica-tempos-pandemia>>.

² TOFFOLI, José Antonio Dias. Poder Judiciário e segurança jurídica em tempos de pandemia. Revista Consultor Jurídico, agosto de 2020 [citado em 19 de março de 2021]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/poder-judiciario-seguranca-juridica-tempos-pandemia>>.

³ TOFFOLI, José Antonio Dias. Poder Judiciário e segurança jurídica em tempos de pandemia. Revista Consultor Jurídico, agosto de 2020 [citado em 19 de março de 2021]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/poder-judiciario-seguranca-juridica-tempos-pandemia>>.



Piero Calamandrei afirma

a importância prática do costume judiciário vai além dos limites das teorias sobre a interpretação da lei, ainda que daquelas mais arrojadas. Em realidade, o que plasma o processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica, não é a lei processual, mas o costume de quem a põe em prática.⁴

Os reflexos atuais da pandemia sobre o Judiciário e seus riscos, principalmente no âmbito do processo civil consiste em identificar em que medida esta será transformada permanentemente. Determinadas mudanças ora vigentes consistem no trabalho remoto dos serventuários da Justiça conforme artigos 2º e 6º da Resolução 313 de 2020 do CNJ; os processos materializados em autos físicos não poderem tramitar enquanto vigerem as medidas de isolamento social, o que repercute na prática da advocacia em relação aos procedimentos no Poder Judiciário; nos processos eletrônicos em que o peticionamento, proferimento de decisões e atos cartoriais podem ser feitos à distância os tribunais devem fornecer equipamentos adequados aos seus servidores e advogados nos termos do artigo 198 do Código de Processo Civil.

Ainda, O CNJ recomendou que em detrimento da pandemia, os tribunais realizem a digitalização de autos físicos conforme disposto no artigo 6º, §4º da Resolução 313 de 202; despachos telepresenciais com magistrados consoante artigo 3º da Resolução 313 de 2020 do CNJ em que os Advogados têm o direito de ser recebidos pelos juízes independentemente de agendamento conforme artigo 7º, VIII da Lei 8906 de 1994; sessões de julgamento virtuais fechadas, dispensando-se consulta prévia às partes; sessões de julgamento virtuais públicas para os casos que não poderiam ser julgados em sessões virtuais não públicas tribunais como o STF e o STJ passaram a realizar após a pandemia sessões virtuais públicas transmitidas ao vivo. Aos advogados são consentidos os proferimentos de sustentações orais pela via remota.

Também, audiências de conciliação virtuais consoante o artigo 6º da Resolução 314 de 2020 do CNJ, existente no CPC consiste na previsão de realização telepresencial das audiências de conciliação no artigo 334, §7º; audiências de instrução virtuais que existia no CPC norma geral, a qual autoriza a videoconferência para qualquer ato segundo artigo 236, §3º e disposições sobre coleta virtual de provas orais nos artigos 385, §3º; 453, §1º; e 461, §2º.⁵

A Resolução 313 do CNJ, editada em 2020, tem a finalidade de assegurar a manutenção das funções jurisdicionais durante o período excepcional da pandemia do COVID-19 ao estabelecer regras padronizadas para o Poder Judiciário, nas esferas da Justiça Comum Estadual, Justiça Comum Federal, Justiça do Trabalho e Superior Tribunal de Justiça. Essas medidas não se aplicam ao Supremo Tribunal Federal e à Justiça Eleitoral, cujos funcionamentos são definidos por ato normativo específico de cada órgão. O objetivo desta Resolução é garantir o acesso à justiça e a preservação de direito durante a epidemia do COVID-19, além de prevenir seu contágio em razão de aglomerações conforme as orientações da Organização Mundial da Saúde.

A Resolução regulamentou a adoção do regime de plantão extraordinário pelos tribunais abrangidos e definiu regras gerais a serem aplicadas como a suspensão de prazos processuais até 30 de abril de 2020, sendo garantida a prática de atos processuais de natureza urgentes e necessários

⁴ CALAMANDREI, Piero. Processo e democracia, Padova: Cedam, 1954. p. 35.

⁵ SICA, Vitor Mendonça. Coronavírus e Poder Judiciário: impactos permanentes da pandemia. 2020 [citado em 19 de março de 2021]. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/coronavirus-poder-judiciario/>>.



à preservação de direitos; a suspensão do atendimento presencial, passando-se ao atendimento remoto pelos meios tecnológicos correio eletrônico e telefone, sendo responsabilidade de cada tribunal definir a forma adotada, divulgando-a amplamente para conhecimento público.

Ainda, assegurar a manutenção dos serviços essenciais como distribuição de processos judiciais e administrativos com prioridade de urgência; serviços destinados à publicação de atos judiciais e administrativos; serviços de pagamento, segurança, comunicação, tecnologia da informação, saúde e outros. Dessa maneira, embora tenha sido determinado a suspensão dos prazos judiciais e do atendimento presencial, o Poder Judiciário permanece em atividade, sendo possível realizar a distribuição de novas demandas, o protocolo de pedidos e as movimentações processuais que forem de interesse das partes e terceiros. Também, os tribunais continuarão a publicar decisões e atos administrativos, mas, em razão da suspensão dos prazos, estes serão contados após o término de tal suspensão.

No que tange aos prazos que estavam em curso na publicação da Resolução, encontram-se suspensos pelo mesmo período indicado no ato normativo, retomando-se sua contagem após o término do período de suspensão pelo prazo que remanescer, descontados os dias decorridos antes da suspensão. Em relação aos pedidos considerados não urgentes, aqueles realizados por meio de distribuição de novas demandas ou aqueles apresentados por meio de petições intermediárias no curso do processo, podem ter sua apreciação postergada e prevista a apreciação prioritária de medidas urgentes.

Cumprе salientar que, medidas urgentes são aquelas que em razão de seu mérito, devem ser apreciadas imediatamente, de forma que consoante a Resolução 313 de 2020 do CNJ é assegurada a apreciação das matérias *habeas corpus* e mandado de segurança; medidas liminares e antecipação de tutela de qualquer natureza; comunicação de prisão em flagrante, pedidos de concessão de liberdade provisória, imposição e substituição de medidas cautelares diversas da prisão e desinternação; representação da autoridade policial ou do Ministério Público com vistas à decretação de prisão preventiva ou temporária.

Outras medidas reputadas urgentes são os pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, interceptações telefônicas e telemáticas desde que comprovada a urgência; pedido de alvarás justificada sua necessidade; pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, requisições de pequeno valor e expedição de guias de depósitos; pedidos de acolhimento familiar e institucional; pedidos de progressão e regressão cautelar de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas entre outras.

Além das medidas supramencionadas, cada tribunal pode adotar critério próprio de urgência, definindo outras matérias que serão submetidas à apreciação imediata. Distribuída a medida de urgência deve-se contatar a secretaria ou o cartório da vara, câmara ou turma responsável pelo recebimento do pedido, informando a necessidade de sua apreciação em caráter emergencial. Essas são algumas das medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça em face do cenário atual da pandemia COVID-19, com o intuito de preservar direitos e assegurar a manutenção das funções jurisdicionais.

As recomendações expedidas pelo CNJ aos juizes, entre elas, duas especificamente preparam a Justiça para recuperações judiciais e falências da fase pós-pandemia, visando preservar as empresas, os empregos e a renda das pessoas que destas dependem para viver. Estas recomendações envolvem o incentivo à conciliação e mediação entre empresários, fornecedores e trabalhadores a fim de evitar o prolongamento dos impasses, prestigiando a continuidade das empresas.



Para vencer os impasses provenientes da emergência sanitária é preciso alguma previsibilidade e confiança em relação às regras aplicáveis em cada caso e quanto à sua adequada observância pelo Poder Público e agentes privados, de maneira que, a segurança jurídica é essencial para que o país combata a crise social e econômica decorrente da calamidade o mais rápido possível.

A situação atual é uma oportunidade para pensar e agir coletivamente sobre a crise que tem impacto no meio jurídico. A pandemia, além de grandes perdas humanas e econômicas, impôs ao Poder Judiciário a construção de caminhos que assegurem o acesso à Justiça e o necessário distanciamento social. No entanto, a virtualização que veio para ficar não pode representar limitação ao amplo direito de defesa, ao acesso à Justiça e garantia das prerrogativas dos advogados.

Diante do cenário de pandemia do Coronavírus, o Poder Judiciário brasileiro não pode parar suas atividades pelo fato de ser uma instituição essencial ao funcionamento regular do Estado Democrático de Direito e garantidor da paz social e efetividade dos direitos fundamentais das pessoas. Nesse momento de fragilidade humana, o Judiciário deve funcionar para viabilizar o amparo institucional necessário à sociedade brasileira. Os integrantes do Poder Judiciário agem para garantir os direitos básicos dos indivíduos, por isso, o sistema judicial não pode ser paralisado, sob pena de deixar sem amparo institucional milhões de pessoas.

Os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo estão em diálogo e atuam na formulação de medidas de prevenção e defesa da saúde. As autoridades dos Três Poderes, do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União se reuniram no Supremo para tratar de possíveis respostas institucionais em relação ao avanço e disseminação da doença no território nacional. Houve a realização de reunião no Conselho Nacional de Justiça para que fosse apresentado projeto de lei emergencial sobre a criação de um Comitê Nacional dos Órgãos de Justiça e de Controle com a finalidade de promover a interlocução institucional com o escopo de prevenir e/ou colocar termo aos litígios judiciais, referentes ao enfrentamento da emergência de saúde pública originária do Coronavírus.

Nas ações propostas pela Organização dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal tomou decisões em relação à pandemia, as quais asseguraram a efetividade da Lei de Acesso à Informação, definiram a competência concorrente dos entes federados para conduzir a crise sanitária e tutelaram os dados dos usuários de telecomunicações.

II TELETRABALHO: ASPECTOS GERAIS E QUESTÕES RELEVANTES

A pandemia enquanto um fenômeno social trouxe mudanças à sociedade, suscitando inúmeras questões como diante de um momento nunca experimentado de que maneiras repensar o trabalho; quais são os indicadores importantes para a definição de políticas públicas, estratégias e ações de enfrentamento às questões do trabalho; o setor Judiciário pode parar e por quanto tempo. Diante dessas e outras indagações não houve tempo bastante para reflexão e amadurecimento e, as ações tiveram que ser desenvolvidas e tomadas de forma rápida em todo o mundo.

As medidas de distanciamento social impostas aos brasileiros estimularam e disseminaram a extensão do teletrabalho na sociedade, ocorre que, sua implementação não adveio anteriormente enquanto resultado de uma crise de saúde até que esta situação sem precedentes se instaurou, conduzindo as organizações e instituições públicas e privadas a pedirem aos empregados que laborassem remotamente de suas casas. Desta maneira, se não trouxesse elevado risco a COVID-19, não haveria a implementação de práticas de teletrabalho de forma célere e ampla como a que se deu.



O sistema Judiciário Federal decidiu em março de 2020 pelo teletrabalho compulsório,⁶ um dia anterior ao Ministério da Saúde declarar estado de transmissão comunitária do COVID-19. As Recomendações de isolamento e distanciamento social faziam parte da primeira portaria publicada pelo Ministério da Saúde e o teletrabalho tornou-se uma medida e resposta rápida à necessidade de implementar uma solução coordenada, ainda que nova e arriscada.

Tópico relevante deste artigo é a trajetória da regulamentação da política de teletrabalho no setor Judiciário Federal brasileiro e como esta sofreu os impactos da pandemia da COVID-19. Ainda, é importante trazer a discussão e aprimoramento das políticas públicas de teletrabalho no Brasil, especificamente em relação às organizações públicas, haja vista que, os marcos legais têm um papel estruturante na implementação das medidas adotadas.

O teletrabalho integral e compulsório surge como uma possível resposta aos desafios da COVID-19 ao ser considerada a preservação da saúde dos trabalhadores e usuários, o Conselho Nacional de Justiça determinou no âmbito do Poder Judiciário o regime de Plantão Extraordinário com a finalidade de uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e assegurar o acesso à justiça nesse período emergencial conforme a Resolução 313 de 2020.⁷ Esse regime atribuiu aos tribunais a possibilidade de disciplinar o trabalho remoto de juízes, servidores e colaboradores para realização de expedientes internos como a elaboração de decisões e sentenças, minutas, sessões virtuais e atividades administrativas.⁸ Trata-se da primeira norma sobre teletrabalho que abrange os magistrados e demais servidores. Nesse momento de pandemia os Tribunais Regionais estão fechados e o teletrabalho tornou-se compulsório a todos os trabalhadores.

O teletrabalho integral e compulsório foi implementado nos Tribunais Federais de Justiça,⁹ os prazos processuais foram suspensos pelo CNJ de 19 de março até o dia 30 de abril de 2020 e foi determinado o regime de plantão para situações extraordinárias. Cumpre salientar que, a persistência da situação de Emergência em Saúde Pública levou à necessidade de prorrogação do plantão extraordinário,¹⁰ retomada dos prazos a partir de 4 de maio e realização de sessões virtuais como audiências e outras.

O Conselho Nacional de Justiça estipulou o painel de Produtividade Semanal do Poder Judiciário,¹¹ o qual mostra os atos judiciais e administrativos como as sentenças, despachos, decisões, acórdãos e alvarás concedidos a partir da data de 16 de março. A atualização dos números

⁶ Conselho Nacional de Justiça (BR). Resolução nº 313 de 19 de março de 2020. Diário da Justiça [Internet]. 19 mar. 2020 [citado em 18 de mar. 2021]. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249#:~:text=Estabelece%2C%20no%20%C3%A2mbito%20do%20Poder,%C3%A0%20justi%C3%A7a%20neste%20per%C3%ADodo%20emergencial>>.

⁷ Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União [Internet]. 4 fev 2020 [citado em 18 mar. 2021]; Disponível em <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>.

⁸ Conselho Nacional de Justiça (BR). Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. Diário da Justiça [Internet]. 19 mar. 2020 [citado em 18 mar. 2021]. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249#:~:text=Estabelece%2C%20no%20%C3%A2mbito%20do%20Poder,%C3%A0%20justi%C3%A7a%20neste%20per%C3%ADodo%20emergencial>>.

⁹ Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Portaria Conjunta Pres/Core nº 5, de 22 de abril de 2020. Dispõe sobre medidas complementares às Portarias Conjuntas PRES/CORE nº 1, 2 e 3 de 2020 para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus. São Paulo: TRF3; 2020.

¹⁰ Conselho Nacional de Justiça (BR). Resolução nº 314, de 20 de abril 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ; 2020.

¹¹ Conselho Nacional de Justiça (BR). Produtividade Semanal do Poder Judiciário. Regime de teletrabalho em razão do COVID-19 [Internet]. 2020 [citado 18 mar. 2021]. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&>>.



é automática e os Tribunais divulgam a produtividade nas suas páginas da internet, servidores em suas redes sociais, enquanto o CNJ divulga a comparação entre os Tribunais. No entanto, destaca-se que não foram determinadas metas de teletrabalho nas Resoluções referentes ao período da pandemia.

Por fim, ficou evidente a ação da disposição de equipamentos e/ou mobiliários (autorização da movimentação excepcional e temporária para suas casas) nas hipóteses em que o juiz, servidor ou o estagiário não dispuserem de estrutura suficiente em sua casa para a realização do teletrabalho.¹² Esta ação foi adotada também pelo Poder Executivo,¹³ a qual contrasta com a Resolução do Teletrabalho¹⁴ que versa sobre os seguintes pontos mencionados a seguir.

Os deveres do servidor em regime de teletrabalho consistem em dispor de espaço físico, mobiliário e equipamento pessoal e suficiente para a prestação do teletrabalho; deve apresentar declaração que atende os requisitos para a realização do teletrabalho; ser responsável por providenciar e manter a estrutura física e tecnológica necessárias para sua realização; e frisa que o Tribunal não é responsável pelo custo para adquirir bens e serviços destinados ao servidor em regime de teletrabalho nos termos dos artigos 9º, parágrafos 4º e 5º e 13 “caput” e parágrafo único, incluídos pela Resolução 298 de 2019.

Embora exista uma situação emergencial e temporária é necessário questionar quem será responsável pelos insumos do trabalho, considerados os benefícios e vantagens para a administração do Poder Judiciário arrolados nas regulamentações do teletrabalho. Ainda, é relevante considerar que as medidas implementadas no curto prazo possam vir a se estender a médio ou longo prazo, haja vista que, não é possível definir quando o trabalho presencial será retomado nos Tribunais.

A Resolução 66740 de 2020 do STF dispõe que está determinado o modelo diferenciado de gestão de atividades volta à entrega de resultados nos trabalhos efetuados presencialmente e à distância, o qual será aplicado de 1 de junho de 2020 a 31 de janeiro de 2021 e os servidores em trabalho remoto na data da publicação desta Resolução devem ser mantidos neste regime laboral, caso suas atividades sejam compatíveis e exista condições de saúde física e psicológica para tal continuidade nos termos do artigo 1º, parágrafo 1º. Ainda, esta Resolução regulamenta a suspensão das metas do teletrabalhador que são no mínimo 15% superiores àquelas previstas para os servidores não participantes que executem as mesmas atividades.¹⁵

A regulamentação do teletrabalho durante o período de pandemia conforme Medida Provisória 927 de 2020 alterou parcialmente o regime jurídico deste. Isso porque, o Coronavírus impôs a necessidade do reconhecimento de calamidade pública e enquanto medida de prevenção adequada ocorreu o fechamento ou a restrição de funcionamento de diversas atividades econômicas e laborais. Esta premissa acarretou a substituição do trabalho presencial pelo teletrabalho, de maneira que, o regimento ora existente sofreu adaptações perceptíveis na Medida Provisória 927 de 2020 consoante veremos abaixo.

¹² Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Seção Judiciária do Paraná. Resolução nº 21/2020. Dispõe sobre medidas operacionais relativas ao teletrabalho integral compulsório nas unidades jurisdicionais e administrativas da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da 4ª Região. Porto Alegre: TRF4; 2020.

¹³ Brasil. Órgãos poderão ceder computadores para servidores em teletrabalho. Portal do Servidor [Internet]. 25 mar 2020 [citado em 18 mar. 2021]. Disponível em: <<https://www.anasps.org.br/servidor-orgaos-poderao-ceder-computadores-para-teletrabalho/>>.

¹⁴ Conselho Nacional de Justiça (BR). Resolução CNJ nº 227 de 15 de junho de 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ; 2016.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal (BR). Resolução nº 621 de 29 de outubro de 2018. Regulamenta o trabalho remoto no Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF; 2018.



Um primeiro aspecto relevante na Medida Provisória é que durante o período de calamidade foi assegurado a possibilidade do empregador alterar de maneira unilateral o trabalho presencial para trabalho remoto conforme o artigo 4º, “caput”. No entanto, fora do período da calamidade pública, eventual alteração para o regime de teletrabalho exige o ajuste bilateral nos termos do artigo 75-C, § 1º da CLT. Além disso, durante o período de calamidade, a Medida Provisória traz que a alteração não precisa ser registrada no contrato, diferentemente do que ocorre quando existir a pactuação expressa em contrato propugnada pelo artigo 75-C, “caput” da CLT.

No que pertine aos gastos com o teletrabalho que envolvam equipamentos, infraestrutura como energia elétrica e internet, a questão foi delegada para o ajuste contratual entre as partes nos termos do artigo 4º, § 3º da Medida Provisória 927 de 2020, o que anteriormente estava previsto no artigo 75-D, “caput” do texto celetista

A alteração encontra-se no fato de que a medida provisória expressamente autoriza, em razão da urgência do caso a pactuação, ainda que após a mudança efetiva do regime. No entanto, tecemos algumas considerações trazidas pelo artigo 4º, § 4º da medida provisória, o qual prevê que na hipótese do empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, o empregador pode fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura sem que isto configure verba de natureza salarial; ou na impossibilidade de oferecer o regime de comodato que trata o inciso I, o período da jornada normal é computado como tempo de trabalho à disposição do empregador. Tal regra parte do pressuposto que o empregador pode fornecer os equipamentos em comodato, ainda que não estivesse prevista de forma expressa na CLT.

Um outro aspecto relevante da Medida Provisória versa sobre o cômputo na jornada do período que seria destinado ao trabalho como tempo à disposição do empregador. O preceito descrito no inciso II demonstra-se incompatível com a presunção de inexistência de controle da jornada de trabalho prevista no artigo 62, III da CLT ao apresentar que, “não são abrangidos pelo regime disposto neste capítulo os empregados em regime de teletrabalho.” Desta maneira, se o teletrabalho conta com uma presunção relativa de que não há controle de jornada, não há que se falar na contabilização de horas na jornada.

Destaca-se que o artigo 4º, § 1º da Medida Provisória afirma ser aplicável o artigo 62, III da CLT consoante redação inframencionada

Art. 4º (...) § 1º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância a prestação de serviços preponderante ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação que, por sua natureza, não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

Isto posto, a premissa correta é a presunção do artigo 62, III da CLT que, pelo fato de ser relativa, admite prova em contrário ou caso seja comprovado o controle de jornada de trabalho, existirá a possibilidade de cogitar o cômputo de horas e, por conseguinte, de eventuais horas extras.¹⁶

¹⁶ MEIRELES, José Gevârsio. A regulamentação do teletrabalho na pandemia. 2020 [citado em 19 de março de 2021]. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/a-regulamentacao-do-teletrabalho-na-pandemia/>>.



CONCLUSÃO

Isto posto, o Supremo Tribunal Federal estrutura relevante alteração na rotina ao demonstrar que as ações de retorno ao antigo normal foram modificadas, existindo, portanto, o novo normal. A crise deflagrada pela emergência na saúde tornou o teletrabalho disponível pelo mundo, mas não podemos olvidar que o curto prazo no qual se deu a implementação da política deste regime laboral no Poder Judiciário faz emergir o diálogo sobre a norma com o intuito de verificar e desenvolver práticas conforme tratado pelo Conselho Nacional de Justiça. Não obstante, cumpre ressaltar que a experiência do teletrabalho propiciou uma rápida e eficiente resposta do Poder Judiciário aos desafios enfrentados em detrimento da COVID-19 ao possibilitar a continuidade do funcionamento do Poder Judiciário na realização de suas atividades apesar de todos os acontecimentos e suas repercussões no cenário mundial.

Os processos no Poder Judiciário não funcionam como uma linha de produção mecanizada, pelo fato de serem atividades de trabalho complexas que não devem substituir sua qualidade na efetivação de direitos por quantidade e velocidade das decisões. Os resultados apontam a necessidade de analisar as normas e metas previamente estipuladas e os possíveis impactos à saúde dos trabalhadores.

No entanto, o Poder Judiciário após o Coronavírus não será o mesmo, as comarcas sofrerão alterações ao terem, provavelmente locais de trabalho distinto da sede da unidade judiciária e jurisdição especializada, as sessões, audiências e interrogatórios virtuais passarão a ser realizadas em mais situações, mas, em meio às dificuldades deverá capacitar e atualizar os magistrados e demais funcionários, além de encontrar alternativas para o cumprimento de seu papel na defesa dos direitos fundamentais e leis, prestando jurisdição eficiente e com qualidade.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria MS/GM nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV) [Internet]. Diário Oficial da União [Internet], Brasília (DF), 2020 fev 4, edição 24-A, Seção 1-Extra, página 1. Disponível em <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>.

BRASIL. ANASPS. Órgãos poderão ceder computadores para servidores em teletrabalho. Portal do Servidor [Internet]. 25 mar 2020. Disponível em: <<https://www.anasps.org.br/servidor-orgaos-poderao-ceder-computadores-para-teletrabalho/>>.

CALAMANDREI, Pietro. Processo e democracia, Padova: Cedam, 1954.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BR). Produtividade Semanal do Poder Judiciário. Regime de teletrabalho em razão do COVID-19 [Internet]. 2020. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba-21c495-77c8-48d4-85ec-ccd2f707b18c&sheet=b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BR). Resolução CNJ nº 227 de 15 de junho de 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BR). Resolução nº 313 de 19 de março de 2020. Diário da Justiça [Internet]. 19 mar. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249#:~:text=Estabelece%2C%20no%20%C3%A2mbito%20do%20Poder,%C3%A0%20justi%C3%A7a%20neste%20per%C3%ADodo%20emergencial>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BR). Resolução nº 314 de 20 de abril 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ; 2020.

MEIRELES, José Gevârsio. A regulamentação do teletrabalho na pandemia. 2020. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/a-regulamentacao-do-teletrabalho-na-pandemia/>>.

SICA, Vitor Mendonça. Coronavírus e Poder Judiciário: impactos permanentes da pandemia. 2020. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/coronavirus-poder-judiciario/>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BR). Resolução nº 621 de 29 de outubro de 2018. Regulamenta o trabalho remoto no Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF; 2018.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Revista Consultor Jurídico, agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/poder-judiciario-seguranca-juridica-tempos-pandemia>>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Portaria Conjunta Pres/Core nº 5, de 22 de abril de 2020. Dispõe sobre medidas complementares às Portarias Conjuntas PRES/CORE nº 1, 2 e 3 de 2020 para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus. São Paulo: TRF3; 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, Seção Judiciária do Paraná. Resolução nº 21/2020. Dispõe sobre medidas operacionais relativas ao teletrabalho integral compulsório nas unidades jurisdicionais e administrativas da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da 4ª Região. Porto Alegre: TRF4; 2020.

ORÇAMENTO PÚBLICO E PANDEMIA: O PAPEL DO STF NA GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA PARA GASTOS URGENTES RELACIONADOS À COVID-19

LUCAS FELIPE SILVEIRA LANDIM

ADVOGADO E PÓS-GRADUANDO EM DIREITO
TRIBUTÁRIO E EM MERCADO FINANCEIRO E
DE CAPITAIS NA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE
CATÓLICA (PUC) DE MINAS GERAIS.

+ R E S U M O +

O presente artigo busca trazer elementos que evidenciem o papel relevante do Supremo Tribunal Federal (STF) nos primeiros momentos da pandemia decorrente da Covid-19, quando da autorização para flexibilização de regras fiscais em detrimento da urgente necessidade de gastos públicos para o combate à pandemia. Como é de conhecimento geral, a Covid-19 começou a produzir seus nefastos efeitos, no Brasil, em meados de março de 2020. Um dos primeiros atos do poder público relacionado ao tema foi a edição do Decreto Legislativo (DL) 6/2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, flexibilizando o artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Essa flexibilização diz respeito, por exemplo, à dispensa do atingimento de resultados fiscais e limitação de empenho, dispensa dos limites, condições e algumas restrições orçamentárias aplicáveis à União e aos entes federativos. Entretanto, somente a flexibilização prevista no artigo 65 da LRF não seria suficiente para garantir ao Estado segurança jurídica para realizar todos os gastos necessários para o combate aos efeitos negativos da pandemia. Por essa razão, o Poder Executivo, por meio da Advocacia-Geral da União (AGU), ingressou com ação de controle concentrado com vistas a obter, da Suprema Corte, a chancela para a flexibilização de outras regras orçamentárias, com a finalidade de ter a devida segurança jurídica para proceder a todos os gastos que seriam necessários. De fato, com a autorização dada por meio de medida cautelar do Ministro Alexandre de Moraes, o poder público obteve a segurança jurídica necessária para iniciar inúmeros gastos extraordinários com vistas a mitigar os efeitos nefastos da pandemia sobre a saúde da população e a economia brasileira. Desataca-se a edição de algumas medidas provisórias que foram editadas depois da concessão da cautelar, que abriram crédito extraordinário em favor do Ministério da Saúde, da Cidadania e da Economia, e que deram ensejo à edição de programas sociais, como o auxílio emergencial, a antecipação do abono salarial e o benefício emergencial de manutenção de emprego e da renda.

PALAVRAS-CHAVE

Orçamento Público. Responsabilidade Fiscal. Segurança Jurídica. Supremo Tribunal Federal. Covid-19.



INTRODUÇÃO

A problemática que envolve o orçamento público e por consequência, o controle de gastos dos governos é tema de especial complexidade, onde a raiz desse dilema nasceu séculos atrás. Após a grande depressão de 1929/1930 surgiu a escola Keynesiana que pregava a adoção do endividamento público como meio de salvar os países das crises e voltarem a promover o Estado de Bem-Estar Social à população, com a efetiva geração de emprego e renda. Com o tempo, os governos passaram a se endividar para outras finalidades que não as propostas pelo modelo de Keynesiano, ocorrendo uma espécie de farra fiscal. Para tanto, os países criaram regras que limitaram o endividamento e no Brasil não foi diferente.

Ao se analisar as duas últimas décadas não só no Brasil, mas em todo mundo, é de comum percepção que a tendência estava voltada para um rígido controle das contas públicas. A União Europeia, por exemplo, chegou a condicionar a entrada de países no seu quadro, onde somente seriam aceitas as nações que tivessem sua dívida pública em até 60% do PIB (Tratado de Maastricht).

Nos Estados Unidos, as regras orçamentárias também passaram por um movimento de extrema rigidez. Nesse país, existe o “*Budget and Accounting Act*”, que estabelece as mais variadas regras sobre seu orçamento. Para se ter uma ideia da gravidade e seriedade com que o orçamento público lá é levado, foi criado o mecanismo intitulado de *shutdown*, onde caso a lei orçamentária para o exercício financeiro seguinte não seja aprovada ocorre a paralização de todos os serviços públicos não essenciais do governo federal norte-americano. Isso ocorre devido ao princípio constitucional daquele país, segundo o qual, nenhuma verba pode ser retirada do Tesouro senão em consequência de dotação prevista em lei. (ABRAHAM, 2015)

O Brasil também seguiu a tendência mundial para estabelecer regras mais rígidas no âmbito orçamentário. Apesar da Lei 4.320/1964 ser a primeira norma sobre orçamento público no Brasil, a questão da responsabilidade e equilíbrio fiscal somente foi levado à sério a partir da Constituição de 1988 e mais especificamente com o advento da Lei Complementar 101/2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal. Para se cumprir a finalidade do equilíbrio orçamentário, tanto o texto constitucional como a LRF estabeleceram diversos mecanismos rígidos para se chegar à finalidade esperada.

Esse movimento mundial, que também foi seguido pelo Brasil, rompeu com o paradigma que vinha sendo adotado na época pós crise de 1929/1930 e segunda guerra mundial. Misabel Derzi (2013) assevera que tal movimento foi um rompimento com a teoria Keynesiana, onde o governo deveria se endividar para salvar a economia de crises e manter o Bem-Estar Social. A autora afirma que as regras de austeridade fiscal foram, na verdade, um rompimento com a ideologia fiscal humanista.

Entretanto, deve-se ter em mente que rígidas regras fiscais foram criadas para combater uma situação em que os governos passavam a utilizar a disponibilidade de orçamento não apenas para



proceder ao endividamento com vistas a tirar os países de crises. Na verdade, ocorreu uma espécie de abuso do endividamento com propósitos que ultrapassavam a finalidade inicial, que foi aquela idealizada por Keynes. Assim, as regras fiscais mais rígidas passaram a existir para direcionar as nações a serem equilibradas economicamente e para evitar até mesmo um colapso futuro devido ao descontrole orçamentário.

Contudo, essas regras fiscais não previram, como de fato, não poderiam prever o futuro dos acontecimentos mundiais. Não se pensava, duas décadas atrás, que a globalização estaria tão avançada e que uma pandemia poderia ceifar a vida de milhares de pessoas e colocar a economia mundial em total descalabro. No Brasil, a pandemia exigiu uma resposta rápida do governo diante de toda situação de calamidade da saúde e da economia. Para isso, a solução a ser adotada precisou passar, necessariamente, pelos emaranhados das leis orçamentárias, com a chancela do STF, já que para se resolver tais problemas, o governo necessitaria realizar um endividamento não previsto no orçamento.

BREVE CONTEXTO DA CRISE GERADA PELA COVID-19

De acordo com Amitrano, Magalhães e Mauro Silva (2020), a pandemia que foi desencadeada pelo vírus Sars-COV-2 (Covid-19), ao se tornar uma patologia clínica, acabou impactando intensa e negativamente a vida da população e as atividades econômicas de todos os países onde se verificou o contágio comunitário. Alguém até poderia pensar que o vírus não deveria estar associado à uma paralisação econômica. Entretanto, as características específicas da dinâmica de infecção da Covid-19 e sua agressividade na população humana, aliada à ausência de vacina e tratamento médico de eficiência comprovada fez com que seu avanço, ao também causar milhares de mortes, afetasse toda atividade econômica.

O avanço da pandemia foi agravado por um fator que distingue a Sars-COV-2 de outras doenças relacionadas, como a H1N1. Isso porque, o novo coronavírus possui um tempo de incubação da doença relativamente longo, onde o período médio dessa incubação pode chegar a até 5 dias e cerca de 97,5 % dos infectados desenvolvem os sintomas, em média, dentro de 11 dias. Assim, a pessoa infectada passa a transmitir o vírus rapidamente quando ele ainda está no período de incubação e a situação se agrava mais ainda quando os pacientes assintomáticos passam a ser os principais propagadores do vírus. (AMITRANO, MAGALHÃES e SILVA, 2020).

Para Amitrano, Magalhães e Silva (2020), diante desse quadro, a única forma que os países tiveram para barrar o avanço do vírus foi a aplicação do distanciamento social até a adoção do *lockdown*. Dessa maneira, numa situação em que não existe vacina nem tratamento eficaz comprovado, a única estratégia capaz de evitar o avanço das mortes foi a adoção das medidas de contenção social, que por sua vez, afetaria sobremaneira a atividade econômica do país que a tenha adotado. Os autores afirmam que de acordo com os organismos internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Covid-19 se configura como um dos maiores desafios da história recente. Ainda de acordo com tais organismos, os impactos econômicos do vírus não encontram paralelo em nenhum outro evento de proporções mundiais, mesmo com a própria Grande Depressão de 1929/1930.

Em parecer anexado na ADI 6.417, no STF, o economista Afonso Celso Pastore destaca que os efeitos da pandemia se assemelham aos de uma guerra. Entretanto, ressalta uma diferença. Na guerra, o inimigo bombardeia e destrói pontes, estradas, fábricas e fontes de energia, impactando



tanto o capital humano como o físico. Já na guerra contra um vírus, embora não haja bombardeamento de fábricas, estradas etc., os setores sofrem consequências semelhantes que colocam em risco sua sobrevivência.

O parecer do professor anexado na ADI acentua que se a atual recessão fosse semelhante a tantas outras, poderia ser combatida com estímulos que aumentam a demanda e a oferta. Mas não é isso que ocorre. Para o professor, o isolamento social trava a oferta e a demanda, trazendo um grande problema para o Estado. Assim, para resolver o problema do desemprego é preciso que os governos realizem transferências de renda para a população que não consegue trabalhar. Ademais, do ponto de vista das empresas, é imprescindível evitar suas quebras, mantendo-as vivas para que iniciem a recuperação ao término da crise, por meios dos mais variados incentivos e subsídios.

Cumpra destacar que, diante da profundidade da crise gerada pelo vírus, tornou-se importante para os governos dos países o planejamento e a elaboração de políticas públicas. Ademais, para realização dessas políticas torna-se extremamente necessário investigar os mecanismos de governança (legislação relativa ao orçamento) e de coordenação para operacionalizar a efetividade desses instrumentos. (AMITRANO, MAGALHÃES e SILVA. 2020).

Consoante verificável, sem grande necessidade de detalhamento, a pandemia oriunda da Covid-19 afetou em primeiro lugar a vida de milhares de pessoas ao redor do mundo. Com destaque para os EUA, o Brasil e alguns países da Europa. A primeira necessidade de estratégia dos governos foi prover recursos para o combate imediato da questão sanitária. Para além desse dispêndio imprescindível, países como Alemanha, Espanha, EUA, França, Reino Unido e outros da União Europeia (UE) elaboraram grandes pacotes de ajuda econômica. (AMITRANO, MAGALHÃES e SILVA, 2020).

Tais autores ainda analisaram dados disponibilizados pelo FMI e pela OCDE e chegaram à conclusão de que o destino dos recursos dos cinco países citados acima e a UE, quando somados, revela que 69,1% dos gastos foram destinados ao socorro das empresas; 16,1% destinado para o atendimento direto à população; 7,9% destinado para o apoio à saúde; e 6,9% foi para o suporte dos governos centrais e subnacionais. Os autores também chamam a atenção para as ações que foram feitas nesses países para a garantia de renda, emprego e seguro-desemprego, além das medidas de diferimento, redução e dedução de impostos e concessão de subsídios.

A SITUAÇÃO ENFRENTADA PELO BRASIL

A crise advinda da Covid-19 chegou ao Brasil em um péssimo momento fiscal. Na verdade, o país estava tentando se recuperar de crises anteriores e ainda começando a se adaptar aos efeitos da Emenda do Teto de Gastos (Emenda Constitucional 95/2016).

Em artigo publicado na Coluna Fiscal do Jota, o desembargador e professor Marcos Abraham (2019) lembra que em 2019 a dívida pública federal (DPF) atingiu a marca 4,07 trilhões de reais, montante que foi necessário para financiar o déficit orçamentário do país. Em janeiro de 2018, essa dívida era de R\$ 3,5 trilhões de reais. O autor explica que a DPF é diferente do conceito de Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG) que no mesmo ano de 2019 estava na casa de R\$ 5,617 trilhões de reais (79,8% do PIB). Conforme o texto do eminente professor, a DBGG “abrange o total de débitos de responsabilidade do Governo Federal, dos governos estaduais e dos governos municipais, junto ao setor privado, ao setor público financeiro e ao resto do mundo”.

Para Marcos Abraham (2019), o sintoma da estrondosa dívida de R\$ 4 trilhões (DPF) ou dos R\$ 5,6 trilhões (DBGG) ainda em 2019, se revela no ponto em que os três níveis federativos não



conseguem se sustentar com base na arrecadação tributária ou nos seus próprios recursos patrimoniais. Para o autor, os empréstimos públicos deveriam ocorrer apenas nos casos de gastos com investimentos e não para sustentar os gastos com as despesas correntes do Estado. O autor ressalta, mesmo naquele ano de 2019, que as despesas de natureza financeira (oriunda da dívida pública e pagamento de seus juros) acabaram se tornando as mais vultosas rubricas dentro do orçamento público federal, expondo a completa dependência do Estado Brasileiro ao crédito público.

Percebe-se então que essa situação já estava ocorrendo no período anterior à pandemia. Ou seja, mesmo com os mecanismos da Emenda Constitucional do Teto de Gastos, da Regra de Ouro e da Lei de Responsabilidade Fiscal a situação já era grave.

A meta do governo na redução da dívida pública se projetava para o longo prazo. Por exemplo, a finalidade da Emenda do Teto de Gastos é diminuir, por meio de vários mecanismos, a relação entre a dívida pública e o PIB do país até 2026 (art.108 da EC 95/2016). Cumpre citar que o principal mecanismo dessa emenda constitucional foi estabelecer, no artigo 107, §1º, II, que o montante da despesa pública primária de um ano não poderia ser maior que a do ano anterior, devidamente corrigida pela inflação (IPCA), com ressalva às aplicações constitucionais mínimas em saúde e educação. Dessa maneira, até 2026, o governo pretendia diminuir consideravelmente a relação Dívida-PIB. Se a dívida pública federal (DPF) estava na casa de R\$ 4 trilhões de reais em 2019, as projeções feita pelo governo para 2020 chegam na casa 5 trilhões.

Tendo em mente esse cenário, cumpre destacar que, no Brasil, o primeiro caso confirmado da doença pelo Ministério da Saúde, ocorreu em 26 de fevereiro de 2020. Assim, à semelhança dos países europeus e dos EUA, começou-se a adotar providências sobre toda situação. Mas de acordo com Mauro Silva (2020), o marco de referência das iniciativas de políticas públicas do governo federal iniciou mesmo antes do primeiro caso. Em 6 de fevereiro foi editada a Lei 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas de enfrentamento ao vírus, desde diretrizes sanitárias até disposições referentes à dispensa de licitação. Em 16 de março, o governo federal também instituiu o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19, por meio do Decreto 10.277/2020.

