DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI: DIÁLOGOS LUSO-BRASILEIROS

GOVERNAÇÃO E COVID-19



Escola de Direito da Universidade do Minho
2021

DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI: DIÁLOGOS LUSO-BRASILEIROS

GOVERNAÇÃO E COVID-19

Coordenação Científica
Isabel Celeste M. Fonseca / Vera Lúcia Viegas Liquidato

Coordenação Executiva
João Vilas Boas Pinto / Larissa Coelho

2021

Escola de Direito da Universidade do Minho
JusGov - GLOB (Centro de Investigação em Justiça e Governação)

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO
Desafios do Direito no Século XXI - Diálogos Luso-Brasileiros
Governação e COVID-19

COMISSÃO CIENTÍFICA
Isabel Celeste M. Fonseca
Vera Lúcia Viegas Liquidato

COORDENAÇÃO EXECUTIVA
João Vilas Boas Pinto
Larissa Coelho

AUTORES
Alexandre Cunha Filho / Alexandre G. N. Liquidato / Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian/ Ana Rita Carneiro / Carmen Silvia Lima de Arruda / Fernanda Calixto / Isabel Celeste M. Fonseca/ João Vilas Boas Pinto / Joel A. Alves / Lilian Regina Gabriel Moreira Pires / Luís Renato Vedovato / Paulo Borba Casella / Vera Lúcia Viegas Liquidato

DATA DE PUBLICAÇÃO
Novembro de 2021

EDIÇÃO
Escola de Direito da Universidade do Minho
Centro de Investigação em Justiça e Governação - GLOB (Globalização, Democracia e Poder)

FOTO ORIGINAL NA CAPA
Photo by Mat Napo on Unsplash

PAGINAÇÃO E DESIGN
Pedro Rito

ISBN
978-989-53342-0-9

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UID/05749/2020.

NOTA PRÉVIA

É com muita alegria que se apresenta a versão escrita do já tradicional evento da Escola de Direito da Universidade do Minho: "Desafios do Direito no Séc. XXI - diálogos luso-brasileiros", agora na sua 3ª edição: "Governação e COVID-19".

Nestes tempos difíceis, nestas horas graves pelas quais a humanidade passa, não houve barreiras que não pudessem ter sido transpostas pela vontade e pela necessidade de nos reunirmos e afirmarmos uma bandeira comum: a defesa dos Direitos e Liberdades dos cidadãos, o reforço dos valores democráticos, a lembrança do diálogo interdisciplinar e a importância da ciência para a tomada da decisão política e para a opção da solução jurídica.

Transitando por este *locus* privilegiado que é a Academia, os diálogos decorreram em torno da defesa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, especialmente tendo em conta os excessos restritivos dos Direitos e Liberdades Fundamentais de ir e vir ou de iniciativa privada, por ocasião das medidas de prevenção e de mitigação da Pandemia Covid-19, que foram sendo adotadas no panorama político-administrativo português e brasileiro, e de um modo geral, por todo o mundo, bem como ainda em torno da transição digital aceleradamente em curso, que vem expondo dados pessoais de pessoas singulares. Professores e Investigadores luso-brasileiros uniram-se online para desafiar novas reflexões e partilhar ideias, procurando acender singelas lâmpadas neste quadro mundial tão imprevisível e incerto. Shakespeare em *Measure for Measure* (ato I, cena IV), colocou na boca de Lúcio as seguintes palavras:

> *"Our doubts are traitors,*
> *And make us lose the good we oft might win*
> *By fearing to attempt".*

Convidamos todos a aceitar o mesmo desafio.

As coordenadoras científicas,

Isabel Celeste M. Fonseca
Vera Lúcia Viegas Liquidato

NOTA DE APRESENTAÇÃO

Por ocasião da realização do evento, na Escola de Direito da Universidade do Minho, "Desafios do Direito no Séc. XXI - diálogos luso-brasileiros", 3ª edição, sobre a temática "Governação e COVID-19", o Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), no âmbito do grupo de investigação sobre Globalização, Democracia e Poder (Glob), associou-se ao evento, pelo seu grande interesse e por ter a coordenação científica de uma das suas mais ilustres investigadoras.

Chegada a hora de publicar as atas do evento, reforçamos a associação ao trabalho desenvolvido através do apoio financeiro à edição e publicação da obra. Renovamos, igualmente, as felicitações e agradecimentos a todos os intervenientes e autores pelo inestimável contributo para o desenvolvimento de uma temática em tudo alinhada com o eixo de investigação do Glob.

A qualidade da obra servirá, seguramente, não só para difundir a excelência das intervenções, mas, também, para lançar pistas para investigações futuras.

João Sérgio Ribeiro

Coordenador do Grupo de investigação sobre Globalização, Democracia e Poder (Glob)

PLANO DOS TEXTOS

(I) Governança e Cooperação Internacionais: mais do que nunca necessárias
Paulo Borba Casella
001

(II) Ineficiência do Estado e Crise da Democracia
Alexandre Cunha Filho
017

(III) Transição Digital e Direito(s): perspetivas europeia e portuguesa (é com toda a certeza uma perspetiva portuguesa)
Isabel Celeste M. Fonseca
035

(IV) StayAway Covid e Direitos Fundamentais
Joel A. Alves
053

(V) Cidade Inteligente e Sustentabilidade: Desafios da Mobilidade Urbana no Brasil
Lilian Regina Gabriel Moreira Pires
073

(VI) Transparência na Administração Pública Digital
Carmen Silvia Lima de Arruda
087

(VII) CHECK-UP às Medidas Especiais de Contratação Pública
Ana Rita Carneiro
107

(VIII) A supremacia do Interesse Público e as requisições administrativas em tempos de Covid-19
Fernanda Calixto
119

(IX) Breves reflexões sobre os desafios da Governação Pública Local face à pandemia Covid-19
João Vilas Boas Pinto
137

(X) Empresas e Direitos Humanos no Pós Pandemia: mudanças efetivas ou manutenção das aparências?
Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian
149

(XI) Regulação do Tabaco no Brasil a partir da Convenção Quadro de Controle do Tabaco – A pandemia da Covid-19 e o direito à saúde
Luís Renato Vedovato
163

(XII) Experiência Civilística Brasileira no enfrentamento da pandemia: a criação do regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado
Alexandre G. N. Liquidato
177

(XIII) Fundamentos da obrigatoriedade da aplicação no Brasil do Direito mais benéfico aos Contratos Internacionais Consumeristas
Vera Lúcia Viegas Liquidato
197

GOVERNANÇA E COOPERAÇÃO INTERNACIONAIS: MAIS DO QUE NUNCA NECESSÁRIAS

Paulo Borba Casella

Professor Catedrático de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Antes de tudo, como diriam os retóricos romanos, a *captatio benevolentiae*: sou muito grato pela oportunidade de dar continuidade ao diálogo com os colegas da Escola de Direito da Universidade do Minho, nesta palestra de abertura deste nosso terceiro ano, cujo convite muito me honra. Este diálogo se inscreve em plano mais amplo das relações acadêmicas luso-brasileiras, constitui relevante cooperação, que muito estimo pessoalmente e, institucionalmente, considero, para ambos os lados, fundamental desenvolver e aprofundar, configurando não somente exercício intelectualmente prazeroso, como necessário para nossa reflexão conjunta, no contexto lusófono.