Mauro Silva (2020) ainda explica que a velocidade do contágio combinado com a taxa de letalidade, provocando milhares de mortes, no Brasil, propiciou um ambiente de pânico e incerteza. Diante disso, passou-se a adotar rígidas regras de isolamento social, que como detalhado nos parágrafos anteriores, pode acabar provocando um choque negativo na relação da oferta e da demanda. Assim, de acordo com o autor, as famílias brasileiras reduziram drasticamente o consumo por vários fatores. Dentre eles, pela falta de renda, emprego e pelo efeito do entesouramento de capital devido à incerteza do que poderia acontecer no futuro. Do lado das empresas brasileiras, a cadeia de produção ficou bloqueada devido às regras de isolamento bloqueio do trânsito nacional e internacional.

Diante de todo esse cenário houve uma premente necessidade de intervenção do Estado para suprir a falta de demanda e da oferta. Ou seja, viu-se aqui a necessidade de atuação estatal em duas frentes extremamente necessitadas de um socorro. Uma imediata, na área da saúde, para combater os efeitos nefastos do vírus na população, por meio da construção de hospitais de campanha, contratação de pessoal, compra de equipamentos médicos, compra de remédios, leitos etc. A outra frente concentrou esforços em prover renda para a população necessitada, para as empresas e para os entes subnacionais.

O Estado viu-se diante de uma situação inesperada, uma espécie de tsunami que estava chegando no território brasileiro e que lhe demandaria aumento expressivo de gastos para frear e



combater os efeitos negativos do vírus na saúde e na economia. Ocorre que, com uma crise instalada, a principal fonte de receita do governo iria se deteriorar significativamente, qual seja, os tributos. Deve-se ressaltar que com uma crise de tamanha proporção, tanto as pessoas físicas quanto as empresas tendem a diminuir significativamente sua contribuição ou melhor, não possuem sequer recursos para pagar os tributos devidos.

Dessa maneira, o que restou ao Estado foi proceder ao intenso endividamento para conseguir promover o mínimo à população e às empresas e assegurar a estabilidade do país durante a calamidade. Nesse sentido, é possível verificar que o Estado possui alguns mecanismos para realizar gastos que não estejam previstos no orçamento, tal como programado. Ainda, não se olvida que as leis orçamentárias possuem mecanismos de flexibilização para épocas de calamidade. Entretanto, pela proporção e pelo elevado grau do desastre causado pelo vírus e pela crise, o governo se viu diante da necessidade de realizar um endividamento superior ao que imaginava.

Diante dessa situação, houve um grande impasse relacionado à governança fiscal, onde o governo, em conjunto com os outros poderes, necessitou, prontamente, resolver tais barreiras orçamentárias e de governança fiscal que poderiam colocar empecilho na urgente necessidade de endividamento.

MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6.357

No dia 27 de março, sete dias após o reconhecimento da calamidade pública, a Presidência da República, representada pela Advocacia-Geral da União (AGU), protocolou a ADI 6.357, com pedido de medida cautelar, no STF. O objetivo da ação não era em si a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 14, 16, 17 e 24, da LRF¹ e do art. 114, *caput*, e §14 da LDO de 2020, mas sim para conferir a interpretação desses artigos conforme a Constituição. Na petição, a AGU ressaltou que, apesar do DL 6/2020 ter tido seu efeito na dispensa da recondução do limite da dívida, do cumprimento da meta fiscal e do afastamento das sanções pelo descumprimento do limite de gastos com pessoal, não foi capaz de suspender outras exigências fiscais. Citou como exemplo a rigidez do art. 114, *caput* e §14 da LDO de 2020 que obriga a União indicar as formas de compensação nos casos de aumento de despesas.

Antes de mais nada, cumpre explicar que os artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF, que foram objeto da ADI 6.357, estabelecem requisitos procedimentais e compensatórios necessários para legitimar o incremento de gastos tributários indiretos e despesas obrigatórias de caráter continuado. Assim, como explicou a União, a geração de despesas obrigatórias de caráter continuado, como as ações de seguridade social, de acordo com a LRF, deve respeitar algumas condicionantes.

Essas condicionantes são: i) as despesas obrigatórias de caráter continuado devem ser instruídas com a estimativa do impacto orçamentário-financeiro, tanto para o exercício que comecem tanto para os dois seguintes (artigos 14; 16. Inciso I; e art 17, §§1º e 4º da LRF); ii) a despesa tem que ser compatível com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 16, inciso II; e 17, §4º, da LRF); iii) no ato que instituir a despesa deve-se demonstrar a origem dos recursos

¹ Posteriormente ao ingresso da ADI 6.357 no STF, foi editada, no dia 27 de maio de 2020, a Lei Complementar 173. Essa norma estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus e acabou alterando alguns dispositivos da LRF. Dentre os dispositivos alterados, encontra-se o art. 65. Nesse contexto de alteração provocado pela LC 173, o artigo 65 passou a contar com o §1º, inciso III, que afastou as condições e vedações dos artigos 14, 16 e 17 da LRF, desde que o incentivo, benefício, criação ou aumento de despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública. Dessa forma, mesmo que os dispositivos tenham sido alterados, esse tópico irá analisar a argumentação e a decisão cautelar do STF, a fim de manter o cunho analítico das medidas que foram tomadas no início da pandemia para realização do aumento de gastos do Estado.



que irá custear tal obrigação, comprovando que o aumento não afetará as metas de resultados previstas na LDO (art. 17, §§1º e 2º da LRF); e iv) os efeitos financeiros da despesa devem ser compensados nos exercícios seguintes pelo aumento permanente de receita ou de redução permanente de despesas (art. 17, §2º da LRF).

O governo federal afirmou, em sua petição, que a exigência de demonstração da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício de 2020 e nos dois subsequentes pressupõe um cenário de governança política dentro da normalidade, o que não seria o caso de 2020. Conforme argumentou, a mesma regra valeria para a exigência de compatibilidade de novos gastos com a legislação orçamentária vigente em 2020, onde a adequação orçamentária é um moderador de planejamento de longo prazo, que teria real sentido apenas em cenários de previsibilidade.

Lembrou que, mesmo que insuficiente para a situação de calamidade, a LRF pelo menos possui o mecanismo do artigo 65, onde excepciona alguns requisitos de observância do limite da dívida e o cumprimento da meta fiscal, o que evita o contingenciamento de gastos.

O referido artigo permite a suspensão de algumas regras fiscais nos casos de decretação de calamidade pública, tais como a dispensa da recondução de limite da dívida, bem como o cumprimento da meta fiscal, o que evita o contingenciamento de recursos para observância de tal meta. Ademais, tal norma afasta a imposição de sanções pelo descumprimento de limite de gastos com pessoal do funcionalismo público.

No que diz respeito à LDO, afirmou que a norma sequer possui algum mecanismo que fizesse excepcionar sua rigidez para um momento de calamidade. Nesse contexto, pontuou que o artigo 114 da LDO de 2020 exige que qualquer proposição legislativa que, direta ou indiretamente, importe em aumento de despesa da União, tenha que estar acompanhada da estimativa financeira no exercício que vier a entrar em vigor e nos dois seguintes, bem com deva indicar a correspondente compensação para efeito de adequação orçamentária e financeira.

Além disso, o §14º, do mesmo artigo 114, esclarece que tais medidas de compensação devem ser implementadas mediante aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

De acordo com a União, somente a flexibilização prevista no artigo 65 da LRF, não seria insuficiente para garantir a atuação do governo federal frente às demandas fiscais e sociais diante da pandemia do coronavírus.

A União entendeu que além da insuficiência de gatilhos permitidos pela decretação de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo 6/2020, a incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e do artigo 114, §14, da LDO de 2020, na ordenação da despesa destinada ao combate do coronavírus, acabaria por afrontar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da garantia do acesso à saúde, dos valores sociais do trabalho humano de garantia da ordem econômica.

Assim, considerando a excepcionalidade das ações que deveriam ser tomadas para o combate da pandemia e da crise instalada, tais como as ações de garantia de renda à população vulnerável, a União pediu interpretação conforme a constituição dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e do art. 114, §14 da LDO/2020 para afastar a exigência de demonstração de adequação orçamentária, no que se refere à indicação de medidas de compensação fiscal, criação e expansão de programas públicos destinados ao combate ao coronavírus e à proteção da parcela vulnerável da população atingida pela crise sanitária e econômica.

A ação foi sorteada para a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Como havia pedido de medida cautelar, no dia 29 de março, o ministro proferiu uma decisão liminar conhecendo e dando provimento ao pedido do governo federal.



Em primeiro momento, na decisão liminar, o ministro lembrou que no julgamento da ADI 2.238/DF, a maioria do STF se posicionou pela constitucionalidade dos artigos 14, 17 e 24 da LRF. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes explicitou que, na ocasião desse julgamento (ADI 2.238), ele afirmou que o artigo 14 da LRF se propõe a organizar uma estratégia, dentro do processo legislativo, para que os impactos fiscais de um projeto de lei com concessão de benefícios tributários sejam sempre avaliados da melhor forma possível em termos de orçamento.

Igualmente quanto aos artigos 17 e 24 da LRF, pontuou que na ocasião daquele julgamento sustentou que ambos os dispositivos positivam mecanismos de prudência fiscal para as despesas obrigatórias continuadas e ações de seguridade social que trabalham com a lógica semelhante à do artigo 14. Sobre esse ponto, ressaltou que, tal como ocorre no artigo 14, que trata das renúncias de receitas, o artigo 17 representa um dos capítulos que melhor formula a ideia de equilíbrio intertemporal que é a base da LRF. Para o relator, não é possível que a sociedade precise arcar com novos gastos orçamentários, sem custo demonstrado ou estimado, sem estudo de repercussão econômico-financeira, baseados somente em propostas legislativas indefinidas, porém geradoras de despesas continuadas e descontroladas.

Ao conceder a liminar, o ministro quis deixar claro que os artigos 14, 17 e 24 da LRF, bem como o art. 114, *caput*, *in fine* e §14 da LDO/2020, significam que a responsabilidade fiscal é um conceito indispensável para legitimar a expansão de despesas rígidas e prolongadas sob um processo legislativo mais transparente, probo e rigoroso. O relator assinalou que a LRF instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas destinadas a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos entes subnacionais de acordo com o objetivo macroeconômico estabelecido nacionalmente pela União.

Por outro lado, consignou que há situações em que o surgimento de condições supervenientes imprevisíveis afeta radicalmente a execução do orçamento antes planejado. Assim, argumentou que o surgimento da pandemia da Covid-19 representaria uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências extremamente graves que afetam drasticamente a execução orçamentária antes planejada. Para o ministro, tal situação exigiria uma atuação urgente, duradoura e coordenada de todas as autoridades do país em defesa da vida, da saúde e da subsistência econômica da sociedade brasileira. Dessa maneira, seria lógico e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais que geralmente são adotados em momentos de normalidade.

Por fim, o ministro consignou que o afastamento temporário dos mencionados artigos da LRF e da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública, para fins exclusivos ao combate dessa situação, não conflitaria com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário consagrado na LRF. Isso porque esses gastos não seriam realizados baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político e por inconsequências, mas sim destinados à proteção da vida, saúde, e da própria subsistência da população.

Dessa maneira, por entender que estavam presentes na argumentação da União os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que restou comprovado o perigo de lesão irreparável e os evidentes riscos sociais e individuais, o ministro acolheu o pedido da União, *ad referendum* do Plenário, para excepcionar os artigos 14, 16 17 e 24 da LRF e o art. 114, *caput*, *in fine* e §14 da LDO/2020. Assim, ficou afastada a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da calamidade gerada pela Covid-19.



REFERENDO DA CAUTELAR NA ADI 6.357

Posteriormente, no dia 13 de maio de 2020, o Plenário do STF, por maioria de votos, referendou a medida cautelar concedida pelo relator. O STF também definiu que o afastamento das exigências seria válido para todos os entes da federação que tivessem decretado estado de calamidade pública, decorrente da pandemia.

Nesse julgamento, o relator destacou a importância que teve a concessão da medida cautelar para o enfrentamento da pandemia. Assinalou que a Covid-19 representou uma condição superveniente totalmente imprevisível e de consequências gravíssimas. Assim, o afastamento da incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, *in fine*, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflitaria com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF.

Ressaltou que, ao contrário de uma possível violação à Constituição, esses gastos seriam destinados à proteção da vida, da saúde e da própria subsistência dos brasileiros. Enfim, de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção. E de fato, conforme pontuou o ministro, após a concessão da medida cautelar, em 29 de março de 2020, foi possível a realização de diversas medidas para combate à pandemia e auxílio a população.

Destaca-se a edição da Medida Provisória 937, de 2 de abril de 2020, que abriu crédito extraordinário de R\$ 98.200.000,00 em favor do Ministério da Cidadania, que foi usado para o programa “Auxílio Emergencial de Proteção Social a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade”; a edição da Medida Provisória 949, de 8 de abril de 2020, que abriu crédito extraordinário em favor do Ministério de Minas e Energia, no valor de R\$ 900.000.000,00 para o pagamento da conta de luz da população de baixa renda; da edição da Resolução CODEFAT 857, de 1º de abril de 2020, que permitiu a antecipação do abono salarial; a Medida Provisória 946, de 7 de abril de 2020, que extinguiu o Fundo Pis-Pasep e transferiu seu patrimônio para o FGTS; a edição da Portaria nº 9.381, do INSS, que permitiu a antecipação de um salário mínimo mensal ao requerente do auxílio doença; a edição da Lei 13.982, de 2 de abril de 2020, que garantiu um auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 ao microempreendedor individual e ao trabalhador informal.

Quanto ao programa “Benefício Emergencial de Manutenção de Emprego e da Renda”, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que a Medida Provisória 935/2020, abriu crédito extraordinário em favor do Ministério da Economia no valor de R\$ 51.641.629.500,00 de modo a assegurar a garantia do pagamento do benefício emergencial de manutenção do emprego e renda.

Um ponto interessante lembrado pelo relator foi a exposição de motivos da MP 936/2020, que instituiu o “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda”. O texto da referido da exposição pontuou que, pela rápida propagação do vírus, teria que ser urgente a reação do Poder Público, no sentido de adotar medidas que preservem o emprego e a renda de trabalhadores e suas respectivas famílias. Nesse texto da exposição de motivos, o Poder Executivo explicitou que, em relação ao atendimento dos requisitos orçamentários estabelecidos pela LRF e pela LDO de 2020, teve segurança em realizar tais gastos devido à concessão de medida cautelar na ADI 6.357.

Por fim, ainda sobre os gastos realizados após a cautelar, o relator também destacou a edição da Medida Provisória 939/2020 que abriu crédito extraordinário no valor de R\$ 16.000.000.000,00 para “Compensação da Variação Nominal Negativa dos Recursos Repassados pelo Fundo de Participação”; da Medida Provisória 938/2020, que abriu a possibilidade de apoio financeiro da União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e



do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), de modo a mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública.

Ocorre que, no julgamento do referendo da cautelar, os ministros consignaram que, com o advento da Emenda Constitucional (EC) 106/2020, o interesse de agir do Poder Executivo não mais subsistiria. A EC 106/2020 (Emenda do Orçamento de Guerra) teve como objetivo facilitar os gastos do governo federal no combate à pandemia, separando os gastos da pandemia do orçamento geral da União. Criou também um regime extraordinário fiscal e autorizou o Banco Central do Brasil (Bacen) e comprar e vender títulos no mercado financeiro, para prover liquidez ao mercado de capitais. Ademais, a medida permitiu processos mais céleres para compras, obras e contratações de pessoal temporário.

Em relação ao caso concreto da ADI 6.357, o STF pontuou que o artigo 3º² da EC 106/2020 previu uma espécie de autorização genérica destinada a todos os entes federativos para a flexibilização das limitações orçamentárias.

Já em relação ao artigo 114 da LDO de 2020, a Corte ressaltou que, após a propositura da ADI 6.357, foi editada a Lei 13.983/2020, que alterou a LDO/2020, incluindo o §16³ que excluiu a necessidade de compensação durante a vigência de calamidade pública.

Por outro lado, cumpre ressaltar importante trecho do voto do Ministro Luiz Fux, em que trouxe algumas considerações relevantes sobre o orçamento público durante a pandemia. De acordo com o ministro, a Covid-19 teria ocasionado a queda da arrecadação e o aumento inesperado de gastos públicos. Assim, as diversas medidas legislativas que foram tomadas, como o decreto de calamidade e a EC 106/2020, se basearam na premissa de que, em tempos de crise, quando há demanda por investimentos na saúde pública e na proteção da parcela mais vulnerável da população, é necessário um orçamento flexível e atento à realidade.

Para Luiz Fux, em cenário de grave crise econômica, quando milhares de postos de trabalho são perdidos, a aplicação rígida dos requisitos da LRF e da LDO inviabiliza a implementação de políticas públicas essenciais ao combate à pandemia e à recuperação econômica. O formalismo jurídico e a conformidade cega com normas preexistentes afrontam a própria sistemática constitucional, que exige uma postura de flexibilidade judicial, criatividade e adaptabilidade em cenários de crise. Citando a professora Andréa Magalhães⁴ o ministro pontuou que a “jurisprudência da crise” espelha o rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em momentos críticos, quando torna-se necessário um processo negocial entre a interpretação fria das normas e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias.

² Art. 3º **Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.** Parágrafo único. Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

³ Art. 114 As proposições legislativas e as suas emendas, conforme o disposto no art. 59 da Constituição, que, direta ou indiretamente, importem ou autorizem diminuição de receita primária não tributária ou de receitas financeiras com impacto primário ou aumento de despesa primária da União deverão estar acompanhadas de estimativas desses efeitos no exercício em que entrarem em vigor e nos dois exercícios subsequentes, e detalharão a memória de cálculo respectiva e a compensação correspondente para fins de adequação orçamentária e financeira e a compatibilidade com as disposições constitucionais e legais que regem a matéria. (...) **§ 16 Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, e durante sua vigência, fica dispensada a compensação de que trata o caput para proposições para atender as necessidades dela decorrentes.**

⁴ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da Crise: Uma perspectiva pragmática*. Editora Lumen Juris, 2017.



O Ministro Luiz Fux ainda explicou que a preservação de direitos fundamentais reclama, por vezes, a aplicação do direito de forma menos rígida e mais atenta à conjuntura fática subjacente. O estado de crise se baseia no próprio reconhecimento da necessidade de flexibilizações da ordem jurídica em situações excepcionais, a fim de viabilizar respostas adequadas às exigências das circunstâncias.

O ministro também consignou que os orçamentos públicos são leis necessariamente dotadas de flexibilidade, onde segundo José Afonso da Silva, configura um princípio financeiro que exige a adequação orçamentária à variabilidade das situações concretas, especialmente as de natureza econômica.

Também é interessante consignar o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI. De acordo com ele, a decisão monocrática do relator foi fundamental no seu momento, visto que havia um quadro de insegurança jurídica em torno dos gastos iminentes com a crise advinda da Covid-19. Explicou que os próprios servidores responsáveis por decisões que cortassem a liberação de recursos e tomada de decisões a propósito de gastos e concessão de benefícios se encontravam em quadro de enorme insegurança jurídica. Para o ministro, a vida da população brasileira não podia esperar essa situação de insegurança.

Ao final, o STF decidiu referendar a cautelar proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, para conferir interpretação conforme à CF/88 aos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e ao artigo 114, *caput*, *in fine* e §14, da LDO/2020, para, durante o estado de calamidade pública decorrente da Covid-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da pandemia. Também consignou-se que a decisão se aplicaria a todos os entes federativos que tenham decretado o estado de calamidade. Por fim, julgou-se a ação prejudicada em decorrência da promulgação da EC 106/2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que o Brasil, nas últimas décadas, começou a adotar um regime de maior austeridade para os gastos públicos. Como foi possível verificar logo no início do presente artigo, essa tendência também foi a seguida por boa parte dos países, com destaque para os Estados Unidos e os países da Europa. Como decorrência lógica desse movimento, as leis editadas nesse período tiveram uma clara tendência fiscal mais austera.

A própria Constituição Federal de 1988 trouxe algumas determinações que evidenciam esse movimento. Um dos dispositivos que mais poderiam explicitar essa tendência é o artigo 167, inciso III, por exemplo, que veda a realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital, com a finalidade de promover o equilíbrio orçamentário. Posteriormente, houve a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, que claramente foi um marco para o que se denomina de equilíbrio do orçamento, sem contar com as emendas constitucionais posteriores que também buscaram promover esse equilíbrio, como a intitulada Emenda do Teto de Gastos (EC 95/2016) e a recente EC 109/2021 (PEC Emergencial).

Entretanto, o objetivo aqui não foi de aprofundar nesse mérito para discutir se todos esses dispositivos e leis são benéficos ou não. A questão fática é que essas leis existem, têm eficácia plena e, com essa legislação em vigor, o país e o mundo se deparou com uma situação totalmente contraditória e urgente. Ou seja, como os poderes executivos de todos os entes iriam obedecer às leis orçamentárias e a responsabilidade fiscal se diante deles estava o início de uma pandemia, com



efeitos piores que de uma guerra? Se obedeceria à essa legislação para evitar o crime de responsabilidade fiscal ou se procederia ao devido gasto necessário para o combate aos efeitos negativos sanitários e econômicos da Covid-19?

O ambiente formado claramente foi de insegurança jurídica. Não se poderia esperar uma ação mais efetiva do legislativo federal, estadual ou municipal, que muitas das vezes acaba sendo moroso. Imagine-se o tempo que teria que se esperar, naquele momento urgente, para a aprovação de uma emenda constitucional ou algo do tipo.

Foi diante desse cenário de calamidade e urgência que surgiu a importante atuação do STF para garantir a necessária segurança jurídica naquele momento, especialmente quanto à medida cautelar concedida pelo relator e referendada pelo plenário posteriormente. Como ressaltado no voto do Ministro Gilmar Mendes, a medida cautelar foi fundamental, naquele momento, para sanar o quadro de insegurança jurídica que havia se formado, diante dos gastos urgentes. De fato, os responsáveis pela gestão da coisa pública estavam diante de uma situação perturbadora: ou liberavam a volumosa quantidade de recursos para combater à pandemia, ou cumpriam a lei à risca, evitando a responsabilidade fiscal.

Como bem ressaltado pelo relator, foi justamente após a concessão da liminar que o governo federal, por exemplo, editou algumas medidas provisórias para liberar recursos em favor de determinados ministérios, para a adoção das respectivas medidas urgentes necessárias.

Por fim, observou-se também que a situação calamitosa se mostrou tão delicada que os ministros do STF, mesmo reconhecendo a importância e a necessidade da promoção do equilíbrio fiscal, pela legislação vigente, não hesitaram em dar a essa mesma legislação interpretação conforme a Constituição. Isso porque, conforme amplamente presente na fala dos ministros, a saúde e a dignidade da pessoa humana, como preceitos fundamentais da CF/88, reclamaram a flexibilização da letra rígida da lei. O próprio Ministro Luiz Fux asseverou em seu voto que a preservação dos direitos fundamentais conclama, por vezes, a aplicação do direito de forma menos rígida e mais atenta à conjuntura fática subjacente. E citando o constitucionalista José Afonso da Silva, consignou que as leis orçamentárias são justamente dotadas de flexibilidade para a devida adequação a situações concretas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

ABRAHAM, Marcos. **Mais de R\$ 4 trilhões da dívida pública: Quanto maior for a dívida pública e maior forem os juros, mais custoso será mantê-la e difícil reduzi-la**. Coluna Fiscal do Jota. Brasília, outubro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/mais-de-4-trilhoes-de-divida-publica-03102019>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

AMITRANO, Cláudio e MAGALHÃES, Luís Carlos e SILVA, Mauro. **Medidas de enfrentamento dos efeitos econômicos da Pandemia Covid-19: Panorama internacional e análise dos casos dos Estados Unidos, do Reino Unido e da Espanha**. Texto para discussão nº 2559 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, maio de 2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.238/DF**. Autores: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores e Partido Socialista Brasileiro. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 24 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1829732>. Acesso em: 9 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.357/DF**. Autor: Presidente da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de maio de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 9 abr. 2021

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988, Seção 1. P. 1.

_____. **Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de maio de 2000, Seção 1. P. 1.

_____. **Lei Complementar 173 de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de maio de 2020, Seção 1. P. 4.

_____. **Emenda Constitucional 106 de 7 de maio de 2020**. Institui o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Diário Oficial da União, Brasília, 8 de maio de 2020, Seção 1. P. 1.

_____. **Emenda Constitucional 95 de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de maio de 2016, Seção 1. P. 2.

_____. **Emenda Constitucional 109 de 15 de março de 2021**. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167-A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condiciona- lidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2021, Seção 1. P. 4.

_____. **Lei 13.982 de 2 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, 2 de abril de 2020, Seção 1 - Extra. P. 1.

_____. **Lei 13.983 de 3 de maio de 2020**. Altera a Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, 3 de abril de 2020, Seção 1 - Extra. P. 1.

_____. **Lei 13.898 de 11 de novembro de 2019**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de dezembro de 2019, Seção 1. P. 3.

_____. **Decreto Legislativo 6 de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de março de 2020, Seção 1. P. 1. q

DERZI, Misabel Abreu Machado. Lei de Responsabilidade Fiscal: Normas Gerais de Direito Financeiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenador). **Tratado de Direito Financeiro, volume 2**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 340-379.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise: Uma perspectiva pragmática**. Editora Lumen Juris, 2017

SILVA, Muro Santos. **Política econômica emergencial orientada para a redução dos impactos da pandemia da Covid-19 no Brasil: medidas fiscais, de provisão de liquidez e de liberação de capital**. Texto para discussão nº 2576 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília, junho de 2020.

PODER JUDICIÁRIO E O DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 NO ÂMBITO MUNICIPAL: CRIMES, ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, COMPETÊNCIA E SANÇÕES APLICÁVEIS

MARCELO CHELI

PROCURADOR MUNICIPAL E ADVOGADO,
PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DIREITO
FINANCEIRO E PATRIMÔNIO PÚBLICO DA OAB/SP
(SUBSEÇÃO DE SUMARÉ/SP),
PESQUISADOR DO GRUPO DE ESTUDOS
ORÇAMENTOS PÚBLICOS: PLANEJAMENTO,
GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DA UNIVERSIDADE
DE SÃO PAULO (LARGO SÃO FRANCISCO),
MESTRANDO EM DIREITO FINANCEIRO
E ECONÔMICO PELA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
(LARGO SÃO FRANCISCO),
PÓS GRADUADO EM DIREITO E ECONOMIA PELO
INSTITUTO DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP) E
PÓS GRADUANDO EM DIREITO TRIBUTÁRIO
E ADUANEIRO PELA PUC MINAS GERAIS.

+ R E S U M O +

Este artigo pretende analisar a aplicação de sanções pelo Poder Judiciário decorrentes de desvio de recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde que deveriam ser aplicados no combate à pandemia de COVID-19. O momento que atravessamos é sombrio, pois a doença já tirou a vida de centenas de milhares de brasileiros e nunca se dependeu tanto do nosso sistema único de saúde que precisa de todos os recursos financeiros possíveis para salvar a vida de brasileiros que são internados acometidos por complicações decorrentes da COVID. Todavia, alguns agentes públicos gananciosos que aproveitam o momento para se locupletar às custas do erário o que merece uma resposta das autoridades e, especialmente, do Poder Judiciário que aplicará sanções aos agentes públicos desonestos.

PALAVRAS-CHAVE

COVID-19. Pandemia. Desvio de recursos públicos. Aplicações de sanções. Poder Judiciário.



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AOS MUNICÍPIOS E ENQUADRAMENTOS LEGAIS
 - 2.1 **Atos de improbidade administrativa**
 - 2.2 **Infração penal (crime)**
3. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS PELO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19
 - 3.1 **Aspectos gerais**
 - 3.2 **Competência da justiça estadual**
 - 3.2.1 *Ações propostas perante a justiça estadual, desvio de recursos públicos e atos de improbidade administrativa*
 - 3.2.2 *Ações penais*
 - 3.3 **Competência da justiça federal na Constituição Federal**
 - 3.3.1 *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a competência da justiça federal para processar e julgar prefeitos e outros agentes públicos municipais por desvio de recursos públicos (crimes e atos de improbidade administrativa)*
4. SANÇÕES APLICÁVEIS
 - 4.1 **Sanções por ato de improbidade administrativa**
 - 4.1.1 *Da (im)possibilidade da celebração de acordos de não persecução civil com agentes públicos municipais que desviem recursos públicos destinados às ações e serviços de saúde para combate à pandemia de COVID-19*
 - 4.1.2 *Da dosimetria da sanção: o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 como circunstância relevante para agravamento da sanção imposta*
 - 4.2 **Das sanções penais e da sua dosimetria no contexto da pandemia de COVID-19**
5. CONCLUSÃO



1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a sociedade brasileira enfrenta um dos maiores (senão o maior) desafio de sua história, qual seja: a pandemia de coronavírus (COVID-19) responsável pela morte de muitas pessoas no Brasil. Neste cenário macabro, nossa Constituição cidadã assegura a todos o direito à saúde e, de forma concomitante, impõe ao Estado o dever de realizar ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A urgência na instalação de hospitais de campanha, abertura de leitos de UTIs, compra de medicamentos, insumos para vacinas, entre outros, exige do Poder Público um enorme emprego de recursos públicos nas ações e serviços de saúde destinados ao combate à pandemia, seja por meio de recursos próprios do orçamento dos entes federados, seja por meio de recursos que são transferidos da União para os Estados e destes para os Municípios. Neste contexto alguns agentes públicos aproveitam-se da ocasião para desviar recursos públicos destinados à pandemia, conduta abjeta que impede que parte significativa dos recursos cheguem aos hospitais e, “lá na ponta”, atendam pessoas que dependem do SUS para sobreviver.

Para inibir tais condutas, o Poder Judiciário tem relevante papel a cumprir, porquanto, será acionado para aplicação de sanções contra agentes públicos envolvidos com desvio de recursos públicos que deveriam ser aplicados no sistema de saúde. O objetivo do artigo é trazer à tona quais são os enquadramentos legais àqueles agentes públicos municipais que desviam recursos públicos destinados ao enfrentamento à COVID-19, quais os órgãos competentes (justiça estadual ou federal) para processar e julgar eventuais processos de responsabilização e, finalmente, quais as sanções aplicáveis e os principais requisitos para sua regular imposição.

Nesse cenário, o Poder Judiciário poderá, por meio do exercício de suas competências outorgadas pela Constituição Federal, contribuir de forma relevante no combate à pandemia, inclusive punindo adequadamente agentes públicos municipais que, imbuídos de espírito nada republicano, desviam recursos públicos destinado à saúde. A aplicação das sanções, todavia, deve observar estritamente o ordenamento jurídico vigente, inclusive para se evitar nulidades que poderão gerar à impunidade.

2. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AOS MUNICÍPIOS: ENQUADRAMENTOS LEGAIS

Os Municípios são entes federados autônomos e é certo que um dos aspectos mais relevantes da autonomia destes entes federados diz respeito à forma como obterão recursos para financiar os serviços que são oferecidos à população local. A autonomia financeira é tão relevante que José Maurício Conti afirma que: “Não é exagero dizer ser ela quem garante a sobrevivência da federação.”¹

¹ CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e fundos de participação**. – São Paulo : Editora Juarez Oliveira, 2011, p. 14.



A principal fonte de receita do Município, e que garante sua autonomia financeira, é obtida por meio do pagamento de impostos, cuja Constituição outorga aos Municípios sua instituição (IPTU, ITBI e ISS), além de outras rendas obtidas por meio de transferências intergovernamentais (transferências obrigatórias e voluntárias), v.g., transferências constitucionais de receita (diretas ou via fundo de participação).

Todavia, os recursos públicos nem sempre são destinados aos seus devidos fins, mas desviados por intermédio de atos de corrupção para incorporarem o patrimônio particular dos agentes públicos. O desvio de recursos públicos inviabiliza a execução material plena dos direitos fundamentais, portanto, podemos afirmar, amparados em autorizada doutrina², que a corrupção agride os direitos humanos, porquanto, impede o adequado financiamento de serviços públicos relativos à saúde, à educação, à segurança pública, à assistência social entre outros direitos fundamentais.

O desvio de recursos públicos por prepostos estatais destinados aos Municípios ou por eles empregados no combate à pandemia de coronavírus pode dar ensejo à severas sanções administrativas (atos de improbidade administrativa) e penais (infrações penais).

2.1 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal impõe à Administração Pública o dever de observar o princípio da moralidade, isto é, a conduta dos agentes públicos, que são prepostos do Estado, deve pautar-se sempre pela ética e retidão na busca pelo interesse público e social.

José dos Santos Carvalho Filho, acerca do princípio da moralidade, ensina que:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

O art. 37 da Constituição Federal também a ele se referiu expressamente, e pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se³.

Toda atuação da Administração Pública, de todos os Poderes constituídos e esferas federativas, deve estar alinhada à moralidade, destarte, condutas que não obedeçam aos cânones éticos, à honestidade e ao dever de atuar com justiça são inconstitucionais e não podem ser toleradas pelos órgãos de controle, especialmente pelo Poder Judiciário que poderá (deverá) anular atos contrários ao princípio constitucional.

Alguns atos praticados por agentes públicos que não se harmonizam com o princípio da moralidade, em especial aqueles dotados de especial gravidade, podem caracterizar atos de improbidade

² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 409.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 28. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Atlas, 2015, p. 22.



administrativa e dar ensejo às graves sanções previstas na lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 (lei de improbidade administrativa). Todavia, Matheus Carvalho⁴ alerta que:

(...) a noção de improbidade não se confunde com a de imoralidade, sendo esta uma espécie daquela. O agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade, contudo, nem todo ato de improbidade tipificado em lei corresponde a violação ao princípio da moralidade.

Por intermédio dos escólios de Matheus Carvalho, podemos concluir que os atos de improbidade administrativa tipificados na lei nem sempre correspondem à violação do princípio da moralidade, porquanto o conceito de improbidade é mais amplo e abrange o conceito de imoralidade.

Os atos de improbidade administrativa previstos na lei 8.429/1992 são de 04 (quatro) espécies, a saber: i) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; ii) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; iii) atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; e iv) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

São pertinentes ao estudo do tema proposto somente os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e que causam prejuízo ao erário, porquanto eventual desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia caracteriza situação de fato que pode subsumir-se aos tipos descritos nos arts. 9º e 10, da lei nº 8.429.

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito são os mais graves. Acerca da gravidade dos referidos atos ímprobos, Marino Pazzaglini Filho⁵ é categórico:

Trata-se da modalidade mais grave e ignóbil de improbidade administrativa, pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral, ocupando o mais alto grau da escala da reprovabilidade.

(...)

Configura-se esse tipo de improbidade administrativa quando o agente público (político, autônomo, servidor público ou particular em colaboração com o Poder Público) auferir dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração pública (direta ou indireta, incluindo a fundacional) dos entes da Federação e dos poderes do Estado, inclusive em empresas incorporadas ao patrimônio público, em entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. E, também, em entidades privadas de interesse público que recebem ou manejam verbas públicas.

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito consistem, portanto, nas condutas de agentes públicos que auferem, por exemplo, vantagem patrimonial indevida no desempenho ou em razão do exercício de suas funções.

⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. – 6. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador : JusPODIVM, 2019, p. 986.

⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada : aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. - 7. ed. - São Paulo : Atlas, 2018, p. 53 [livro eletrônico].



Por sua vez, acerca dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁶ ensinam que:

Os atos de improbidade, que causam prejuízos ao erário, consagrados no art. 10 da Lei 8.429/1992, relacionam-se à ação ou omissão, dolosa ou culposa, que *acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres* da Administração Pública e demais entidades mencionadas no art. 1.º da Lei de Improbidade Administrativa. (grifei)

Os atos de improbidade administrativa que acarretam prejuízo ao erário diferem dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, porquanto, naqueles atos, conforme podemos haurir da leitura do art. 10, *caput*, da lei de improbidade administrativa, o agente público não se locupleta do patrimônio público, mas causa-lhe dano, por intermédio de uma conduta dolosa ou culposa. Destarte, o agente público que, *v.g.*, facilitar, permitir ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de verbas destinadas ao combate à pandemia de coronavírus, responderá pela prática de ato de improbidade administrativa que acarreta prejuízo ao erário.

O desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia caracteriza, conforme defendido, atos de improbidade administrativa, mas pode acarretar outros tipos de ilícitos, como por exemplo infrações penais (crimes), cuja sanção (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa) será aplicável também pelo Poder Judiciário.

2.2 INFRAÇÃO PENAL (CRIME)

A lei de introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.914/1914, art. 1º) define o conceito de crime: “considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.”

Cezar Roberto Bitencourt⁷ critica a definição legal de crime prevista no referido Decreto-lei:

Essa lei de introdução, sem nenhuma preocupação científico-doutrinária, limitou-se apenas a destacar as características que distinguem as infrações penais consideradas crimes daquelas que constituem contravenções penais, as quais, como se percebe, restringem-se à natureza da pena de prisão aplicável.

Este artigo adere à crítica feita pelo autor, porquanto, o conceito legal de crime não descreve os elementos necessários para sua definição, já que se limita apenas à distinção acerca da pena privativa de liberdade e suas espécies (reclusão e detenção), portanto, insuficiente para compreensão do conceito de crime.

A doutrina majoritária utiliza o conceito analítico de crime, logo, crime é todo fato típico, anti-jurídico e culpável⁸. Acerca desses 03 (três) elementos, disserta Hans Welzel⁹:

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende de. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 124 [livro eletrônico].

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1.** – 17. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 271.

⁸ PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 13.

⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bastos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987, p. 57.



A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Indo a frente, eventuais condutas de funcionários públicos¹⁰ que utilizam das prerrogativas de seus cargos, empregos ou funções para desviar recursos públicos podem caracterizar crime de peculato, conforme prevê o Código Penal¹¹.

O crime de peculato de verbas públicas destinados ao combate à pandemia pode ocorrer em 04 (quatro) modalidades distintas, a saber: i) peculato-apropriação; ii) peculato-desvio; iii) peculato furto; iv) peculato-culposo.

O Tribunal Regional Federal¹² da Primeira Região, em acórdão bastante didático, aborda as 04 (quatro) modalidades de peculato:

O delito do artigo 312, do Código Penal, inserido no capítulo I, correspondente aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, prevê quatro modalidades do delito de peculato, a saber: a) peculato-apropriação (primeira parte do caput do art. 312); b) peculato-desvio (segunda parte do caput do art. 312); c) peculato-furto (§ 1º, e d) peculato culposo (§ 2º). 2. Tratando das duas primeiras modalidades de peculato previstas no caput, do art. 312, do Código Penal, assevera que (...) a conduta núcleo, portanto, constante da primeira parte do art. 312, do Código Penal, é o verbo apropriar, que deve ser entendido no sentido de tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se indevidamente de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou a detenção em razão do cargo. Aqui, o agente inverte o título da posse, agindo como se fosse dono, vale dizer, com o chamado *animus rem sibi habendi*. (...) a segunda parte do art. 312, do Código Penal, prevê o peculato-desvio. Aqui, o agente não atua no sentido de inverter a posse da coisa, agindo como se fosse dono, mas sim desvia o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, em proveito próprio ou alheio. No peculato-desvio, exige-se que o servidor público se aproprie de dinheiro do qual tenha posse direta ou indireta, ainda que mediante mera disponibilidade jurídica.

A prática de peculato, em quaisquer de suas modalidades (mormente as dolosas), no atual cenário de calamidade pública decorrente da pandemia, tem causado indignação na população,

¹⁰ O conceito de funcionário público, para fins penais, está previsto no art. 327, *caput* e § 1º, do Código Penal: “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.”

¹¹ “Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.”