2. Para *situar o contexto atual* cabe atentar para os dois termos centrais desta exposição: « governança » e « cooperação » são termos de uso corrente, sobre os quais muito se fala, o mais das vezes a favor mas, também, e de modo assaz surpreendente, contra – e isso é algo que se precisa considerar. Claramente, entendo e reafirmo que ambas, aplicadas no plano « internacional » ora se fazem mais do que nunca necessárias, em razão do contexto pandêmico no qual estamos insertos. Além de todos os elementos já sobejamente conhecidos e apontados, nas últimas décadas, «governança e cooperação internacionais » ora em razão da conjuntura de pandemia, que nos leva a fazer de modo virtual este

nosso encontro, em 2020, diversamente de anos anteriores, com a boa acolhida dos colegas de Braga.

3. Dentre as reações ao fenômeno enquanto a «governança» da grande maioria dos países parece ter entendido e se adequado ao contexto presente, alguns poucos estados se notabilizaram, no sentido mais negativo e perverso, que se possa conceber, pela resposta oposta ao que se fazia oportuno e necessário: ao renegarem a « cooperação internacional » e trabalharem contra esta, causaram danos a si mesmos e aos seus povos, como ao conjunto. Nessa categoria de negacionistas inveterados, ao lado de Estados Unidos, Turcomenistão e Belarus, também se inscreve o Brasil, em 2020: negar a ocorrência e a gravidade da pandemia não a faz desaparecer, nem reduzir o seu impacto, antes os exacerbam e agravam.

4. Ao nos indagarmos, *como detectar o fenômeno?* Cumpre observar que quando qualquer ideologia se contrapõe ao mundo real, esta acarreta « perda de contato vital com a realidade » – ou seja, a esquizofrenia – que parece acometer os indivíduos como os povos, e se manifestar, por exemplo, na perda do reconhecimento da dignidade intrínseca ao ser humano, que tem de ser acolhido e considerado na sua plenitude e na sua diversidade, na liberdade de expressão de seus direitos fundamentais. É, assim, preciso nos dar conta de que algo está profundamente errado com aquela e com qualquer ideologia, não com os seres humanos, que não se adequam a tal ideologia. Igualmente surpreendentes, também brigam com a realidade os assim chamados « terraplanistas » ou os « creacionistas », que negam a rotundidade da terra ou as evidências da evolução das espécies – sobejamente demonstradas desde o início da era moderna, com as obras de Nicolau COPÉRNICO e todos os astrônomos, que se seguiram, dentre os quais Tycho BRAHE, Johannes KEPLER e GALILEU Galilei, bem como, desde meados do século XIX, com a evolução das ciências da natureza, a partir de Charles DARWIN. Quando um país, ou seu governo, embarca em aventuras negacionistas dessa ordem, como sacrificar vidas humanas, em nome dessa suposta « ideologia » – segundo a qual a pandemia ou não existe ou não requer cuidados – é preciso nos darmos conta de que algo profundamente perverso, intrinsecamente errado e intelectualmente distorcido está em curso e é preciso reagir contra isso, com ciência e informação, com cooperação e direito internacional, porque são estas as ferramentas viáveis.

5. A partir desse ponto parece fácil perceber que *precisamos mais e não menos* "governança" e "cooperação" internacionais:

- o quadro de crise mundial de saúde, poucas vezes caracterizado como « pandemia » pela Organização Mundial de Saúde, cuja gravidade é evidente pelo fato de que muito raramente costuma ser declarado;
- obvia e inexoravelmente precisamos, todos, sem exceção, de mais « governança » e de mais «cooperação» internacionais, e não menos de am-

bas, porque necessariamente quaisquer medidas terão de ser adotadas em plano internacional, para surtirem efeito – para problemas intrinsecamente internacionais, se fazem necessárias respostas institucional e operacionalmente internacionais;

- intrinsecamente uma « pandemia » produz efeitos que se estendem por todo o planeta e tem de ser tratada em consonância, como algo que a todos afeta, e somente mediante a coordenação de iniciativas conjuntas será possível fazer face ao flagelo que nos assola e deveria nos fazer refletir, porquanto apesar dos enormes progressos da ciência e do conhecimento, nos vemos reféns como no passado de episódios de eclosão de doenças.

6. Ao quadro pandêmico que se apresentou globalmente, a partir do início deste ano, constata-se a *diversidade de respostas*, onde muitos estados e povos entenderam o que acontecia e reagiram de modo racional, mais ou menos adequado e eficaz – como em geral se deu no âmbito da União Européia (UE) e, notadamente, em Portugal, cujo Presidente deu mostras de estar à altura do cargo e das responsabilidades inerentes ao seu cargo, pela sensatez com a qual se colocou em distanciamento voluntário, para dar exemplo aos concidadãos, e ter 'legitimidade' para conclamar os concidadãos a cuidarem-se de modo preventivo, enquanto não dispomos de vacinas ou outros tratamentos adequados contra esse quadro pandêmico. Mesmo dentre os países da UE, contudo, foi lamentável e preocupante ver o que ocorre em países como a Hungria de Viktor ORBAN e a Polônia de André DUDA – cujos dirigentes, valeram-se da conjuntura pandêmica para fazerem avançar suas agendas autoritárias.

7. Fora da UE, alguns poucos estados desembestaram em espiral de desencontros administrativos, adotando doentio descolamento com a realidade: negar a pandemia, seu impacto e seus efeitos – o que não diminui a pandemia, mas acarreta aumento de mortes, como tristemente mostram os EUA ainda sob TRUMP e o Brasil sob BOLSONARO, os números assustadores ainda que subnotificados – enquanto outros negacionistas como o Turcomenistão sob Gurbanguly BERDIMUKAMEDOV e Belarus sob LUKASHENKO não nos fornecem dados claros, para avaliação do impacto sobre os seus povos – e, mostram que ignorar a pandemia, e sugerir o uso de medicamentos notoriamente inadequados, como a *cloroquina*, ou a *hidroxicloroquina*, bem como outros expedientes, que seriam cômicos, se não fossem trágicos, tais como tomar vodka ou fazer sauna, que obviamente não previnem nem curam a Covid 19!