¹² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **APR: 00013880820134013818 0001388-08.2013.4.01.3818**, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/09/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 09/10/2017.



inclusive, tramita no Senado da República, projeto de lei (projeto de lei nº 4499/2020) de autoria do Senador Fabiano Contarato (REDE/ES), que pretende incluir o crime de peculato no rol de crimes hediondos quando ocorrer apropriação ou desvio de recursos públicos destinados à efetivação dos direitos previstos no art. 6º, da Constituição Federal, dos quais encontra-se o direito à saúde.

Outro projeto (projeto de lei nº 1485/2020) de autoria da Deputada Federal Adriana Ventura (NOVO/SP) pode dobrar a pena do crime de peculato, entre outros crimes contra a Administração Pública.

As intenções do Poder Legislativo são boas, todavia, recrudescer a progressão de regime e aumentar a pena do crime de peculato não resolverá o problema do desvio de recursos públicos caso a medida não venha acompanhada de outras que aumentem a probabilidade de aplicação da pena privativa de liberdade descrita abstratamente.

2.2.1 Princípio da especialidade: aplicação do decreto-lei nº 201/1967 prevalece sobre as sanções penais descritas no Código Penal

O decreto-lei nº 201/1967 dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e vereadores, trata-se de lei especial cuja aplicação deve prevalecer acerca das disposições gerais previstas no Código Penal desde que o sujeito ativo dos delitos praticados seja Prefeito municipal, conforme recomenda o princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

O art. 1º, *caput*, não obstante a previsão expressa de que “são crimes de responsabilidade” dos Prefeitos municipais, trata, na verdade, de crimes comuns, não de crimes de responsabilidade, porquanto as penas impostas para as condutas descritas nos 23 (vinte e três) incisos que compõem o art. 1º são de detenção ou reclusão, portanto, penas privativas de liberdade. Não se trata, portanto, de sanções políticas (cassação de mandato ou suspensão dos direitos políticos), mas sanções de natureza penal (penas privativas de liberdade e restritiva de direitos, pois não vemos nenhuma razão para vedação, desde que preenchidos os requisitos do Código Penal, da conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos).

José Paulo Baltazar Júnior corrobora a afirmação:

Embora sejam conhecidos, impropriamente, como *crimes de responsabilidade*, os crimes do art. 1º do DL 201/67 são *crimes comuns*, ou seja, infrações de natureza penal, julgadas pelo Poder Judiciário, independentemente de manifestação da Câmara dos Vereadores e puníveis com reclusão ou detenção. Não devem ser confundidos, assim, com os crimes de responsabilidade em sentido estrito, objeto do art. 4º do DL 201/67 e do § 2º do art. 29 da CF, que têm natureza política, ou seja, de infrações político-administrativas, e não criminais, julgados pelo Poder Legislativo Municipal, puníveis com a perda do mandato ou *impeachment*¹³.

O Prefeito que apropriar-se, utilizar ou desviar recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde para enfrentamento da pandemia de coronavírus não responderá, destarte, por peculato (CP, art. 312), em razão do princípio da especialidade, mas por crimes semelhantes que estão descritos nos incisos I a III, do artigo 1º, do decreto-lei nº 201.

¹³ BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crimes federais**. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 514.



Há, ainda, como efeito extrapenal da condenação transitada em julgado (art. 1º, § 2º), a decretação da perda do cargo e a inabilitação do infrator, pelo prazo de 05 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público. O Superior Tribunal de Justiça¹⁴ já decidiu que a inabilitação não é limitada apenas aos Prefeitos, mas aos coautores ou partícipes.

É inevitável concluir que, diante da aplicação do princípio da especialidade, os Prefeitos municipais responderão, por desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia, nos termos do decreto-lei nº 201/1967.

3. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS PELO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DESTINADOS AO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19

3.1 ASPECTOS GERAIS

Como são inúmeros os processos que podem ser instaurados em decorrência dos conflitos de interesse que surgem em um país e múltiplos também os órgãos jurisdicionais, é facilmente compreensível a necessidade de distribuir esses processos entre esses órgãos. A jurisdição como expressão do poder estatal é uma só (princípio da unidade da jurisdição): cada juiz, cada Pretório, é plenamente investido dela. Mas, o exercício da jurisdição é distribuído, pela Constituição e pelas Leis, entre os vários órgãos que compõem o Poder Judiciário; cada qual então a exercerá dentro de determinados limites (ou seja, com referência a determinado grupo de litígios)¹⁵.

Aury Lopes Júnior¹⁶ ensina que:

A competência é um conjunto de regras que asseguram a eficácia da garantia da jurisdição e, especialmente, do juiz natural. Delimitando a jurisdição, condiciona seu exercício. Como regra, um juiz ou tribunal somente pode julgar um caso penal quando for competente em razão da matéria, pessoa e lugar.

Ao partir das premissas indicadas pelo professor Aury Lopes Júnior podemos chegar à conclusão de que a competência é formada por parcelas de jurisdição que são atribuídas a cada órgão do Poder Judiciário cujo escopo é viabilizar seu exercício (da jurisdição). Todo órgão do Poder Judiciário (exceto o CNJ) exerce jurisdição, porém, não é todo o órgão do Poder Judiciário que é competente para apreciar toda e qualquer lide, independentemente de sua natureza.

Tradicionalmente a competência divide-se em relativa (em razão do lugar) e absoluta (em razão da matéria ou em razão da pessoa). O presente artigo apreciará, tão somente, a competência dos órgãos do Poder Judiciário para processar e julgar litígios baseados na lei de improbidade administrativa (ações civis de improbidade administrativa) e lides penais (denúncias pela prática de crimes comuns) ambos praticados por agentes públicos municipais por eventuais desvios de recursos públicos destinados ao combate à pandemia.

¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 905326 SC 2006/0255341-3**. Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007, p. 714.

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. – 27. ed. Malheiros Editores : São Paulo, 2011, p. 251.

¹⁶ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 262.



3.2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

A competência da Justiça estadual é residual, ou seja, ressalvadas as competências da Justiça federal, da Justiça do trabalho, da Justiça militar e da Justiça eleitoral, todas as demais lides serão processadas e julgadas pela Justiça estadual.

A Constituição da República prevê que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios nela previstos, cuja competência dos Tribunais será definida na Constituição do respectivo Estado membro (CF, art. 125, *caput*, § 1º).

No âmbito da competência estadual serão analisadas a competência civil (pela prática de ato de improbidade administrativa) e penal.

3.2.1 Ações propostas perante a justiça estadual, desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia nos Municípios e atos de improbidade administrativa

No item acima foi dito que a competência da Justiça estadual é residual, porquanto é preciso aferir, de proêmio, a competência das outras Justiças (especializadas) e, caso não sejam competentes para processar e julgar a demanda a competência será da Justiça estadual.

Nos processos cujo objeto é a condenação de agentes públicos municipais, em litisconsórcio ou não com particulares¹⁷, pela prática de atos de improbidade administrativa caracterizados pelo desvio de recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde para enfrentamento da pandemia de COVID-19¹⁸, a fixação da competência da Justiça estadual será fixada residualmente, porquanto, desde que não haja interesse direto da União, das suas entidades autárquicas (inclusive fundações de direito público) ou empresas públicas federais, nos termos do art. 109, da Constituição.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, em regra, é competente a Justiça Estadual para processar e julgar agente público acusado de desvio de verba recebida em razão de convênio firmado com ente federal, desde que ausente interesse direto da União¹⁹. Ademais, já é pacífico no âmbito do Tribunal que compete à justiça estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal²⁰.

Outra questão polêmica e pertinente ao tema é se autoridades que têm foro por prerrogativa de função em matéria penal também o têm em matéria de improbidade administrativa. Por exemplo, Prefeito de determinado Município desvia verbas que deveriam ser destinadas ao combate à pandemia de coronavírus, além de crime (cuja competência para processo e julgamento é do respectivo Tribunal de segundo grau), o Prefeito também poderá ser processado pela prática de ato de improbidade administrativa, nesse processo de improbidade administrativa, o referido agente público teria foro por prerrogativa de função?

Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, em artigo publicado em julho de 1998 na revista do Senado, lecionam que:

¹⁷ Os particulares não podem ocupar isoladamente o polo passivo de um processo de improbidade administrativa. Nesse caso deverá ser formado litisconsórcio passivo.

¹⁸ Vide item 2.1.

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no CC: 133619 PA 2014/0099422-0**. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 09/05/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/05/2018.

²⁰ STJ, Súmula nº 209: Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.



Cuida-se de indagar se os juízes de primeiro grau seriam competentes para processar e julgar ação de improbidade movida contra autoridades que gozam de prerrogativa de foro em processos criminais. A simples análise das consequências jurídicas de semelhante ação já deveria ser suficiente para provocar uma reflexão atenta sobre a questão, em um sistema constitucional que assegura aos Ministros de Estado, membros de Tribunais Superiores e ao Tribunal de Contas da União foro especial perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 102, I, c, da Constituição vigente).²¹

O entendimento sufragado pelos autores não foi acolhido pelos Tribunais de superposição, porquanto o Supremo Tribunal Federal²² e o Superior Tribunal de Justiça²³ têm jurisprudência pacificada no sentido de que o foro por prerrogativa de função em matéria penal não é extensível às ações de improbidade administrativa.

O papel da justiça estadual no processo, julgamento e, no caso de condenação, aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa por desvio de recursos públicos destinados à pandemia no âmbito municipal é sobremaneira relevante, porquanto, a competência da justiça federal somente será fixada na hipótese de interesse direto da União, nos termos do art. 109, I, da Constituição, logo, a maioria dos casos de corrupção e desvio de recursos públicos serão apurados no âmbito da justiça comum estadual.

3.2.2 Ações penais

O desvio de recursos públicos destinados à saúde caracteriza, conforme já analisado²⁴, crime de peculato, cuja competência para processo e julgamento será, em regra, da justiça estadual.

Já foi dito que a competência da justiça estadual é residual²⁵. Não há qualquer distinção no caso de competência criminal da justiça estadual, reforçam essa afirmação os escólios de Renato Brasileiro de Lima:

A competência da justiça estadual é residual ou subsidiária, ou seja, as infrações penais que não pertençam à esfera de competência da justiça militar (da União ou dos Estados), da justiça eleitoral, ou da justiça federal, deverão ser processadas e julgadas perante a justiça estadual.²⁶

Portanto, nas hipóteses em que o desvio de receitas públicas destinadas à saúde para combater à pandemia de COVID-19 caracterize crime de peculato (CP, art. 312) ou conduta semelhante praticada por Prefeito (Decreto-lei nº 201, art. 1º, I e II), o Poder Judiciário estadual processará e julgará a lide penal e aplicará, em caso de condenação, uma das penas previstas no Código Penal ou no Decreto-lei nº 201.

²¹ WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15/03/2021.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AgR Pet: 3240 DF - DISTRITO FEDERAL 0004163-95.2004.1.00.0000**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 10/05/2018, Tribunal Pleno.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1484666 RJ 2014/0196292-4**. Relator: Ministro MAURO CAMPELLO MARQUES, Data de Julgamento: 15/10/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2015.

²⁴ Item 2.2 supra.

²⁵ Item 3.2 supra.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 6. ed. rev., e ampl. e atual. – Salvador : Ed. Juspodivm, 2018, p. 490.



3.3 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A competência da Justiça federal é determinada pela Constituição. O art. 108 disciplina a competência originária e recursal dos Tribunais Regionais Federais e o art. 109 prevê a competência dos juízes federais de primeiro grau. Trata-se de competência absoluta, porquanto é fixada, em regra, em razão da matéria, igualmente, a competência da justiça federal pode ser definida em razão do critério funcional, conforme defendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁷.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, a competência é dividida em competência originária (CF, art. 108, I) e recursal (CF, art. 108, II) e será fixada, no primeiro caso, em razão da pessoa (competência funcional, portanto). Por sua vez, a competência dos juízes federais (CF, art. 109) será fixada em razão da matéria e em razão da pessoa.

Desvio de recursos públicos destinados à pandemia pode, conforme já analisado, caracterizar ato de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário) e infração penal (crime de peculato), portanto, a depender do objeto da demanda, a competência será cível ou criminal, e será fixada conforme um dos critérios supracitados (matéria ou função exercida pelo agente público).

A definição da competência da Justiça federal é sobretudo importante, porquanto, por se tratar de competência absoluta os processos que tramitarem perante juízes ou Tribunais estaduais contêm vício insanável por violarem o princípio do juiz natural.

3.3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a competência da Justiça federal para processar e julgar Prefeitos e outros agentes públicos municipais por desvio de recursos públicos (crimes e atos de improbidade administrativa)

Os Prefeitos serão processados e julgados, em matéria criminal, pelos Tribunais de Justiça, porquanto, possuem foro por prerrogativa de função, nos termos do art. 29, X, da Constituição da República. No entanto, em que pese o dispositivo constitucional fixar que a competência criminal será dos “Tribunais de Justiça” e, igualmente, o art. 108 da Constituição que dispõem sobre a competência originária dos Tribunais Regionais Federais nada prever a respeito, é pacífico o entendimento²⁸ de que compete aos Tribunais de segunda instância da Justiça federal processar e julgar originariamente os Prefeitos, desde que o crime praticado guarde relação com as competências criminais outorgadas pela Constituição Federal à Justiça federal.

Acerca do assunto, Flávio Eduardo Turessi²⁹ ensina que:

Respeitando-se a prerrogativa de foro constitucionalmente prevista pela Carta Política de 1988, o julgamento do Prefeito Municipal pelos crimes de responsabilidade propriamente ditos, vale dizer, pelos delitos comuns previstos no Decreto-lei nº 201/67 que contam com a previsão de penas privativas de liberdade para seus autores, e por quaisquer outras infrações penais previstas no Código Penal ou em leis penais extravagantes, ocorre diretamente perante o Tribunal

²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. – 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 737.

²⁸ STF, Súmula nº 702: A competência do tribunal de justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

²⁹ TURESSI, Flávio Eduardo (org.). **Foro por prerrogativa de função: uma análise crítica sobre a eleição de competência criminal originária para prefeitos municipais. Crimes praticados por prefeitos**. – São Paulo : LiberArs, 2017, p. 83.



competente em razão da matéria, seja ele Federal, Estadual, Eleitoral ou até mesmo o Militar, nos exatos termos da Súmula 702 do Supremo Tribunal Federal, a competência imediatamente retomada pelo órgão jurisdicional de piso, sendo considerados válidos, no entanto, todos os atos processuais já realizados em sede de competência originária.

Caso o agente público municipal não tenha prerrogativa de foro, a competência da Justiça federal para processar e julgar demandas criminais envolvendo desvio de recursos públicos destinados à saúde será fixada, por exemplo, caso haja interesse direto da União, suas autarquias, fundações públicas e suas empresas públicas, como, *v.g.*, quando as verbas destinadas aos Municípios estiverem sujeitas à prestação de contas perante órgão federal³⁰.

No que tange as ações de improbidade administrativa a competência para processar e julgar os Prefeitos será do juiz federal (CF, art. 109), pois não há foro por prerrogativa de função em ações cíveis, e será definida por meio de critérios materiais, isto é, caso haja interesse direto da União, suas autarquias e fundações públicas e suas empresas públicas, como, *v.g.*, quando as verbas destinadas aos Municípios estiverem sujeitas à prestação de contas perante órgão federal³¹.

Em outra hipótese interessante, desta vez envolvendo a nomeação de secretário municipal de Saúde, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu a competência da Justiça federal para processar e julgar ação de improbidade administrativa, argumentando que a presença do Ministério Público Federal na polaridade ativa da lide, autoriza o reconhecimento da competência da Justiça federal para processar e julgar o processo:

A presença do Ministério Público Federal no polo ativo da demanda é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, o que não dispensa o juiz de verificar a sua legitimidade ativa para a causa em questão. (...)

Com efeito, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, no qual tem a União posição central de coordenação e fiscalização, havendo evidente interesse no regular funcionamento do sistema, o que legitima a atuação do Ministério Público Federal na hipótese tratada nos presentes autos, em que se aponta a irregularidade na nomeação efetivada para o cargo de Secretário de Saúde de Município, responsável, de acordo com o artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.080/90, pela direção do Sistema Único de Saúde - SUS no âmbito municipal.³²

Conclui-se, portanto, que a Justiça federal (juízes de primeiro grau e Tribunais Regionais Federais) será competente para processar e julgar quaisquer processos em que Prefeitos ou quaisquer outros agentes públicos municipais sejam acusados por desviar, apropriar-se ou subtrair recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde para combater à pandemia de coronavírus, desde que reste evidenciado lesão direta ao interesse da União e sua respectiva administração indireta (exceto, sociedades de economia mista).

³⁰ STJ, Súmula nº 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

³¹ STJ, Súmula nº 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

³² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AC: 00001635120094025115 RJ 0000163-51.2009.4.02.5115**. Relator: VIGDOR TEITEL, Data de Julgamento: 29/05/2018, VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 05/06/2018.



4. SANÇÕES APLICÁVEIS

4.1 SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O desvio, a apropriação ou a subtração de recursos públicos destinados ao combate à pandemia podem caracterizar atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário e, como consequência, serão aplicadas as sanções previstas em nosso ordenamento jurídico.

Nossa Constituição³³ estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (princípio da independência entre as instâncias penal e cível/administrativa).

O agente público municipal que, por ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito, incorporar ao seu patrimônio verbas destinadas ao combate à pandemia de COVID-19 estará sujeito às seguintes sanções: a) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; b) ressarcimento integral do dano (quando houver); c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de 08 (oito) a 10 (dez) anos; e) multa civil de até 03 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial; f) proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 10 (dez) anos; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios pelo prazo de 10 (dez) anos.

Os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito são os mais graves, portanto, as sanções aplicáveis serão as mais severas.

Por sua vez, as sanções aplicáveis ao agente público municipal que praticar ato de improbidade administrativa que causar prejuízo ao erário serão mais tênues, porém ainda bastante graves, vejamos: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio se ocorrer esta circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de 05 (cinco) a 08 (oito) anos; e) multa civil de até 02 (duas) vezes o valor do dano; f) proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo 05 (cinco) anos; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios pelo prazo de 10 (dez) anos.

Em caso de condenação, ao dosar a pena, o juiz deverá observar a extensão do dano causado e/ou o proveito patrimonial obtido, podendo, para tanto, aplicar 01 (uma) ou mais sanções cumulativamente, desde que a sanção imposta atenda ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nessa linha, Marino Pazzaglini Filho³⁴ nos ensina que:

A aplicação dessas penalidades, isolada ou cumulativa, subordina-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que são de observância obrigatória na individualização das medidas punitivas em geral, sendo pertinente adotar os mesmos parâmetros previstos para a fixação das sanções administrativas (art. 17).

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser obrigatoriamente observados pelos magistrados durante a dosimetria das sanções, sob pena de reforma das sentenças prolatadas com adequação das sanções à extensão do dano causado e/ou ao proveito econômico obtido pelo agente público municipal.

³³ Art. 37, § 4º.

³⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op., cit., p. 27.



4.1.1 Prefeitos e atos de improbidade administrativa: é possível a responsabilização de Prefeito pela prática de ato de improbidade administrativa em face da legislação específica (decreto-lei nº 201/1967)?

Questão interessante diz respeito à possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos Prefeitos em face da existência de estatuto repressor específico (decreto-lei nº 201/1967).

Sobre a questão, a doutrina³⁵ aponta 03 (três) correntes de entendimento, a saber:

1ª A ação de improbidade administrativa prevista na lei nº 8.429/1992 é independente das ações que apuram crimes comuns e crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas), portanto, é admissível a concomitância das ações;

2ª Não é admissível ação de improbidade administrativa quando o sujeito passivo é agente político (é o caso dos Prefeitos que são agentes políticos);

3ª As sanções previstas em nosso ordenamento acerca da responsabilização político-administrativa de agentes políticos e a lei de improbidade administrativa convivem harmonicamente, entretanto, não é possível a imposição de uma sanção de natureza política (por exemplo, suspensão de direitos políticos ou perda do cargo) aos agentes políticos processados com fulcro na lei de improbidade administrativa.

A primeira corrente, ao menos aparentemente, coaduna-se com o art. 2º, da lei de improbidade administrativa, que define agente público como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que os Prefeitos estão sujeitos às sanções da lei de improbidade administrativa, sem prejuízo das sanções penais cabíveis:

Os agentes políticos municipais (aí incluídos os Prefeitos) submetem-se aos ditames da Lei 8.429/1992, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei nº 201/1967, em face da inexistência de incompatibilidade entre esses diplomas.³⁶

A possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos Prefeitos também já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida: “O processo e julgamento de Prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias.”³⁷

É possível concluir que a possibilidade de aplicação das sanções previstas na lei de improbidade administrativa ao Prefeito, independentemente de sua responsabilização penal ou política-administrativa, é consenso doutrinário (salvo, entendimento minoritário em sentido contrário) e jurisprudencial.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op., cit., ps. 1119-1120.

³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp: 1615010 CE 2016/0189365-8**. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 14/08/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE: 976566 PA - PARÁ 0000158-17.2006.4.01.3901**. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 13/09/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-210 26-09-2019.



4.1.1 Da (im)possibilidade da celebração de acordos de não persecução cível com agentes públicos municipais que desviem recursos públicos destinados às ações e serviços de saúde para combate à pandemia de COVID-19

A lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que ficou conhecida como pacote anticrime, promoveu alterações na lei de improbidade administrativa, no que concerne a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º). Trata-se de importante inovação legislativa, porquanto, a redação anterior vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

O novel instituto é sobremodo importante para o chamado direito administrativo sancionador, porquanto o afeta diretamente pois a celebração de acordos de não persecução cível influir na pretensão punitiva estatal. Sobre a alteração legislativa que agora autoriza a celebração de acordos de não persecução cível em matéria de improbidade administrativa, Fábio Medina Osório³⁸ ensina que:

A nosso sentir, o acordo de não persecução tem consequências diretas na medida repressiva no campo do direito sancionador, afetando, desta forma, a pretensão punitiva Estatal, o que acaba por atrair o instituto para a órbita do direito material. É preciso registrar, neste norte, que a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é de curial importância, pois terá consequências diretas na vida prático/processual. E tanto o acordo de não persecução penal, quanto o acordo de não persecução cível, tem natureza de direito material, implicando renúncia à pretensão punitiva e negociação de sanções, sendo esta sua finalidade primária. Nessa medida, essas espécies de acordos traduzem óbices a que outros colegitimados adotem iniciativas subsidiárias frente à suposta inércia do titular estatal do acordo, eis que a sanção terá sido objeto de renúncia e negociação.

Podemos extrair dos escólios do autor que o acordo de não persecução cível tem natureza jurídica de direito material, portanto, haverá renúncia à pretensão punitiva estatal, caso haja negociações entre os legitimados para propositura da ação de improbidade administrativa e os autores dos atos ímprobos.

Não obstante o acerto do legislador na criação do acordo de não persecução cível, o Poder Executivo vetou integralmente o art. 17-A da lei de improbidade que o disciplinava (veto mantido pelo Poder Legislativo). O veto realizado pelo chefe do Poder Executivo poderá esvaziar o conteúdo do art. 17, § 1º, que exige para celebração de acordos de não persecução cível obediência ao teor da lei de improbidade.

Considerando à míngua de maiores detalhamentos seria juridicamente possível a celebração de acordo de não persecução cível em quaisquer situações?

Surgem duas situações possíveis, a primeira consiste na aplicação de princípio basilar de hermenêutica jurídica plasmado no brocardo jurídico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, isto é, não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringe. Portanto, os acordos de não persecução cível poderão ser celebrados em quaisquer hipóteses, sem quaisquer restrições. A segunda situação seria restringir o alcance do § 1º, do art. 17, da lei de improbidade, porquanto,

³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 18-04-2021.



em algumas circunstâncias, a celebração de acordos de não persecução cível desvirtuaria a própria finalidade da lei (interpretação teleológica) e poderia ser utilizado como instrumento garantidor da impunidade de agentes públicos que praticarem atos graves de improbidade administrativa.

Adota-se como posicionamento, neste artigo, a segunda corrente, porquanto se coaduna com o princípio constitucional da moralidade administrativa, o princípio da supremacia do interesse público e, especialmente, com uma interpretação teleológica do art. 17, § 1º, da lei de improbidade. De mais a mais, não há nenhum óbice aparente na aplicação das disposições previstas para o acordo de não persecução penal, no que couber, aos acordos de não persecução cível (diálogo entre as fontes), destarte, o órgão legitimado para propor ação de improbidade administrativa somente poderá propor acordo de não persecução cível desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do ato de improbidade administrativa praticado.

Utilizando-se essas premissas não seria possível a celebração de acordo de não persecução cível com agentes públicos que desviam recursos públicos destinados ao combate à pandemia de COVID-19, pois diante das consequências do ato de improbidade administrativa e o grau de reprovabilidade da conduta a celebração de acordo não seria necessária e suficiente à reprovação da infração à lei e não é também recomendável para prevenção de outros atos de improbidade, esta última é uma finalidade importante da aplicação de quaisquer sanções, porquanto a certeza da punição é um mecanismo dissuasor relevante para evitar a prática de novas infrações.

4.1.2 Da dosimetria da sanção: o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 como circunstância relevante para agravamento da sanção imposta

O Poder Judiciário, na aplicação das sanções, observará os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e conforme o disposto na lei de improbidade administrativa, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, a gravidade do fato e o proveito patrimonial obtido pelo agente público improbo.

Os desvios de recursos públicos destinados às ações e serviços públicos de saúde, especialmente em um contexto em que faltam leitos em UTIs e fármacos básicos para intubação de pacientes em estado de saúde grave, é devastador e sobremaneira reprovável. Portanto, a extensão do dano³⁹ justificará a aplicação de sanção mais severa, inclusive autorizará a acumulação de sanções⁴⁰.

Todavia, a aplicação cumulativa das sanções ou sua exasperação não são automáticas, cabendo ao magistrado, em ato discricionário, porém vinculado aos ditames legais, fundamentar em elementos concretos extraídos dos autos a aplicação cumulativa de sanções ou sua exasperação, sob pena de nulidade. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴¹, certa feita, já se manifestou a respeito:

A fixação das sanções consiste em ato discricionário juridicamente vinculado, pois o magistrado, respeitando os parâmetros mínimo e máximo previamente fixados pela lei, deverá estabelecer um patamar justo de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pautando-se na extensão do dano causado e no proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único, Lei n. 8.429/92).

³⁹ Art. 12, parágrafo único, da lei nº 8.429/1992.

⁴⁰ Art. 12, *caput*, da lei nº 8.429/1992.

⁴¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApCiv: 00304343920074036100 SP**. Relator: Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, Data de Julgamento: 22/03/2021, 3ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 24/03/2021.



Conclui-se, então, que é possível, considerando a extensão do dano, a gravidade do ato e proveito patrimonial obtido, aplicar sanções mais severas em desfavor de agentes públicos e particulares em litisconsórcio com aqueles pela prática de atos de improbidade administrativa que importem em desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia de COVID-19, desde que a sentença esteja devidamente fundamentada em elementos concretos do caso.

4.2 DAS SANÇÕES PENAIS E DA SUA DOSIMETRIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

As sanções penais têm origem na Constituição Federal que prevê em seu art. 5º, XLVI, um rol meramente exemplificativo de penas que poderão ser adotadas desde que haja lei nesse sentido, quais sejam: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal adota apenas 03 (três) espécies de penas, conforme seu título V, sob o título “das penas”, cujo art. 32, prevê que são penas: a) privativas de liberdade; b) restritiva de direitos; c) multa.

As penas privativas de liberdade consistem em reclusão ou detenção. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto e a pena de detenção deve ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto ou aberto, conforme prevê o art. 33, *caput*, do Código Penal. As penas restritivas de direitos, por sua vez, são a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana, nos moldes descritos no art. 43, do Código Penal. Finalmente, a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, conforme determinado pelo art. 49, *caput*, do Código Penal.

Indaga-se, por que aplicar uma pena em alguém na esfera penal?

A pena, segundo Damásio E. de Jesus⁴², “é sanção afliitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”. Do conceito de pena elaborado pelo autor é possível haurir duas características importantes, quais sejam: as características retributiva e preventiva da pena.

A retribuição, segundo Damásio⁴³, consiste na ameaça de um mal contra o sujeito ativo de um delito. A finalidade preventiva da pena, por sua vez, abrange duas dimensões, a geral e a especial, sendo esta destinada a todos e aquela (prevenção especial) visa o autor do delito.

O Direito Penal, infelizmente, não tem cumprido sua finalidade preventiva, porquanto é de conhecimento geral que os índices de criminalidade no Brasil são elevados, no que tange aos crimes contra a Administração Pública, especificamente, a realidade é a mesma.

Críticas à parte, nos itens 2.2 e 2.2.1 foi dito que o desvio de recursos públicos destinados ao combate à pandemia caracteriza crime, portanto, após regular processo penal, poderá ser aplicada pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa.

A dosimetria das sanções penais obedece, em regra, um sistema trifásico, isto é, a dosagem da pena aplicada deve passar pela análise de 03 (três) fases distintas, na primeira fase são levadas em consideração as circunstâncias judiciais, ou seja, o magistrado observará a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente e os motivos, as circunstâncias e as

⁴² JESUS, Damásio E. **Direito penal: V. 1 parte geral**. 22. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 1999, p. 519.

⁴³ Ibidem.



consequências do crime, para fixar a chamada pena base. Após a fixação da pena base o juiz, na segunda fase, levará em conta as causas agravantes e atenuantes e, finalmente, na terceira fase, as causas de aumento e diminuição da pena.

Na imposição da pena de multa, o sistema de dosimetria adotado é bifásico, porquanto o juiz, na primeira fase, fixa a quantidade de dias-multa e, ulteriormente, na segunda fase, fixa seu valor.

O quadro atual de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 autoriza o magistrado a aplicar pena mais severa aos agentes públicos que cometam crimes relacionados ao desvio de recursos públicos destinados às ações e serviços de saúde de enfrentamento à doença, porquanto, *v.g.*, as circunstâncias e as consequências do crime são sobremaneira danosas ao bem jurídico tutelado pela norma penal, destarte, a pena pode ser fixada além do mínimo previsto em lei. Há possibilidade, igualmente, do reconhecimento de agravante, porquanto o agente público viola dever inerente a seu cargo, nos termos do art. 61, II, “g”, do Código Penal.

Em conclusão, é preponderante consignar que a aplicação de uma sanção penal não inviabiliza a aplicação de uma sanção administrativa (e vice e versa), porquanto, em regra, há independência entre as esferas administrativa e penal.

5. CONCLUSÃO

Os Municípios, entre os entes federados, encontram-se na linha de frente do enfrentamento à COVID-19 e os recursos que compõem o orçamento destes entes devem ser empregados de forma eficiente nas ações e serviços de saúde que salvaram (e salvarão) à vida de milhares de brasileiros, sem desvios. O vírus, contudo, não trouxe apenas à morte de brasileiros, mas expôs também a ganância de agentes públicos municipais que respondem a processos por desvio de recursos públicos que seriam destinados ao combate à pandemia.

Desviar ou apropriar-se de recursos públicos que deveriam estar sendo empregados para salvar à vida de brasileiros é um ato odioso que merece a imposição de sanções pelos órgãos competentes. Nesse diapasão, considerando o desvio de recursos públicos por agentes municipais, o Poder Judiciário tem relevante função a cumprir na responsabilização dos infratores, porquanto, a imposição das sanções administrativas e penais é sua atribuição.

Os agentes públicos municipais podem ser punidos pela Justiça Federal ou Estadual, a depender da origem da verba desviada e, no caso dos Prefeitos, há prerrogativa de foro por função no âmbito dos respectivos Tribunais em matéria penal.

No que tange as sanções aplicáveis, é possível a aplicação de sanções administrativas pela prática de atos de improbidade administrativa que consistem na suspensão dos direitos políticos, multa, ressarcimento ao erário, perda do cargo, entre outras, que deverão ser dosadas de acordo com a extensão do dano, a gravidade do fato e a vantagem auferida pelo agente improbo, inclusive, o ordenamento jurídico autoriza à aplicação de sanções mais intensas àqueles agentes públicos que desviam recursos destinados à saúde. Não é possível, conforme visto, a celebração de acordo de não persecução cível com agentes públicos que desviaram recursos públicos destinados ao combate à pandemia, porquanto, a medida não é necessária e suficiente para repressão e prevenção dos ilícitos praticados.

Há também possibilidade de aplicação de uma sanção penal, ou seja, a imposição de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multas que observaram, em sua dosimetria, um sistema trifásico, em regra, salvo a dosimetria das multas que obedece um sistema bifásico, em que o magistrado deverá exasperar a pena em caso de desvio de recursos destinados ao combate



à pandemia, em razão das circunstâncias e consequências do crime e, igualmente, agravá-la por constatar violação de dever inerente ao cargo do agente público que deve zelar pela integridade do erário.

Reafirma-se a mensagem de que o Poder Judiciário pode contribuir para superarmos à crise decorrente da pandemia, processando e julgando os conflitos de interesses que eventualmente surjam no decorrer da pandemia, aplicando o Direito Sancionador, e inibindo condutas de agentes públicos municipais que desviam recursos públicos que deveriam ser empregados para salvar a vida dos munícipes.

BIBLIOGRAFIA

- BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crimes federais**. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. – 6. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador : JusPODIVM, 2019
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 28. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Atlas, 2015.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. – 27. ed. Malheiros Editores : São Paulo, 2011.
- CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e fundos de participação**. – São Paulo : Editora Juarez Oliveira, 2011.
- JESUS, Damásio E. **Direito penal: V. 1 parte geral**. 22. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 6. ed. rev., e ampl. e atual. – Salvador : Ed. Juspodivm, 2018.
- LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.



NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. – 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA; Rafael Carvalho Rezende de. **Improbidade administrativa: direito material e processual**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020 [livro eletrônico].

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 18-04-2021.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada : aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. – 7. ed. – São Paulo : Atlas, 2018 [livro eletrônico].

PINHEIRO, Bruno. **Teoria geral do delito**. – Rio de Janeiro : Elsevier, 2009.

TURESSI, Flávio Eduardo (org.). **Foro por prerrogativa de função: uma análise crítica sobre a eleição de competência criminal originária para prefeitos municipais. Crimes praticados por prefeitos**. – São Paulo : LiberArs, 2017.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y> >. Acesso em: 15/03/2021.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bastos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile : Jurídica de Chile, 1987.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC: 133619 PA 2014/0099422-0. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 09/05/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/05/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1484666 RJ 2014/0196292-4**. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 15/10/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 905326 SC 2006/0255341-3**. Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 10/05/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007, p. 714.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp: 1615010 CE 2016/0189365-8**. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 14/08/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AgR Pet: 3240 DF - DISTRITO FEDERAL 0004163-95.2004.1.00.0000**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 10/05/2018, Tribunal Pleno.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE: 976566 PA - PARÁ 0000158-17.2006.4.01.3901**. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 13/09/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-210 26-09-2019.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **APR: 000138808201340138180001388-08.2013.4.01.3818**. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/09/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 09/10/2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AC: 00001635120094025115 RJ 0000163-51.2009.4.02.5115**. Relator: VIGDOR TEITEL, Data de Julgamento: 29/05/2018, VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 05/06/2018.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ApCiv: 00304343920074036100 SP**. Relator: Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, Data de Julgamento: 22/03/2021, 3ª TURMA, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 24/03/2021.

ESTRATÉGIAS E PROPOSTAS DE JUSTIÇA FEDERAL DE SÃO PAULO DURANTE A PANDEMIA

MÁRCIO FERRO CATAPANI

JUIZ FEDERAL DIRETOR DO FORO
DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO.
MESTRE E DOUTOR EM DIREITO COMERCIAL.
PROFESSOR DE DIREITO EMPRESARIAL
DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DA SÃO PAULO – UNIFESP.

FOI PESQUISADOR BOLSISTA NO INSTITUTO
INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO
DO DIREITO PRIVADO - UNIDROIT (ROMA)
(2011-2012) E NO INSTITUTO SUÍÇO DE DIREITO
COMPARADO - ISDC (LAUSANNE) (2013).

+ R E S U M O +

O presente artigo tem por finalidade expor as principais iniciativas da Seção Judiciária de São Paulo para enfrentar as alterações no ambiente de trabalho e na prestação jurisdicional decorrentes da pandemia de Covid-19 e planejar o futuro da Justiça Federal em São Paulo. Para tanto, são analisadas questões como a migração dos processos de um suporte físico (papel) para o digital, por meio da adoção do sistema PJE e da digitalização de autos; as novas modalidades de trabalho não presencial e suas consequências para a realização de atividades no âmbito Judiciário; a criação de novas estruturas no âmbito da Seção Judiciária, como as Centrais de Processamento Eletrônico, de Cálculos e de Distribuição; a necessidade de adaptação das instalações físicas; e novas formas de enfrentamento da litigância.

PALAVRAS-CHAVE

COVID-19. Pandemia. Desvio de recursos públicos. Aplicações de sanções. Poder Judiciário.



1. INTRODUÇÃO¹

Aos olhos de um observador pouco acostumado aos trabalhos da Justiça Federal, a crise sanitária que o mundo e, em especial, o Brasil têm enfrentado desde o início de 2020 pode parecer um grande divisor de águas a separar o novo do velho. As formas de pensar, de agir em sociedade e de trabalhar sofreram, com as restrições impostas pela pandemia, uma alteração tão grande de chega-se a estabelecer o ano de 2020 como o verdadeiro marco de início do novo milênio².

Se, por um lado, essa conclusão tem em si boa dose de verdade, também não se pode deixar de lembrar que o processo de transformação social não se dá aos saltos, sem que as bases de novas fases tenham sido, de modo mais ou menos sedimentado, estabelecidas em períodos anteriores. Nesse contexto é que deve ser analisada a posição da Justiça Federal de São Paulo desde março de 2020: grandes mudanças estruturais vinham sendo gestadas, ao menos desde o início da década de 2010, de modo a permitir uma verdadeira revolução qualitativa na forma de se trabalhar o processo judicial e os conflitos que ele visa solucionar. Deve-se reconhecer, no entanto, que em março de 2020 houve uma aceleração enorme desse longo e intrincado processo evolutivo, em virtude da qual é possível dizer que os marcos que seriam alcançados em anos ou mesmo décadas tiveram de ser rapidamente superados no curso de poucos meses.

O objetivo deste breve artigo é descrever, de forma sucinta, esse caminho que já vinha sendo trilhado e que foi desbravado em tempo recorde no último ano, bem como antever quais serão os próximos passos que já estão sendo planejados. Para tanto, é essencial fazer-se uma distinção entre dois tipos de medidas ou atitudes que foram tomadas: aquelas que visam exclusivamente enfrentar a crise sanitária e que, posteriormente, podem ser revistas ou desfeitas – em geral, ligadas ao enfrentamento de necessidades imediatas e diretamente ligadas a questões de saúde e prevenção e combate ao contágio da Covid-19 –, e aquelas de efeitos permanentes, que continuam a pavimentação do caminho da Justiça Federal nos próximos anos e décadas. Tendo em vista o escopo limitado deste artigo, a reflexão concentrar-se-á no segundo tipo, ou seja, nas medidas que produzam consequências de longo prazo e estejam relacionadas à visão estratégica da instituição no futuro.

¹ O presente artigo é o fruto de reflexões feitas pelo autor, que têm como base, certamente, a experiência vivida, ao longo dos anos de 2020 e 2021, no enfrentamento da crise à frente da Diretoria do Foro. É necessário, contudo, salientar que são meras considerações pessoais que, de modo algum, podem ser tidas como representativas de uma posição institucional da Justiça Federal de São Paulo ou de qualquer outro órgão relacionado.

Aproveito o espaço para um agradecimento especial ao Desembargador Federal Mairan Maia, que me convidou para exercer o cargo de Diretor do Foro. Sem dúvida, a confiança por ele depositada no autor deste breve artigo traz consigo uma responsabilidade muito grande de corresponder às expectativas. E tanto maior é essa responsabilidade quando se vê a forma segura, eficiente e humana com que a crise sanitária presente tem sido enfrentada pela atual gestão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, objeto de sincera admiração pelo autor.

² É essa, por exemplo, a posição da antropóloga e historiadora Lilia Schwarcz em entrevista concedida recentemente à CNN (disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/07/05/o-seculo-21-comeca-nesta-pandemia-analisa-a-historiadora-lilia-schwarcz>, acesso em 19/03/2021).



O pensamento sobre o futuro, aliás, permeia todo o processo que será descrito: se as suas bases já haviam sido lançadas há algum tempo, por certo ainda existe um longo percurso a ser vencido. Não se desconhece que mudanças de rotas serão necessárias e inevitáveis, mas já é possível antever alguns passos que estão planejados e cuja execução ainda não é possível por escassez de tempo ou de recursos humanos ou tecnológicos. O rumo, não obstante, já foi posto e cabe aos atores envolvidos empenhar-se da melhor forma para que ele possa ser alcançado.

2.O PROCESSO DIGITAL E AS OPORTUNIDADES POR ELE TRAZIDAS

No âmbito da Justiça Federal da 3ª Região³, as iniciativas relacionadas à adoção de um suporte digital⁴ para o processo não são novas. Os Juizados Especiais Federais (“JEFs”), desde a sua criação⁵, têm todos os seus processos tramitando por meio do Sisjef, sistema de processamento integralmente digital desenvolvido no âmbito regional. Assim, desde 2002 foi-se adquirindo a experiência necessária para a tramitação de um grande número de feitos que não dependiam de autos em papel.

Outro grande passo foi a adoção do sistema Processo Judicial Eletrônico (“PJE”) para a tramitação de processos das Varas Federais da 3ª Região. A Resolução TRF3 nº 244, de 27/10/2010, dispôs sobre o projeto de implantação do PJE. A fase inicial dessa implementação efetiva deu-se com as Varas Previdenciárias da Capital (Resolução TRF3 nº 250, de 25/05/2011) e os últimos feitos a tramitarem nessa plataforma, na primeira instância, foram os de natureza criminal da Subseção Judiciária de Guarulhos (Resolução TRF3 nº 265, de 15/03/2019), a partir de 05/08/2019.

Mesmo com as novas ações ingressando, desde 08/2019, exclusivamente em meio digital, ainda havia um enorme número de processos anteriores que tramitavam em meio físico. Para enfrentar essa realidade, foi criado o programa “TRF3 100% PJE”⁶. Esse programa teve a sua terceira fase executada no ano de 2020, com ênfase na digitalização de 100% dos feitos de natureza criminal ativos e uma parcela das execuções fiscais. Ao fim de 2020⁷, nas Varas da Seção Judiciária de São Paulo⁸, havia 105.659 processos tramitando em meio físico e 704.884 em meio eletrônico, perfazendo um índice de digitalização de 86,96%. No ano de 2021 vai ser iniciada a 4ª fase do projeto, com uma meta ambiciosa: digitalizar todos os processos ativos que as Varas tenham intenção de digitalizar⁹.

³ O presente artigo centra a sua análise do contexto da Justiça Federal paulista. Deve-se notar, contudo, que várias das iniciativas aqui expostas advêm do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, abarcando, portanto, também o Estado do Mato Grosso do Sul e a segunda instância.

⁴ Por processo em suporte digital entende-se aquele cujos autos não se traduzem em documentos em papel, mas registrados em meio eletrônico e intangível. Note-se que a doutrina do Direito Processual Civil já há algum tempo discute acerca da validade da prova relacionada a documentos cujo suporte não seja o papel. Nesse contexto, a existência do chamado processo eletrônico nada mais é do que um aprofundamento dessa realidade reconhecida pela doutrina, em que o papel deixa de ser o meio mais seguro, rápido e econômico para a representação de fatos e situações jurídicas. Para uma análise mais profunda acerca da migração do suporte físico em papel para o meio eletrônico como forma de instrumentalização de relações jurídicas, vide as reflexões do autor constantes de: **Títulos Públicos: Natureza Jurídica e Mercado**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, Itens 2.2.2 e 4.8.1.

⁵ A instalação dos primeiros JEFs na 3ª Região deu-se por meio da Resolução TRF3 nº 110, de 10/01/2002.

⁶ A primeira fase desse programa foi disciplinada pelas Resoluções TRF3 n.º 224, de 24/10/2018, e 235, de 28/11/2018.

⁷ Dados de 16/12/2020 para os processos físicos (sistema MUNPS) e de 13/12/2020 para os eletrônicos (sistema PJE).

⁸ Deve-se sempre lembrar que, nos Juizados Especiais Federais, 100% dos feitos tramitam em plataforma eletrônica.

⁹ Em geral, processos físicos que estão muito próximos de um desfecho, com o seu arquivamento definitivo, não são



Com a migração da quase totalidade dos processos para o meio digital, abriram-se novos horizontes que permitem a implementação de outras formas de trabalho e estruturas institucionais, as quais vão moldar a Justiça Federal de São Paulo no futuro próximo. Assim, é importante destacar que essa migração é o pressuposto de uma série de outras medidas que afetam a própria concepção do servido prestado pelo Poder Judiciário.

Não se deve deixar de notar que diversos usuários apresentam críticas – muitas das quais fundamentadas – ao funcionamento dos sistemas processuais eletrônicos. Esse fato, contudo, deve ser compreendido no contexto de que esses sistemas já representam um grande avanço frente ao processo em papel e encontram-se em pleno desenvolvimento. Melhorias e novos projetos são implementados a cada dia e, no médio prazo, o horizonte parece ser muito favorável.

3.AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Com o avanço do processo digital, quebrou-se a necessidade de vínculo físico do magistrado ou servidor com os autos que por eles devem ser trabalhados. É perfeitamente possível que alguém se encontre em qualquer parte do globo e possa ter acesso integral ao conteúdo do feito; minute despachos, decisões e sentenças; assine documentos; realize audiências e outros atos processuais; atenda advogados e partes. Essa alteração que, a uma primeira vista pode parecer singela, parece-nos a grande mudança cultural que deve ser enfrentada pela Seção Judiciária no momento.

No início de 2020, o teletrabalho era uma realidade em algumas unidades judiciárias e administrativas, mas ainda era realizado por poucos servidores e com base em experiências isoladas. Não havia uma política institucional de incentivo e organização massiva de força de trabalho para atuação não presencial. Esse era o contexto em março de 2020, quando a chegada avassaladora da pandemia de Covid-19 ao Brasil gerou uma necessidade urgente de que a esmagadora maioria dos magistrados, servidores, estagiários, colaboradores e terceirizados da Justiça Federal passasse a trabalhar de modo integralmente à distância em poucos dias.

Houve, nesse momento, um esforço enorme do setor de tecnologia do Tribunal para permitir que a nossa força de trabalho pudesse continuar, em larga escala, trabalhando sem comparecimento presencial aos fóruns e unidades administrativas. Como resultado, pode-se manter ao longo do ano de 2020 uma produtividade bastante alta no âmbito da Seção Judiciária de São Paulo e da Justiça Federal da 3ª Região como um todo¹⁰.

O aprendizado que tivemos desde março de 2020 poderia, entretanto, perder-se em um futuro muito próximo e virar mera lembrança de um período excepcionalmente difícil. Nesse ponto, na opinião do autor destas breves linhas, houve um grande diferencial na atuação do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: quase imediatamente, usou-se tudo aquilo que a duras penas estava sendo aprendido e conquistado para planejar o futuro e estabelecer as bases de uma nova visão de atuação judiciária. Em um esforço conjunto da Presidência, Vice-Presidência e Corregedoria do Tribunal, de suas áreas técnicas e das Seções Judiciárias de São Paulo e Mato Grosso do Sul, foi gestada a nova norma que regulamenta o trabalho não presencial: a Resolução TRF3 n.º 370, de 20/08/2020. Note-se que essa norma projeta os seus efeitos, em especial, para o período posterior àquele de trabalho não presencial extraordinário motivado pela pandemia.

encaminhados pelas Varas para digitalização, tanto porque não se justificaria o custo da ação, quanto pelo fato de que o tempo de suspensão da tramitação necessário demonstra que a estratégia de digitalizar seria contraproducente nesses casos.

¹⁰ Vide os dados divulgados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/405236>, acesso em 19/03/2021).



A Resolução TRF3 n.º 370/2020 parte do pressuposto de que as modalidades de trabalho dos servidores que exercem as mais diversas funções na Justiça Federal não podem ser resumidas em um tipo único e geral. Por essa razão, foram criadas 3 espécies do gênero trabalho não presencial: (i) teletrabalho, no âmbito do qual podem ser exercidas atividades cujo resultado seja numericamente quantificável; (ii) trabalho remoto por gestão diferenciada, para as atividades que não podem ser objeto de quantificação numérica, como aquelas que respondem a demandas, tarefas ou projetos; e (iii) trabalho à distância, no caso das unidades descentralizadas ou da prestação de serviços em localidade diversa daquela de lotação do servidor.

Há o reconhecimento de que a simples adoção do trabalho não presencial de modo indistinto, sem consideração das dificuldades que essa forma de atuação apresenta, do ponto de vista de estrutura física, aspectos culturais e mesmo emocionais envolvidos, poderia acarretar graves prejuízos aos servidores e à instituição. Assim, foram tomadas medidas como a criação de ações e programas de capacitação próprios para o teletrabalho, tanto por parte de quem o realiza como dos gestores¹¹. Também foram divulgados vídeos especialmente gravados pela área de psicologia organizacional, com orientações aos magistrados e servidores sobre como lidar com as dificuldades geradas pela ausência de trabalho presencial. E está sendo criado, em atuação conjunta do Tribunal e das Seções Judiciárias, um programa permanente de saúde mental que tem entre os seus objetivos auxiliar os magistrados e servidores a lidarem com a nova realidade de trabalho não presencial.

Outro ponto fundamental da nova norma foi respeitar as especificidades e a autonomia das unidades judiciais e administrativas: foi conferida grande flexibilidade para que cada unidade trace o seu modelo de atuação, de modo a adaptar as modalidades de trabalho não presencial e do trabalho presencial tradicional à sua realidade e contexto. Não se procurou estabelecer um modelo imposto de cima para baixo, mas permitir que haja um planejamento de médio e longo prazo que permita tanto às unidades quanto à Administração Central suprir as necessidades para que a prestação jurisdicional possa ser entregue à população com celeridade e segurança. Nesse sentido, as unidades que pretendam utilizar modalidades de trabalho não presencial em percentual igual ou superior a 60% de sua força de trabalho devem elaborar um plano de desenvolvimento institucional para planejar de modo adequado essa ação, inclusive por meio da eventual redução do espaço físico ocupado.

Com esse panorama, o que se pretende é que, com o fim da pandemia, todas as possibilidades que foram testadas e tiveram um resultado positivo, possam ser aproveitadas de modo permanente e planejado pela instituição. O trabalho não presencial, obviamente que em bases diferentes daquelas vividas no período de dificuldades vivenciado por todos desde março de 2020, é uma realidade que pode produzir muitos frutos em benefício de nosso público interno e dos jurisdicionados, e que não deve ser abandonado quando vencida a pandemia.

4.A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO INSTITUCIONAL E ORGÂNICA

A virtualização da maior parte dos nossos feitos e a adoção de uma política inovadora de trabalho não presencial abriram outros horizontes para mudanças estruturais e definitivas na Seção Judiciária de São Paulo.

¹¹ No âmbito da Escola de Servidores da Seção Judiciária, em 2020 foram realizadas 4 turmas do curso Gestão de Equipes em *Home Office*. Para 2021, a mesma Escola já tem planejadas as seguintes ações: Riscos Psicossociais no Teletrabalho; e Autogestão em Teletrabalho, cujas primeiras turmas devem iniciar em abril e maio, respectivamente.



Uma primeira iniciativa já havia sido programada e mesmo implementada antes do início das restrições impostas pela pandemia: a Central de Processamento Eletrônico (“CPE”) na Subseção Judiciária de Santos, instituída pelo Provimento TRF3 n.º 34, 10/10/2019, começou a funcionar de modo pleno em 03/02/2020, com a integração de várias tarefas cartoriais das Varas Cíveis locais. Os resultados das primeiras avaliações têm sido bastante promissores, com a verificação de que foi reduzido o tempo de tramitação, em especial relacionado a tarefas simples de andamento processual. Já estão em andamento os estudos para ampliação desse modelo, por meio da eventual inclusão na CPE de Santos de processos de outras competências – como as execuções fiscais, por exemplo – e de Varas de outras Subseções Judiciárias.

Uma outra alteração de grande porte que está sendo gestada diz respeito ao setor das contadorias dos fóruns e juizados. O modelo até hoje adotado é de que cada Subseção Judiciária e mesmo cada Juizado Especial possua um setor de cálculos próprio. A razão dessa distribuição é bastante compreensível: como os autos a serem analisados pelos contadores eram em papel, a presença física desses servidores em cada localidade era essencial, sob pena de prejuízo ao bom andamento dos feitos. Esse modelo gera dois grandes entraves, um de ordem administrativa e outro de ordem processual.

Do ponto de vista administrativo, com a redução do número de servidores aprofundada pela Emenda Constitucional n.º 95/2016, nos casos em que um contador era desligado de sua unidade, por aposentadoria, exoneração ou demissão, era muito difícil a reposição dessa força de trabalho especializada. O mesmo se diga quando da ocorrência de afastamentos, especialmente os mais longos, como uma licença-saúde prolongada ou licença maternidade. Além disso, havia uma disparidade muito grande no volume de trabalho a ser realizado pelos contadores: uma pequena Subseção com uma única Vara tem, em geral, um contador em seus quadros. A Subseção Judiciária de Guarulhos, na segunda maior cidade do Estado, possui também apenas um único servidor especializado para atender às 6 Varas da localidade. Certamente, há uma diferença muito grande na quantidade de serviço realizada por esses servidores, que se reflete, em última instância, no tempo em que o processo permanece parada aguardando análise do contador. Esse fator gera a necessidade de constantes mutirões para fazer frente aos atrasos gerados em determinadas Subseções Judiciárias pelos mais diversos motivos.

Há, ainda, dificuldades de cunho processual geradas pelo modelo existente: com a pulverização dos setores de cálculos, em cada local é adotada uma forma de trabalho diferente, o que dificulta a uniformização dos padrões utilizados e diminui a escala de produção. Em suma, o resultado é o mesmo: maior atraso e menor segurança na realização da atividade.

Algumas medidas já vinham sendo adotadas para minimizar esses problemas, como a normatização de certos aspectos da atividade de cálculos (vide o Provimento CORE n.º 1/2020) e a criação de uma Comissão de Contadorias, que elaborou um minucioso manual a ser seguido no âmbito de toda a Seção Judiciária¹². No entanto, a mudança mais profunda foi proposta pela Seção Judiciária em 2020: foi encaminhada ao Tribunal proposta de reestruturação desses setores, com a criação da Central Unificada de Cálculos Judiciais (“CECALC”). A CECALC proposta, se aprovada, reunirá todos os servidores que realizam atividades relacionadas à matéria e permitirá que o contador que mora em Araçatuba faça os cálculos de processos de São Vicente, por meio de uma distribuição de processos que equalize as demandas e a quantidade de trabalho e permita um ganho de escala com a especialização de áreas de interesse e atividades. Trata-se de uma unidade

¹² Disponível em: http://intranet.jfsp.jus.br/documentos/GRUPOS-COMISSOES/COMISSAO-CONTADORIAS/Manual_Contadorias_Versao_0.2.pdf, acesso em 19/03/2021.



descentralizada cujo funcionamento se baseará na modalidade de trabalho à distância previsto na Resolução n.º 370/2020, respeitando os direitos dos servidores envolvidos, que poderão continuar residindo nos mesmos locais onde já se encontram.

Na mesma esteira, após realização de estudos por Comissão especialmente designada para esse fim, a Seção Judiciária propôs ao Tribunal, em 2021, a criação da Central de Distribuição e Protocolo (“CEDIS”), com o objetivo de reunir as Seções de Distribuição e as Seções de Protocolos e Informações Processuais atualmente existentes nos Fóruns Cível, Criminal e Previdenciário, e de Execuções Fiscais da Capital. Essa nova Central – também ela uma unidade descentralizada –, se criada, permitirá reunir em uma única estrutura a distribuição de todos os feitos propostos na 1ª Subseção Judiciária – à exceção daqueles ingressantes no Juizado Especial Federal, que possui a especificidade de um grande número de processos de partes sem procuradores em que é necessária a chamada atermiação, situação na qual o atendimento presencial é muito relevante.

O objetivo é obter ganho de escala na atividade de servidores especializados. Uma vez mais, essa medida proposta mostra-se quase como uma consequência lógica da adoção do processo virtual, no âmbito do qual as atividades relacionadas à distribuição podem ser, em larga medida, automatizadas, até mesmo pela utilização de ferramentas de inteligência artificial.

Ao menos em um primeiro momento, optou-se por não incluir as Subseções Judiciárias do interior nesse modelo pela constatação do fato de que os servidores que nelas atuam com distribuição e protocolo muitas vezes também realizam diversas outras tarefas. Assim, a retirada dessa força de trabalho dos Núcleos Administrativos Regionais poderia ter um impacto negativo no funcionamento ordinário das unidades. De qualquer modo, a sugestão feita ao Tribunal é de que os servidores que, nas unidades locais, trabalhem com a distribuição de feitos estejam tecnicamente subordinados à CEDIS, que possuirá grande conhecimento técnico e alta especialização. Essa medida permitirá um aumento na qualidade dos serviços prestados mesmo nos Fóruns do interior.

Em ambas as Centrais – CECALC e CEDIS – haverá um juiz coordenador e uma comissão de assessoramento, formada por magistrados e servidores envolvidos nas respectivas atividades. Esse modelo tem como objetivo democratizar a administração dos serviços judiciais auxiliares centralizados e permitir a criação de quadros especializados e a troca de ideias.

5. ESTRUTURA FÍSICA DOS FÓRUNS E EDIFÍCIOS ADMINISTRATIVOS

As alterações no suporte físico dos processos, na forma de realização do trabalho e na estrutura organizacional das unidades e da Administração Central por certo afetam a estrutura física dos fóruns e edifícios administrativos da Seção Judiciária de São Paulo.

A conclusão mais óbvia em uma primeira análise é a da redução da necessidade de espaço físico. Com efeito, os espaços antes destinados ao arquivamento de processos nas Varas deixam de ser necessários quando os autos são digitais. Se um número significativo de servidores não mais trabalha presencialmente, são necessárias menos estações de trabalho e as existentes podem ser compartilhadas.

Nesse ponto, contudo, a mudança não é automática. Pelo contrário: pode-se razoavelmente prever que ela será ainda bastante lenta e levará alguns anos para acompanhar o desenrolar dos demais mecanismos e modelos acima descritos. Uma primeira razão é que o ritmo de desfazimento de processos¹³ por meio de gestão documental é uma tarefa que ainda é bastante artesanal e

¹³ Sejam eles processos inicialmente físicos que foram digitalizados e continuaram a correr em meio digital, ou processos que foram encerrados ainda em suporte em papel.



não permite, pelo menos no momento presente, o descarte de volumes em larga escala. Os autos devem ser analisados individualmente por servidores e algumas peças retiradas para guarda permanente. Aliás, há um número significativo de autos e documentos administrativos que são considerados de guarda permanente e não poderão ser desfeitos.

Além disso, ainda que espaços menores sejam tendencialmente mais baratos e, portanto, vantajosos, a mudança de prédio ou mesmo do *layout* de um edifício é uma tarefa bastante complexa e que envolve custos imediatos significativos. Não se pode deixar de acrescentar a limitação da quantidade de servidores do setor de infraestrutura de que dispomos, o que impõe um severo limite ao número de ações (obras, reformas, alterações de *layout* etc.) que podemos realizar simultaneamente. Portanto, esse movimento de redução de espaços terá de ser diluído ao longo do tempo.

Mesmo assim, diversas medidas foram tomadas e projetos estão sendo realizados.

Uma primeira tendência é a de compartilhamento de espaços, em especial com outros órgãos integrantes do Sistema de Justiça Federal – Ministério Público Federal (“MPF”), Defensoria Pública da União, Advocacia Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, entre outros. Em janeiro de 2021, foi assinado um termo de cessão por meio do qual a Justiça Federal instalará o Fórum de Taubaté no imóvel que abriga a Agência da Receita Federal local e onde também já está a unidade do MPF no Município. Em algumas outras Subseções, como Registro, Andradina e Guaratinguetá, também há a previsão de que o MPF passe a compartilhar os espaços dos nossos Fóruns. Medidas desse tipo permitem não só a economia com valores pagos a título de aluguel, mas também o rateio de despesas com serviços terceirizados, como vigilância, limpeza, suporte administrativo e manutenção predial. Além disso, elas agilizam a comunicação entre os órgãos e facilitam o acesso da população a serviços que estão concentrados em um único espaço público.

A tendência de redução de espaços também se verifica nas nossas intenções de aquisição de imóveis. Após consulta feita pela Seção Judiciária ao Conselho da Justiça Federal (“CJF”), foi possível, a partir de 2021, a elaboração de editais de chamamento público para a aquisição de imóveis com área inferior àquela que consta das normas técnicas do CJF. Para tanto, a Seção de Projetos da Seção Judiciária tem elaborado levantamento de necessidades de cada unidade com base na realidade atual, incluindo as tendências relacionadas ao teletrabalho e à diminuição dos espaços destinados à guarda de processos físicos. Todos os novos chamamentos serão realizados levando-se em consideração essa nova realidade e permitirão, no futuro, o estabelecimento de fóruns em prédios menores e mais eficientes.

Uma outra medida a ser considerada é a reestruturação física dos prédios da Administração Central. O edifício-sede, na Rua Peixoto Gomide, está passando por uma ampla remodelagem, com a criação de grandes espaços com estações de trabalho compartilhadas (*coworking*) e de salas de reunião de tamanhos diversos a serem utilizadas pelas equipes. Com isso, ele poderá abrigar unidades de antes se encontravam espalhadas entre os prédios da República e o Funcef (Ceuni). Essa medida permitirá não só a redução de custos, mas também a maior integração entre as diversas áreas da Administração Central e um fluxo mais simples de comunicação. A previsão é de que já em abril de 2021 a maior parte dessa reestruturação esteja pronta.

6.FORMAS DE ENFRENTAMENTO À LITIGÂNCIA

As tendências evolutivas da forma de trabalho da Justiça Federal de São Paulo não se limitam a questões relacionadas à organização interna e mudança de suporte dos autos. Há também uma série de iniciativas voltadas a redesenhar o modelo de enfrentamento dos litígios e mesmo a sua prevenção.



Vale ressaltar, nesse ponto, o trabalho realizado pelo Centro Local de Inteligência da Justiça Federal na Seção Judiciária de São Paulo (“Clisp”), institucionalizado pela Portaria DFOR n.º 33, de 20/07/2018. O Clisp já publicou 14 notas técnicas sobre diversos temas¹⁴. Algumas delas estão voltadas especificamente ao enfrentamento da pandemia de Covid-19, como, por exemplo, a Nota técnica CLISP n.º 12 (Teleperícia ou Perícias Virtuais) e a Nota técnica CLISP n.º 14 (Realização de atos processuais à distância durante o período de trabalho semipresencial decorrente da pandemia de Covid-19. Esfera Criminal)¹⁵.

A experiência de diálogo com outros órgãos que guia as atividades do Clisp também é expandida para outras áreas. Nesse ponto, vale destacar a criação da Plataforma Interinstitucional de Conciliação de Demandas Relacionadas à Covid-19, que proporcionou, só em 2020, mais de 4.500 acordos¹⁶. A plataforma foi desenvolvida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região e tratou de questões envolvendo auxílio emergencial na esfera administrativa, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, financiamento estudantil e Sistema Financeiro da Habitação.

A busca de constante diálogo com os demais atores que interagem no sistema da Justiça Federal é pressuposto para que iniciativas de longo prazo possam permitir a redução da litigiosidade e a formatação de estratégias institucionais eficientes que resultem na redução do tempo de tramitação dos feitos e de manutenção da qualidade das decisões.

7.CONCLUSÃO: O QUE SE ESPERA DO FUTURO

Depois de exposto esse panorama, resta a pergunta essencial sobre o que se espera para o futuro da Seção Judiciária de São Paulo. Por um lado, como já visto, processos tramitando exclusivamente em meio digital; servidores atuando em um grau significativo em trabalho não presencial, em suas diversas modalidades; prédios menores, mais modernos eficientes e baratos; e medidas de enfrentamento da litigiosidade de massa e de prevenção a processos.

O futuro, contudo, não se limita a essas ações nem traz exclusivamente soluções, mas também aponta problemas a serem enfrentados. Questões processuais clássicas como, por exemplo, a incommunicabilidade das testemunhas em uma audiência, precisam ser repensadas no âmbito das audiências por meio remoto.

Uma das preocupações razoáveis que se apresenta diz respeito à manutenção de um olhar humano e da proximidade entre o Poder Judiciário, as partes dos processos e a realidade. Com efeito, o julgamento de uma ação criminal depende de algum tipo de contato e empatia entre o juiz e o réu. Nas ações previdenciárias, o conflito jurídico subjacente pode ser simples de ser resolvido do ponto de vista técnico, mas o sentido humano da relação jurídica e a análise da prova depende da avaliação, pelo julgador, de um conjunto de aspectos que pressupõe algum tipo de contato entre os atores envolvidos. Um grande desafio que temos é de como fazer com que o Poder Judiciário não se transforme em uma grande máquina de julgar processos que se descuide do papel social e político que lhe é reservado. Nesse ponto, um dos desafios é adaptar a nova realidade processual para que ela possa atender a essas exigências.

¹⁴ Que podem ser consultadas na página <https://www.jfsp.jus.br/clisp/> (acesso em 19/03/2021). Além das notas elaboradas isoladamente pelo Clisp, há ainda outras que foram redigidas em conjunto com outros Centros de Inteligência.

¹⁵ Podem também ser ressaltadas, entre as realizadas em colaboração com outros órgãos, a Nota Técnica Conjunta CLIRN/CLISP n.º 02/2020 (Teleaudiências); a Nota Técnica Conjunta CLISP/CLIRJ/CLIAL n.º 03/2020 (Auxílio Emergencial); e a Nota Técnica Conjunta dos Centros Locais de Inteligência n. 02/2020 (Alterações na suspensão de prazos processuais).

¹⁶ Conforme noticiado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (disponível em: <http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/402500>), acesso em 19/03/2021).



Em suma, se a tecnologia nos permitiu reformular os métodos de trabalho da Justiça Federal no último ano, ainda nos resta pela frente uma grande estrada de mudanças culturais – que não se limitam ao campo jurídico, mas espraia os seus efeitos por todas as relações sociais – a ser trilhada, para atender ao objetivo de entrega de uma prestação jurisdicional de qualidade, justa, célere e eficiente. Essas mudanças, seguramente, são muito mais lentas e profundas que a mera mudança de plataforma processual, mas são o elemento chave para que os aspectos materiais, institucionais e organizacionais destacados neste artigo possam atingir sua potencialidade plena no contexto social.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM TEMPOS DE PANDEMIA: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO INTEGRADAS À VISÃO SISTÊMICA EM SUAS FORMAS VIRTUAIS (ON LINE DISPUTE RESOLUTION -ODR).

MARCOS ANTONIO
FERREIRA DE CASTRO

SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL, ATUALMENTE EXERCE
SUAS ATIVIDADES COMO DIRETOR DE SECRETARIA
DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE BOTUCATU/SP.
ESPECIALISTA EM DIREITO DO ESTADO E DAS RELAÇÕES
SOCIAIS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE MATO GROSSO DO SUL EM PARCERIA COM
A UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO/MS.
PÓS-GRADUADO EM DIREITO SISTÊMICO E
PÓS-GRADUADO EM CONSTELAÇÃO FAMILIAR
PELA FACULDADE INNOVARE EM PARCERIA
COM A HELLINGER SCHULE, DA ALEMANHA.
MESTRANDO EM SISTEMAS ALTERNATIVOS
DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA
UNIVERSIDADE FEDERAL LOMAS DE ZAMORA
EM BUENOS AIRES - ARGENTINA.
MEMBRO DA HELLINGER SCIENCIA E DOCENTE NA
ESCOLA HELLINGER. FEZ SUA FORMAÇÃO
EM CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO BRASIL,
ALEMANHA E MÉXICO.
VOLUNTÁRIO DA “REDE DE PROTEÇÃO À VIDA”,
GRUPO MULTIDISCIPLINAR DE PROFISSIONAIS LIGADOS
À SAÚDE MENTAL, ESPIRITUAL E FÍSICA, CUJO
OBJETIVO É A VALORIZAÇÃO DA VIDA, NOTADAMENTE
NA PREVENÇÃO DO SUICÍDIO, EM BOTUCATU E REGIÃO.

+ R E S U M O +

A pandemia acelerou sobremaneira a utilização dos meios eletrônicos nas comunicações de um modo geral, o que não foi diferente na resolução dos conflitos. Em um primeiro momento, onde o próprio Judiciário teve que fechar suas portas para adaptar-se a esta nova realidade, diante das medidas de enfrentamento à COVID-19, notadamente o isolamento social, os “Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos – MARC” ganharam destaque nas soluções das controvérsias, talvez como a única maneira possível de encarar essas inquietudes, eis vez que perfeitamente possíveis de serem realizados de maneira virtual. Tais métodos se mostram complementários ao sistema justiça e se prestam não somente para desafogar o Poder Judiciário, mas definitivamente para garantir o acesso à justiça através da justa composição com o protagonismo das partes, que constroem, por si mesmas o caminho de solução com o suporte do conciliador/mediador e, também, de todas as ferramentas que lhe são disponíveis, destacando-se o campo virtual (*On-line Disput Resolution – ODR*). Mesmo diante deste processo de virtualização, o sistema de justiça permanece atento à própria humanidade trazendo a visão sistêmica ao contemplar a lide, o que implica em integrar maior complexidade e recursos para o operador do conflito. O Direito Sistêmico apresenta uma proposta que abarca o campo virtual e, ao mesmo tempo, não perde de vista o ser humano nesse processo de reconciliação e pacificação.

PALAVRAS-CHAVE

Pandemia. Métodos Autocompositivos. *On-line Disput Resolution* (ODR). Visão Sistêmica. Direito Humanizado. Reconciliação.



INTRODUÇÃO.

Invariavelmente a pandemia afetou a todos, tanto nas relações pessoais e profissionais, como na maneira que se tornou possível a solução dos conflitos provenientes dessas relações. E não foi diferente com o Poder Judiciário, que de pronto teve que encarar uma nova situação e adaptar-se a esse evento de “Força Maior” com o surgimento da COVID-19 e a rápida disseminação dessa enfermidade ao redor do mundo.

Um momento significativo para reconhecer que estamos todos interconectados e nos relacionamos. Afinal, talvez fosse difícil imaginar que um vírus presente em um ponto específico do planeta, em pouco tempo se apresentasse em todo lugar. Lembramos aqui da “teoria do caos”, de Edward Lorenz, onde eventuais alterações iniciais, ainda que pequenas, podem gerar eventos imprevisíveis e de grande magnitude. Para Lorenz era como se “*o bater das asas de uma borboleta no Brasil causasse, tempos depois, um tornado no Texas*”¹

Complementando esse pensamento, a visão sistêmica sustentada por Ludwig Bertalanffy, onde a comunicação entre as ciências recebe papel de destaque, uma vez que, diante dessa interação, os seres humanos vivem e se organizam em sistemas. Se o próprio ser humano provém e se movimenta entre diversos sistemas, é de se reconhecer que estamos diante de eventos que exigem um olhar mais amplo, profundo e complexo na solução de inquietudes.

Nesse aspecto, ao Judiciário torna-se imperioso, cada vez mais, integrar e promover a comunicação entre o grande sistema que compõe a máquina judiciária e o suporte ofertado pelos meios adequados/alternativos na resolução dos conflitos – “MARC”, como é o caso da negociação, mediação, conciliação, direito colaborativo e arbitragem. Afinal, os conflitos são inerentes ao movimento da vida e, com a pandemia, muitos deles se acentuaram e as partes dessa relação conflituosa clamam por uma resposta. Como entregar uma solução rápida, justa e pacificadora nesse momento de pandemia em que o distanciamento social se tornou medida de precaução no combate ao corona vírus?

É incontestável que a pandemia acelerou a utilização dos meios virtuais para o exercício da comunicação e desenvolvimento das atividades, aqui incluída a entrega da prestação jurisdicional. Não fosse pela internet o contato com os familiares, amigos e desenvolvimento das atividades laborais teria sido muito difícil ou até mesmo impossível. Dentre as necessidades do ser humano, hoje certamente se encontra a utilização da internet, o acesso ao sinal de “wi-fi”, a possibilidade de uma conexão remota ao computador do trabalho.

Situação bastante nova quando comparamos com a tão conhecida hierarquia das necessidades humanas disposta na “pirâmide das necessidades de Maslow”². Em que patamar (nível de

¹ <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-a-teoria-do-caos/> - consulta em 04 maio 2021.

² <https://escoladainteligencia.com.br/blog/piramide-de-maslow/> - consulta em 21 fev 2021.



hierarquia) da pirâmide se encontra o acesso à rede de computadores? Talvez mais do que nunca poderíamos classificá-la como uma necessidade básica, assim como as necessidades fisiológicas que estão na base da pirâmide (necessidades relacionadas à própria sobrevivência, seja da pessoa, da empresa, das instituições).

A “rede” permitiu a realização de muitos atos, inclusive para se delinear um caminho de resolução conflitos, em juízo ou fora dele. Talvez em um primeiro momento a utilização dos “MARC” de maneira virtual tenha sido a única maneira para se iniciar um procedimento de resolução de conflito, notadamente quando os tribunais estiveram de portas fechadas para adaptar-se à nova realidade. Foi através da negociação automatizada, mediação, conciliação ou arbitragem que se tornou possível, em meio a uma verdadeira catástrofe, o acesso à justiça.

Os métodos adequados de resolução de conflitos ganharam especial destaque. Muito mais que uma forma de desafogar o Judiciário dos inúmeros casos que aguardam uma resposta, porque essa pretensa justiça estritamente heterocompositiva já se revelava colapsada mesmo antes da pandemia, esses métodos autocompositivos de solução nos mostram que é possível se fazer justiça de outra maneira, além do ato de prolatar sentenças. E, principalmente, com a vantagem do protagonismo das partes no desenho da solução. Efetivamente o que se mostra é uma “co-construção” desse percurso em direção à paz.

2. CONFLITOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

O conflito está inserido no campo das relações sociais, sendo parte integrante do próprio movimento da vida, ou seja, é inerente ao ser humano. Resta-nos averiguar de que forma esse conflito pode ser observado. Ainda estamos em uma visão simplista e restrita que o classifica como algo ruim e que deve ser de plano rechaçado? Ou talvez as relações conflituosas também demandam algo de nós para compreender uma mensagem que está oculta e que não se percebe à primeira vista? Seja como for, o fato é que os conflitos não deixaram de existir na pandemia, ao contrário, em tantas situações se incrementaram, exigindo uma rápida preparação e mudança na entrega da jurisdição.

A declaração da pandemia trouxe consigo a necessidade de se adotar medidas para evitar a disseminação da doença, com grande impacto em diversos setores, principalmente na atividade empresarial. Ainda que no Brasil tenham sido lançados programas de governo para minimizar o sofrido cenário econômico, como no caso do “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda” e do “Auxílio Emergencial”, a grave situação instalada com a pandemia fez emergir diversas inquietações, traduzidas com o ingresso de inúmeras ações judiciais, nos diversos componentes do sistema justiça.

Conflitos emergiram rapidamente com o fechamento de tantas atividades empresariais e cancelamento de serviços para se atender às normas de isolamento social. E nesse aspecto torna-se imperioso sair de qualquer visão reducionista e caminhar em sintonia com a complexidade que foi revelada, integrar o todo que compõe essa difícil e desafiadora realidade.

Momento provocativo que impulsiona para um verdadeiro câmbio de mentalidade na busca de soluções para as controvérsias, dificuldades, inquietações. Já não se concebe aquela velha frase: “vou procurar meus direitos”, imaginando o ingresso de uma ação judicial. Quer realmente solucionar o seu problema? Verifique primeiro o que é possível lograr antes da movimentação da máquina judiciária. Utilize os meios virtuais de resolução de disputas já disponíveis (mediação, por exemplo), afinal o Judiciário também sentiu esse grande impacto no início da pandemia e precisou se movimentar para reencontrar um novo trajeto na entrega da jurisdição.



Instalou-se a “crise”, palavra que de origem grega também traz em si o sinônimo de decisão, um vetor que nos estimula à mudança de estado, uma verdadeira renúncia à “zona de conforto”, um novo sentido de organização e estabilização desse sistema fortemente atingido. Um momento em que não mais se permite caminhar no “piloto automático” e demanda buscar maneiras mais efetivas no enfrentamento das dificuldades.

3. A UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS E OS MODELOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Se existem diversas formas de conflito é de se pressupor que também existem diferentes maneiras de enfrentamento desses próprios conflitos, como forma de ampliar o campo de possíveis direcionamentos de solução. As “Resoluções Adequadas de Disputas - RAD”, por sua informalidade e promoção de um ambiente seguro, adequado, ainda que virtual, permitem às partes maior abertura para restabelecer uma comunicação respeitosa e, quiçá com a integração de todos os componentes vindos com o conflito, seja possível deixar a mediação/conciliação ainda mais fortalecidos, reconhecidos e investidos em sua própria força, inclusive para lidar com futuras situações adversas no decorrer da vida. Eis aqui o aspecto prospectivo da conciliação/mediação, que também traz mais otimismo e esperança em direção ao futuro.

Ainda que não seja objeto deste estudo detalhar os modelos existentes de resolução de conflitos, serão descritas características básicas desses modelos, como quando uma pequena pedra é lançada no lago e permite que ondas se formem e reverberem dentro desse contexto por si mesmas. Atualmente destacamos 03 Modelos de Resolução de conflitos:

Negociação Colaborativa de Harvard – o mediador atua como um verdadeiro facilitador da comunicação entre as partes. Escuta a narrativa inicial; evidencia quais são as posições (objetivos que as partes relatam alcançar); separa as pessoas dos problemas; traz à tona quais são os reais interesses e necessidades que geralmente estão ocultos às posições descritas inicialmente; promove essa comunicação de maneira a retirar eventuais emoções destacadas pelas partes; melhora a relação e comunicação; resume o que construíram durante o procedimento da mediação; fornece o suporte necessário para gerar várias opções com ganhos mútuos e dentre essas opções extrai a melhor alternativa para um possível acordo utilizando-se de critérios objetivos;

Modelo Transformativo - o conflito é inerente à vida do ser humano e pode se converter em algo anteriormente não pensado, mas que ajuda em uma verdadeira transformação. Assim, de plano podemos afastar aquela velha perspectiva de que o conflito é visto como algo negativo. A mediação é considerada exitosa, mesmo quando não há acordo, porquanto houve a possibilidade de novas percepções às partes com valiosa oportunidade de crescimento. Não é o acordo em si o objetivo principal porque nesse modelo as próprias pessoas saem da conciliação/mediação diferentes, foi possível ressignificar algo e, portanto, a sociedade de um modo geral também é contemplada.

Modelo Circular Narrativo – o conflito se trata de uma inquietação natural que acompanha os seres humanos. Esse enfoque visa a criar um caos em relação às narrativas dos participantes, ou seja, desconstruí-las para, posteriormente, construir juntos uma nova história através da reflexão mútua, com a introdução da pergunta circular narrativa, que dá nome ao modelo. É utilizado para



gerar mais empatia com perguntas “como você se sentiria se...?” A parte tem a oportunidade de perceber e reconhecer o seu lugar e o lugar do outro. Cada um segue em sua própria força.

4. A VISÃO SISTÊMICA

A visão sistêmica nos proporciona fazer um mapeamento mais amplo e profundo do conflito. Ir além do olhar restrito que foi revelado inicialmente e se expor aos diversos componentes que estão presentes no conflito. E, desse modo, encontrar uma solução que seja favorável aos envolvidos, bem como ao entorno em que as partes estão inseridas. Aqui também se olha para os vínculos existentes na relação e a maneira como os elementos, mesmo que interdependentes, estão conectados e interagem entre si.