8. Tudo isso poderia parecer *surpreendente, porém* esse quadro de negacionismo e de descolamento fatal da realidade, que se produz quando a realidade não corresponde ao que se quer propalar, e não convém aos desvarios políticos daquele mandatário, não somente é doentio, como a negação da realidade sempre tem pesadas consequências – tanto no plano individual quanto no plano

coletivo, como mostram esses tristes casos, de proliferação dos contágios e das mortes, agravados nesses quatro países sob as suas respectivas lideranças delirantes. Em tempos de pandemia, esse negacionismo e esse descolamento do mundo real resultaram em criminoso aumento do número de vítimas fatais e de infectados, e os que sobrevivem carregarão sequelas respiratórias, motoras, danos neurológicos generalizados, em decorrência da contaminação pela pandemia do Covid 19, como os hospitais já recebem de volta algo em torno de 40% dos antes denominados « recuperados » porquanto se trata de algo muito mais sério do que supostamente uma « gripezinha » como argumenta o presidente brasileiro...

9. A resposta a tal situação há de ser atentar para o *papel da governança e da cooperação internacionais* em matérias como a administração internacional da saúde:

- ainda no século XIX começam os esforços para internacionalizar o tratamento de questões sanitárias e de saúde pública, como conferências isoladas sobre temas específicos, até se chegar à atual Organização Mundial de Saúde – em lugar de a criticar é possível reforçar os meios necessários para conferir mais eficiência e mais aceitação das deliberações;

- diversas e numerosas pragas e epidemias ocorreram ao longo da história, desde a mais remota Antiguidade e tiveram consequências nefastas para a humanidade, das quais temos registros históricos, desde o sarampo que matou muitos na Atenas de PÉRICLES, no século IV a. C., passando pela peste « negra » (bubônica) medieval, sucessivas epidemias de cólera, febre amarela, e outras, ao longo dos séculos, como ainda a gripe dita « espanhola » há um século, e nos últimos anos, diversas SARS, as gripes ditas « aviária » e « suína », Dengue, Ebola e Chikungunha, dentre outras que virão, queiramos ou não, resultam da ação humana sobre o planeta;

- a identificação e a catalogação de doenças e de procedimentos para detecção da contaminação e tratamento das doenças, epidemias e pandemias, contribuem decisivamente para aumentar a eficiência das respostas – novamente mostram quanto mais Direito internacional, mais governança e mais cooperação internacionais se fazem necessários.

10. Dentre as respostas à pandemia, durante a 73ª Assembleia mundial da saúde, órgão decisório da Organização Mundial da Saúde (OMS), com participação das delegações de todos os estados-membros, realizada em 18 e 19 de maio de 2020, que, dadas as condições reinantes neste ano, se fez virtualmente e com ordem do dia reduzida, o Diretor geral da OMS, Tedros ADHANOM, conclamou a comunidade internacional como um todo a « escolher a saúde » e enfatizou a necessidade de troca de informações, de coordenação das medidas de contenção da contaminação, bem como de esforços conjuntos para o desen-

volvimento de vacinas: « a Covid-19 nos faz lembrar que, apesar de todas as nossas diferenças, nós somos uma só raça humana, e nós somos mais fortes juntos » – ver os documentos da Organisation mondiale de la santé, Soixante-treizième Assemblée mondiale de la Santé, #WHA73.

11. Foi então adotada resolução que prevê o acesso « equitativo e abordável » à distribuição de tecnologias, que o acesso à uma futura vacina e outros medicamentos seja para todos « rápido e equitativo » e « de qualidade, seguro e abordável ». Já nessa ocasião, o diretor-geral da OMS, Tedros ADHANOM, declarou que apesar dessas sábias palavras e o sentido elevado de tal advertência, a Assembléia mostrou as fraturas que provoca o uso político da pandemia, nacional e internacionalmente.

12. Durante a Assembléia mundial da saúde, em maio de 2020, o secretário-geral da ONU, Antonio GUTERRES, deplorou as «estratégias divergentes» face à Covid-19. Isso foi ouvido por todos e aplicado por muitos...

13. Porém *nem todos* e, de modo bastante surreal e racionalmente inexplicável, alguns poucos países, por meio de seus governos, adotaram posições antagônicas à « governança » e à « cooperação » internacionais ... atacando a OMS, em lugar de aprofundar o diálogo e a cooperação, com nefastas consequências para os seus respectivos povos. Isso é tanto mais revoltante quando se percebe que muitos milhares de vidas já perdidas poderiam ter sido poupadas e ainda poderiam ser evitadas muitas outras vítimas, bem como mitigados os ainda mais extensos danos à economia e às sociedades, que a esses governos competia governar, e isso continua a ocorrer, impunemente, notadamente nos quatro casos notórios apontados: EUA, Brasil, Turcomenistão e Belarus...

14. Diante de tais casos, que causam justa e fundada preocupação, *venha uma lufada de ar fresco*

- independentemente de ser uma personalidade dificilmente caracterizável como carismática, o presidente eleito dos Estados Unidos, Joseph BIDEN, pode ter algum encanto adicional com sua vice presidente Kamala HARRIS mas, sobretudo, a eleição de ambos significa uma saudável guinada na política interna e externa dos EUA, de volta para alguma racionalidade e institucionalidade – da qual os estadunidenses não obnubilados pelo « trumpismo » em boa hora se deram conta, como pelas repercussões exteriores

- espera-se que venha o novo governo dos EUA restaurar as vias de comunicação e de entendimento com aliados e com demais países, de retomada do multilateralismo, de volta ao Acordo de Paris sobre o clima, de retomada de alguma civilidade na convivência com China, apesar da competição acirrada, de retomada dos acordos com o Irã e com Cuba e, sobretudo, de retomada da participação dos EUA, com revalorização

das instituições internacionais, como OMS, OMC e tantas outras... atropeladas pela atabalhoada política externa personalista e ciclotímica do governo TRUMP.

15. Ainda que novos ares soprem, alvissareiramente, é preciso reconhecer que os *danos causados por TRUMP vão perdurar*:

- com cerca de 5 a 6 milhões de votos a mais para Joseph BIDEN – claramente se perceber que este venceu, tanto junto aos eleitores, como perante o colégio eleitoral;
- apesar de perder agora, com os mesmos exatos números de delegados no colégio eleitoral, tal como ocorrera na eleição de 2016, com os mesmos números com os quais TRUMP então ganhou de Hillary CLINTON, apesar de então perder TRUMP em número de votos diretos dos eleitores, teve sua vitória aceita por sua oponente;
- no dia seguinte, foi convidado pelo então presidente OBAMA para visitar a Casa Branca – visita não somente protocolar, mas que também assinala o início do processo de transição para o novo governo;
- sem qualquer prova, as acusações de TRUMP, a respeito de fraudes eleitorais deslegitimam o sistema político americano – quero ver quando e como futuros governos estadunidenses se arvorarão o direito de controlar a lisura de eleições em outros países, a partir de agora?
- irritou-se o secretário de estado, Mike POMPEO, quando discorria sobre a política externa do « segundo governo TRUMP » e isso lhe foi apontado, por jornalistas, durante entrevista coletiva – quanto é inconsistente pretender controlar as eleições dos outros, se as suas não são limpas nem confiáveis!

16. *Enquanto isso, no Brasil* embora ainda menos de dois anos se passaram com o atual governo, os frutos amargos dos desmandos e dos desvarios se multiplicam, mas, com alguma satisfação e muita esperança, cumpre observar os resultados das eleições municipais brasileiras, deste último 15 de novembro – com segundo turno em 29 de novembro, para os colégios eleitorais com mais de 200 mil eleitores: ainda que estas eleições tenham pautas sobretudo locais, é promissor constatar que os candidatos apoiados pelo presidente da República (sem partido), em praticamente todo o país, tiveram pífios resultados nas eleições deste ano – isso mostra que mesmo os eleitores que nele votaram começam a mudar ? Vejo como salutar e oportuno o refluxo dessa onda de autoproclamada extrema direita, que se tem mostrado tosca, vociferante e intolerante, com discurso de ódio, respaldada por *fake news*, com ataques pessoais, disparados por robôs, expedientes que foram, em grande medida, rechaçados pelos eleitores, em favor de

« propostas, planos e metas de governo » – algo mais racional parece se colocar no ar, como tônica de discurso de governo, ao menos em relação aos eleitos.

17. Tudo isso tem causado crescente e preocupante *isolamento internacional do Brasil*

- acirra-se a « estonteante capacidade de Brasília de implodir pontes que ligam o país à comunidade internacional » diz editorial do **Estado de São Paulo**, 16 nov 2020, quando o presidente da República e vários ministros, com destaque para o das relações exteriores, reduzem a antes prestigiosa e respeitada diplomacia brasileira a uma « trincheira de guerrilha ideológica, contra conspiradores imaginários»;
- insultam reiteradamente líderes internacionais; escarnecem de preocupações literalmente vitais para a comunidade internacional, como o meio ambiente ou a pandemia;
- ameaçam conquistas históricas como o Acordo Mercosul-União Europeia; insistem na vassalagem a um demagogo já rejeitado pelo seu povo; provocam atritos com parceiros comerciais cruciais como a China e a Argentina ; ameaçam países vizinhos como a Venezuela; sabotam os interesses nacionais em receber recursos internacionais, como os do Fundo Amazônia (que contava com alguns aportes da Alemanha e vultosos montantes da Noruega).

18. *Depois do negacionismo*,

- para ainda piorar as coisas, internamente, o presidente da República, obcecado em recomendar medicamentos ineficazes para combater a pandemia – como a cloroquina e a hidroxicloroquina, engaja-se em competição estúpida com o governo do estado de São Paulo, para ver qual vacina « ganhará » a corrida, para ser adotada e aplicada, no Brasil;
- quem deveria enxergar e defender os interesses nacionais, como um todo, declara em postagem « ter ganhado do governador de São Paulo » por evento adverso, supostamente ocorrido nos testes da vacina – evento adverso esse, como se constatou, o suicídio de um dos voluntários testados – finalmente, não tinha qualquer relação com a qualidade do medicamento, em curso de testes, ficando assim exposta ao ridículo a postagem presidencial;
- ao mesmo tempo esse mesmo dirigente viola a lei vigente, que estipula a obrigatoriedade das campanhas de vacinação, alegando que não se deve obrigar ninguém a vacinar-se – o que conturba o cenário de 85% de opinião pública favorável à vacinação; e

- depois se lamenta esse mesmo dirigente, alegando que o Judiciário imiscui-se em assuntos além da competência deste quando em resposta aos seus desmandos as matérias, transformadas em objeto de controvérsia, são levadas ao Supremo Tribunal Federal, para que a Corte constitucional faça cumprir a constituição e as leis, contra seus desvarios.

19. *Internacionalmente se propagam os danos*

- os danos à imagem do Brasil e à sua capacidade de interlocução, se agravam com sucessivos ataques à OMS, na linha dos desvarios de seu mentor estadunidense, bem como à OPAS – bem como à Organização Pan Americana de Saúde, com a qual o Brasil sempre contou e com a qual sempre trabalhou de modo adequado e proficiente (ex: certificação relativa à não ocorrência de febre aftosa no rebanho bovino brasileiro pela OPAS, e isso tem sido relevante para respaldar as exportações brasileiras de carne, desde os tempos de G. VARGAS);
- na última Conferência internacional sobre o clima, em Madri, que o governo BOLSONARO se recusou a sediar, depois de ter aceito o Brasil, cometeu o desatino ilegal de enviar agentes da ABIN, como integrantes da comitiva brasileira, para espionar integrantes da própria delegação, bem como ONGs e « maus brasileiros » que criticassem posições do atual governo!
- além de todos os desvarios, a obra de destruição da inserção internacional do Brasil prossegue com o « selo de mau pagador » : em 2019, o Brasil quase perdeu o direito de voto na Assembleia geral da ONU, pagando às pressas o mínimo indispensável das contribuições em atraso, para poder exercer seu direito de voto;
- neste ano de 2020, novamente avultam os débitos junto a numerosos organismos internacionais, tais como a ONU, a OMS, a UNESCO, a OEA, a OIT, junto a 13 missões de paz, a 8 bancos multilaterais, a diversos fundos internacionais e outras 106 organizações internacionais!

20. Diante de tantos desatinos, como fica a *inserção internacional do Brasil ?*

- historicamente, sem pretensão de ser potência hegemônica, nem militar nem econômica, há dois séculos, o Brasil tinha paulatina e adequadamente construído, a sua inserção internacional, processo esse que teve início com a mudança da corte e administração central portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1807-1808;
- já mesmo antes da independência formal, em 1822, fez parte da nossa história a experiência única nas Américas de termos integrado o « Reino

unido de Portugal, Brasil e Algarve » e como tal – novamente, caso único das Américas – participação no Congresso de Viena, de 1814-1815 : desse modo, antes mesmo de ser 'nação', o Brasil começa a ensaiar a condição de sujeito de direito internacional – legado que se construiu empiricamente;

- agora o Brasil se vê mais e mais isolado internacionalmente, pela ação direta da presidência de República do Brasil, tais como : a obstinada e descabida recusa em cumprimentar o presidente eleito dos EUA, pela vitória na eleição de 3 de novembro;
- bem como pelos ataques à China, na reunião de cúpula dos BRICS deste ano – repetindo posições de TRUMP contra a China e, ainda,
- pela descabida imputação de crime ambiental a países europeus, que compram madeira ilegalmente extraída do Brasil, quando, na verdade, tais compras não se fazem por países, mas por empresas, e estas ao adquirirem madeira, fazem tais aquisições com base em documentação emitida por órgãos governamentais brasileiros, responsáveis pela fiscalização – de tal modo, que se ocorrem fraudes, estas tem origem e são de responsáveis dos operadores privados brasileiros e dos órgãos governamentais de fiscalização brasileiros – tão descabida imputação teve de ser imediatamente retirada a seguir, mas os prejuízos à imagem do Brasil como interlocutor razoável e responsável fica mais uma vez comprometida no plano internacional.