No escopo de delimitar esse campo, podemos conceituar sistema como um conjunto de elementos organizados, interdependentes, mas que ao mesmo tempo estão interrelacionados, ou seja, interação entre si e com outros sistemas (sistemas abertos), além de possuir um objetivo comum, uma finalidade específica, geralmente ligada à própria subsistência do sistema.

Existe uma compreensão de todo o conjunto, analisado através da interação das partes e o modo como estão organizadas. Um fenômeno não é analisado de maneira isolada, mas em conjunto com os demais elementos que o compõe, porque se relacionam, ou seja, o que afeta em um elemento também ressoa nos demais. Essa é uma das propriedades do sistema: “*o todo é mais que a soma das partes*”. Para uma compreensão verdadeira é necessário afastar-se, tomar uma certa distância e visualizar toda a pintura estampada na tela, e não apenas uma pequena parte dessa mesma pintura, ainda que isso seja bastante atraente.

Mesmo que o sistema aparentemente esteja totalmente desorganizado, à beira de seu esgotamento, como no caso da declaração da pandemia e seus efeitos ao longo do tempo, é de se reconhecer que existe uma “ordem à espreita”. Esta foi a observação de Ilya Prigogine, prêmio Nobel de Química em 1977: “*detrás de todo desorden existe un orden al acecho*”³. Cabe ao operador do conflito, valendo-se das mais diversas ferramentas e recursos, amparar as partes para que obtenham novamente o equilíbrio nesse sistema que foi altamente perturbado. Uma condução a caminho da reconciliação, onde aquilo que estava separado finalmente possa encontrar a unidade.

Em seu livro *Conflito e Paz*, Bert Hellinger complementa:

Os conflitos são parte integrante da evolução dos indivíduos e dos grupos. Entretanto, por meio das compreensões essenciais, eles podem ser resolvidos de outra maneira, com mais cuidado e com o reconhecimento das diferentes necessidades e dos limites impostos às soluções adotadas em comum. Pois, em última instância, toda paz exige alguma renúncia (2007, p. 21).

5. NOÇÕES BREVES DO DIREITO SISTÊMICO

O Direito Sistêmico, termo cunhado pelo magistrado Sami Storch, fundamenta-se no trabalho apresentado pelo teólogo e filósofo Bert Hellinger com a abordagem da Constelação Familiar cujo termo técnico em alemão recebe a designação de *Familienstellen*⁴. Com a introdução dessa nova

³ DI PIETRO, Maria Cristina. Impacto del Covid-19 en el derecho. Sistema de autocomposición y prueba, apud Mansilla Guillermo y PILIA, Carlo. Mediación, Conciliación y Arbitraje tras la Pandemia. 1º ed. Olejnik, 2020, p. 63.

⁴ <https://www.hellinger.com/pt/constelacao-familiar/o-que-e-constelacao-familiar/o-termo-familienstellen/>. Acesso em 19 mar 2021.



ferramenta no campo jurídico foi possível observar a existência de altos índices de conciliação. Hellinger descobriu 03 Leis Sistêmicas que atuam nos relacionamentos humanos. São princípios básicos da vida, os quais sucintamente descrevemos:

Pertencimento: todo aquele que nasceu em um determinado sistema familiar pertence e todos os demais têm o mesmo direito de pertencer. Todos fazem parte desse primeiro sistema (o familiar). Ninguém pode ser excluído ou mesmo esquecido, porquanto existe uma consciência maior dentro desse sistema que vela pelo pertencimento de todos os seus membros. Qualquer exclusão gera graves consequências. Esse direito de pertencer remonta os primórdios e está ligado à própria ideia de sobrevivência. Porque pertencemos ao clã, sobrevivemos, recebemos nosso nome e dentro dessa consciência também recebemos as crenças, valores e normas do sistema.

Hierarquia: a segunda Lei descrita por Hellinger diz respeito à ordem de precedência no sistema, definida pelo tempo, ou seja, utiliza-se do critério cronológico e preceitua: quem chegou antes no sistema tem precedência. Os sucessores não devem interferir nos assuntos de seus antecessores. Existe uma ordem que deve ser respeitada. O critério de chegada no sistema também define o seu papel e destino dentro do próprio sistema.

Equilíbrio: essa diretriz se relaciona àqueles que estão em uma mesma linha de hierarquia, por exemplo os membros da mesma geração no sistema familiar. Refere-se ao equilíbrio de troca nas relações. Existirá harmonia quando dar e receber estiverem equilibrados.

Com *Familienstellen* é possível tocar uma compreensão especial expondo-se de maneira fenomenológica às inquietações trazidas pelas partes e que não representa uma aflição isolada, mas pode estar relacionada a todo o sistema. É preciso centramento e coragem do ajudante para se expor ao todo e permitir que aquilo que está oculto se apresente. Uma visão muito além da “ponta do iceberg” para alcançar uma solução que seja harmônica para as partes e para o sistema que as abrange. Nesta postura, a decisão que emerge do próprio conflito, quando visto de maneira bem mais profunda, espelha ordem e reconciliação.

6. APORTE HISTÓRICO – “ALTERNATIVE DISPUT RESOLUTION – ADR” E “ON-LINE DISPUT RESOLUTION – ODR”.

A resolução de disputas *on-line* (ODR) abarca todas as formas de resolução alternativa de conflitos: mediação, conciliação, negociação automatizada, arbitragem, direito colaborativo e serve para os casos que se iniciaram virtualmente ou não. Nesse caso as comunicações durante o procedimento podem ser feitas de forma sincrônicas, em plataformas que se tornaram bastante conhecidas na pandemia como Cisco Webex, ZOOM, Google Meet, Skype, a título de exemplificação, ou assíncrônicas, quando realizadas por email, mensagens de whatsapp, dentre outras.

Já na década de 70 as Resoluções Adequadas de Disputas começaram a se difundir nos Estados Unidos e desde 1990 a Lei dos Estados Unidos contra discriminação de pessoas portadoras de deficiência física ou mental contempla a mediação *on-line*⁵. Se a parte acredita ter ocorrido

⁵ <https://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm>. Acesso em 17 mar 2021.



discriminação pode enviar uma queixa ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos através de uma plataforma virtual.

Muitos casos exitosos de mediação *on-line* foram se desenvolvendo, como é o caso da empresa E-bay, líder global em e-commerce que conecta milhões de compradores e vendedores no mundo⁶. Em 1999, SquareTrade foi contratado para desenhar um sistema de resolução de disputas *on-line* para a empresa. Assim se desenvolveu um processo de **negociação automatizada** (programa de software para ajudar pessoas, sem a intervenção de um terceiro) e, caso fosse necessário, o próximo passo seria uma mediação virtual.

Atualmente a negociação automatizada está tão presente para negociações feitas pela internet que se incorporou à rotina das pessoas, notadamente em tempos de pandemia, onde as operações virtuais deram um salto em notoriedade. Isso ocorre, por exemplo, quando se compra produtos pela internet e existe a faculdade de devolução gratuita da mercadoria ou mesmo permanecer com um crédito para usar em outras compras.

Em “ODR” a designação da tecnologia é denominada de “quarta parte”. Isso porque, quando bem utilizada, converte-se em uma ferramenta importante no suporte ao mediador/conciliador (terceira parte), bem como aos autores do conflito. É de se dizer, nas palavras de LIMA e FEITOSA: *“a tecnologia escolhida garantiria grande leque de utilidades aptas a facilitar e aprimorar o processo da ODR, como, por exemplo, apresentando e organizando informações, de maneira graficamente amigável ao usuário”*⁷.

7. A PREPARAÇÃO DA AUDIÊNCIA E O MODELO INDICADO PARA RESOLUÇÃO DO CONFLITO.

Antes de qualquer audiência é preciso se preparar. E com os encontros virtuais não é diferente. Aliás, exigem ainda mais atenção porque são utilizadas novas tecnologias, novas maneiras de acesso à audiência, nem sempre conhecidas e integradas por todas as partes. Torna-se imperioso que seja feito em um ambiente adequado; garantia de acesso à internet; ter à disposição uma plataforma digital segura; verificar o funcionamento da câmera, microfone, prestar atenção na sala de espera virtual e zelar para a profícua realização da audiência.

São preparativos fundamentais para garantir ao mediador e às partes que a mediação possa transcorrer sem maiores intercorrências. Por ser realizada virtualmente, o operador do conflito deve estar ainda mais atento às expressões e comportamento das partes para obter as informações necessárias à solução do problema. Isso porque grande parte da comunicação está nos elementos “não verbais”, relacionados à postura, gestos, imagens. E, como definido por Paul Watzlawick e que se revela um axioma da comunicação, *“é impossível não se comunicar”*⁸. Isso quer dizer que o tempo todo estamos nos comunicando, estamos, como seres humanos, inseridos nesse grande campo da linguagem. Assim definiu Rafael Echeverría:

⁶ <https://www.ebayinc.com/company/>

⁷ LIMA, Gabriela y FEITOSA, Gustavo. Resolución de Conflictos en línea (ODR): la solución de conflictos y nuevas tecnologías. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Consulta em 04/02/2021.

⁸ <https://globalherit.hypotheses.org/1608#:~:text=Segundo%20Watzlawick%2C%20existem%205%20axiomas,%-C3%A9%20uma%20forma%20de%20comunica%C3%A7%C3%A3o>. Consulta em 17 mar 2021.



A linguagem é, sobretudo, o que faz dos seres humanos o tipo particular de seres que são. Os seres humanos, dizemos, são seres linguísticos, seres que vivem na linguagem. A linguagem, postulamos, é a chave para compreender os fenômenos humanos. (2019, p. 31, tradução nossa)

Os modelos indicados para resolução de conflitos (negociação colaborativa de Harvard, transformativo e circular narrativo) não são excludentes, mas se complementam. E quanto mais o operador do conflito os conhecem, tanto mais terá a sua disposição ferramentas para fazer uma gestão eficaz das inquietações apresentadas pelas partes, principalmente nos encontros virtuais, em que o mediador necessita ampliar os seus próprios recursos.

8. RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTA EM TEMPOS DE PANDEMIA.

Como dito anteriormente, a pandemia causada pela COVID-19 acelerou a utilização dos meios virtuais para a realização de muitos atos, inclusive para resolução de conflitos, em juízo ou fora dele. De certo modo também trouxe um enfoque na maneira autocompositiva de gestão do conflito, onde a justiça é alcançada com o protagonismo das partes e sem a necessidade de se proferir sentenças, mas através da solução que as próprias partes foram capazes de construir. Trata-se do acesso à justiça garantido na justa composição.

O Poder Judiciário também precisou de tempo para adaptar-se a esta nova realidade pandêmica (e ainda continua a se ajustar). Em um período inicial, esteve de portas fechadas e por essa razão o holofote maior nos meios alternativos de resolução de disputas. E mesmo há 01 ano imerso nessa pandemia, o esforço continua para a adequada manutenção dos serviços e garantia da prestação jurisdicional.

Isso também fez com que muitas partes olhassem para a mediação/conciliação “on-line” e descobrissem os benefícios da mediação virtual. Descartado aquele medo inicial de como realizar esse procedimento, muitos constataram a existência de diversas vantagens, dentre elas: a) os custos com viagens não mais existem, basta o acesso à rede, de sua própria casa; b) a ausência desses deslocamentos também proporciona mais datas disponíveis para a realização dessas audiências virtuais pelos mediadores; c) as partes em seus escritórios têm acesso fácil a seus arquivos, caso seja necessário; d) o medo e intimidação nesse espaço virtual é minimizado ante a ausência de uma confrontação “*face to face*”; e) garantia de continuidade da atividade dos próprios mediadores nesse momento de crise; f) possibilidade de atuação global dos mediadores; g) diminuição de gastos com a possibilidade de realização do teletrabalho, além dos benefícios ao meio ambiente com menos emissão de poluentes dos meios de locomoção.

9. CONCLUSÃO

A pandemia acelerou sobremaneira a utilização dos meios virtuais para comunicação e solução dos litígios. E nesse sentido os métodos alternativos de resolução de conflitos, aptos a garantir uma justa composição, destacaram-se como a maneira possível e adequada na solução das controvérsias, afinal, o Judiciário também foi afetado com esta nova realidade pandêmica e precisou se reorganizar diante das inúmeras medidas de enfrentamento à COVID-19.

A conciliação, mediação e arbitragem deixam de ser apenas métodos auxiliares para, definitivamente, consolidarem como procedimentos complementários, que cumprem importante papel na proteção dos direitos e que atuam conjuntamente com o Poder Judiciário na resolução de



conflitos. Um sistema de justiça que não se contenta a oferecer soluções pálidas e estritamente emergenciais, mas que vai além na efetiva entrega de soluções pacificadoras com o incentivo e suporte aos meios autocompositivos.

Todo esse processo de virtualização da vida humana, que em um primeiro momento assusta e nos faz sentir falta do toque, do convívio social, também pode trazer consigo mais proximidade e sintonia com o próprio ser humano, ainda que de uma outra maneira. Um convite ao exercício da compaixão, que se diferencia do “sentir pena” e agora é exercitada em sua maneira mais profunda, estabelecida dentro de limites claros e ainda assim com sabedoria para cuidar-se de si próprio e do outro, quando necessário.

Profissionais da justiça que se reinventam e incorporam novas habilidades nesse período de pandemia para sedimentar, cada vez mais, os meios adequados de resolução de disputas em sua forma virtual. A integração da realidade como é também convoca mediadores/conciliadores para ultrapassarem os limites de simples “moderadores de comunicação”. O momento pede preparação e espaço para que virtudes possam ser consolidadas no cotidiano de suas atividades laborais e de sua própria vida. Em tempos de pandemia, experimentar a liberdade, aqui entendida como a experiência de se adaptar às mudanças (livre porque resiliente) e com otimismo, ou seja, mesmo diante das adversidades, permanecer em sintonia com o entorno, porque atua também como pacificador social.

O sistema de justiça, cada vez mais digital, continua atento à própria humanidade e promove, em sua atuação, o melhor para os envolvidos no conflito e para o meio em que estão inseridos. E, através do Direito Sistêmico, é possível essa integração do novo, aqui representado pela rápida e acelerada incorporação do campo virtual na resolução de conflitos, sem perder de vista o material humano, a quem será entregue o essencial para seguir em sua própria força.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARUCH, Busch; FOLGER, Joseph. *La Promesa de Mediación*. 1ª ed. Granica, 2008.
- Conheça a Pirâmide de Maslow e seu papel na educação*. Escola da Inteligência, 18 de maio de 2020. Disponível em: <https://escoladainteligencia.com.br/blog/piramide-de-maslow/>. Acesso em: 04 maio 2021.
- ECHEVERÍA, Rafael. *Ontologia del Lenguaje*. 1. ed. Granica, 2019.
- ENTELMAN, Remo. *Teoría de Conflictos*. 1.ed. GEDISA, 2009.
- FISCHER, Roger; URY, Willian y PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. Tradução de Rachel Agavino. Ed. Sextante, 2018
- FISCHER, Roger; KOPELMAN, Elizabeth; SCHNEIDER, Andrea. *Mas allá que Maquiavello*. 1 ed. Granica, 2016.
- HELLINGER, Bert. *Conflito e Paz*. 1 ed. Cultrix, 2007.
- MANSILLA, Guillermo y PILIA Carlo. *Mediación, Conciliación y Arbitraje tras la Pandemia*. 1 ed. Olejnik, 2020.
- O que é a teoria do caos?* Revista Super Interessante. Atualizado em 14 fev 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-a-teoria-do-caos/>. Acesso em: 04 maio 2021.
- STORCH, Sami. *A Origem do Direito Sistêmico*. 1 ed. Tagore, 2020.
- URY, Willian. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Tradução de Alfonso César da Cunha. Ed Sextante, 2015.

O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL
E A ORGANIZAÇÃO
DO FEDERALISMO
SANITÁRIO NO
CONTEXTO
DA PANDEMIA
CORONAVÍRUS

MÁRIO AUGUSTO SILVA ARAÚJO

ADVOGADO MESTRE EM CONSTITUIÇÃO E
GARANTIA DE DIREITOS E ESPECIALISTA EM
DIREITO CONSTITUCIONAL PELA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE.
PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO
E DIREITO FINANCEIRO.

+ R E S U M O +

A pandemia advinda do novocoronavírus resultou em um esforço estatal repentino no sentido de planejar ações com poder reagente por parte da administração pública. Com base na forma de estado brasileiro, o que se viu foi uma judicialização do protagonismo institucional que envolveu um litígio processual de índole constitucional entre a União e os entes subnacionais. O seu objetivo era estabelecer a matriz de políticas públicas de combate aos efeitos do vírus. Como houve um conflito federativo em relação à titularização de competências, o objetivo deste trabalho foi pesquisar o comportamento do Supremo Tribunal Federal em relação à administração constitucional do federalismo sanitário. Para isso se observou que o mesmo conseguiu harmonizar a ordem constitucional com o estabelecimento da competência administrativa dos entes federados em tempos de pandemia.

PALAVRAS-CHAVE

Federalismo. Competência administrativa. Supremo Tribunal Federal. Pandemia. Federalismo Sanitário.



Uma das consequências que o coronavírus trouxe para a administração pública brasileira foi uma odisseia judicial sobre a delimitação de competências no que diz respeito às ações para combatê-lo. Em decorrência da forma de organização do Estado brasileiro estabelecida nos termos delimitados pelo art. 18 da Constituição Federal, cada ente possui a sua competência para atuação administrativa, sendo defeso, portanto, a invasão do exercício de competências de um pelo outro, sob pena de se ter uma crise federativa.

No caso específico de uma pandemia, o pacto social vigente outorga competência à União a responsabilidade por planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, o que faz do *poder central* o protagonista em relação à gestão do federalismo sanitário.

Diante disso, no que diz respeito às ações de enfrentamento à COVID-19, o Poder Executivo Federal possui uma dupla atuação: a) o estabelecimento da estrutura normativa; e, b) o planejamento de diretrizes estruturantes que englobam ações administrativas, bem como destinação de recursos aos entes subnacionais.

Assim, em 2020, a União encampou um trabalho legiferante com poder preventivo e reativo à covid-19 por intermédio de leis, medidas provisórias, decretos e até mesmo portarias.

Além disso, também houve um suporte financeiro aos entes subnacionais, conforme dicção da Lei Complementar nº 173/2020.

Isso porque os efeitos daquela doença tiveram ressonância com impacto estruturante na economia e principalmente no gerenciamento da saúde pública do Brasil, o que resultou em um reordenamento da topografia orçamentária no que diz respeito ao gasto público.

Como o federalismo brasileiro atribui ao poder executivo federal a iniciativa institucional no combate ao coronavírus, a estrutura normativa da União se refletiu em dois relevantes referenciais normativos: a Lei nº 13.979/2020¹, também conhecida como “lei coronavírus” e a portaria 454/2020², do Ministério da Saúde.

Aquela portaria, especificamente, decretou o estado de transmissão comunitária da doença e desencadeou uma época de medidas normativas diárias ao longo do território da federação que objetivavam moldurar a atuação da gestão pública em face ao crescimento da transmissão do vírus pelo país.

Ocorre que o enfrentamento da pandemia pelos entes subnacionais depende da especificidade do contexto local, e o planejamento de governadores e prefeitos pode destoar da pretensão da União no que diz respeito à crise sanitária.

Inclusive uma delas foi a determinação do isolamento social, com a respectiva restrição do fluxo de pessoas, o que ocasionou o fechamento compulsório de atividades comerciais por

¹ Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência da saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

² Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19).



governadores e prefeitos, balizados pelas recomendações do ministério da saúde e da organização mundial da saúde.

Enquanto responsável pela condução da República em relação às ações diretivas do país, a chefia do poder executivo federal percebeu que a paralisação parcial da cadeia produtiva brasileira poderia resultar em uma recessão econômica com efeitos na empregabilidade e na estrutura arrecadatória.

A preocupação da União era o aumento da taxa de desemprego e o desequilíbrio das contas públicas em virtude da queda na arrecadação e da expansão dos gastos para a distribuição de renda, a teor do auxílio emergencial, nos termos da lei nº 13.982/2020.

Nesse panorama a presidência da república encampou uma iniciativa de abrandamento das medidas de isolamento e fechamento compulsório das atividades comerciais, caso da medida provisória nº 926/2020.

Aquele ato de efeitos concretos possuía como um dos seus objetos a alteração da lei do coronavírus no sentido de atribuir competência à chefia do poder executivo federal para dispor, mediante decreto, sobre a definição dos serviços públicos e atividades essenciais

Em outras palavras: aquele normativo pretendia elencar ao presidente da república a prerrogativa exclusiva de dirimir sobre o funcionamento da cadeia produtiva brasileira. No eco da sua dicção, o presidente quem determinaria como e o que funcionaria nos termos estabelecidos por decreto.

Ocorre que aquela medida provisória foi impugnada por uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6.341/DF sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio), e o Supremo Tribunal Federal decidiu, com fundamento no art. 23, inciso II da Constituição Federal que aquela regulamentação é assunto correlato à saúde e, portanto, de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Naquela decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a discricionariedade administrativa da União em relação à gestão da crise sanitária decorrente do coronavírus possui como fator limitante a repartição de competências administrativas entre os entes federados.

Decorrente da natureza jurídica do federalismo brasileiro, a dissipação do Poder para os entes da federação possibilita o planejamento conjunto de ações administrativas, como é o caso da promoção à saúde.

Vale lembrar que uma das diretrizes das ações e serviços públicos de saúde, nos termos do art. 198, inciso II da Constituição Federal, é o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.”

Isso quer dizer, em outras palavras, que as atividades preventivas fazem parte de uma base estruturante em relação ao planejamento de políticas públicas voltadas à saúde, e a criação de agenda deve levar em consideração aspectos científicos no sentido de que sejam adotadas medidas necessárias para prevenir e tratar todas as doenças, sobretudo as epidêmicas.

Com esse argumento o guardião da Constituição, naquele julgamento, entendeu que “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 de Saúde.”

A adoção de evidências científicas possui correlação direta com o princípio da prevenção do direito administrativo, estudado por Juarez Freitas sob a seguinte descrição: “estatui que a Administração Pública, ou quem faça as suas vezes, tendo certeza de que determinada atividade



implicará dano injusto, encontra-se na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias³”.

Utilizado com fundamento para aquela decisão, o federalismo brasileiro trouxe à tona uma especificidade em relação ao planejamento das políticas públicas: o seu aspecto territorial, que vem inclusive sendo o ponto de pauta em relação ao funcionamento do comércio.

Por um lado, se defende a gradual abertura das atividades empresariais para efeitos de circulação de renda, manutenção de emprego e até mesmo arrecadação tributária, ao passo em que no outro panorama está a preocupação para enfrentar os efeitos do coronavírus com medidas preventivas e repressivas, com fundamento no direito à saúde.

A questão chegou novamente ao supremo, nos termos da ADPF 672/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que decidiu ratificar o entendimento da ADI 6.341/DF sobre a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios, editarem medidas restritivas de circulação de pessoas com fundamento no direito à saúde, mas com uma ressalva: a competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional por intermédio de lei, caso entenda necessário.

Ao passo em que reconheceu a responsabilidade da União para coordenar ações de enfrentamento da pandemia por intermédio do estabelecimento de normas gerais, o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a legitimidade dos entes subnacionais.

Dessa maneira, entendeu que no exercício de suas competências constitucionais, e no âmbito dos seus respectivos territórios, os demais entes políticos podem adotar medidas específicas como a imposição de distanciamento ou isolamento social.

A adoção de medidas administrativas preventivas à proliferação do coronavírus pode ser entendida como a concretização do princípio da precaução no âmbito do direito administrativo, lecionado por Juarez Freitas, como dotado de eficácia direta e que estabelece a obrigação de adotar medidas antecipatórias, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentalmente temidos.

Para ele, “a não observância desse dever (não apenas na esfera ambiental) configura omissão antijurídica, que, à semelhança do que sucede com a ausência de prevenção, tem o condão de gerar dano (material e/ou moral) injusto e, portanto, indenizável, segundo montante absorvido pela castigada massa dos contribuintes.”

Caracterizado por medidas restritivas de circulação de pessoas, a teor do isolamento social e restrição de atividades comerciais, o princípio da precaução, no âmbito do direito administrativo, bem como na administração da crise sanitária, é um elemento capaz de evitar a exaustão da rede hospitalar.

Isso, por via de consequência, evita um processo de gasto público excessivo com insumos hospitalares, por exemplo.

Outra estratégia para que o emprego da verba pública seja utilizado de maneira moderada e racional é a requisição administrativa, prevista nos moldes do art. 5º, inciso XXV como “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.”

Ainda sobre o protagonismo do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às estratégias de enfrentamento à pandemia advinda do novo coronavírus em 2020, aquele Tribunal enfrentou uma questão específica quanto ao instituto da requisição administrativa.

³ FREITAZ, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. **Malheiros Editores**. 5ª edição. São Paulo/SP: 2013, p. 122.



Ferramenta de relevância constitucional apta a facilitar o poder de resposta da administração pública, a requisição administrativa é uma forma de intervenção do Estado na propriedade, que pode utilizar de bens de particulares, móveis e imóveis, em eventual situação de perigo público iminente.

José dos Santos Carvalho Filho associa a requisição administrativa à função social da propriedade e descreve a situação fática daquele instrumento jurídico com o seguinte exemplo: “Numa situação de iminente calamidade pública, por exemplo, o Poder Público pode requisitar o uso do imóvel, dos equipamentos e dos serviços médicos de determinado hospital privado. A requisição só não será legítima se não estiver configurada a situação de perigo mencionada na Constituição”⁴.

Uma das estratégias de resposta clínica em face de COVID-19 foi o reforço de unidades hospitalares com ventiladores pulmonares e certa vez a União requisitou aqueles equipamentos comprados pelo Estado do Maranhão.

Ao apreciar a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a União só pode requisitar bens públicos, quando da vigência do estado de defesa ou estado de sítio (ACO 3385 TP/MA, relatoria do Ministro Celso de Mello).

Aquele julgado possui uma peculiaridade interessante que envolve a interpretação do direito financeiro. Isso porque o Estado do Maranhão já havia assinado contrato e empenhado à empresa os produtos, que estavam em fase de liquidação.

Nos termos do art. 63, §2º da Lei nº 4.320/1964, a liquidação da despesa possui 03 (três) fases distintas e complementares no aspecto cronológico: a) o contrato, o ajuste ou o respectivo acordo; b) a nota de empenho; e, c) os comprovantes da entrega do material ou da efetiva prestação do serviço.

Embora os bens ainda não houvessem sido entregues, entendeu o Ministro Celso de Mello, que os ventiladores pertenciam ao Estado do Maranhão, com fundamento no art. 237, *caput* do Código Civil, para quem “Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acréscidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação.”

Aquela ponderação que concedeu a tutela inibitória em face da União conjugou regras de Direito Financeiro e Direito Civil, e embora a despesa não estivesse com a liquidação aperfeiçoada, para fins de disponibilidade dos bens, foi considerada a titularidade do Estado do Maranhão.

Em sentido inverso, se o entendimento fosse de que o direito à propriedade só se aperfeiçoasse com a finalização da última fase da liquidação e respectivo tombamento, seria hipótese de enquadramento do art. 5º, inciso XXV da Constituição Federal, sendo pois, legítima a requisição administrativa.

Embora presente o interesse público e até mesmo a legitimidade daquela requisição, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, o elemento formal da titularidade do bem já havia se aperfeiçoado com a comprovação da nota de empenho.

Daquela maneira, não caracterizado o gozo pelo particular, restou defesa a requisição administrativa dos ventiladores pulmonares.

Além daqueles provimentos jurisdicionais em relação à obrigação de não fazer, característica das competências administrativas, houve outro cenário de judicialização em face da União: o orçamentário.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. **Editora Atlas**. 30ª edição. São Paulo/SP: 2016, p. 843



Isso porque a tensão em relação à competência administrativa sobre ações de enfrentamento à pandemia pelo federalismo sanitário, também se teve como pauta o suporte compulsório da União em relação à disponibilização de insumos financeiros hábeis a lastrear o custeio de algumas políticas públicas.

A formação de agenda do planejamento governamental leva em consideração, a um primeiro momento, a competência administrativa pela prestação do serviço público. A partir disso deve o ordenador de despesas observar o que está prescrito em seu processo de planejamento orçamentário.

Nesse contexto a implementação de uma política pública leva em consideração aspectos formais e materiais. Conforme anota Amauri Saad “Tais atividades podem ser de ordem legislativa (lei em sentido formal), regulamentar e concreta (atos administrativos, infralegais) e contratual, o que, no quadro da divisão de poderes, importa em dizer que poderão contar com a participação do parlamento e do Poder Executivo (além de sofrerem os influxos das decisões judiciais e contarem muitas vezes com atos jurídicos e materiais praticados por particulares)⁵”.

No que diz respeito à prestação de serviços públicos correlatos à saúde, quis o legislador alçá-los à categoria de direitos fundamentais sociais, o que leva ao entendimento de que são, conforme ensina José Afonso da Silva, “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais⁶”.

São, portanto, obrigações de fazer com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade material, com foco na prestação de direitos humanos, e que devem ser prestados de maneira descentralizada, conforme adverte Ana Paula de Barcelos: “Apesar de formar, no todo, um sistema único e hierarquizado, as ações de saúde devem ser descentralizadas. Trata-se, aqui, de regulamentação constitucional do próprio art. 23, II⁷”.

O direito à saúde engloba ações estruturantes, bem como a atuação de uma diversidade de atores envolvidos e devido à natureza jurídica da Forma de Estado pela qual é edificada o país, é necessário aporte financeiro a entes que possuem dificuldade em lastrear aqueles tipos de ações.

Sobre o tema, Ricart César Coelho Santos bem adverte que “O federalismo cooperativo atualmente em vigor em nosso texto constitucional implica a cooperação financeira entre as entidades autônomas da Federação, o que devem contribuir umas com as outras para que seja possível o oferecimento das ações e serviços públicos de saúde⁸”.

A União, portanto, como possui responsabilidade pela coordenação de ações administrativas em relação às calamidades públicas, deve dispor de auxílio técnico e financeiro para os entes subnacionais para a execução e formulação de políticas sanitárias no enfrentamento da pandemia coronavírus.

Foi o caso do reestabelecimento do custeio de leitos pela União ao Estado do Rio Grande do Sul (ACO 3483 TP/DF, Relatoria da Ministra Rosa Weber).

Aquela decisão abordou um ponto sensível em relação à judicialização da saúde, que foi a interferência do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa em relação à disponibilização de receitas de um ente para outro.

No federalismo de cooperação, isso seria prestigiar um ente subnacional em detrimento de outro? Ao que parece, da leitura daquela decisão, observa-se que não.

⁵ SAAD, Amauri Feres. Regime Jurídico das Políticas Públicas. **Malheiros Editores**. São Paulo/SP: 2016, p. 85

⁶ SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. **Malheiros editores**. 35ª edição. São Paulo/SP: 2012, p. 286.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. **Editora Forense**. Rio de Janeiro/RJ: 2018, p. 207.

⁸ SANTOS, Ricart César. O financiamento da saúde pública no Brasil. **Editora Fórum**. Belo Horizonte/MG: 2016, p. 101.



Isso porque a fundamentação daquela decisão interlocutória evidenciou o monitoramento de dados estatísticos, bem como da logística do número de leitos em relação ao aumento da pandemia coronavírus no Estado do Rio Grande do Sul e a omissão da União, enquanto ente gerenciador de calamidades públicas, em dispor de assistência técnica e financeira àquele Estado-membro.

Nesse sentido foi atribuída obrigação de fazer à União em detrimento da sua omissão sob o seguinte argumento: “Portanto, é de se exigir do Governo Federal que suas ações sejam respaldadas por critérios técnicos e científicos, e que sejam implantadas, as políticas públicas, a partir de atos administrativos lógicos e coerentes. E não é lógica nem coerente, ou cientificamente defensável, a diminuição do número de leitos de UTI em um momento desafiador da pandemia, justamente quando constatado um expressivo incremento do número das mortes e das internações hospitalares.”

Titularizado pelo Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial equalizador da jurisdição constitucional nos tempos da pandemia coronavírus harmonizou um desequilíbrio federativo em relação às finanças públicas, o que fortaleceu a ideia de pacto federativo com base na cooperação administrativa e financeira.

Isso ficou evidente na ADPF 756/DF, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

O objeto daquela ação era o fornecimento de oxigênio e insumos a hospitais de Manaus/AM, cidade em que houve um pico repentino em relação ao número de casos no começo do ano de 2021, o que sobrecarregou em demasia o sistema de saúde local.

Embora o diagnóstico de caos do quadro sanitário de Manaus seja de competência local, dentro da ideia de federalismo, a responsabilidade por asseverar direitos intrínsecos à dignidade da pessoa humana, como é o direito à vida e à saúde, é compartilhada por todos os demais entes federados.

A exaustão da rede hospitalar manauara resultou no consumo, de maneira abrupta, do estoque de oxigênio hospitalar e demais insumos, o que deveria refletir em uma atenção emergencial de toda a Federação, com ênfase para a União, no sentido de combater aquele súbito agravamento sanitário, o que não aconteceu.

Diante disso, com o argumento de que compete à União o planejamento permanente contra as calamidades públicas, o Supremo Tribunal Federal determinou obrigação de fazer ao *poder central* de suprir os estabelecimentos locais de saúde de oxigênio e outros insumos médico-hospitalares para que pudessem prestar pronto e adequado atendimento.

Aquela decisão também outorgou à União a responsabilidade pela apresentação de plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias em prática e as quais se pretendia desenvolver para o enfrentamento da emergência, “discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros.”

Para a ocasião ficou nítida a importância do governo federal em relação ao apoio técnico e financeiro no que concerne ao direito à saúde.

Se por um lado, como principal detentora da receita fiscal, a União deve fortalecer o regime de cooperação com a respectiva transferência de receitas, por outro, já que possui uma visão estratégica correlata às ações administrativas no campo da saúde, aquele ente federado deve oferecer estrutura de assessoramento e suporte técnico.

A crise do federalismo sanitário que ensejou um conflito de competências quanto à assunção de ações administrativas para o combate à pandemia demonstrou que o planejamento de políticas públicas deve ser feito por intermédio de uma interlocução entre a União e os entes subnacionais.

Caso contrário, pode ser que não sejam atingidos resultados eficazes contra uma demanda inesperada dentro de um espaço de tempo considerado hábil.



É preciso, portanto, a articulação de uma política pública com visão sistêmica, e sobre o assunto Maria Paula Dallari Bucci compreende que “a formulação de políticas, com a eleição das prioridades, a indicação dos recursos e a definição do foco de beneficiários, bem como o seu horizonte temporal são prerrogativas precípua do governo⁹” e como um dos objetivos fundamentais da República é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer forma de discriminação¹⁰”, as estratégias de enfrentamento do coronavírus devem levar em consideração uma adequação orçamentária suficiente apta a suprir as necessidades sanitárias.

Quando se pensa no processo de planejamento de políticas públicas, primeiro deve ser delimitado o aspecto do público-alvo, que é a amplitude institucional/administrativa, e segundo a forma de estruturação orçamentária e financeira que possibilite o custeio das atividades voltadas para atender a demanda da sociedade.

Estabelecido o público-alvo e a forma de estruturação da prestação das políticas públicas, é preciso que se volte atenção ao planejamento orçamentário, e para José Maurício Conti “A construção do sistema orçamentário é uma tarefa extremamente complexa, pois exige uma compatibilização de institutos e conceitos de várias áreas do conhecimento, uma vez que há de compreender em sua estruturação, de forma harmônica, aspectos jurídicos, econômicos, contábeis e de administração pública, entre outros¹¹”

Nessa órbita entende Francisco Pedro Jucá que o orçamento público é uma ferramenta imprescindível para a atuação estatal, sobretudo na formulação do planejamento das atividades institucionais, porque representa a simbologia do poder político e capacidade financeira da administração pública “consubstanciando na sua essência ato de Estado ainda que moldado pelo governo, submete-se, *ipso facto*, ao conjunto sistêmico da ordem jurídica¹².”

Assim, antes de se elaborar um ciclo de alocação orçamentária, é preciso decidir quem deve estabelecer o protagonismo das competências administrativas para exercer o comando do federalismo sanitário em um contexto de pandemia, algo que o Supremo Tribunal Federal pontuou em diversos aspectos.

Por fim, é preciso fazer uma ponderação.

O planejamento das ações de enfrentamento da pandemia advinda do coronavírus deve ser feito pela União, a qual é responsável por estabelecer normas gerais para o planejamento e promoção da defesa permanente contra as calamidades públicas (art. 21, inciso XVIII da CRFB).

Ocorre que o direito à saúde é de todos e obrigação do Estado, que o deve planejar por intermédio de políticas sociais e econômicas, com ênfase na redução do risco de doença e de outros agravos por intermédio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CRFB).

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. **Editores Saraiva**. São Paulo/SP: 2013, p. 161.

¹⁰ Art. 3º, inciso IV da Constituição Federal.

¹¹ CONTI, José Maurício. O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil. **Editores Blucher**. São Paulo/SP: 2020, p. 80.

¹² Francisco Pedro Jucá destaca que “Resta claro que o Orçamento é instrumento fundamental para a atuação estatal, especialmente no que respeita à formulação do planejamento dessa atuação. Assim sendo, porque é expressão de exercício do poder político financeiro estatal, consubstanciando na sua essência ato de Estado ainda que moldado pelo governo, submete-se, *ipso facto*, ao conjunto sistêmico da ordem jurídica, e, assim, a sua elaboração, bem como a planificação que instrumenta, obrigatoriamente devem guardar coerência com a finalística constitucionalmente estipulada, e ajustarem-se aos princípios reitores do sistema, considerando-se que esse imperativo é que dará a coerência interna do sistema do estado de direito.” JUCÁ, Francisco Pedro. Finanças Públicas e Democracia. **Editores Atlas**. São Paulo/SP: 2013, p. 64.



Para isso, é preciso um diálogo institucional entre todos os membros da federação com ênfase no planejamento da realidade local e foco em ações integradas com base na eficiência administrativa que permita a eficácia da política de proteção à saúde.

Até porque o controle da qualidade do gasto público estabelecido pelo art. 74, inciso II da Constituição Federal leva em consideração os resultados apresentados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da administração pública.

Para o atingimento da política de resultado necessita do estabelecimento de uma diretriz geral do *poder central* que deve ser executada pelos entes periféricos no sentido de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais da aplicação de recursos públicos.

A otimização dos recursos públicos requer ações planejadas pela articulação dos agentes envolvidos e a eficiência na alocação orçamentária demanda o estabelecimento de competências administrativas específicas da administração pública, sob o risco de não se ter uma política integrada.

Dessa forma, se é a saúde é obrigação do Estado, e a forma federativa da república brasileira distribui competência administrativa comum para ações de proteção e cuidado da saúde (art. 23, inciso II da CRFB), logo, o planejamento do combate à pandemia advinda do coronavírus deve ser titularizado pela União, a qual é responsável por estabelecer normas gerais, em parceria com os entes subnacionais em regime de colaboração.