21. Além disso, cabe atentar para a situação do *Brasil em relação aos direitos fundamentais*: depois das graves violações de garantias constitucionais e direitos fundamentais, inclusive com prisões de opositores e desaparecimentos forçados, ocorridos durante tanto durante a ditadura do « Estado novo » de G. VARGAS (1937-1945) e, novamente, durante as mais de duas décadas de ditadura militar (1964-1985). Foi relevante o progressivo restabelecimento do estado de direito, expresso na Constituição de 1946 e, décadas depois, na 'distensão' que leva ao restabelecimento de governo civil e à Constituição de 1988 : estas são conquistas relevantes da sociedade brasileira, no todo, e é preciso ter consciência do que representam e quanto temos de nos empenhar, para que sejam preservadas as instituições e o estado democrático de direito. Mas, apesar disso, estarrecidos temos regularmente assistido a atos antidemocráticos, pedindo fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, tanto mais porque tais atos, em praça pública, em Brasília, contam com presença do presidente da República, que não poupa elogios a torturadores e a ditadores!

22. De tal modo, o *Brasil no contexto internacional*, ao longo das últimas décadas, tinha pautado a sua atuação internacional em múltiplas áreas – enquanto, de um lado, comercialmente, nos declaramos um « global player », embora o

país continue a ter tímida atuação nos mercados mundiais – cumpre não esquecer áreas nas quais se conseguiu alcançar patamares adequados de 'visibilidade' e de 'respeitabilidade', tais como:

- alinhamento pelo direito internacional e pela solução pacífica de controvérsias entre estados;
- a proteção internacional dos direitos fundamentais e iniciativas como a proteção de minorias LGBTQIA+ e
- a proteção internacional do meio ambiente.

23. Como eu já apontava em 2019, todas essas frentes de ação da diplomacia brasileira passam por desmanche sistemático, que nos desacreditam como estado democrático de direito, interna e externamente, como estado que desrespeita minorias e seus direitos fundamentais, como estado destruidor o meio ambiente e, além disso, como estado que profere 'ameaça' contra os EUA de BIDEN, que já durante a campanha presidencial fez críticas ao Brasil, pela devastação ambiental, e disse que proporia fundos e mecanismos para manter em pé e intacta a floresta. Ao que retrucou o dirigente brasileiro que, esgotados os canais de diálogo, caberia responder com « pólvora, em vez de diplomacia». Esse desatino imediatamente suscitou em Nota oficial, subscrita pelo Ministro da defesa e pelos comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, no sentido de serem instituições de estado, não vinculadas à política partidária, e que o Brasil sempre se alinhou pelo direito internacional e pelos meios pacíficos na solução de controvérsias internacionais.

24. Diante disso, ao Brasil cabe indagar: *para onde vão o Direito internacional e a solução pacífica de controvérsias?*

- ainda no ano passado, neste mesmo foro, apontava que nossas controvérsias territoriais com todos os países vizinhos da América do Sul – bem como outras questões como indenizações – foram pacificamente solucionadas mediante negociações diretas e tratados, ou mediante arbitragens internacionais, entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX;
- à mesma época em que estados europeus e de outros continentes travaram sucessivas guerras por terras, temos registro histórico positivo de alinhamento pela solução pacífica de controvérsias, com expressa proibição da « guerra de conquista », diretamente ou mediante alianças – como estipulava o artigo 88 da Constituição brasileira de 1891;
- desde então, nos vemos em conjuntura diversa – e da mesma forma como controvérsias e constrangimentos inúteis e improdutivos foram criados com quase todos os vizinhos sulamericanos (em visitas oficiais, ao elo-

giar as ditaduras do Paraguai e do Chile, o que foi muito mal recebido), notadamente com a Argentina de R. FERNANDEZ e o Uruguai de LACALLE POU, bem como nossos parceiros comerciais dos países árabes, ante a propalada intenção de deslocar a embaixada do Brasil de Tel Aviv a Jerusalém – contrariamente ao direito internacional e à prática observada pela maioria dos estados.

25. A tanto se some a lamentável e irreversível *derrocada na proteção do meio ambiente e sua projeção internacional.*Graves e preocupantes são tanto a derrocada na proteção do meio ambiente, quanto a sua projeção internacional:

- algum protagonismo do Brasil nessa matéria tinha sido progressivamente construído em três décadas, vencendo resistências, interna e externa, consideráveis;
- a iniciativa de sediar grandes Conferências sobre meio ambiente e desenvolvimento: como a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, a « Rio 1992 » bem como a « Rio+20 » em 2012 – ainda que esta última tenha alcançado menos resultados concretos ...
- estas iniciativas visavam resgatar a imagem negativa, deixada pelo período militar, sobretudo com o nefasto « desenvolvimentismo » dos anos 70, e marcaram o início e o aprofundamento de inserção relevante do país no cenário internacional, que levou, a partir da Conferência de Estocolmo 1972 à consolidação de toda uma nova área, que se desenvolveu como o «Direito internacional do meio ambiente»;
- o Brasil, que deixara de ser vilão em matéria ambiental e passava a se mostrar como parceiro responsável e relevante nessa matéria de relevância e « interesse comum da humanidade » agora literalmente queima todos os avanços realizados nas últimas décadas;
- O Brasil tem registrado aumentos de destruição dos biomas da floresta amazônica e do pantanal em extensões nunca antes assinaladas, tanto pelo INPE – o respeitado Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, quanto por observadores externos, inclusive situados nos EUA de TRUMP.

26. Algumas áreas relevantes de atuação consolidaram a inserção internacional do Brasil

- foi consistemente trabalhado o engajamento histórico do Brasil em múltiplas frentes de ação : com registro positivo na solução pacífica de controvérsias internacionais, em conformidade com o Direito internacional – agora fala-se em « pólvora em lugar da diplomacia» ?
- pela presença e pela contribuição do Brasil na construção do Direito internacional do meio ambiente e pelos esforços feitos para alcançar nossa

inserção nesse processo relevante, mostrando-nos como parceiros responsáveis – agora queimam todo esse esforço?