Assim, o ativismo do Supremo Tribunal Federal em relação à repartição de competências no enfrentamento do coronavírus foi um marco histórico da jurisdição constitucional em matéria de federalismo sanitário.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. **Editora Forense**. Rio de Janeiro/RJ: 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. **Editora Forense**. Rio de Janeiro/RJ: 2018.
- BRASIL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672/DF. Pleno. Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 13/10/2020. Data da Publicação: 29/10/2020.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341/DF. Pleno. Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão Ministro Edson Fachin. Data do Julgamento: 15/04/2020. Data da Publicação: 13/11/2020.
- BRASIL, Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 756/DF. Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 15/01/2021. Data da Publicação: 18/01/2021.
- BRASIL, Tutela Provisória na Ação Cível Originária 3.385/MA. Relatoria do Ministro Celso de Melo. Data do Julgamento: 20/04/2020. Data da Publicação: 23/04/2020.
- BRASIL, Tutela Provisória na Ação Cível Originária 3.483/DF. Relatoria da Ministra Rosa Weber. Data do Julgamento: 09/03/2021. Data da Publicação: 10/03/2021.
- BRASIL. **Lei Complementar 173/2020**. Estabelece o Programa de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências.
- BRASIL. **Lei nº 13.979/2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm acesso em 26/03/2021
- BRASIL. **Lei nº 13.982/2020**. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm acesso em 26/03/2021
- BRASIL. **Portaria nº 454/2020**. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Brasília, DF: Ministério da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm acesso em 26/03/2021
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. **Editora Saraiva**. São Paulo/SP: 2013, p. 161.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. **Editora Atlas**. 30ª edição. São Paulo/SP: 2016.
- CONTI, José Maurício. O planejamento orçamentário da administração pública no Brasil. **Editora Blucher**. São Paulo/SP: 2020
- FREITAZ, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. **Malheiros Editores**. 5ª edição. São Paulo/SP: 2013.
- JUCÁ, Francisco Pedro. Finanças Públicas e Democracia. **Editora Atlas**. São Paulo/SP: 2013.
- SAAD, Amauri Feres. Regime Jurídico das Políticas Públicas. **Malheiros Editores**. São Paulo/SP: 2016.
- SANTOS, Ricart César. O financiamento da saúde pública no Brasil. **Editora Fórum**. Belo Horizonte/MG: 2016.
- SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. **Malheiros editores**. 35ª edição. São Paulo/SP: 2012.

A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA PANDEMIA DA COVID-19: A SOLUÇÃO DE DEMANDAS DE SAÚDE PELA CONCILIAÇÃO

PAULO MARCOS
RODRIGUES DE ALMEIDA

JUIZ FEDERAL TITULAR DA 1ª VARA-GABINETE DO
JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE GUARULHOS/SP.
COORDENADOR DA CENTRAL DE CONCILIAÇÃO DA
JUSTIÇA FEDERAL DE GUARULHOS.

INSTRUTOR DE CONCILIADORES
E MEDIADORES DO TRF3.

PROCURADOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
DE JUNHO/2005 A JUNHO/2011.

JUIZ FEDERAL TITULAR DA 1ª VARA FEDERAL DE
COXIM/MS DE JANEIRO/2017 A JANEIRO/2018.

PÓS-GRADUADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
(CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA
DE SÃO PAULO, 2008).

ESTUDOU "NEGOTIATION AND LEADERSHIP" NA
HARVARD LAW SCHOOL (CAMBRIDGE/MA, 2016).

+ R E S U M O +

A abordagem tradicional da doutrina e da jurisprudência sobre a judicialização da saúde não logrou, até hoje, resolver problemas práticos essenciais sobre o tema. A experiência da Justiça Federal da 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul) demonstra que a conciliação pode não só viabilizar um acordo em ações de saúde, como pode, mesmo nos casos em que um acordo não seja possível, esclarecer junto aos gestores de saúde dúvidas essenciais para o ágil cumprimento de eventual decisão do juiz competente favorável ao demandante. O ensaio revisita os principais temas da abordagem tradicional da judicialização para, em seguida, apontar as principais características do Programa de Conciliação do TRF3 e as peculiaridades da negociação com o Poder Público em juízo, apresentando experiências concretas de conciliação no universo das demandas de saúde e no contexto da pandemia da Covid-19, como a CAMEDS Guarulhos e a Plataforma ConciliaCovid do TRF3.

PALAVRAS-CHAVE

judicialização, saúde, covid-19, conciliação, cameds.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. BREVES NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

1.1. **A abordagem tradicional do tema**

1.2. **Aspectos relevantes desconsiderados pela abordagem tradicional**

2. BREVES NOTAS SOBRE A CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL

2.1. **Notícia histórica**

2.2. **A conciliação com o poder público**

2.2.1. *A indisponibilidade do interesse público e o princípio da legalidade*

2.2.2. *Reuniões institucionais prévias*

2.3. **Razões do sucesso do programa de conciliação do trf3**

2.4. **As “conciliações sensíveis de alta complexidade”**

3. A SOLUÇÃO DE DEMANDAS DE SAÚDE PELA CONCILIAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

3.1. **A cameds: câmara de mediação em direito da saúde**

3.1.1. *O que é, como surgiu e como funciona a CAMEDS*

3.1.2. *Exemplos e resultados*

3.2. **A plataforma ‘conciliacovid’ do trf3**

4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS



INTRODUÇÃO

Um pai desesperado se acorrenta às escadarias do Fórum Federal, exigindo que seja julgado procedente seu pedido para que a União pague a complicadíssima cirurgia de sua filha doente, nos Estados Unidos, ao custo de milhões de reais. Médico plantonista de UTI lotada pede ao oficial de justiça que telefone ao juiz que deferiu a medida liminar (determinando a internação imediata de um demandante), e peça para o magistrado comparecer ao hospital e indicar qual dos pacientes já internados na UTI deve ser retirado para dar lugar ao autor da ação, lembrando-se de avisar à família dele que a morte certa decorria de ordem do Poder Judiciário.

O caos da pandemia da Covid-19 veio tornar triste rotina para os brasileiros episódios tão dramáticos como esses, dos quais, até então, poucos tinham a desventura de tomar conhecimento. Cabe aos juízes interferir na disponibilidade dos serviços públicos de saúde quando cidadãos necessitados lhes venham pedir socorro? A quem compete a decisão sobre o destino dos limitados recursos públicos destinados à saúde?

Passando em revista os principais aspectos da judicialização da saúde tradicionalmente abordados pela doutrina e pela jurisprudência, o presente ensaio foca sua atenção em aspectos relevantes da judicialização do direito à saúde normalmente desconsiderados pela abordagem tradicional, como, por exemplo, o que fazer quando o pedido daquele que procura o Judiciário *deve ser atendido*? Como executar na prática uma decisão judicial favorável ao demandante nas ações de saúde?

Escondidos por trás da aparente simplicidade dessas questões, revelam-se questões dilacerantes e caminhos tortuosos nunca iluminados pela doutrina nem resolvidos pela jurisprudência, para os quais a experiência da Justiça Federal da 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul) encontrou resposta adequada e eficaz justamente no ambiente da conciliação e da solução consensual dos conflitos.

A partir desse novo enfoque, o estudo apresenta ao leitor as principais características e razões de sucesso do Programa de Conciliação do TRF3, as peculiaridades da negociação com o Poder Público em juízo e algumas das estratégias e técnicas utilizadas pelos conciliadores da Justiça Federal para resolver, com o diálogo, mesmo as demandas mais complexas e desafiadoras, como desapropriações, reintegrações de posse, ações civis públicas e, claro, demandas de saúde.

Em seguida, o trabalho aborda experiências concretas de conciliação no universo das demandas de saúde e no contexto da pandemia da Covid-19, como a “CAMEDS” (Câmara de Mediação em Direito da Saúde da Justiça Federal) e a “Plataforma ConciliaCovid”, instrumentos judiciais completamente diferentes das armas do processo civil tradicional, que se mostraram extremamente adequados e eficientes para atender àqueles que buscaram ações e serviços de saúde da União, dos Estados e dos Municípios no cenário de emergência sanitária instalado no país.



1. BREVES NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Se as ações judiciais envolvendo pedidos relacionados à saúde já eram uma constante nos tribunais brasileiros,¹ o estado de calamidade pública instalado no país em decorrência da pandemia da Covid-19 não só aumentou exponencialmente o número e a variedade das demandas, como tornou urgente a descoberta de soluções mais eficazes para essa problemática.

É preciso ter presente, desde o início, que a palavra “judicialização”, no contexto atual, é geralmente usada em sentido negativo, para descrever o que se entende por indevida intromissão do Poder Judiciário em searas normalmente reservadas à atuação dos demais Poderes da República, o Legislativo e o Executivo. É nesse sentido que se fala da “judicialização da saúde”, referência ao que muitos compreendem como um excesso de decisões judiciais interferindo nas políticas públicas de saúde, notadamente para conceder aos autores de ações judiciais prestações de saúde originariamente recusadas pelo Sistema Único de Saúde, o SUS.

Cumpra recordar, para melhor compreensão do tema, que o art. 196 da Constituição Federal – fundamento constitucional do direito à saúde – proclama que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. Tratando-se de “direito de todos” e “dever do Estado”, é natural que, quando este falhe no cumprimento da promessa constitucional, os cidadãos socorram-se do Poder Judiciário para obter acesso às “ações e serviços” de saúde de que necessitem, desempenhando os juízes e tribunais, aí, seu papel constitucional de garantidores dos direitos fundamentais.

O problema surge quando a prestação de saúde que se almeja *não está entre as ações e serviços disponibilizados pelo SUS*. Para muitos, a ação do Poder Judiciário nesses casos – de que resultaria uma positiva criação judicial do direito ou uma interferência na ação administrativa do Estado – consistiria em reprovável “ativismo judicial”, desbordando dos limites tradicionalmente demarcados para a atuação do Poder Judiciário e violando, assim, o princípio da separação dos Poderes.

Nesse contexto, mais do que ao número excessivo de ações judiciais a respeito do tema, a expressão “judicialização da saúde” parece referir-se a certa *desfuncionalidade da atividade jurisdicional*, evidenciada por um elevado número de decisões um tanto irracionais a respeito de demandas questionáveis ou até mesmo extravagantes. Por vezes, são acolhidos não apenas pedidos de medicamentos sem eficácia comprovada, caras cirurgias no exterior ou tratamentos experimentais, mas também pedidos de fraldas de marcas específicas, iogurtes de sabores determinados, procedimentos meramente estéticos.²

De fato, aparentemente despreocupados com os possíveis reflexos negativos de suas decisões sobre o sistema público de saúde como um todo, muitos juízes e tribunais sucumbem a apelos emocionais e atendem a toda sorte de pedidos de tratamentos de saúde, muitos caríssimos e de necessidade discutível. Assim agindo, aumentam gastos públicos sem planejamento, desequilibram o sistema de saúde e geram profunda insegurança jurídica.

¹ Entre 2008 e 2017 houve aumento de 103% no ajuizamento de ações de saúde, enquanto o orçamento do Ministério da Saúde experimentou um aumento de 13 vezes nos gastos em atendimento a demandas judiciais, chegando, no pico de 2016, a R\$1,6 bilhão (cfr. INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

² Exemplos reais de demandas ajuizadas em face do Município de Guarulhos.



1.1. A ABORDAGEM TRADICIONAL DO TEMA

A “judicialização da saúde”, embora venha ganhando maior destaque nos últimos anos e tenha mesmo assumido triste protagonismo no cenário de calamidade pública causado pela pandemia da Covid-19, nada tem de nova, havendo gigantesco repertório jurisprudencial e inúmeros estudos doutrinários sobre o tema, no Brasil e no exterior. Da doutrina estrangeira, aliás, data já de 1999 obra seminal na discussão dos *custos de implementação dos direitos sociais*,³ revelando preocupação compartilhada entre as nações com o impacto de decisões judiciais sobre o orçamento público.

Ainda assim, a abordagem tradicionalmente adotada pela jurisprudência e pelo magistério doutrinário costuma concentrar seu foco, de forma recorrente, em apenas três aspectos do tema: a escassez dos recursos públicos e o argumento da “reserva do possível”, repetidamente invocado pelo Poder Público como defesa em juízo; a necessidade de estabelecimento de “critérios objetivos” que possam orientar os juízes na tomada de decisões relacionadas ao sistema público de saúde; e a criação de “ferramentas de auxílio técnico” aos juízes para tomada dessas decisões.

O argumento da reserva do possível se baseia na constatação de que, sendo finitos os recursos orçamentários vinculados à saúde, não há como o Poder Público custear tratamentos caríssimos para um único paciente (portador, por exemplo de rara doença genética), em prejuízo da imensa coletividade de usuários do sistema público de saúde. Significa dizer que o Poder Judiciário, ao atender à demanda médica específica de um único cidadão – realizando a *justiça do caso concreto* – pode estar, inadvertidamente, causando sérios prejuízos à destinação geral dos recursos públicos e à execução das ações e serviços de saúde planejados e pensados para atender ao máximo de pessoas. Ao desviar recursos para a proteção de uma árvore, juízes e tribunais acabam por ameaçar toda a floresta.

Já no que toca à fixação de “critérios de decisão” pela jurisprudência, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm se esforçado para orientar as decisões das instâncias ordinárias em demandas de saúde. Nesse particular, já se reconheceu a *solidariedade entre União, Estados e Municípios para implementação de ações e serviços de saúde*,⁴ já se fixaram teses a respeito de demandas que postulem *medicamentos sem registro na ANVISA*,⁵ tentou-se proibir juízes e tribunais de obrigar o Poder Público a fornecer *medicamentos de alto custo não previstos na relação de dispensação do SUS* (admitindo-se exceções);⁶ decidiu-se pela possibilidade de *antecipação de tutela para obrigar o Poder Público a custear cirurgias e internações*, inclusive com *bloqueio de verbas públicas*,⁷ e se estabeleceram requisitos para o acolhimento de pedidos de *remédios não incorporados em atos normativos do SUS*.⁸

De outra parte, os diversos tribunais e o Conselho Nacional de Justiça vêm disponibilizando ao longo dos anos diversas *ferramentas de auxílio técnico* voltadas a auxiliar os juízes nos momentos de máxima urgência, em que a decisão judicial deve ser tomada antes da fase probatória e do contraditório com o Poder Público, sob pena de perecimento do possível direito invocado pelo autor. Trata-se de valiosos *mecanismos de qualificação das decisões judiciais em matéria de saúde*, entre os

³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

⁴ STF, RE 716.777 AgR, relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15/05/2013.

⁵ STF, RE 657.718/MG (Tema 500), redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, j. 22/05/2019.

⁶ STF, RE 566.471/RN, relator o Ministro Marco Aurélio, j. 11/03/2020.

⁷ STJ, REsp 1.650.341/RJ, relator o Ministro Herman Benjamin, DJe 20/04/2017.

⁸ REsp 1.657.156/RJ (Tema Repetitivo 106), relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe (04/05/2018).



quais se destacam o “e-NatJus”,⁹ o “Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde”,¹⁰ o “Acessa SUS”¹¹ e a “Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – CONITEC”.¹²

1.2. ASPECTOS RELEVANTES DESCONSIDERADOS PELA ABORDAGEM TRADICIONAL

Presentes as considerações precedentes, percebe-se facilmente que os aspectos da judicialização da saúde geralmente abordados pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores giram em torno da preocupação com o “excesso” de decisões judiciais *deferindo* os pedidos dos demandantes contra o Poder Público. Noutras palavras, procuram-se meios ou argumentos para restringir ao máximo – se não eliminar – os provimentos favoráveis aos cidadãos que se socorrem do Judiciário em busca de medicamentos, cirurgias, consultas, exames, internações *etc.*

Bem compreendida a questão, não há mal algum nisso. Ao contrário. Suscitando aspectos relevantes do tema, a abordagem tradicional da judicialização da saúde convida juízes e tribunais à reflexão séria e ao comedimento e parcimônia ao lidar com demandas de saúde. O que, como visto, já seria de se esperar de todo magistrado, face à obrigação elementar de “tomar em consideração as consequências da decisão”, prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.¹³

Sucedo, porém, que a abordagem tradicional da judicialização da saúde se esquece de cuidar de um aspecto importantíssimo – e *essencial* – do tema: o que fazer quando o pedido daquele que procura o Judiciário *deve ser atendido*? Vale dizer, como executar na prática a decisão judicial favorável ao demandante quando, superados os óbices da reserva do possível, atendidos os critérios jurisprudenciais e observada a melhor orientação técnica, o pedido da parte deve ser acolhido?

Não constitui exagero dizer que tal aspecto vem a ser *o mais importante* em matéria de judicialização da saúde, uma vez que de nada adianta identificar os “poucos” casos em que a intervenção judiciária seria legítima, se, na prática, o Judiciário não conseguir entregar ao jurisdicionado a prestação de saúde a que ele tem direito mesmo nesses casos. Despreocupar-se do momento do cumprimento da decisão – e, na maioria dos casos, de sua máxima urgência – é o mesmo que anuir à negativa de *todos* os pedidos de prestações de saúde em juízo, e não apenas daqueles que a reserva do possível, os critérios jurisprudenciais e orientações técnicas indicariam como improcedentes.

Por exemplo: deferida medida liminar em ação ajuizada em face da União, do Estado de São Paulo e do Município de Guarulhos para determinar o fornecimento de um dado medicamento, qual dos entes deve comprar o remédio e entregá-lo à parte? A União, pelo Ministério da Saúde?

⁹ Instituído pela Resolução CNJ nº 238, de 06/09/2016, o *e-NatJus* reúne pareceres, notas e informações técnicas que podem subsidiar os magistrados na tomada de decisões em demandas de saúde.

¹⁰ Instituído pela Resolução CNJ nº 107, de 06/04/2010, o Fórum tem por missão “*elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos na área da Saúde Pública e Suplementar*” (cfr. Res. CNJ 107/2010, art. 2º).

¹¹ O Tribunal de Justiça de São Paulo disponibiliza na internet o “Guia de apoio técnico para tratamento dos litígios relativos à saúde pública e saúde suplementar” (disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/NatJus/NatJus/Default/GuiaTecnico.pdf>>; acesso em 09 de abr. de 2021).

¹² Criada pela Lei 12.401/2011; disponibiliza aos juízes e tribunais consulta aos “Protocolos e Diretrizes do Ministério da Saúde – PCDT”, documentos que “*visam garantir as melhores práticas para o diagnóstico, tratamento e monitoramento dos pacientes no âmbito do SUS*” e “*incluem recomendações de condutas clínicas, medicamentos, produtos e procedimentos nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde*”. Disponível em <<http://conitec.gov.br/pcdt-em-elaboracao>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

¹³ Decreto-lei 4.657/1942, na redação da Lei 13.655/2018, art. 20.



O Estado, por sua Secretaria de Saúde? Ou o Município? Onde a parte deve retirá-lo? Ou o receberá em casa? Serão fornecidas desde já todas as doses do medicamento para os próximos meses? Ou a parte deverá recebê-las paulatinamente? O próprio demandante pode tomar o medicamento por conta própria? Ou é necessária aplicação controlada, por enfermeiro ou farmacêutico?

Imagine-se outro exemplo. A parte autora, idosa, ajuíza ação apenas contra a União e o Município de Coxim/MS (deixando o Estado de Mato Grosso do Sul de fora do litisconsórcio – que, segundo a jurisprudência, é *facultativo*), pedindo a urgentíssima realização de uma cirurgia para colocação de um marca-passo (demonstrando que, procurado, o SUS sequer soube lhe dizer quando a cirurgia poderia ser agendada). O juiz defere o pedido liminar. Para a abordagem tradicional da judicialização da saúde, o problema do Poder Judiciário acaba aí. Mas algumas questões ficam no ar sobre o efetivo cumprimento da medida e a real satisfação do direito da parte.

Onde será realizada a cirurgia? O hospital indicado pelo autor na inicial de fato tem condições de realizar o sofisticado procedimento cirúrgico? Se não, o Município de Coxim tem hospital de referência cardiológica capacitado? Ou a União tem hospital federal credenciado na cidade? Se não houver na cidade hospital habilitado para a complexa cirurgia, onde ela será feita? Em município vizinho? Na capital do Estado? Em hospitais federais? Ou estaduais, mesmo o Estado não sendo réu na demanda? E se feita em hospital do Estado, quem paga o necessário à realização da cirurgia, o próprio Estado de Mato Grosso do Sul, que nem é parte no processo? Ou a União ou o Município de Coxim deverão antecipar ao Governo do Estado os custos necessários?

Superados todos os óbices e dúvidas e enfim encontrado o hospital de referência mais próximo, ele tem vaga para agendamento imediato? Se há fila, os pacientes que estão à frente do autor têm condições de saúde melhores ou piores que as do demandante? Podem esperar e ser passados para trás? Se não, quando seria a próxima data disponível para a cirurgia do autor, sem que se prejudique outros pacientes em estado mais grave? Mas se a urgência do autor já foi reconhecida pela decisão e ele não pode esperar, há vaga disponível em outros hospitais, ainda que mais distantes?

Ao fim de tudo, obtida a vaga em hospital, há equipamento de marca-passo à disposição para realização imediata da cirurgia? Se não, quanto tempo levará para sua aquisição pelo Poder Público? Nesse caso, ele deverá ser comprado pela União, pelo Município de Coxim ou pelo Estado de Mato Grosso Sul, gestor do hospital onde enfim terá lugar a cirurgia? E quando definido quem comprará o equipamento, é preciso submeter o autor a um exame específico para definir as funcionalidades do marca-passo?

Como se vê, as dúvidas envolvendo o atendimento de demandas de saúde poderiam se estender quase ao infinito. E o caos administrativo e a situação de calamidade pública gerados pela pandemia da Covid-19 só vieram a agravar o problema, transformando em triste rotina diária do sistema público de saúde o que antes eram exemplos isolados de *hard cases*, as chamadas “escolhas trágicas” que por vezes se impõem a médicos e juízes na decisão de casos mais difíceis, em que se apresentam em lados antagônicos interesses igualmente protegidos pelo direito.¹⁴

¹⁴ Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, do STF: “Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Sem data. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>; acesso em 09 de abr. de 2021, p. 04).



Pense-se no drama da lotação dos leitos de UTI: diante da negativa de internação, à falta de vagas, o paciente contaminado com o coronavírus ajuíza ação contra a União e o Estado de São Paulo exigindo sua internação imediata em leito de UTI, sob risco de morte. Cioso da gravidade do caso que se apresenta na petição inicial, o juiz federal defere o pedido liminar, determinando especificamente ao Estado de São Paulo que disponibilize vaga de UTI para a internação do autor, ou que o encaminhe à rede privada, arcando com os custos.

Inexistindo vaga na rede pública e nos hospitais privados, já com longa fila de espera entre os internados na enfermaria, o Secretário de Saúde informa nos autos (suponha-se que em 24 horas, mesmo diante de todas as suas outras atribuições administrativas no caos da pandemia e centenas de ordens judiciais a responder), que não é possível atender à ordem judicial. O juiz, sentindo-se desafiado, renova a intimação, determinando agora o cumprimento “imediato” de sua decisão liminar, sob pena de multa diária por atraso e “prisão pelo crime de desobediência”.

O gestor da saúde, desconcertado, peticiona nos autos solicitando que o magistrado indique um hospital público e compareça pessoalmente à UTI para indicar aos médicos plantonistas qual paciente atualmente ali internado deve ser desligado dos aparelhos de respiração artificial para abrir vaga ao autor da ação. Pede-se ainda, por consideração, que o juiz tenha também a dignidade de informar à família do paciente desligado dos aparelhos o porquê de sua decisão. Quem vive? Quem morre? É possível proteger uma só árvore, desconhecendo a situação de toda a floresta?

Juízes não gostam dessas perguntas. Muitos preferem pensar que “não é problema deles”. Resolvida a “questão jurídica”, o processo está resolvido. Outros, afastados da realidade da secretaria da Vara e da burocracia judiciária, imaginam em seu mundo ideal de fantasia e alienação que “prazos de 24 horas” fixados em decisões judiciais inconsequentes são, de fato, cumpridos em 24 horas; ou que ordens de prisão de gestores de saúde, diretores de hospital ou médicos cirurgiões “desobedientes” farão o impossível magicamente acontecer (talvez da prisão, não se sabe). Outros, ainda, terão respostas prontas e fáceis para tantas indagações, o que só nos faz lembrar do antigo ditado, segundo o qual para todo problema complexo existe uma solução simples, e errada.

Segundo a experiência da CAMEDS (Câmara de Mediação em Direito da Saúde da Justiça Federal) e da plataforma de mediação inter-institucional “ConciliaCovid” do TRF3, *apenas a conciliação pode oferecer respostas satisfatórias e eficazes a questões tão complexas* e completamente ignoradas pela abordagem tradicional da judicialização da saúde.

Antes, porém, que se possa compreender o relevante papel desempenhado pela conciliação no contexto das ações de saúde – sobretudo durante a pandemia da Covid-19 – impõe-se uma incursão, ainda que breve, no universo da conciliação tal como institucionalizada e praticada pela Justiça Federal, experiência um tanto distinta da realizada na Justiça Estadual ao longo dos anos.

2. BREVES NOTAS SOBRE A CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL

2.1. NOTÍCIA HISTÓRICA

Como sabido, a Justiça Federal tem de lidar com a peculiar circunstância de sempre tratar com o Poder Público federal num dos pólos da ação (quando não em ambos). Essa peculiaridade obrigou os juízes federais a superar obstáculos, vencer resistências e idealizar métodos e estratégias muitas vezes inéditos no modelo tradicional da conciliação, originalmente concebido para disputas entre particulares. Tais percalços, se de um lado tornaram árdua a caminhada, de



outro contribuíram para o desenvolvimento de um programa único e riquíssimo em *experiências, preparo dos conciliadores e soluções criativas e inovadoras*.

Especificamente na Justiça Federal desta 3ª Região, o Programa de Conciliação e Mediação do TRF3 partiu de um projeto-piloto em fins de 2004 – pensado com o objetivo primordial de oferecer solução aos intermináveis processos a respeito do Sistema Financeiro da Habitação, em que a Caixa Econômica Federal e mutuários inadimplentes digladiavam-se há anos –¹⁵ para chegar, neste ano de 2021, a mais de trinta Centrais de Conciliação espalhadas das capitais ao interior nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. E isso mesmo antes dos mais recentes marcos legislativos da institucionalização da conciliação e mediação no Brasil (como a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o novo Código de Processo Civil de 2015 e a Lei da Mediação, Lei 13.140/2015).

Atualmente, a Justiça Federal realiza, rotineiramente, como atividade comum do dia a dia dos Fóruns Federais das capitais e do interior, centenas de audiências de conciliação para a solução de todo tipo de demanda envolvendo a União, suas autarquias (como o INSS e os conselhos profissionais) e empresas públicas federais (como a CEF, a Infraero e os Correios). Entre os temas mais tratados estão as *ações de cobrança e execução de dívidas* ajuizadas pela Caixa Econômica Federal e pelos Conselhos Profissionais (de Enfermagem, de Engenharia, dos Corretores de Imóveis, entre outros), as *ações de indenização por danos materiais e morais* movidas contra a CEF e os Correios, *ações pedindo benefícios previdenciários por incapacidade* em face do INSS e mesmo ações coletivas, como *desapropriações e reintegrações de posse* envolvendo a União, a Infraero, o DNIT ou outros órgãos públicos, como se verá com mais detalhe abaixo.

Nesse cenário de forte incentivo institucional à conciliação, pode-se mesmo dizer que, nos dias de hoje, na Justiça Federal a busca de solução consensual para as demandas já não é meio “alternativo” ao processo, mas sim o meio *adequado* para a solução de muitos conflitos. Entretanto, como adiantado, não foi sem resistências, desgastes e muito esforço que tão longo e bem-sucedido caminho foi percorrido.

De fato, até hoje a conciliação continua a ser um tanto subestimada e incompreendida, sendo comuns as confusões a respeito de suas vantagens e seus reais objetivos. Não raro – sobretudo após o advento do novo CPC e da nova Lei da Mediação – ouvem-se vozes desavisadas afirmando que “agora”, “com a conciliação”, “enfim será reduzido o número de processos em tramitação”, como se fora a conciliação uma ferramenta de “desafogo” do Judiciário, tendente a “eliminar processos da prateleira” (física ou virtual). Não é. Como também não é “melhor um mau acordo a um bom processo”, gracejo normalmente feito por advogados e partes exasperadas com a proverbial demora do processo civil brasileiro.

Diga-se, desde já, que a conciliação não é a “solução” para o problema do excesso e da demora dos processos, e tampouco funciona em todos os casos. Mas ela costuma funcionar justamente nos *casos em que o processo civil tradicional falha*, sendo, por isso, a ferramenta *adequada* para muitos casos. O que se busca com a conciliação nunca é “o acordo”, mas sim a *satisfação* das partes, promovidas de meras espectadoras a protagonistas da solução do litígio.¹⁶ O acordo é mera consequência, nunca o objetivo.

¹⁵ Tal iniciativa pioneira foi idealizada e conduzida, entre outros, pela então juíza federal, hoje Desembargadora Federal Dal-dice Santana, cujo nome praticamente se confunde com a história e as realizações da conciliação na Justiça Federal brasileira.

¹⁶ É um erro mensurar o sucesso de um programa judicial de conciliação pelo número ou percentual de acordos celebrados. É a real satisfação das partes com o procedimento, com a possibilidade de participação ativa e com o aprendizado de uma forma diversa e positiva de abordar um conflito que indica o grau de sucesso de uma audiência de conciliação, ainda que um acordo não seja fechado.



2.2. A CONCILIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

2.2.1. A indisponibilidade do interesse público e o princípio da legalidade

No que diz com a conciliação nas causas de competência da Justiça Federal, depara-se frequentemente com alguns obstáculos técnico-jurídicos, especialmente quanto à conhecida *indisponibilidade do interesse público*, às exigências do *princípio da legalidade* e às naturais *complexidades da negociação* com a estrutura mastodôntica do Poder Público.

Registre-se desde logo que na conciliação com a União, suas autarquias e empresas públicas federais, *não há “disposição” do interesse público*, como poderia pensar um desavisado. Muito ao contrário, o que há é a descoberta de formas diversas de atender ao interesse público, de modo a atender também, até a máxima medida possível, os interesses da parte contrária. É preciso não esquecer que não existe interesse público na violação de direitos dos administrados; ao contrário, é de máximo interesse público que os titulares de direitos tenham seus direitos respeitados e protegidos, especialmente pelo Poder Público.

Por isso, é já evidente que a cega e automática contestação de demandas pela advocacia pública e a insistência na interposição de sucessivos recursos aos tribunais superiores não protege o interesse público, antes o agride. Não apenas pelo atentado do Estado a um direito do administrado que se tenha por existente, mas também pela dissipação de tempo, energia e recursos financeiros da advocacia pública, que poderiam ser melhor empregados nas ações em que o Poder Público efetivamente tenha razão.

Por outro lado – e como se verá com mais vagar abaixo – há diversas maneiras de se preservar o interesse público, algumas menos gravosas a interesses contrapostos da parte contrária. Nesse contexto, o ambiente e as múltiplas possibilidades da conciliação (livre das amarras e da ortodoxia do processo civil tradicional) contribuem para que se descubram as formas menos agressivas de atendimento do interesse público.

Vê-se, assim, que não se trata de “reinterpretar” o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas, sim, de *lê-lo corretamente*. A conciliação, longe de ensejar indevida “disposição” de interesses públicos, contribui para sua melhor identificação e mais completa realização, concretizando os mandamentos constitucionais da eficiência, da publicidade e da moralidade na ação administrativa.

Não por outra razão, várias são as autorizações legais à negociação do Poder Público em juízo. Já a Lei 9.469, em seu artigo 1º, estabelece desde 1997 que “[o] *Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais*”.

Também há tempos, desde 2001, a Lei 10.259 – que instituiu os Juizados Especiais Federais – já prevê que “[o]s *representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do ‘caput’, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais*”.¹⁷

A própria Lei da Mediação estabeleceu que “[a] *União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para [...] avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e*

¹⁷ Lei 10.259/2001, art. 10, parágrafo único.



pessoa jurídica de direito público”¹⁸ e que “[e]nquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei”.¹⁹

Mais recentemente, a Lei 13.988/2020 estabeleceu os “requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária”,²⁰ esclarecendo que “[a] União, em juízo de oportunidade e conveniência, poderá celebrar transação em quaisquer das modalidades de que trata esta Lei, sempre que, motivadamente, entender que a medida atende ao interesse público”.²¹

Por fim, a Lei 14.057/2020 disciplinou, “no âmbito da União, de suas autarquias e de suas fundações, acordos diretos para pagamento de precatórios de grande valor, nos termos do § 20 do art. 100 da Constituição Federal, e acordos terminativos de litígios contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e do § 12 do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002”.

2.2.2. Reuniões institucionais prévias

Mesmo que beneficie ao interesse público e autorizada por amplo leque de previsões legais, a conciliação com a Administração Pública federal em juízo jamais funcionaria sem que, antes das audiências ou sessões de conciliação propriamente ditas, fossem realizadas *reuniões institucionais prévias* com os entes públicos envolvidos e sua representação judicial, para acerto das hipóteses, dos critérios e dos limites em que poderá se dar a conciliação.

Dado o gigantismo da estrutura administrativa da União, de suas autarquias e das empresas públicas federais, seria ingênuo pensar que um advogado da União, um Procurador Federal representando o INSS ou um advogado da CEF poderiam simplesmente sentar à mesa com a parte contrária e “negociar” ou “fechar acordos”. Autorizações legais e infra-legais, embora indispensáveis, não bastam, sendo preciso acertar antecipadamente os detalhes da participação do ente público nas audiências, como número de advogados, procuradores ou prepostos, o perfil adequado desses servidores (para o ambiente da conciliação), poderes e alçadas de negociação, estrutura das propostas de acordo (para garantir a impessoalidade e a isonomia), exigências especiais *etc.*

Em realidade, o que se convencionou chamar de “reunião institucional prévia” nada mais é do que uma adaptação de técnica comum de mediação, conhecida como “sessão privada”, consistente em reunir-se o mediador separadamente com cada uma das partes para eliminar dúvidas, resistências e obstáculos práticos (como, *e.g.*, a necessidade de autorização especial superior), entraves que, fossem descobertos apenas no momento da audiência de conciliação, poderiam inviabilizar de plano um acordo que, fosse bem planejado o encontro, seria plenamente possível.

Destarte, para o sucesso da conciliação nas demandas envolvendo o Poder Público – como, *e.g.*, as ações a respeito de prestações de saúde – é absolutamente indispensável que seja previamente examinado e discutido com os representantes da Administração tudo o que possa vir a ser objeto de negociação nas audiências de conciliação. Dessa forma, prepara-se o terreno para um futuro encontro proveitoso entre o Estado e o jurisdicionado, sem necessidade de interrupções ou mesmo adiamentos para consultas ou obtenção de autorizações especiais que viabilizem um acordo.

¹⁸ Lei 13.140/2015, art. 32, inciso II.

¹⁹ Lei 13.140/2015, art. 33.

²⁰ Lei 13.988/2020, art. 1º.

²¹ Lei 13.988/2020, art. 1º, §1º.



2.3. RAZÕES DO SUCESSO DO PROGRAMA DE CONCILIAÇÃO DO TRF3

São muitas as causas do sucesso do Programa de Conciliação do TRF3, comportando este espaço a menção a quatro delas, que nos parecem particularmente importantes no contexto da solução consensual das ações de saúde. Duas delas, já evidenciadas pelo esforço histórico precedente, são o forte e constante *apoio institucional das instâncias de comando* do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o profundo *enraizamento do “espírito da conciliação” entre os juízes federais* que coordenam as centrais de conciliação. As duas outras, mais sutis, são o elevado nível de *preparação dos conciliadores* e a eficiência do *método* por eles empregado no trato com as partes.

Talvez o grande diferencial do Programa de Conciliação do TRF3 em relação a iniciativas semelhantes de conciliação de outros tribunais seja a preocupação constante com a preparação e a qualificação da figura essencial em toda audiência de conciliação: o *conciliador*. Nesse particular, é já reconhecida em todo o país a excelência dos cursos de capacitação de conciliadores e mediadores promovidos regularmente pelo TRF3, tanto nas capitais São Paulo e Campo Grande, quanto em muitas cidades do interior.²²

Embora baseados no programa de formação unificado do Conselho Nacional de Justiça, os cursos de capacitação do TRF3 primam por ser idealizados como verdadeiros *treinamentos*, em que instrutores experientes (juízes federais, servidores e professores convidados) proporcionam aos interessados em se credenciar como conciliadores voluntários da Justiça Federal verdadeira imersão no universo teórico e prático da conciliação com o Poder Público, compartilhando o conhecimento das técnicas e ferramentas mais eficazes para a solução de conflitos.

Nesse contexto, não há dúvida de que parte significativa do sucesso do Programa de Conciliação do TRF3 é devida ao *método empregado pelos conciliadores* no trato com as partes e na condução das audiências de conciliação. As conciliações conduzidas na Justiça Federal não só são antecedidas por cuidadosa preparação dos conciliadores, como são conduzidas com esmero e profissionalismo, simplesmente não havendo lugar para improvisos.

Já há algum tempo, o Programa de Conciliação do TRF3 tem orientado a atuação de seus conciliadores seguindo em parte a metodologia proposta pelo “Projeto de Negociação de Harvard”, da *Harvard Law School*.²³ Com as adaptações necessárias ao ambiente judicial e à realidade brasileira, parte importante e substancial dos cursos de capacitação de conciliadores é voltada ao ensino das técnicas de negociação sistematizadas pela tradicional escola de direito norte-americana.

Trata-se de método simples e auto-evidente – “regras de bom senso sistematizadas”, na feliz expressão dos professores de Harvard – consistente em privilegiar os reais interesses das partes sobre suas posições aparentes. Prefere-se, assim, a negociação integrativa, baseada em princípios e interesses, à negociação posicional, baseada em pura e simples barganha e na defesa de posições.

²² De fato, em 2017 o “Curso de Capacitação de Conciliadores e Mediadores” promovido pelo TRF3 foi o vencedor do 8º “Prêmio Conciliar é Legal”, do Conselho Nacional de Justiça, na categoria “Instrutores em Mediação e Conciliação”. Coordenado pela Desembargadora Federal Marisa Santos, o treinamento teve a participação presencial de 80 alunos na sede do Tribunal em São Paulo e foi transmitido por videoconferência para outros 200 espalhados em 32 Subseções Judiciárias (CULTURA da paz e papel do conciliador vencem “Conciliar é Legal”. **Conselho Nacional de Justiça, 2018**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/curso-sobre-cultura-da-paz-e-papel-do-conciliador-vence-conciliar-e-legal/>>. Acesso em 09 de abr. de 2021).

²³ Dentre a extensa literatura disponível, o treinamento dos conciliadores da Justiça Federal se baseia em parte nas obras consagradas de professores da Universidade de Harvard, como os clássicos **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões** (FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018) e **Dealing with difficult people: how to discuss what matter most** (HEEN, Sheila; PATTON, Bruce; STONE, Douglas. New York: Penguin Books, 2010).



Por isso, nas conciliações da Justiça Federal nunca se trata de obter “concessões recíprocas” das partes em litígio, mas sim de ajudá-las a expor com clareza (e, por vezes, até mesmo descobrir) seus reais interesses em jogo e buscar soluções criativas que permitam a satisfação simultânea da máxima extensão desses interesses, nem sempre antagônicos em sua totalidade.

Com quatro passos simples e uma régua especial para medir a conveniência e as vantagens de celebrar um acordo, o método empregado na maioria das conciliações conduzidas pela Justiça Federal da 3ª Região permite que os litigantes (o Poder Público e os jurisdicionados) se engajem numa abordagem dinâmica do conflito que as levou a juízo. Superando desconfiças e aproximando os envolvidos, desvendando os reais interesses sob a superfície de posições extremadas e identificando e aproveitando oportunidades para ganhos mútuos, os litigantes são auxiliados pelos conciliadores treinados do TRF3 a solucionar um problema de cada vez e, assim, encontrar o melhor desfecho para a demanda.

O “bom senso sistematizado” pela escola de negociação de Harvard consiste basicamente nos seguintes passos: (i) separar as pessoas do problema; (ii) focar nos interesses, não nas posições; (iii) criar opções de ganhos mútuos; e (iv) utilizar critérios objetivos de avaliação.²⁴ Apesar da aparente singeleza, esses passos, quando aplicados com habilidade por um conciliador treinado, são capazes de realizar proezas na pacificação de partes intransigentes ou pouco amistosas e na solução de conflitos tidos por insolúveis.

Já a “régua especial para medir a conveniência e as vantagens de um acordo” consiste no que os norte-americanos chamam de BATNA (a melhor alternativa a um acordo negociado, na sigla em inglês): ter clara o tempo todo qual *a melhor alternativa da parte a fechar um acordo com a parte contrária*.²⁵ Noutras palavras, somente quando conhecedor de seu “BATNA” – ou seja, de sua melhor alternativa fora da mesa de conciliação –, o litigante (seja ele o jurisdicionado, a União, uma autarquia, uma empresa pública ou mesmo o Ministério Público) é capaz de negociar com clareza e confiança, livrando-se de presunções e falsas ilusões sobre o que seria *realmente* capaz de obter por meio do processo civil tradicional.²⁶

2.4. AS “CONCILIAÇÕES SENSÍVEIS DE ALTA COMPLEXIDADE”

Além das chamadas “demandas de massa” (ações individuais envolvendo a CEF, o INSS e os Conselhos Profissionais, por exemplo), a Justiça Federal está habituada a utilizar a conciliação para resolver também ações coletivas, envolvendo múltiplos órgãos públicos ou com possibilidade de impacto sobre grande número de pessoas. Trata-se de demandas complexas por natureza, cuja solução meramente jurídica por sentença nunca é fácil de concretizar-se na prática.

Coube ao TRF3 o pioneirismo de disciplinar o tratamento do que se convencionou chamar de *conciliações sensíveis de alta complexidade*, assim entendidas “aquelas ocorrentes em casos envolvendo grande número de ligantes, tais como ações civis públicas, desapropriações, demarcações e reintegrações de posse, multiplicidade de órgãos públicos ou questões com graves repercussões políticas, econômicas e sociais”.²⁷

²⁴ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William, *op. cit.*, pp. 37-118.

²⁵ À falta de uma sigla tão marcante em Língua Portuguesa, vem se tornando frequente entre os conciliadores a utilização da própria sigla em inglês, “BATNA” (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*) para indicar o conceito.

²⁶ FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William, *op. cit.*, pp. 121-130.

²⁷ Resolução TRF3 nº 42/2016, art. 10, §1º.



Estabeleceu o TRF3 que, nesses casos, “[p]oderá ser constituída Comissão Técnica e Consultiva do Programa de Conciliação e Mediação (CTC-Conm), integrada por (03) três magistrados, preferencialmente Coordenadores de Cecon, indicados pelo Gabcon e designados pela Presidência do Tribunal, para acompanhamento das atividades em Cecons recém instaladas ou para assessoramento e orientação”.²⁸

Mais, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, firme na experiência adquirida ao longo dos anos, autorizou formalmente o uso de ferramenta absolutamente indispensável nesse cenário, prevendo que “[n]os casos de conciliação sensível de alta complexidade, a Cecon ou a CTC-Conm, eventualmente constituída, poderá convidar para participar do procedimento de conciliação, na qualidade de ‘amicus curiae’, terceiros que, embora não envolvidos diretamente no litígio, possam contribuir para a solução consensual do conflito ou para a minimização de suas consequências”.²⁹ Ainda, autorizou as centrais de conciliação a “firmar parcerias temporárias ou celebrar convênios específicos de cooperação com outros órgãos públicos ou entidades da sociedade civil, visando à solução de determinada conciliação sensível de alta complexidade”.³⁰

Exemplo simbólico de conciliação sensível de alta complexidade conduzida pela Justiça Federal da 3ª Região no passado foi a desapropriação do entorno do aeroporto de Guarulhos, promovida pela União e pela Infraero nos idos de 2012 (condensada em 348 processos e envolvente de mais de quinhentas famílias em área urbana densamente povoada). Elaborando cuidadoso planejamento estratégico e se utilizando de modernas técnicas de gerenciamento de processos e de mediação, a Justiça Federal de Guarulhos obteve 100% de acordos nas audiências de conciliação e, sem incidentes, promoveu a desocupação rápida e pacífica da área para os entes expropriantes.³¹

As técnicas de planejamento estratégico, gerenciamento e condução dessas particularíssimas e complexas conciliações são tratadas com apuro pela doutrina estrangeira, impondo-se, por todas, menção à consagrada obra *Designing systems and processes for managing disputes*,³² que, em sua segunda edição, dedica um novo capítulo justamente a uma conciliação sensível de alta complexidade conduzida pela Justiça Federal brasileira (em Minas Gerais, sob os auspícios do Tribunal Regional Federal da 1ª Região). Trata-se dos casos decorrentes da violenta tomada de terras pela União para criação do Parque Nacional da Serra da Canastra, que se arrastavam há décadas sem solução, até serem levados à conciliação pela Justiça Federal.³³

3. A SOLUÇÃO DE DEMANDAS DE SAÚDE PELA CONCILIAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

De tudo quanto se viu a respeito do Programa de Conciliação do TRF3, seria mesmo natural que demandas envolvendo tema tão sensível quanto o direito fundamental à saúde – sobretudo no cenário da pandemia da Covid-19 – viessem a ser tratadas no ambiente das centrais de conciliação. Multiplicidade de entes públicos, pulverização de ações sobre o mesmo tema, encontro

²⁸ Resolução TRF3 nº 42/2016, art. 10, *caput*.

²⁹ Resolução TRF3 nº 42/2016, art. 10, §2º.

³⁰ Resolução TRF3 nº 42/2016, art. 10, §3º.

³¹ Para detalhes da iniciativa, *vide* ALMEIDA, Paulo Marcos Rodrigues de. **A conciliação como método judicial de solução rápida e pacífica de desapropriações: a experiência de Guarulhos**. Em: TAKAHASHI, Bruno; GABBAY, Daniella Monteiro (coord). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014, pp. 455-482.

³² BORDONE, Robert C.; *et alii*. **Designing systems and processes for managing disputes**. Nova York: Wolters Kluwer Law and Business, 2013.

³³ A bela e bem-sucedida iniciativa foi capitaneada pelo Juiz Federal Bruno Augusto Santos Oliveira, de Passos/MG.



certo com obstáculos e intransigências, atrasos da burocracia judiciária. Tudo o que cerca uma típica ação de saúde remete a técnicas e ferramentas e ao *know-how* de um conciliador treinado da Justiça Federal. Demais disso, é de notar que a maioria das angustiantes indagações lançadas alguns tópicos acima parecem só encontrar resposta *junto aos gestores de saúde*: como retirar um medicamento, que hospital realiza determinada cirurgia, onde há vagas de UTI para internação?

Sucede que, no processo civil tradicional, quem comparece perante o juiz da causa são os advogados públicos (advogados da União, procuradores estaduais e municipais), que não dispõem de mão própria das informações necessárias para encaminhamento certo do processo: terão de buscá-las junto aos órgãos técnicos de saúde; e como também não serão os advogados públicos os encarregados administrativos da *execução concreta* das ordens judiciais, terão de encaminhá-las aos setores técnicos.

Tal é a natureza mesma do processo civil, que se vale da atuação de *representantes judiciais das partes* (os advogados públicos e privados) para falar nos autos, filtrando as informações de lado a lado. Contudo, esse mecanismo processual de concretização do contraditório, conquanto precioso e indispensável, acaba por causar insuperável demora, ao passo que, em matéria de ações de saúde, *tempo* pode ser justamente o que a parte que se socorre do Judiciário *não tem*.

Como visto, o ambiente da conciliação, livre das amarras e da ortodoxia do processo civil tradicional, pode proporcionar justamente o contato mais rápido com os órgãos técnicos da saúde (de quaisquer dos entes federados), agilizando a comunicação entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, seja para a formalização de um possível acordo, seja para auxiliar no rápido cumprimento de decisões judiciais (uma vez que elas sejam tomadas pelo juiz competente para a causa e tenham de ser cumpridas pelos gestores da saúde).

A conciliação, dessa forma, pode não só *viabilizar um acordo em ações de saúde* – pela discussão imediata com o autor da ação a respeito de eventuais alternativas à disposição do Poder Público –, como pode, mesmo nos casos em que um acordo não seja possível, *esclarecer junto aos gestores de saúde dúvidas essenciais para o ágil cumprimento de eventual decisão* do juiz competente favorável ao demandante. E, como visto, reuniões institucionais prévias com os representantes dos diversos níveis da Administração Pública podem proporcionar as condições técnicas necessárias para o sucesso das tratativas de conciliação.

Nada obstante, não seria produtora – muito menos *rápida* – a mera designação de uma “audiência de conciliação” para toda e qualquer demanda pedindo medicamentos, internações, cirurgias *etc.* Se não por outras razões igualmente relevantes, pela só constatação de que o Ministério da Saúde, a ANVISA, as Secretarias de Saúde Estaduais e Municipais e mesmo a advocacia pública não conseguiriam fazer-se presentes em centenas de encontros, presenciais ou virtuais, com a parte contrária. Ainda mais no curso das emergências causadas pela pandemia da Covid-19. Nesse cenário, dada a especial natureza das demandas de saúde, impõe-se a formatação de mecanismos de conciliação igualmente especiais.

3.1. A CAMEDS: CÂMARA DE MEDIAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE

3.1.1. O que é, como surgiu e como funciona a CAMEDS

A Câmara de Mediação em Direito da Saúde – CAMEDS é um ambiente especial de conciliação, preponderantemente digital, em que conciliadores treinados, sob a supervisão dos juízes federais coordenadores, fazem a mediação entre demandantes e o Poder Público a respeito de pedidos de prestações de saúde, por meio de tratativas conduzidas geralmente por mensagens de *WhatsApp* e *e-mail*.



A CAMEDS surgiu em 2017, primeiro como projeto-piloto na Subseção Judiciária de Imperatriz, no Maranhão, depois como expansão em Guarulhos, junto à Central de Conciliação local.³⁴ Seu nascimento se deu justamente após a constatação de que os instrumentos à disposição do processo civil tradicional simplesmente não conseguiam oferecer *resposta adequada e eficaz* a grande parte das ações a respeito de medicamentos, cirurgias, internações *etc.* Nesse quadro, a Justiça Federal (numa peculiar parceria à distância entre magistrados do TRF1 e do TRF3) idealizou um *procedimento conciliatório especial* que, embora bastante simples, mostrou-se incrivelmente capaz de resolver com agilidade e eficiência mesmo problemas de alta complexidade no universo das ações de saúde.

A idéia central, extremamente simples, apóia-se em três pilares: (i) centralizar as demandas de saúde da Justiça Federal, para tratamento num procedimento conciliatório especial; (ii) formar um “comitê especializado” com representantes de todos os entes públicos responsáveis pelo atendimento das demandas de saúde, de todos os níveis (União, Estado e Municípios), para consultá-los rapidamente sobre a possibilidade de atendimento dos pedidos das partes;³⁵ (iii) utilizar conciliadores treinados da Justiça Federal para fazer a *mediação* entre os demandantes e os representantes do Poder Público, sem necessariamente reuni-los em audiências de conciliação.

Aproveitando-se das vantagens da tecnologia, a CAMEDS optou por, de início, dispensar as audiências de conciliação, atuando inteiramente de forma remota e digital: a partir de uma plataforma *online* especialmente criada para centralizar as demandas (o site <www.cameds.com.br>),³⁶ um conciliador da Justiça Federal registra o pedido, recolhe os documentos necessários, elabora um resumo da demanda e o submete aos representantes dos entes públicos reunidos em um grupo de *WhatsApp*, que participam de forma inteiramente remota e conforme sua disponibilidade de tempo, sem necessidade de deslocamento ou agendamento de reuniões.

Dessa forma, a demanda judicial é rapidamente levada pelo conciliador da Justiça Federal aos gestores de saúde, sem sujeitar-se aos atrasos e formalidades da burocracia judiciária tradicional, isto é, sem a necessidade de mandados, ofícios ou intimações. Do mesmo modo, também a resposta dos gestores é extremamente ágil, repassada sem maiores formalidades ao conciliador. Se possível, a demanda é atendida desde logo (em questão de horas), passando-se eletronicamente as informações necessárias para orientação da parte (data e horário da consulta agendada, local para retirada de medicamento, hospital e data para internação ou cirurgia *etc.*). Sendo necessários maiores esclarecimentos, os dados de que precisa o órgão de saúde são rapidamente solicitados pelo conciliador ao demandante, também via *WhatsApp* ou *e-mail*.

³⁴ Tendo sido a CAMEDS gestada ao longo de 2016, a circunstância de os dois juízes federais idealizadores terem deixado Guarulhos por circunstâncias profissionais no início de 2017, acabou por obrigar o início dos testes do projeto em Imperatriz, no Maranhão, onde fora recentemente instalada Central de Conciliação e havia elevado número de demandas de saúde, o que proporcionaria um bom laboratório. Com o retorno deste articulista a Guarulhos no início de 2018, enfim foi possível instalar a CAMEDS também em solo paulista.

³⁵ A CAMEDS Guarulhos incluiu em seu comitê especializado a “CROSS – Central de Regulação de Ofertas de Serviços de Saúde”, organização social de saúde ligada à Secretaria Estadual de Saúde que cuida da regulação do acesso na área hospitalar e ambulatorial, identificando vagas disponíveis para atendimentos de saúde no Estado de São Paulo.

³⁶ No site da CAMEDS, ao clicar no botão “clique aqui para fazer um pedido de mediação”, o interessado será direcionado à CAMEDS de Imperatriz ou de Guarulhos, conforme sua escolha, devendo então preencher um formulário padronizado, em que informará seus dados, indicará sua necessidade (fornecimento de medicamento, realização de exame, cirurgia, consulta com especialista, internação em UTI, algo relacionado à COVID-19 ou outro) e juntará arquivos de seus documentos médicos em formato pdf, clicando em “enviar” para submeter seu pedido à Central de Conciliação, que então o atribui a um mediador para início das tratativas com os entes públicos no grupo de *WhatsApp* (disponível em <www.cameds.com.br>, página inicial; acesso em 09 de abr. de 2021).



Uma vez construída uma solução consensual, o cumprimento do acordo é espontâneo e imediato, podendo a CAMEDS redigir um “termo de acordo” posteriormente, para assinatura remota das partes (muito embora a anuência das partes manifestada eletronicamente ao mediador já baste para o prosseguimento e efetivação do acordado). Em alguns casos – notadamente, em demandas mais complexas – audiências presenciais podem ser realizadas na Central de Conciliação, presencialmente ou de forma remota, para que demandante e técnico da saúde possam conversar diretamente e explicar-se (e compreender-se) melhor.

Não sendo possível o acordo para atendimento espontâneo da demanda pelo Poder Público, os seus representantes de plantão no grupo de *WhatsApp* da CAMEDS apresentam as justificativas técnicas da recusa e, se o caso, esclarecem os canais e caminhos para cumprimento de eventual decisão judicial que venha a ser tomada pelo juiz competente caso ajuizada a demanda. As informações são repassadas também eletronicamente pelo conciliador ao demandante, que então decide se ajuíza ou não a ação.³⁷

3.1.2. Exemplos e resultados

Uma das maiores vantagens da CAMEDS – particularmente importante no cenário da pandemia da Covid-19 – é reunir, numa mesma “equipe de solução”, todos os agentes de saúde que eventualmente possam resolver o problema de quem solicita uma prestação de saúde. Tal mecanismo possibilita não só a rápida identificação do ente público capaz de atender à demanda, como enseja a superação do grave problema processual causado pelos “litisconsórcios anômalos”, em que o demandante coloca no pólo passivo, a seu critério, a União, o Estado ou o Município (ou todos eles, ou apenas um e outro), sem preocupação com a identificação correta de qual ente federativo é o encarregado pela lei e tem a estrutura para atender, na prática, à específica prestação de saúde buscada.

Lembre-se, por exemplo, do cidadão que, buscando cirurgia de alta complexidade (de competência do Estado), incluiu no pólo passivo de sua ação apenas o Município e a União, criando sério obstáculo jurídico-processual ao atendimento de seu pedido. Submetido o caso à CAMEDS, o entrave simplesmente desaparece, porque tendo um representante no grupo virtual de solução, o Governo do Estado espontaneamente “se acusa” e contribui para o correto direcionamento da demanda, independentemente de quaisquer discussões jurídico-processuais.³⁸

Também no universo das ações coletivas e dos interesses difusos, a pandemia da Covid-19 revelou casos de carências na saúde que, tendo embora grande impacto local, dependiam essencialmente de uma atuação da União, ainda que sob a forma de financiamento. Nessas situações, eventual intervenção do Ministério Público Estadual ou da Defensoria Pública do Estado em face dos gestores municipais ou estaduais da saúde não surtiriam grande efeito, dado que esses entes federativos estariam a depender, justamente, de auxílio federal.

³⁷ Embora se trate de ferramenta conciliatória preponderantemente *extrajudicial* e *pré-processual* (com o escopo justamente de evitar a instauração do processo), a CAMEDS também atua com processos já em andamento, que podem ser encaminhados à plataforma pelo juiz competente a qualquer tempo (seja antes da análise do pedido liminar, durante a instrução ou até mesmo em fase de execução).

³⁸ Efeito reflexo interessante da “convivência” de representantes da União, do Estado e do Município na CAMEDS é a possibilidade de os próprios entes públicos “conciliarem-se entre si” quando necessário – com a mediação do conciliador, inclusive –, para aparar arestas, eliminar desconfianças e definir com clareza o campo de atuação e o que será atendido por cada órgão.



Por outro lado, mesmo a formação de um “litisconsórcio ativo” entre Ministério Público Estadual e Federal (ou entre defensorias estadual e da União), demais de extremamente controvertida, certamente enfrentaria aguerrida resistência processual por parte da advocacia pública, habituada a litigar, não a conciliar. Já por meio de ferramentas como a CAMEDS, é possível que o Ministério Público Federal e a DPU convidem seus congêneres estaduais para sentar-se conjuntamente à mesa virtual com os representantes do Poder Público de todas as esferas, advogados públicos com perfil conciliador, inclusive.

Vê-se, assim, que *a CAMEDS contribui de forma decisiva para a efetiva solução prática de ações de saúde* que não encontram desfecho rápido (quando encontram algum) por meio do processo civil tradicional. A propósito, apenas nos primeiros cinco meses de funcionamento do projeto-piloto em Imperatriz, a CAMEDS mediou mais de 250 demandas, com 95% dos casos resolvidos por acordo extrajudicial. Em alguns casos, as soluções criadas pelos próprios entes públicos transformaram-se em padrão de conduta administrativa, permitindo que novas demandas fossem solucionadas administrativamente pelos próprios gestores de saúde, sem necessidade da CAMEDS.³⁹

3.2. A PLATAFORMA ‘CONCILIACOVID’ DO TRF3

Com a instalação do cenário de emergência sanitária no Brasil em fins de fevereiro e início de março de 2020, decorrente da pandemia da Covid-19, testemunhou-se um sensível agravamento dos conflitos a respeito das prestações de saúde. Não só da parte dos cidadãos em busca de socorro médico, mas também entre os próprios entes federativos, com ameaças de lado a lado de requisições administrativas de insumos e equipamentos médicos por parte da União, Estados e Municípios. E à desorientação administrativa seguiu-se um grave desarranjo dos serviços de saúde, com a suspensão de consultas, exames e cirurgias considerados “não urgentes” para que as forças do sistema público de saúde fossem concentradas no combate à pandemia.

Lar da premiada experiência da CAMEDS, o TRF3 não hesitou em adotar modelo semelhante para solucionar os crescentes conflitos na saúde decorrentes da situação de emergência causada pela Covid-19, criando rapidamente uma “plataforma interinstitucional de conciliação” – alcu-nhada de “ConciliaCovid” –, para que, a partir de processos em curso e reclamações pré-processuais, fossem contatados os órgãos públicos responsáveis e se buscasse, em conjunto, uma resposta ágil, com a possibilidade de realização de audiências de conciliação por videoconferência, presidi-das por juízes federais especialistas em métodos conciliatórios na 3ª Região.⁴⁰

³⁹ Dados os resultados promissores e o potencial de exportabilidade dessa especial ferramenta de conciliação para outras Subseções Judiciárias (até mesmo com o envolvimento e integração da Justiça Estadual à iniciativa, para abranger todo o espectro de demandas de saúde), a CAMEDS também sagrou-se vencedora do “Prêmio Conciliar é Legal” de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, que reconheceu a iniciativa como um sistema que *“reúne aqueles que podem resolver, na prática, o fenômeno da judicialização da saúde”* (CONCILIAR é legal premia demandas de saúde resolvidas pelo Whatsapp. **Conselho Nacional de Justiça, 2018**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/conciliar-e-legal-premia-demandas-de-saude-resolvidas-pelo-whatsapp/>>; acesso em 09 de abr. de 2021).

⁴⁰ A Resolução nº 349 da Presidência do TRF3, de 12/05/2020, tomando em consideração o potencial de significativa judicialização de conflitos decorrentes da pandemia então reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, bem como *“a adequação dos meios consensuais de solução de conflitos”* e *“a necessidade de se estabelecer diálogo entre os atores envolvidos na formulação e execução das políticas públicas sanitárias de enfrentamento à situação de emergência”*, e tendo em vista, ainda, *“o programa de conciliação já desenvolvido envolvendo conflitos de interesses relacionados à pandemia”*, determinou a criação de *“plataforma interinstitucional entre as entidades litigantes na Justiça Federal tendente a buscar soluções consensuais para os conflitos decorrentes da pandemia do novo Coronavírus”*, incumbindo a implementação e execução do projeto emergencial ao Gabinete da Conciliação, autorizado a incluir outras entidades públicas ou da sociedade civil que pudessem contribuir para a solução dos casos (Considerandos e arts. 1º e 2º).



Desse modo, todas as unidades judiciárias federais que recebessem processos relacionados à Covid-19 foram orientadas a, antes de proferir qualquer decisão, encaminhar o caso pelo e-mail conciliacovid19@trf3.jus.br para o Gabinete da Conciliação, que o submeteria à plataforma, buscando a rápida solução consensual. Caso a questão não fosse resolvida em 48 horas, o juízo seria comunicado para dar continuidade ao processo. Também as partes, advogados, membros do Ministério Público Federal e defensores públicos federais poderiam requerer o encaminhamento de seus casos, ajuizados ou não, à conciliação.⁴¹

A despeito de não contar com os recursos tecnológicos do já estabelecido site da CAMEDS – limitando-se à centralização das demandas por e-mail ao Gabinete da Conciliação –⁴² a plataforma ConciliaCovid mostrou-se um sucesso, resolvendo seu primeiro caso já em fins de abril, antes mesmo da formalização de sua existência pela Resolução nº 349/2020 do TRF3.⁴³ Em menos de dois meses de funcionamento, a plataforma interinstitucional já havia superado a marca de 800 demandas recebidas, sendo realizadas reuniões periódicas de alinhamento entre os representantes do TRF3, do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Governo do Estado e da Prefeitura de São Paulo, do MPF, da DPU, da AGU e da Caixa Econômica Federal.

O destaque da plataforma ConciliaCovid, contudo, inegavelmente ficou por conta de sua bem sucedida utilização para a resolução de intrincadas demandas a respeito de leitos de UTI e respiradores artificiais (questões que, lamentavelmente, voltaram à cena neste início de 2021), rapidamente percebendo os Ministérios Públicos Estadual e Federal e as defensorias públicas a *maior agilidade e efetividade da conciliação* para o tratamento dos casos de alta complexidade, em comparação aos fluxos processuais tradicionais de uma ação civil pública.

Veja-se, por exemplo, a postura do MPF, que, após sucessivos revezes em suas costumeiras tentativas administrativas de fazer o Ministério da Saúde responder a seus questionamentos e observar suas recomendações, negociou uma *solução consensual* por meio da plataforma ConciliaCovid, obtendo o atendimento de seu pedido pela União, para que fosse exigido de todos os estabelecimentos de saúde públicos e privados o registro diário de internações hospitalares dos casos suspeitos e confirmados do novo coronavírus, mediante o sistema disponibilizado pelo Ministério da Saúde (providência até então não exigida, revelando-se um marco na busca de maior transparência dos dados do combate à pandemia).⁴⁴

Também os reveses em sede judicial serviram a demonstrar mesmo aos mais céticos membros do Ministério Público a fragilidade de seu “BATNA” (sua melhor alternativa ao acordo) no tenso ambiente de emergência sanitária criado pela pandemia, em que o viés restritivo da abordagem

⁴¹ Embora idealizada inicialmente para enfrentamento das questões de saúde, a plataforma interinstitucional rapidamente absorveu todo tipo de demanda cível decorrente da pandemia da Covid-19, como ações pedindo o auxílio-emergencial, pedidos de suspensão e revisão de contratos de financiamento estudantil (FIES) etc.

⁴² Por razões de conveniência e oportunidade, a Presidência do TRF3 e o Gabinete da Conciliação preferiram não utilizar de forma imediata a base virtual já existente da CAMEDS.

⁴³ Reclamação pré-processual encaminhada em 27 de abril de 2020 pela Defensoria Pública da União, relativa à adequação da entrega de medicamentos pelas farmácias públicas durante a pandemia, a fim de evitar aglomeração e trânsito desnecessário de pessoas. Em 29 de abril, o juiz federal mediador conduziu bem-sucedida audiência de conciliação por videoconferência com a DPU, o MPF, o Estado e o Município de São Paulo, tendo a reclamação sido encerrada após os esclarecimentos prestados pelos órgãos de saúde sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos que já vinham sendo implementadas (cf. TRF3 cria plataforma de conciliação para solucionar casos relacionados à Covid-19. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2020. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias-intranet/Noticias/Noticia/Exibir/394590>>; acesso em 09 de abr. de 2021).

⁴⁴ Cf. Demanda por registro obrigatório sobre leitos e respiradores é solucionada por meio da plataforma de conciliação do TRF3. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2020.** Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/398509>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.



tradicional da judicialização da saúde ressurgiu com força na jurisprudência. De fato, tentativas de promotores e procuradores da República de interferir na formulação e execução das políticas públicas de combate à pandemia não foram bem recebidas no Judiciário, obrigando o Ministério Público a reconhecer que suas melhores chances de êxito estavam, realmente, nas oportunidades de solução consensual proporcionadas pelo ambiente da conciliação.

Dada a significância dos episódios para o fortalecimento da confiança no Programa de Conciliação do TRF3, vale a pena concluir esta exposição citando os casos de pedidos de habilitação de leitos de UTI nas cidades de Jaú e Franca (SP), no auge da primeira onda da Covid-19 no Brasil, nos meses de julho e agosto de 2020, quando muitas cidades do Estado de São Paulo encontravam-se ainda em situação crítica, quase no limite da capacidade máxima de internação em unidades de terapia intensiva. Referindo-se rigorosamente ao mesmo interesse jurídico – a agilização da análise dos pedidos de habilitação de leitos de UTI dos municípios pelo Ministério da Saúde – a iniciativa do MPF em Jaú, utilizando-se da tradicional ação civil pública, mostrou-se um fracasso, enquanto no caso de Franca, o investimento no diálogo com o Executivo Federal, facilitado pela mediação da Justiça Federal, revelou-se um sucesso.

No caso de Jaú, foi ajuizada ação civil pública pela Procuradoria da República local para “*viabilizar o financiamento excepcional, pela União, por regime precário de habilitação temporária, de 10 leitos de Unidade de Terapia Intensiva Adulto e Pediátrica na Santa Casa de Jaú, para o atendimento exclusivo dos pacientes com a COVID-19, sob a remuneração extraordinária de diária*”. Inicialmente deferida medida liminar pelo juízo de primeira instância, o TRF3, no julgamento do agravo de instrumento interposto pela AGU, extinguiu de pronto a própria ação civil pública, repreendendo com palavras duras a iniciativa do MPF.⁴⁵

Colhe-se da decisão do agravo de instrumento, por exemplo, que “[a] *petição inicial da ação civil pública só tem pedidos vinculados a autêntica intervenção judiciária inconstitucional no Ministério da Saúde, no que concerne às políticas nacionais de regulação normativa, de controle do fluxo de processos administrativos, de fixação de critério para a realização de despesas orçamentárias e de relacionamento interinstitucional em todo território brasileiro*”; que “[é] *inegável que a petição inicial da ação civil pública quer ditar a política nacional de saúde, na grave questão da pandemia*”; e que “*a Procuradoria da República de Jaú pretendeu criar o seu próprio controle no Ministério da Saúde, com as suposições arbitrárias de ‘eventual desvio de finalidade e, até mesmo, de favoritismos políticos na distribuição dos leitos*”. E, assim, o TRF3 extinguiu a ação civil pública, em decisão monocrática depois confirmada à unanimidade pela Sexta Turma do Tribunal.⁴⁶

O malsinado episódio, no entanto, serviu para reforçar ainda mais a confiança e a atuação da equipe de procuradoras da República que já atuava junto ao Programa de Conciliação do TRF3 desde o início da pandemia. De fato, menos de um mês depois da impactante extinção da ação civil pública que pedia a urgente habilitação de leitos de UTI na cidade de Jaú, a equipe do MPF atuante junto à Plataforma ConciliaCovid – em profícua parceria com o Ministério Público e a Defensoria Pública estaduais – obteve sucesso igualmente impactante em *pedido idêntico* para a cidade Franca, após *negociação mediada pela Justiça Federal* com os órgãos técnicos e de decisão do Ministério da Saúde (e não em duelo processual com a advocacia pública).

A situação era em tudo semelhante: a Santa Casa de Franca havia informado à Promotoria e à Defensoria estadual que o índice de ocupação de leitos públicos de UTI estava acima de 80%, possuindo a cidade o menor número de leitos de internação para pacientes de Covid-19 por 100

⁴⁵ AgI 5018406-61.2020.4.03.0000, relator o Desembargador Federal Fábio Prieto, j. 27/07/2020.

⁴⁶ Acórdão publicado em 08 de setembro de 2020.



mil habitantes no Estado. Mas havia uma agravante: a Defensoria e a Promotoria estaduais tentavam ajuizar uma ação civil pública em face do Município de Franca e do Estado de São Paulo, iniciativa processual que seguramente resultaria em fracasso, visto que as providências faltantes para a desejada habilitação dos leitos de UTI eram da alçada da União (pelo Ministério da Saúde), em face de quem MP e Defensoria estaduais não detinham legitimidade para demandar em juízo.

O Ministério Público Federal, então, consorciando-se ao promotor e ao defensor público locais, levou o caso à conciliação por meio da plataforma ConciliaCovid do TRF3, onde uma mediação conduzida por um juiz federal junto ao Ministério da Saúde e à Advocacia da União obteve rapidamente a habilitação de 27 leitos novos de UTI na Santa Casa de Franca/SP, para a internação e o tratamento de adultos com casos suspeitos e confirmados da Covid-19.⁴⁷ Ainda que medida semelhante fosse determinada por decisão judicial (abstraindo-se do cenário jurisprudencial adverso), é inegável que jamais seria obtida a execução da medida urgente de forma tão imediata como por meio do procedimento conciliatório da Justiça Federal.

4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

De tudo o que foi visto até aqui, é possível afirmar, com segurança, que as ferramentas da conciliação e da mediação podem revelar-se *muito mais adequadas e eficazes* para a resolução das demandas de saúde do que os instrumentos tradicionais do bom e velho processo civil. Mais ainda, parece fora de dúvida que, frente à urgência e extrema gravidade de muitos casos levados à juízo, somente a *interlocução ágil e permanente* entre os gestores da área da saúde e os juízes e demais operadores do direito pode proporcionar *soluções verdadeiras* , que realmente resolvam os dramas e problemas enfrentados em toda a sua extensão e complexidade.

Essa, aliás, a conclusão dos pesquisadores do Conselho Nacional de Justiça sobre o assunto, ao reconhecer que “[a] União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem investir na criação de órgãos ou processos extrajudiciais de solução de conflitos sobre saúde, aptos a receberem as demandas por produtos e serviços que não estão previstos para serem fornecidos pelo SUS e analisarem essas demandas em etapa prévia à judicialização”. Mais, afirma o CNJ que “[e]stes órgãos e processos serviriam para filtrar as demandas que têm potencial de solução extrajudicial, de um lado, e, de outro, poderiam servir como importante base técnica para os processos judiciais, auxiliando os magistrados na tomada de decisão”.⁴⁸

Como se vê, é esse precisamente o dia a dia experienciado pela CAMEDS e pela Plataforma ConciliaCovid, onde se constata repetidamente – como apurado pelos pesquisadores –, que “[s]e as demandas forem previamente analisadas pelo órgão administrativo, elas podem ou ser solucionadas nesta via, o que já seria positivo, ou, não ocorrendo assim, e na hipótese de haver a judicialização do conflito, quando os processos judiciais forem impetrados serão instruídos com documentos mais robustos que analisarão a real necessidade daquele produto ou serviço pelo paciente e, também, a pertinência ou não de seu fornecimento pelo Sistema Único de Saúde, considerando os critérios de custo e eficácia terapêutica”.⁴⁹

⁴⁷ A Portaria MS nº 2.278, de 27 de agosto de 2020, previu a destinação de cerca de R\$1,3 milhão à instituição médica paulista para o custeio do atendimento exclusivo aos pacientes de Covid-19, pelo período de 90 dias, prorrogáveis a cada 30 dias, dependendo da continuidade da situação de emergência de saúde pública (cf. Plataforma de conciliação do TRF3 viabiliza 27 leitos de UTI na Santa Casa de Franca/SP para tratamento da Covid-19. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2020**; disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/398747>>; acesso em 09 de abr. de 2021).

⁴⁸ INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em 09 de abr. de 2021, p. 163.

⁴⁹ Op. cit, p. 163.



Mesmo para os mais céticos, a aprofundada Pesquisa do CNJ assegura que “*essa política já vem sendo executada em alguns estados*” e que “[n]os locais, onde isso já ocorre, muitas vezes o processo judicial é evitado, porque as partes encontram soluções alternativas do conflito, seja pelo fornecimento do que é requerido, seja pelo fornecimento da alternativa terapêutica já disponível no sistema”.⁵⁰

Boa notícia, tanto a experiência da CAMEDS, quanto a da Plataforma ConciliaCovid são *totalmente exportáveis e reproduzíveis em qualquer outra Subseção Judiciária* em que instalada uma Central de Conciliação da Justiça Federal. Como se viu, a CAMEDS tem uma base eletrônica centralizada na internet (o site <www.cameds.com.br>), que atende simultaneamente às Centrais de Conciliação de lugares tão distantes como Imperatriz, no Maranhão, e Guarulhos, em São Paulo. Do mesmo modo, qualquer outra cidade interessada, em qualquer lugar da 3ª Região (na verdade, do país), pode ser incorporada em questão de horas ao projeto.⁵¹

Para tanto, é preciso apenas que o juiz local encarregado da conciliação promova as indispensáveis *reuniões institucionais prévias* com as autoridades de saúde, a OAB, o MPF e as Defensorias locais, apresentando o modelo conciliatório e convidando-os a participar e contribuir.⁵² É o constante empenho e entusiasmo do juiz federal responsável – com visitas às Secretarias de Saúde, Procuradorias, hospitais públicos, centrais de regulação, farmácias populares *etc.* – que contagia os demais envolvidos com o sistema público de saúde e dá vida a um ambiente propício à conciliação.

Por sua vez, toda a experiência, o banco de casos e soluções, o repertório de técnicas e os fundamentais laços de relacionamento institucional consolidados (com o Ministério da Saúde, a AGU, os Ministérios Públicos Federal e Estadual, as Defensorias Públicas da União e Estadual, o TJSP e o Governo do Estado de São Paulo) em um ano da Plataforma ConciliaCovid podem proporcionar aos Fóruns Federais das capitais e do interior uma estrutura já pronta de interlocução para tratamento conciliatório das demandas de saúde.⁵³

Por outro lado, dada a especialidade do tema, é indispensável que haja um *treinamento específico* dos conciliadores credenciados da Central de Conciliação local, para que se aperfeiçoem e se especializem no trato das delicadas questões de saúde, sem prejuízo da atuação dos próprios juízes como mediadores nos casos de *conciliações sensíveis de alta complexidade* (quando capacitados a tanto).

É certo que alguns podem espantar-se com “tamanho pró-atividade” da parte de juízes federais, agentes públicos tradicionalmente vistos como “inertes”, assim como a própria jurisdição.

⁵⁰ Op. cit., p. 163.

⁵¹ Cada nova Subseção Judiciária interessada em participar do projeto (ou mesmo comarcas da Justiça Estadual dotadas de um CEJUSC) pode ser incluída no site <www.cameds.com.br> por meio de novos “botões de indicação geográfica” para que os pedidos sejam direcionados às respectivas Centrais de Conciliação. Trata-se de base eletrônica permanentemente expansível, que viabiliza a utilização imediata por qualquer novo membro de todos os recursos tecnológicos já implantados no site (formulário padrão, envio de documentos em pdf, gerenciamento organizado dos casos, abas de comentários, acompanhamento e recados *etc.*). Espera-se, a propósito, que um dia o site possa ser assumido integralmente pelo CNJ ou pelo TRF3, trocando a imprópria e temporária terminação “.com.br” pela mais indicada “.jus.br”.

⁵² Neste particular, parte imensa do sucesso inicial da CAMEDS Guarulhos deve ser creditada ao Procurador Municipal Cristian David Gonçalves, especialista na matéria (autor da expressão “[des]judicialização da saúde”, título de sua dissertação de mestrado) e entusiasta de primeira hora do projeto, chegando a levar o Prefeito e Secretários para conhecerem a CAMEDS e a Central de Conciliação da Justiça Federal de Guarulhos. Esforçou-se, ainda, pela aprovação da Lei Municipal 7.657/2018, que por seu art. 19 criou a pioneira “Procuradoria Especializada em Saúde de Guarulhos”, atualmente sob sua responsabilidade.

⁵³ Nas capitais São Paulo/SP e Campo Grande/MS, a especialização, pelo TRF3, de Varas Federais para “*para processar, conciliar e julgar demandas relacionadas ao Direito da Saúde*” (Provimento nº 40 do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, de 22 de julho de 2020) parece o cenário perfeito para o estreitamento de laços desses juízes com as Centrais de Conciliação locais, utilizando-se das estruturas e funcionalidades já disponíveis, seja na CAMEDS, seja na Plataforma ConciliaCovid.



É natural, também, que muitos magistrados prefiram enxergar os gabinetes e as salas de audiência como os únicos espaços adequados para o desempenho de seus deveres constitucionais. Não há mal nisso.

A dura realidade brasileira, contudo, por vezes obriga muitos magistrados a, para além de seus compromissos com os processos e sentenças, procurar a verdadeira pacificação social, por meio de soluções que efetivamente resolvam os conflitos existentes, e não apenas dêem a aparência da solução formal por sentença. Trata-se, talvez, de um novo tipo de “ativismo judicial”, em que, ao invés de se intrometer indevidamente em esferas de competência alheia, o juiz apenas se mostra acessível e aberto ao diálogo e à cooperação com outros órgãos e entes públicos, para que todos deixem de fazer parte do problema, e passem a fazer parte da solução das demandas de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Daldice Santana de; *et alii* (coord). **Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-de-mediacao-e-conciliacao-na-jf-versao-online.pdf>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

ALMEIDA, Paulo Marcos Rodrigues de. **Tutela Cautelar: natureza, pressupostos e regime jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

_____. **A conciliação como método judicial de solução rápida e pacífica de desapropriações: a experiência de Guarulhos**. Em: TAKAHASHI, Bruno; GABBAY, Daniela Monteiro (coord). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. 1ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Página inicial, sem data. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTENCOURT NETO, Edgard de Moura (coord). **Edgard de Moura Bittencourt: o juiz**. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2002.

BORDONE, Robert C.; *et alii*. **Designing systems and processes for managing disputes**. Nova York: Wolters Kluwer Law and Business, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **A judicialização da saúde: a visão do Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.



CAMEDS – Câmara de Mediação em Direito da Saúde. Página inicial, 2021. Disponível em <www.cameds.com.br>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Juízes irresponsáveis?**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CONCILIAR é legal premia demandas de saúde resolvidas pelo Whatsapp. **Conselho Nacional de Justiça, 2018**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/conciliar-e-legal-premia-demandas-de-saude-resolvidas-pelo-what-sapp/>>; acesso em 09 de abr. de 2021.