- o engajamento internacional do Brasil no aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos fundamentais – relevante tanto pelo resgate de triste memória de abusos cometidos durante as duas ditaduras (do « Estado Novo », de 1937-1945 e « militar » de 1964-1981) bem como a inserção do país no sistema mundial sob a égide da ONU e no sistema interamericano de direitos humanos;
- agora uma pastora evangélica abusa da sua condição de Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, declara que o estado é laico, mas a ministra é cristã (*sic*), enquanto distila seu preconceito e promove discriminação de minorias, se engaja contra quaisquer debates a respeito de « orientação sexual e identidade de gênero », apodada de « ideologia» de gênero, enquanto subiram os índices de violência sexual e doméstica.

27. Dentre os diversos campos de incidência da proteção dos *direitos fundamentais no Brasil* merece especial atenção a presente *situação dos povos indígenas*

- de modo equivalente, foi avanço conferir caráter constitucional e resgatar herança negativa do passado, do antigo genocídio para a proteção dos povos autóctones, « ameríndios » ou « índios » tal como se inscreve na Constituição, e agora voltamos ao genocídio?
- o regime constitucional configura não somente o reconhecimento dos direitos originários dos grupos étnicos como « antigos proprietários » bem como a necessidade de preservação das línguas, das culturas e das estruturas sociais originárias desses povos – houve a promessa de não demarcação de novas terras;
- a demarcação de terras indígenas e sua efetiva proteção também representavam espaço de preservação ecológica, em « reserva ambiental » além de garantir a vida e a cultura destes povos;
- esse regime constitucional e a proteção dos povos índígenas se veem esvaziados diante do avanço da fronteira agro-pastoril, apoiando o estado todo o agronegócio, mesmo sobre áreas antes preservadas, sob alegação de estarem «inexploradas» e se mostrarem «economicamente improdutivas»;

28. Encontra-se o Brasil de hoje sob o *paradoxo de direitos fundamentais inaceitáveis?*

- estes alegadamente podem resultar da aplicação do direito, em razão do reconhecimento de situações específicas;

- o atual discurso governamental se posiciona em geral contra « minorias » sustentando que estas devem se alinhar com a maioria, esquecendo que são grupos vulneráveis, que por sua própria condição e situação, em relação às 'maiorias' exigem proteção legal adequada – subverte-se a lógica da proteção de minorias no atual discurso oficial;
- proteção de minorias – como grupos LGBTQIA+ ou povos indígenas – não são 'privilégios' mas necessidade para preservar a vida e integridade dessas minorias;
- regime adequado de proteção às minorias se reflete sobre toda a sociedade, como tal, enquanto corpo social ordenado, inscrito em estado de direito, dentro de estrutura antropológica e sociológica de « povos civilizados », onde todos os integrantes da sociedade tenham igualmente direito à vida, à liberdade, à preservação de sua integridade física e psíquica, à livre expressão da personalidade.

29. Na vida dos indivíduos como na dos povos, *discursos nefastos têm os seus efeitos*:

- a construção da proteção dos direitos fundamentais, e a conjugação entre sistemas internos e internacionais de proteção e de verificação, permitem defender os mais frágeis, os mais vulneráveis, afirmando que toda pessoa humana tem de ser objeto de pleno respeito da sua condição humana, independentemente das circunstâncias desta;
- a negação da existência e « direito a ter direitos » por parte das minorias, como LGBTQIA+ ou povos indígenas, pode levar à aniquilação não somente destes grupos, como ao esgarçamento do tecido social, com efeitos sobre o todo ordenado da convivência social e institucional.

30. Diante de todos esses problemas, agrava-se a *imagem negativa do Brasil*. Em menos de dois anos, a imagem do Brasil tem sofrido abalos, graves e irreversíveis, em todas as frentes, onde a credibilidade e a inserção internacional do país tinha sido construída nas últimas décadas:

- desmonte e patrulhamento nas áreas da educação, da cultura, da ciência e da pesquisa – além dos danos diretos e imediatos para os indivíduos atingidos, também os danos de longo prazo, para o futuro do país, em todos os campos do conhecimento;
- desmonte e desaparelhamento da proteção ambiental e da proteção dos povos indígenas, com aumento da destruição da floresta amazônica, conjugado com discurso pernicioso e obtuso, a respeito de alegada necessidade de « viabilizar economicamente » a exploração dos recursos naturais, inclusive mineração em terras indígenas; e

- desmonte conjugado com esforço para solapar a credibilidade da necessidade de proteção de minorias, legal e operacionalmente, no plano interno em iniciativas que norteavam a inserção internacional do Brasil.

31. No atual contexto do mundo, pautado pela crescente interdependência entre os estados, todos esses fenômenos tem, simultaneamente, *dimensão interna e internacional*:

- é preciso reafirmar a importância dos princípios e dos mecanismos de controle da aplicação, em tempos de recrudescimento de intolerância e acirramento de visões nacionalistas, não somente obsoletas e ultrapassadas, como nefastas e contraproducentes, em relação a país de inserção internacional todavia em construção, com efeitos deletérios sobre o conjunto da sociedade;
- esses fenômenos, infelizmente, não tem acontecido somente no Brasil – mas também em outros países, inclusive no seio da própria União Europeia, como atualmente mostram Hungria e Polônia;
- diante disso, é oportuno e relevante reafirmar os princípios e aprimorar os mecanismos de implementação da proteção dos direitos fundamentais, internamente e, sobretudo, com patamar adicional de proteção, internacionalmente estipulada e monitorada; e, claramente,
- o atual quadro da pandemia somente exacerbou tendências já antes perceptíveis e percebidas – de modo que não se podem imputar todos os males à atual conjuntura covidiana pandêmica.

32. Apesar do tom sombrio, que acompanha a constatação de tantos desmandos e tantas nefastas consequências, *nem tudo está perdido, ainda*:

- apesar de governo federal chefiado por alguém que exibe seu viés autoritário, defende ditadores, ditaduras e a tortura, ataca a existência e o funcionamento das instituições do estado democrático de direito, é preciso dizer que estas ainda existem e ainda funcionam, apesar de sinais preocupantes de interferência direta sobre instituições como a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e no Judiciário, como ilustra de modo sobremodo preocupante uma certa recente nomeação ao Supremo Tribunal Federal – quando em lugar dos requisitos constitucionais « notório saber jurídico e ilibada reputação », declara o presidente desejar lá ter alguém com quem possa se sentar para «tomar tubaína ou guaraná»;
- ataques reiterados contra instituições e contra princípios são inquietantes, tanto mais quando a estes se somam as iniciativas para solapar a credibilidade de pessoas e de instituições;

- ainda se pode ter esperança de que o futuro seja melhor e que as bases do estado democrático de direito sejam preservadas, para a vida das gerações presentes e futuras, bem como se assegurem os recursos naturais para a continuidade da construção de país mais justo, menos violento, menos preconceituoso e intolerante para com as minorias, a diversidade e o meio ambiente.

33. À guisa de *conclusão*:

- os desmandos na gestão da pandemia da Covid 19 somente tornaram mais evidentes os males que afetavam o Brasil, e tudo isso foi agravado sob o atual governo, pelo negacionismo, pela condução errática das políticas de distanciamento e pelos discursos contra a ciência e contra a vacinação;
- essa situação negacionista e descoordenada custou imenso número de vidas e ainda continua a causar mortes, das quais muitas poderiam ser evitadas, com ênfase na necessidade de manter medidas simples como o distanciamento social, o uso de máscaras e a higienização das mãos, até que existam vacinas eficazes, amplamente aplicadas em toda a população;
- sem termos saído ainda de uma « primeira onda » de casos já nos vemos às voltas com o recrudescimento do número de novos casos – enquanto o dirigente desgovernado nos impinge seu discurso nefasto: « existe uma conversinha a respeito de segunda onda, que nos transformará em país de miseráveis » e de « maricas » – o que seria ainda mais preconceituoso e injustificável, diante de mais de 170 mil brasileiros mortos, oficialmente declarados e reconhecidos como vítimas da pandemia, desde março deste ano.

34. Espero tenhamos dados mais positivos a apresentar a respeito do Brasil, em próximo encontro, quiçá presencialmente, em ano futuro – ainda que isso pareça pouco provável, no curto prazo, enquanto estivermos nessa mesma conjuntura de falácias e negacionismo de um governo federal, cada vez mais desgovernado e desconectado das indispensáveis governança e cooperação internacionais.

INEFICIÊNCIA DO ESTADO E CRISE DA DEMOCRACIA

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
Juiz de Direito em São Paulo (Brasil)
Professor da Escola Paulista da Magistratura – EPM

Sumário: 1. Introdução; 2. Crise da Democracia como um dos principais desafios enfrentados no início do Século XXI; 3. Ineficiência do Estado como fator de instabilidade do regime democrático; 4. Uma agenda de governança como resposta ao populismo; 5. Conclusão.

1. Introdução

No exercício da jurisdição nos deparamos há alguns anos com um caso digno de nota. Na análise de uma ação judicial em que o requerente pretendia a restituição de um carregamento de madeira apreendido pela fiscalização, o desfecho dado à demanda nos pareceu perturbador.

Conforme a prova produzida pelas partes entendemos que havia dúvida razoável em prol da empresa reclamante, circunstância perante a qual, a nosso

juízo, não poderia prevalecer a presunção de veracidade que reveste os atos administrativos[1].

Como consequência de tal avaliação, a madeira apreendida deveria ser restituída à autora, desdobramento que, nada obstante, talvez não fosse mais possível, já que o material fora simplesmente depositado pela polícia ambiental em um pátio ao ar livre, ficando sujeito a todo tipo de intempérie, isso passados mais de 2 anos dos fatos objeto do processo apreciado[2].

A situação, convenhamos, desafia o bom senso e não encontra qualquer justificativa sob o prisma do cidadão, o qual acaba compelido, por meio de impostos, a financiar uma engrenagem estatal que não se constrange em funcionar

---

[1] Em outra oportunidade, juntamente com Juliana Luvizotto, desenvolvemos um pouco mais nossa visão teórica a respeito, inclusive à vista do advento da Lei nº 13.874/2019, que apresenta como princípios da ordenação pública no Brasil a presunção de boa-fé do particular e da sua vulnerabilidade no trato com a Administração Pública (art. 2º, II e IV)(O abuso do poder regulatório & a Lei de Liberdade Econômica *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; PICCELLI, Roberto R.; MACIEL, Renata M. (coord.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada* – Lei nº 13.874/2019, v. 1, p. 39-56, São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 47/48). Para críticas à presunção de legitimidade/veracidade como atributo do ato administrativo, ver, com fundamentos diferentes, SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos *in* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*, p. 115-144, São Paulo: RT, 2012, p. 125 e ss.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos *in* FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). Direito Administrativo e democracia econômica, p. 119-129, Belo Horizonte: Fórum, 2012. Enquanto Vitor Schirato sustenta que todos os atos jurídicos, à luz do art. 219 do Código Civil de 2002, gozam de tal presunção (e não só os atos emanados da Administração), bem como que tal predicado depende dos elementos colacionados no processo que precede à atuação estatal, Alexandre Aragão defende a não recepção do postulado de presunção de veracidade face os princípios da motivação e da presunção de inocência.

[2] O número do processo a que nos referimos é o 0027730-75.2010.8.26.0053, que tramitou perante a 11ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, e cuja sentença foi proferida em 07 de novembro de 2012. Embora com fundamento diverso, o pronunciamento foi mantido pelo E. Tribunal, do que se presume que a Administração teve que dar alguma resposta ao pedido de restituição de mercadoria que lhe fora formulado. Confira-se a ementa do acórdão proferido em segunda instância: "AÇÃO ANULATÓRIA. Imposição de multa por transporte de madeira. Medição efetuada pela Polícia Ambiental que não tomou por base a carga, e sim as medidas da carreta que a transportava. Características físicas da madeira serrada que não permitem relacionar, com precisão, o volume da carga ao do reboque. Multa imposta com base no total apreendido, e não sobre o suposto excesso. Incerteza do Auto de Infração que acarreta sua nulidade. Sentença mantida, por fundamento diverso. Recurso desprovido"(TJSP; 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Desa. Relatora: Vera Angrisani; Apelação Cível 0027730-75.2010.8.26.0053; Data do Julgamento: 24/10/2013; Data de Registro: 01/11/2013).

como um fim em si mesmo[3], sem atenção para com os bens jurídicos que lhe cabe tutelar.

No caso analisado, ainda que a apreensão da madeira efetivada pelas autoridades tivesse ocorrido de modo legítimo, considerando que as árvores já foram cortadas, o que se esperaria de uma Administração pautada pela eficiência no seu agir seria conferir uma destinação útil a esses bens, e não que os deixasse perecendo em prejuízo de todos.

No processo sob exame, aliás, se efetivamente não for possível a restituição dos objetos em condição de uso à empresa, o Estado pode ser instado a responder a uma ação de responsabilidade civil visando à indenização dos danos causados à contribuinte.

Diante de um cenário como o descrito, que infelizmente não é raro no contencioso envolvendo a Fazenda Pública no Brasil[4], resta nos perguntar o que ele pode dizer sobre a crise de confiança que abala a fé das pessoas no funcionamento das instituições democráticas nesse início do século XXI, fenômeno que vem sendo catalisado por discursos populistas que diuturnamente investem contra o serviço público, buscando a concretização de agendas políticas que não necessariamente se darão em prol do bem-estar coletivo.

No presente ensaio vamos enfrentar esse rico tema, refletindo sobre como a ineficiência do Estado no adequado cumprimento de suas missões pode funcionar como um fator de instabilidade do regime democrático, isso após contextualizarmos a questão sob uma perspectiva mais ampla de crise da democracia, tal como esta vem sendo analisada pela doutrina de diversos países ocidentais.