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. **Protocolos e Diretrizes do Ministério da Saúde – PCDT**. Brasília, 24 de set. de 2019. Disponível em <<http://conitec.gov.br/pcdt-em-elaboracao>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

CULTURA da paz e papel do conciliador vencem “Conciliar é Legal”. **Conselho Nacional de Justiça, 2018**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/curso-sobre-cultura-da-paz-e-papel-do-conciliador-vence-conciliar-e-legal/>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2007.

FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Trad. Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

DEMANDA por registro obrigatório sobre leitos e respiradores é solucionada por meio da plataforma de conciliação do TRF3. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2020**. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/398509>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

FRIEDMAN, Georges. **Sete estudos sobre o homem e a técnica**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. 1ª ed. **Porto Alegre: Verbo, 2013**.

GOMES, Gustavo Gonçalves. **Juiz participativo: meio democrático de condução do processo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Cristian David. **(Des)judicialização da saúde: um debate atual e necessário, com ênfase no âmbito municipal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Nove de Julho – Uninove, 2020. No prelo.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HEEN, Sheila; PATTON, Bruce; STONE, Douglas. **Dealing with difficult people: how to discuss what matter most**. New York: Penguin Books, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

PLATAFORMA de conciliação do TRF3 viabiliza 27 leitos de UTI na Santa Casa de Franca/SP para tratamento da Covid-19. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2020**. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/398747>>. Acesso em 09 de abr. de 2021

RANGEL, Rui (coord). **Ser juiz hoje**. Coimbra: Almedina, 2008.

ROSENBERG, Marsahll B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Guia de apoio técnico para tratamento dos litígios relativos à saúde pública e saúde suplementar**. Página inicial, sem data. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/NatJus/NatJus/Default/GuiaTecnico.pdf>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

TRF3 cria plataforma de conciliação para solucionar casos relacionados à Covid-19. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2020**. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias-intranet/Noticias/Noticia/Exibir/394590>>. Acesso em 09 de abr. de 2021.

REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 709 E A PERSPECTIVA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: O PODER JUDICIÁRIO E O ENIGMA DO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19

THAIS CARRARO GARCIA

BACHARELA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE
FEDERAL DO PARANÁ (UFPR).

PÓS-GRADUANDA NA ESCOLA DA
MAGISTRATURA DO PARANÁ (EMAP).

MEMBRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE
ESTUDANTES DE DIREITO PROCESSUAL (ABEDP).

VENCEDORA DO PRÊMIO IBDP - AFILHADA
ACADÊMICA, DO PROJETO MULHERES
NO PROCESSO, APOIADO PELO INSTITUTO
BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL.

+ R E S U M O +

O trabalho tem por objetivo estreitar um diálogo entre o tema dos processos estruturais e o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, em que se pleiteou a tutela do direito à vida e à saúde dos povos indígenas brasileiros diante da pandemia da COVID-19. Estabelecendo a tônica de um litígio de caráter estrutural, reflete-se sobre a importância e o impacto que o Plano de Enfrentamento à COVID-19 e como as estratégias para a condução de um processo estrutural com a influência da comunidade atingida pode apresentar uma solução mais fiel às expectativas sociais. Demonstra-se que o problema que envolve a população indígena e a COVID-19 não parece estar próximo do seu fim, nem caber no *ato de vontade, caneta e tinta*, mas expressa um esforço dos julgadores para superar expectativas e trabalhar com a realidade.

PALAVRAS-CHAVE

Processo estrutural; Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal; indígenas; COVID-19;



1. INTRODUÇÃO

O tema dos processos estruturais tem ganhado relevância no contexto brasileiro. O destaque do estudo tem sua razão de ser e está diretamente relacionado às limitações do processo civil tradicional para oferecer as ferramentas e procedimentos adequados para lidar com a complexidade e desafios dos problemas estruturais.

Com o caso paradigmático *Brown v. Board of Education of Topeka*, houve a aplicação de técnicas estruturantes decorrentes de uma grande necessidade prática para pôr fim às questões de segregação racial nas escolas públicas norte-americanas. Assim, lançando mão das lições de Owen Fiss, o processo de caráter estrutural seria “aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”.¹

Nesse sentido, pode-se afirmar que o processo estrutural teria por objetivo promover a reforma estrutural e dar significação aos valores públicos. Entretanto, a concretização dessa ambiciosa transformação não é uma simples tarefa, em razão do alto grau de complexidade desses problemas, dos múltiplos interesses envolvidos, do policentrismo e da necessidade de traçar um plano de ação a ser implementado ao longo do tempo, exigindo uma “outra racionalidade para desafiar e alterar o *status quo*”.²

No Brasil, ainda que o processo civil tradicional não possua as ferramentas necessárias para lidar com esse tipo de litígio, a figura dos processos estruturais já fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Não é raro, também, que alguns casos reflitam a realidade viva de um processo estrutural, guardando afinidades com a tônica desse litígio, e batam à porta do Poder Judiciário diariamente para o encontro de suas possíveis soluções.

Um desses conflitos foi o presente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, de iniciativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e outros partidos políticos, em que se pleiteou a tutela do direito à vida e à saúde dos povos indígenas brasileiros diante da pandemia da COVID-19.

Por esse motivo, a fim de estreitar um diálogo entre os processos estruturais e o caso da ADPF 709, o presente trabalho tem por objetivo apresentar a temática e destacar a tônica de um litígio de caráter estrutural, ao explorar o seu caso paradigmático, seu conceito, as potencialidades de uma decisão estrutural, o papel do julgador na resolução desses conflitos e a mentalidade intrínseca a esse tipo de conflito.

¹ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27

² FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de mestrado. 2015. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 31.



Em seguida, partindo das perspectivas constituídas sobre a tônica de um litígio de caráter estrutural, aborda-se o diálogo em si, ou seja, a atuação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 709 e as medidas estruturantes. Na oportunidade, dá-se ênfase ao Plano de Enfrentamento à COVID-19 da População Indígena e a importância de a decisão proferida pelo Poder Judiciário dialogar com os anseios da comunidade atingida.

Por fim, entre a expectativa e a realidade, consagra-se a reflexão da decisão como expressão dos anseios da sociedade atingida. Nessa análise, apresenta-se a necessidade de se ter um bom juiz na condução desses casos, de se estabelecer estratégias e planos de ação que envolvam a sociedade atingida. Pelo exposto, portanto, é possível concluir que esse problema que envolve a população indígena e a COVID-19 não parece estar próximo do seu fim, nem caber no *ato de vontade, caneta e tinta*, mas expressa um esforço dos julgadores para superar expectativas e trabalhar com a realidade.

2. A TÔNICA DO TRATAMENTO DE UM LITÍGIO DE CARÁTER ESTRUTURAL

Como herança do julgamento do caso paradigmático *Brown v. Board of Education of Topeka*, pela Suprema Corte Americana, mais especificamente com as medidas adotadas em *Brown II*,³ consolidou-se a perspectiva de uma decisão jurisdicional que “esbarrava não somente em obstáculos objetivos, mas também na mentalidade da organização social, política e até mesmo judiciária da época”.⁴ Essa decisão refletiu a aplicação de medidas estruturantes que visavam a implementação de um movimento dessegregacionista nas escolas públicas americanas⁵ e uma legítima reforma estrutural que pudesse construir pontes de proximidade no lugar do distanciamento promovido pela doutrina *separate but equal* vigente à época.

Nesse sentido, o caso exigiu da Corte aquilo que Owen Fiss anunciou como uma “transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social”.⁶ Assim sendo, diante desses litígios complexos que necessitam de um tratamento adequado, a tarefa do julgador não seria apenas consagrar o autor ou o réu como detentor de um direito, retratando o esquema “vencedor-perdedor”,⁷ mas sim aquela em que “enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”.⁸

³ Francisco Garcia Souza, em seu estudo, apresenta o contexto histórico do regime de segregação racial institucionalizado nos Estados Unidos, a estrutura da decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka* e a reforma estrutural e o desafio de implementação em *Brown II* – 349 U.S. 294 (1955). Nessa oportunidade, Souza demonstra a decisão da Suprema Corte sobre essa questão, o que teria ficado conhecido como *Brown II*. [SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 254-257].

⁴ SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: WATANABE, Kazuo (et al) (org.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

⁵ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

⁶ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, 2013, v. 225. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 01 de março de 2021. p. 22.

⁸ FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil**: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.



Dessa forma, ao lidar com litígios que apresentam características estruturais, isto é, marcados pela “multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio”,⁹ conflituosidade e complexidade elevadas,¹⁰ além do caráter policêntrico e pelas características da prospectividade, permanente flexibilização procedimental, abertura do princípio da demanda e permanente alternância, intermitência e pervasividade das atividades de cognição e execução ao longo do processo,¹¹ é necessário percebê-los e resolvê-los com ferramentas que possam corresponder à sofisticação do caso concreto.

Entretanto, não é raro se deparar com a discussão, no âmbito dos processos estruturais, de que o processo civil tradicional brasileiro não apresenta as ferramentas adequadas para lidar com esse tipo de litígio, sendo necessária uma recepção dessas técnicas estruturantes, uma mudança de mentalidade de todos os envolvidos no litígio e, mais ainda, uma outra racionalidade para conduzir esse processo. Caso contrário, ao fim e ao cabo, a saída certamente seria a de se conformar com a condução e tratamento inadequados dessas problemáticas.

Antes mesmo de esmiuçar possíveis reflexões que pudessem transpor tal conformação, necessária a compreensão a respeito da tônica desse litígio de caráter estrutural e as potencialidades de uma decisão estruturante.

Com o olhar voltado a essas questões, Edilson Vitorelli afirma que os litígios estruturais seriam um tipo de litígio coletivo de difusão irradiada, ou seja, litígios irradiados, em que “a sociedade atingida é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade”.¹² Diante disso, pode-se afirmar que a decisão estruturante é resultado de uma composição entre as diferenças resultantes das interações sociais entre indivíduos, grupos, organizações e suas instituições.

Sendo assim, Sérgio Cruz Arenhart define requisitos e limites para essas decisões estruturais,¹³ que retratam a necessidade de uma maior reflexão a respeito de procedimentos e institutos processuais tradicionais para dar o tratamento adequado para esses casos. Questões como a revisão da ideia de separação de poderes, a necessidade de um sistema permeável, atenuação do princípio da demanda, a possibilidade de *provimentos em cascata*, a maior flexibilização para a proteção de interesses e a sofisticação da técnica estruturante – que deveria ser utilizada como último recurso – são algumas das contribuições para se pensar em uma melhor resolução da controvérsia.

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1.071.

¹⁰ Edilson Vitorelli, em sua tese de doutoramento, classifica os litígios estruturais como uma espécie de litígios coletivos irradiados. Nessa classificação, o autor aponta como exemplo prototípico de um litígio coletivo irradiado o desastre ambiental de Mariana, afirmando que nesses casos a conflituosidade é elevada, já que as pessoas sofrem lesões significativas e, por isso, desejam ter suas vozes ouvidas, sendo essas lesões diferentes em modo e intensidade, colocando a própria sociedade em conflito com o causador do dano e consigo mesma; além de destacar a alta complexidade, em razão das inúmeras possibilidades de solução, com relações variáveis de custo-benefício, diante dos aspectos distintos da lesão. [VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 38].

¹¹ PASQUALOTTO, Victória Franco. O Processo Civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: a resposta do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 1.192-1.193.

¹² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 37

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, 2013, v. 225. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 01 de março de 2021. p. 09-15.



Na mesma linha, Gustavo Osna pondera que aquilo que a doutrina brasileira tem denominado de decisões estruturais, possui estreita relação com “alguma forma de atuação continuada, sujeita a sucessivas adaptações”,¹⁴ para que pudessem se adequar às necessidades reais.

Colaborando com o que se entende por decisão estrutural, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que seria “aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos”.¹⁵

Pelo exposto, nota-se que essa decisão deve promover uma reforma estrutural que, refletindo a composição dos diversos interesses envolvidos no litígio, transforme a realidade social, dê significado aos valores públicos e se aproxime das necessidades reais da sociedade atingida, ainda que de forma continuada, adaptável e no decorrer do tempo.

Dos meandros que possam reverberar sobre a perspectiva dos processos estruturais, certamente a atuação mais ativa do julgador para direcionar essa *onda de reforma* é uma das mais sensíveis no cenário brasileiro. Não se traz boas novas ao afirmar que questões envolvendo a concretização de um direito fundamental, casos complexos que envolvam questões sociais, políticas, culturais e econômica e a realização de políticas públicas, batem à porta do Poder Judiciário diariamente. Entretanto, a discussão de que o poder tipicamente julgador estaria se imiscuindo na função dos demais poderes é latente.

Argumentos como a possível violação ao princípio da separação dos poderes, a falta de capacidade institucional, ausência de legitimidade, o perigo do ativismo judicial e a imparcialidade dos magistrados são confrontados com esse chamado que o Poder Judiciário recebe recorrentemente para fazer cumprir a lei e dar significado aos valores públicos que foram submetidos a falhas, omissões ou inatividade dos demais poderes.

Desse modo, tais argumentos, ainda que fundamentais, deparam-se com a concretização de garantias e direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Caso o Poder Judiciário se silenciasse diante de problemas que tratam de deveres constitucionais já desrespeitados ou não protegidos pelos demais poderes, “ele mesmo estaria incorrendo na proibição da proteção insuficiente, vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, sendo a sua função atuar como instituição de garantia secundária, para o caso de a previsão das garantias primárias não serem efetivas”.¹⁶

Por conta disso, conforme destacado por Sérgio Cruz Arenhart, as técnicas estruturantes devem ser o último recurso a ser utilizado, quando meios mais simples não conseguiram resolver o litígio,¹⁷ pois o processo estrutural, para vislumbrar um caminho de reforma efetiva, leva tempo, recursos, tentativas e o envolvimento de uma *comunidade de trabalho*¹⁸ para desobstruir caminhos que promovam a transformação da realidade social. Nesse sentido, a intervenção judicial em problemas estruturais deve ser nas condições oportunas, obedecendo requisitos e limites e visando a proteção da sociedade atingida.

¹⁴ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturantes e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 18.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI JR., Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (cords.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 355.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI JR., Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (cords.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 355.

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, 2013, v. 225. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 01 de março de 2021. p. 10.

¹⁸ Essa decisão colaborativa pode encontrar o seu ponto de partida no modelo colaborativo de Daniel Mitidiero, que “visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* [...], em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes.” [MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 50].



Diante disso, ainda que aplicadas em situações específicas, ao julgador cabe identificar e conhecer o tratamento adequado para lidar com esses litígios estruturais. No Brasil, experiências como o Caso da ACP do Carvão/SC, o desastre de Mariana/MG e de Brumadinho/MG são consideradas realidades de casos estruturais, não esquecendo do Caso da fila das cirurgias ortopédicas de alta complexidade no Estado do Ceará.¹⁹ Ademais, importante ressaltar que a figura dos processos estruturais fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial.²⁰

Esse movimento de reconhecimento dos processos estruturais no Brasil é um indicativo de que o país possui problemas estruturais que, até então, não são tratados com os procedimentos adequados. Nos últimos anos, ainda que o estudo sobre o tema tenha ganhando evidência, contribuições e importantes expressões doutrinárias que reluziram nas Cortes Superiores, incitando um novo olhar para a forma de condução de casos complexos, multipolares e policêntricos, a criação de instrumentos efetivos para lidar com esses litígios na prática, bem como a mudança de mentalidade e racionalidade processual, caminham a passos cuidadosos. Possivelmente, para *muitos*, o processo estrutural seja uma verdadeira utopia que guarda anos-luz de distância do ordenamento jurídico brasileiro e não se faria um cotidiano.

Todavia, mesmo que a recepção dessa técnica e a escolha de um caminho estrutural seja uma empreitada coletiva de tamanho desafio, há de estabelecer que “nele reconhece-se a complexidade do problema e a necessidade de que as suas causas sejam conhecidas e remediadas, ao longo do tempo”.²¹ Sendo assim, discordando dos *muitos*, ao considerar o movimento doutrinário, a expressão da Corte Superior e a necessidade indissolúvel de se tratar problemas estruturais com ferramentas estruturais, não é pretencioso afirmar que o processo estrutural é o projetar-se num olhar futuro que impactará a sociedade, suas organizações e a própria estrutura judiciária, a fim de estreitá-las na posição de agentes de mudança que promoverão a reconstrução da realidade social.

Edilson Vitorelli, desse modo, defende um “novo modelo de pensamento do processo coletivo”,²² que perpassa as disposições e classificações previstas no Código de Defesa do Consumidor. Para Vitorelli, falar em processo estrutural, como palavra final, é falar em seus ciclos, ou melhor, em cinco ciclos: caracterização do litígio; definição de uma estratégia de condução da reforma; elaboração de um plano de reestruturação da instituição; implementação do plano; reelaboração do plano ou encerramento do caso.²³ Pela perspectiva do autor, a questão da reforma estrutural, pela via jurisdicional, poderia ser observada sob esses cinco ciclos e se configuraria como um esforço para a implementação das mudanças sociais.

¹⁹ Trata-se de Ação Civil Pública nº 0002012-48.2006.4.05.8100, em trâmite na 6ª Vara Federal o Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Subseção de Fortaleza, proposta pelo Ministério Público Federal em desfavor da União, Estado do Ceará, Município de Fortaleza e Universidade Federal do Ceará, originada de uma reclamação realizada ao Ministério Público Federal por um paciente do Sistema Público de Saúde, portador de Espondilite Anquilozante Aguda que necessitava realizar uma cirurgia de artroplastia completa de quadril – colocação de prótese de quadril. Com a atuação no caso, os juízes federais Dra. Cíntia Menezes Brunetta e Dr. Leonardo Resende Martins, em razão do desenvolvimento de um método conhecido como “Passando o martelo adiante”, foram finalistas no 16º Prêmio Inovare. Esse prêmio, desde 2004, tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil e divulgar os protagonistas que contribuem para o desenvolvimento do Poder Judiciário.

²⁰ O Superior Tribunal de Justiça conheceu a figura dos processos estruturais em sede de recurso especial. Ver STJ, 3ª Turma. REsp 1.854.842/CE. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 04.05.20.

²¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 302.

²² VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 482.

²³ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 482.



Tomando esse caminho das pedras para uma reforma estrutural, fica mais claro identificar a tônica desse litígio. Se o processo individual fosse considerado um breve *trailer* de uma atração cinematográfica, o processo de caráter estrutural certamente seria um verdadeiro longa-metragem. É recebendo problemas evidentemente complexos, multipolares, policêntricos e que careçam de maior flexibilização, vislumbrando um plano de ação, uma mentalidade de reestruturação e uma cultura de acompanhamento do problema, que o Poder Judiciário se incumbe de realizar as suas tarefas até que o *enigma* do problema estrutural se aproxime do seu decifro e esse longa-metragem encontre o seu final.

3. UM DIÁLOGO ENTRE A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 709 E AS MEDIDAS ESTRUTURANTES

Com a tarefa de decifrar qual seria a melhor solução possível para o *enigma* de um problema estrutural, o Poder Judiciário é chamado para facilitar caminhos que desencadeiem uma transformação social. Da definição dos contornos do litígio à reelaboração do plano ou encerramento do caso, a aplicação de medidas estruturantes deve vislumbrar o anseio da sociedade atingida e perpassar a possível *letra morta* que uma decisão pode vir a ser, ao não refletir um desfecho que seja efetivo aos envolvidos.

Recentemente, um *enigma* apresentou-se aos portões do Supremo Tribunal Federal em meados de julho de 2020, em decorrência da pandemia da COVID-19, que assolou e ainda assola todo o mundo. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, de iniciativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e outros seis partidos políticos,²⁴ pleiteou-se a tutela do direito à vida e à saúde dos povos indígenas brasileiros diante da pandemia da COVID-19.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em sede de decisão cautelar, determinou que o governo federal adotasse medidas que contivesse o avanço da doença entre a população indígena. Destaca-se que a ADPF se apresentou às portas do Poder Judiciário em razão de falhas e omissões do Poder Público para proteger a comunidade do perigoso contágio.

Na decisão referida, o Ministro Barroso fixou as premissas de sua decisão e determinou que alguns dos pedidos dos povos indígenas em isolamento e contato recente fossem contemplados, além de fixar medidas a serem adotadas em relação à população indígena em geral.

No que tange às premissas de sua decisão, o Relator destacou que os povos indígenas seriam vulneráveis imunológica, social e politicamente, ressaltando a insuficiência das ações da União para a contenção do contágio entre a população, além do direito de participação que teriam na formulação e execução nas ações de saúde que seriam destinadas à comunidade. Além disso, Barroso pontuou que a ADPF 709 fora analisada de acordo com três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.²⁵

²⁴ Entre os partidos políticos estão o Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL), Partido Comunista do Brasil, Rede Sustentabilidade, Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Diário Oficial da União. Brasília, 2020c, p. 12. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.



Por esses aspectos, é possível identificar que se trata de uma ação eminentemente estrutural, já que “visa modificar um estado de coisas violador de direitos fundamentais, reordenando a atuação da União na defesa dos Povos Indígenas”.²⁶

Ao analisar e levar em consideração na decisão a vulnerabilidade da comunidade atingida, pontuar a necessidade de participação do povo indígena no planejamento das ações que pudessem impulsionar a tutela do direito à saúde, bem como estabelecer diretrizes que envolvesse o diálogo com Poder Público e a aproximação intercultural, o Poder Judiciário assume um compromisso com as particularidades da comunidade, a fim de atender os seus anseios e necessidades, cobrando do Poder Público medidas que pudessem protegê-la.

No que tange aos pedidos feitos pelos requerentes, o próprio Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, deixou claro que todos os pedidos seriam relevantes e pertinentes, mas que nem todos poderiam ser resolvidos por simples *ato de vontade, caneta e tinta*, já que necessitaria de um planejamento adequado e diálogo institucional com os demais poderes.²⁷

Tal análise evidencia aspectos de diferenciação fundamentais para a condução de problemas estruturais: aquilo que é esperado para a reforma estrutural e aquilo que é necessário para que ela ocorra. O primeiro – esperado – seria uma expressão somente da *vontade, da caneta e da tinta* do julgador para atender aos pedidos, enquanto o segundo – necessário – poderia ser considerado como decorrente da manifestação do planejamento e do diálogo. Há uma importante diferença entre o julgador tentar pôr fim a um problema eminentemente estrutural, somente com base na legislação, em providências genéricas e no que espera como essencial, e entre acompanhar um movimento dialogal para conhecer o que é realmente possível e necessário para transformar determinada realidade da comunidade atingida.

O *ato de vontade, a caneta e a tinta* certamente não poderiam captar as nuances do diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Público, os desdobramentos da comunicação intercultural e a legítima vontade dos povos indígenas. Eis a mudança na engrenagem da mentalidade: decisões que extrapolam os gabinetes dos julgadores e passam a envolver toda a sociedade, suas organizações, poderes, conselhos e instituições.

Sendo assim, é possível afirmar que a resolução de um problema estrutural não termina com o ponto final de uma decisão, mas tem início por causa dele. Isso fica claro quando a decisão passa a tratar dos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato remoto e dos povos indígenas em geral. Para enfrentar tais situações, o julgador determinou, na oportunidade dessa ADPE, que o governo federal adotasse medidas como a criação de barreiras sanitárias, instalação de salas de situação, contenção de invasores, o acesso ao Subsistema Indígena de Saúde e um plano de enfrentamento da COVID-19.

A partir dessas determinações inicia-se uma tentativa de organização dos passos que a União deve tomar para reorganizar aquilo em que foi falha ou omissa no que se refere à proteção da população indígena. Entretanto, conforme já destacado, tais medidas seriam vazias se não caminhassem ao mesmo passo da realidade da comunidade indígena na resolução desse problema, pois a distância entre o Poder Judiciário e a sociedade ora atingida pode significar uma série de determinações frustradas e sem efeito prático eficiente.

²⁶ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil**. 2021. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021, p. 35.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Diário Oficial da União. Brasília, 2020c, p. 03. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.



Por isso, este trabalho destaca a medida do Plano de Enfrentamento da COVID-19 definida pelo Ministro Relator, que guarda algumas afinidades com a mentalidade de um processo estrutural.

Ao analisar o pedido que determinava a elaboração e monitoramento desse plano, o Ministro Luís Roberto Barroso, deixou claro que “ele é vago, expressa meras orientações gerais e não prevê medidas concretas, cronograma ou definição de responsabilidades”.²⁸ Diante disso, a decisão foi por atribuir à União a tarefa de realizar esse plano, já que seria competente para tanto, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CDNH), dos representantes dos povos indígenas e demais consultores *ad hoc*.

De acordo com as determinações, fora destacada a expectativa de que a elaboração desse plano pudesse ser resultado de uma construção de solução consensual, mas que na falta dela ou de qualquer outra solução, caberia ao Poder Judiciário a obrigação de decidir sobre o plano. Tal fato tem a sua relevância e muito dialoga com as perspectivas de um processo estrutural, como se percebe nas lições de Edilson Vitorelli, “as ordens devem ser pautadas por um princípio de intervenção mínima, a fim de que deixem para a solução consensual tudo aquilo que puder ser solucionado por consenso”.²⁹

Desse modo, ainda que as perspectivas de soluções de uma problemática estrutural caminhem ao lado da complexidade, do longo período de tempo, da sofisticação de técnicas, compreende-se que um grande aliado e facilitador para o projeto dessas resoluções seria o diálogo – entre os afetados pela decisão, especialistas, administração pública, gestores, conselhos e instituições. Ao incentivar soluções consensuais o juiz passa a ser “um agente que desobstrui os caminhos para a solução, mais do que ser o seu produtor”,³⁰ exigindo do magistrado uma postura consciente do cotidiano da instituição que deve ser reformada, de diretor, que reúna a ampla gama de interessados para que construam a melhor solução possível e passível de realização.

Partir de um plano vago e geral para alcançar um cenário de proteção distancia-se de uma boa escolha. No caso, a contenção do contágio da pandemia da COVID-19 exige estratégia, um projeto de execução, participação de especialistas, equipes multidisciplinares, monitoramento epidemiológico, e, ainda, o mais importante: a atuação da União para desenhar nesse *quadro* de gravidade as possíveis soluções, utilizando como ferramentas de *escrita* a potência de um diálogo institucional, da oitiva da própria comunidade e das questões interculturais.

Nesse sentido, traçar esse projeto está longe de ser uma tarefa fácil, mas a própria dificuldade não pode funcionar como um empecilho para a satisfação da tutela do direito à saúde e à vida dessa população. O atraso das estratégias, nesse caso, custa vidas e estremece as estruturas mais caras para uma sociedade.

Vale dizer que de julho de 2020 até 16 de março de 2021, esse Plano de Enfrentamento da COVID-19 fora negado não uma, nem duas, nem três, mas quatro vezes. O que marca mais do que os números do retorno, certamente é o problema que fora abordado pelo Ministro Relator em sua decisão, “impressiona que, após quase 10 meses de pandemia, não tenha a União logrado o mínimo: oferecer um plano com seus elementos essenciais, situação que segue expondo a risco a vida

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Diário Oficial da União. Brasília, 2020c, p. 31. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

²⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 471.

³⁰ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 471.



e a saúde dos povos indígenas e que mantém em aberto o cumprimento da cautelar deferida”.³¹ Após a apresentação da quarta versão do plano, o Ministro Barroso apontou que “embora o Plano Geral avance em alguns detalhamentos, a maior parte das determinações anteriores deste juízo foram atendidas apenas parcialmente, quando o foram”. Por conta disso, mesmo após quatro tentativas de adequação, a União e os órgãos responsáveis não conseguiram apreender estratégias detalhadas que pudessem resultar em um plano de enfrentamento adequado e completo. Como consequência, ainda que a quarta versão não seja plenamente satisfatória, a homologação fora parcial e direcionada por condições para ser colocada em prática, dada a urgência na contenção do avanço da pandemia da COVID-19 entre a população indígena.

A dificuldade para apontar as soluções de um problema que envolve a transformação de uma realidade social já é difícil por si só. Direcionar e desobstruir caminhos para possíveis soluções é igualmente desafiador. Por conta disso, diante de um cenário de extrema complexidade, uma rede de esforços e uma preocupação legítima com a reforma a ser implementada na sociedade, movimentam-se como definidoras. O curso que se pode perceber é que esse problema bateu às portas do Poder Judiciário justamente pelas falhas e omissões do Poder Público, que ainda são persistentes, em razão da dificuldade de a União e os órgãos envolvidos apresentarem grandes dificuldades para fazer uma leitura efetiva de possíveis soluções para o problema. Nota-se que ao invés de o problema seguir os ciclos para a sua reforma, levando à população indígena as condições fundamentais para a sua existência, o curso dessa problemática e da efetivação da decisão já proferida encontra-se num *looping do deixar a desejar*.

Para romper com o *looping do deixar a desejar* e retornar ao caminho da reforma estrutural, tomando a *pista* necessária para promover a transformação social, é necessário que todos os envolvidos no processo enxerguem esses problemas com uma outra mentalidade. Um problema estrutural exige um tratamento estrutural que envolve um movimento comprometido de toda a sociedade para enfrentar as suas próprias questões. Uma decisão, quando resultado de uma *comunidade de trabalho*, tem o poder de refletir o novelo de complexidade existente no litígio e delinear ferramentas para desfazê-lo.

Nessa oportunidade, o diálogo entre a mentalidade de um processo estrutural e atuação do Poder Judiciário no enfrentamento da COVID-19 funciona como um rascunho para se compreender como problemas estruturais devem ser melhor conduzidos, preocupados com a recepção da solução pela comunidade atingida e com a melhoria da realidade social. A condução desse caso demonstra que a proteção de direitos fundamentais, elaboração de políticas públicas ou a resolução de casos complexos, assemelha-se a um grande percurso. Nota-se que, por vezes, esse percurso apresentará desvios de rotas, obstáculos, congestionamentos e tumultos de interesses, por isso, há uma necessidade de se ter um bom condutor desses problemas, capaz de remediar qualquer acidente, troca de pistas e contratempos até o ponto final, qual seja, um bom juiz.

Pelo exposto, não é precipitado afirmar que a atuação do Supremo Tribunal Federal nessa ADPF guardou afinidades e diálogos com uma condução estrutural de um processo. Todavia, isso não significa afirmar uma recepção completa das técnicas estruturantes no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco uma repentina mudança na mentalidade do Poder Judiciário e de toda a sociedade. Os passos ainda são lentos, mas certamente boas lições podem ser tiradas dessa narrativa.

³¹ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 471.



4. ENTRE A EXPECTATIVA E A REALIDADE: POR UMA DECISÃO QUE REFLITA OS ANSEIOS DA SOCIEDADE ATINGIDA

Com essas discussões, é possível identificar a importância da atuação do Poder Judiciário no acompanhamento e definições de possibilidades para pôr fim a um mau funcionamento que determinada estrutura está apresentando. Nesses casos de grande complexidade, múltiplos interesses e que envolvem a significação de um valor público, é necessário que se tenha à frente um bom juiz. Vale dizer, que o bom juiz não guarda relação somente com o domínio da técnica, do conhecimento, da experiência na profissão, mas se relaciona com a capacidade de compreender a nova mentalidade intrínseca aos litígios de caráter estrutural.

Sobre essa perspectiva, Sérgio Cruz Arenhart leciona que “se exige do juiz outra postura no trato dessas questões. Impõe-se um juiz que tenha a criatividade necessária e o arrojo suficiente para sair do esquema “vencedor-perdedor”.³² Deixar o esquema vencedor-perdedor significa dizer que “consciente de seu papel e prudente no exercício da jurisdição, tenha condições de oferecer à sociedade uma solução factível e razoável, no sentido de refletir da melhor maneira possível os valores públicos que devem ser o fim último da jurisdição”.³³

Assim sendo, o bom juiz de um processo estrutural certamente seria aquele que *oferece condições e reflete sobre as possibilidades de solução*. Essas duas características exigem uma movimentação do próprio magistrado para compreender o seu papel, os limites de sua atuação e a constatação de que, muitas vezes, não conseguirá decidir sozinho, à portas fechadas do seu gabinete, sem que acione um amplo movimento social para uma decisão mais colaborativa.

Entende-se por *oferecer condições*, o fato de o magistrado, em um primeiro momento, compreender a complexidade do problema, os meios necessários para retirar as camadas do litígio até que se torne um problema de maior maleabilidade, definir os atores relevantes para a resolução do litígio e a estratégia que será utilizada para se chegar a uma reforma estrutural. Seria a abertura do processo para a influência dos afetados pela decisão, a oportunidade do debate e do incentivo ao diálogo, a participação da comunidade atingida na definição das estratégias e a aproximação da tomada de decisão de uma perspectiva colaborativa, resultante de um trabalho de vários entes sociais.

Sobre o *refletir sobre as possibilidades de solução*, como apresentado no caso da ADPF 709, cabe ao julgador avaliar se a condução de um processo estrutural está de acordo com os interesses da sociedade atingida. Caso o plano de enfrentamento da COVID-19, na ADPF, tivesse sido homologado sem as tentativas de complementação, vago e com características genéricas, certamente o resultado não seria efetivo e o plano não teria muitos desdobramentos para a contenção da pandemia entre a população indígena. Refletir sobre os possíveis caminhos, a utilização das ferramentas adequadas e acompanhar as medidas que estão sendo executadas na realidade concreta, faz do julgador um bom diretor processual.

Imbuído dessas características, dificilmente o bom juiz se desvencilharia do caminho da reforma estrutural, que tem por objetivo dar significado aos valores públicos e promover a transformação da realidade social. Conforme destacado anteriormente, provavelmente, sozinho, com o *ato de vontade, caneta e tinta*, o magistrado não terá uma compreensão mais global do problema,

³² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, 2013, v. 225. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 01 de março de 2021. p. 22.

³³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, 2013, v. 225. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 01 de março de 2021. p. 22.



não conseguirá esgotar a questão com a mesma performance de um plano de ação e deverá conviver com o fracasso de sua decisão quando transportada para a realidade.

Nesse sentido, conceber o processo estrutural como um percurso a ser dirigido pelo julgador permite que a decisão aborte as expectativas fantasiosas sobre o caso e passe a ser moldada de acordo com o verdadeiro interesse da sociedade atingida. Nota-se que os cinco ciclos de um processo estrutural avaliam a importância de se caracterizar um litígio, de definir uma estratégia para a condução da reforma e de elaborar, implementar e reelaborar o plano, se for o caso. Essa concepção de estratégias e elaboração de um plano são o termômetro do que acontece na sociedade e do que deve estar refletido na decisão.

Quanto mais exposta a influências dos atingidos, mais fiel ao que é esperado pela comunidade a decisão será, já que os acontecimentos podem mudar, imprevistos podem acontecer e o plano pode simplesmente não funcionar. Isso se dá, pois “a realidade de um litígio estrutural é naturalmente mutável e, por isso mesmo, é inconcebível que um plano estático possa dar conta das suas alterações”.³⁴

Trata-se de problemas dinâmicos, engrenhados de questões, com impactos que vão além do que o papel da decisão pode prever. Ainda que o plano de ação seja detalhado, estratégico e fruto de um projeto de reconstrução social, certamente o próprio movimento da realidade e as complicações provenientes dos conflitos vão moldando novos cenários ainda inexplorados e não conhecidos. O cenário se agrava quando o plano de ação é vago e geral – como no caso da ADPF 709 – já que nada prevê ou o pouco que pode prever não dá conta de exemplificar em detalhes quais seriam os pormenores das medidas, contratempos ou soluções, possuindo ainda menos controle da dinamicidade social.

Por esse motivo, o chamamento do Poder Judiciário para resolver essas questões inaugura reflexões a respeito da postura do próprio juiz, do processo e de toda a sociedade. A tônica dos litígios de caráter estrutural é, sim, diferenciada, e responsável por exigir um tratamento adequado para esse tipo de problema. Lidar com os problemas estruturais da mesma forma e com a mesma mentalidade que se pensaria os processos individuais seria similar a uma tentativa de comparar um *trailer* de uma atração cinematográfica a um longa-metragem. Não se faz essa comparação apenas pela duração de tempo, mas pela distinção das propostas, do público-alvo, da expectativa dos envolvidos e do resultado final que cada um almeja.

Diante das ideias debatidas, não é difícil perceber que a complexidade identificada na ADPF 709 é um reflexo claro da dificuldade que o ordenamento jurídico brasileiro ainda tem para lidar com casos de natureza estrutural. O sinal se avermelha ao enfrentar essas discussões durante uma pandemia, em que vidas indígenas estão sendo perdidas por falta de um planejamento anterior, enquanto planos de ação não são homologados por três vezes, em razão da insuficiência de detalhes que possam identificar a sua exequibilidade e implementação.

Diante disso, o papel do Poder Judiciário em tempos de pandemia está sendo o de *ir além* daquilo que seria recorrentemente a sua decisão e promover soluções que atuem nas esferas mais caras à sociedade brasileira, como as da saúde e da vida. Nesse sincero diálogo entre o caso da ADPF 709 e os processos estruturais, é possível concluir que esse problema não parece estar próximo do seu fim, nem caber no *ato de vontade, caneta e tinta*, mas expressa um esforço entre superar expectativas e trabalhar com a realidade.

³⁴ VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática/Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 268.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se demonstrou, é possível estabelecer um diálogo e reflexões sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709 e os processos estruturais. Avaliando o caso que tem por objetivo o enfrentamento à COVID-19 para povos indígenas, notou-se um problema na definição de um plano para esse enfrentamento, oportunidade em que foram apresentadas quatro versões dessas estratégias para o STF e, ainda assim, a última tentativa não contemplou os esclarecimentos sobre a exequibilidade e implementação do plano em sua completude.

A problemática consiste na tutela do direito à vida e à saúde dos povos indígenas brasileiros diante da pandemia da COVID-19, assumindo a tônica de um litígio de caráter estrutural. Desse modo, refletiu-se sobre a importância de se ter um bom juiz na condução desses casos, que levará em consideração os anseios da realidade social para a definição dos contornos do litígio, estratégias e um plano de ação para consagrar a reforma estrutural. Debateu-se sobre a possibilidade de a decisão de um litígio de caráter estrutural findar-se em *letra morta*, caso se ativesse ao *ato de vontade, caneta e tinta*, descartando as expressões e os movimentos da sociedade.

Através da aproximação desses dois expoentes, demonstrou-se que o Poder Judiciário em tempos de pandemia está assumindo um importante papel, exemplificado pela condução do caso de enfrentamento à COVID-19 dos povos indígenas, e que a atuação do Supremo Tribunal Federal nessa oportunidade sintetiza um esforço para dialogar com uma mentalidade mais adequada para decifrar o enigma que esses casos complexos apresentam, aproximando-se da realidade do caso concreto, a fim de superar expectativas sobre a reforma estrutural que não têm um espelho na sociedade.



REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, 2013, v. 225. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 01 de março de 2021.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares**. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Diário Oficial da União. Brasília, 2020c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&text=.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; ZANETI JR., Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (cords.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de mestrado. 2015. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada”: decisões estruturantes e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017

PASQUALOTTO, Victória Franco. O Processo Civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: a resposta do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil**. 2021. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

SOUZA, Fernando Garcia. Política Educacional – Suprema Corte dos EUA – Caso *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) – Julgamento em 17 de maio de 1954. In: WATANABE, Kazuo (et al) (ortg.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: JusPODIVM, 2017.]

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: Teoria e Prática / Edilson Vitorelli – Salvador: Editora Juspodivm, 2020.



AJUFESP

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DE SÃO PAULO E MATO GROSSO DO SUL

RUA CARLOS COMENALE, 281 - CJ. 32, 3 ANDAR
BELA VISTA - SP - SÃO PAULO - SP - CEP 01332-030
11 - 3266-4484 | 11 - 3266-3303

contato@ajufesp.org.br

<https://ajufesp.org.br/>