Ao fim, como resposta ao problema apresentado, defenderemos a necessidade premente de nossos gestores imprimirem ajustes na forma de conduzirem os afazeres estatais, tendo por foco principal a eficiência no seu agir[5], isso con-

---

[3] Tal como diagnóstico preciso formulado por Floriano de Azevedo Marques Neto ao identificar na atuação da nossa Administração o que ele denominou de ato autista, entendido como aquele que ostenta um "brutal défit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos"(A superação do ato administrativo autista *in* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*, p. 89-113, São Paulo: RT, 2012, p. 96).

[4] O episódio, ao qual se somaram outros análogos nos anos que se seguiram, inclusive serviu de mote para desenvolvêssemos de uma tese de doutorado sobre governança pública, defendida em 2017 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e que com algumas adaptações virou o livro *Governança Pública* – um ensaio sobre pressupostos e instrumentos de uma ação estatal juridicamente eficiente, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

[5] SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan* – redeeming the administrative state, The Belknap Press of Havard University Press, Cambridge/London, 2020, p. 5 e ss..

forme um quadro de pressupostos e instrumentos a comporem o que denominamos *governança pública*.

O método empregado para o nosso estudo é de natureza indutiva, já que parte de casos colhidos na experiência forense para lançar hipóteses de natureza geral. Para nossas conclusões também nos valeremos de revisão bibliográfica.

2. Crise da Democracia como um dos principais desafios enfrentados no início do século XXI

O modelo de Estado-social que começou a ser desenhado no começo do século XX e que se consolidou no pós-segunda Guerra, fundado na concretização de direitos humanos através da prestação de serviços em favor do cidadão[6], dependeu, para se organizar e avançar, da construção de um aparato burocrático capaz de desenvolver as novas atribuições que as ordens constitucionais passaram a conferir à organização política[7].

Resultado da crise no mercado de trabalho desencadeada pela Revolução Industrial e da progressiva universalização do sufrágio experimentada por vários sistemas políticos, o Estado liberal até então vigente, pautado primordialmente na defesa de direitos individuais da pessoa em face dos governantes[8], teve que

---

[6] DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public,* Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 45 e ss.

[7] BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia* – uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira, 13 ed., São Paulo: Paz & Terra, 2015, p. 60 e ss.)(1ª edição de 1984).

[8] Fabio Nusdeo pondera que a intervenção do Estado na economia era reclamada mesmo antes da construção do modelo de Estado social, sendo que defesas mais simplórias de um simples absenteísmo estatal do fenômeno econômico muitas vezes não eram capazes de transcender as páginas de discursos políticos para a realidade. Segundo o autor: "(...) mesmo no campo das ideias, o liberalismo puro, ainda quando prevalecente, não colheu a unanimidade dos cérebros pensantes da época. Historicamente, aliás, ocorre com frequência ser a corrente mais superficial e panfletária de qualquer ideologia, a que acaba por predominar e a marcar presença junto à sociedade por conseguir maior número de prosélitos. O caso do liberalismo não foi diverso. Empresários e políticos divulgaram-no e o popularizam na sua versão mais tosca e menos refinada, deixando as dúvidas e as críticas para a especulação dos intelectuais e os debates acadêmicos. Todavia, na realidade, o desinteresse do Estado pela vida econômica foi muito mais aparente do que real" (A ordem econômica constitucional – origem – evolução – principiologia *in* NUSDEO, Fábio (coord.). *A ordem econômica constitucional* – estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar, p. 19-34, São Paulo: RT, 2020, p. 21/22). Curioso sobre o ponto notar que, no Antigo Regime, Alexis de Tocqueville dá notícia que o Estado já era chamado ao socorro de burgueses e camponeses envoltos em desventuras em suas atividades econômicas. O autor, ao descrever "costumes administrativos" observados no século XVIII, afirma: "ninguém imagina que possa levar a bom termo um assunto importante se o Estado não se imiscuir. Mesmo os agricultores, pessoas geralmente muito avessas aos preceitos, são levados a crer que, se a agricultura não se aperfeiçoa, a culpa é principalmente do governo, que não lhes dá bastantes conselhos nem auxílio suficiente" (*O Antigo Regime e a Revolução,* trad. Rosemary C. Abílio, São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 77)(a obra apareceu em 1.856).

se reinventar para não se desintegrar, isso em um ambiente marcado por intensas reivindicações populares, cujo exemplo mais estremo conduziu à Revolução Russa de 1.917[9-10].

Sob o influxo do surgimento de um Estado-pluriclasse[11], em oposição ao monoclasse (burguês) que emergiu como produto da Revolução Francesa de 1789, as disputas entre as expectativas dos distintos estratos sociais reclamaram sua institucionalização via processo de tomada de decisão estatal[12], sendo que seu atendimento, sobretudo em favor dos mais pobres, exigiu esforços fiscais crescentes do todo, a municiar políticas públicas de matiz redistributivo[13-14].

O equilíbrio alcançado pela fórmula de compromisso construída no período, muitas vezes consagrada em textos de Constituições dirigentes, propiciou resultados notáveis em termos de melhoria da qualidade de vida de milhões de pessoas, as quais, tendo acesso às inovações técnicas disseminadas no curso do século XX e a serviços essenciais ofertados pela burocracia estatal, puderam não só viver de modo mais confortável[15], como ter esperança de um futuro ainda mais promissor para a sua prole.

Para tal arranjo funcionar bem, contudo, houve necessidade de crescimento econômico contínuo, fator que, ao gerar incremento na arrecadação de

---

[9] REALE, Miguel. *Política de ontem e de hoje,* São Paulo: Saraiva, 2010 (1ª edição de 1978), p. 11 e ss.; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2013 (1ª edição de 1958), p. 39 e ss.

[10] "(...) debaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado liberal não sucumbiu nem desapareceu: transformou-se. Deu lugar ao Estado social" (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2013 (1ª edição de 1958), p. 37).

[11] GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo,* v. 1, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1993, p. 48 e ss.

[12] "O Estado, assim, se torna um campo de conflituosidade permanente, ao abranger novos setores e atores antes excluídos pelo liberalismo, tornando-se um local de alianças e compromissos. A própria política econômica e social não é planejada a partir de interesses homogêneos, mas emerge do conflito político e social, é fruto também de compromisso" (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo, 2. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 290).

[13] CHEVALLIER, Jacques. *L´État pos-moderne*, 3. ed., Paris: LGDJ, 2008, p. 23 e ss..

[14] "(...) o Estado serviu para dar resposta a uma tarefa pública central e incontornável de qualquer juridicidade estatal: resolver o problema da violência, garantindo a liberdade e a segurança dos cidadãos. De igual modo, o Estado assumiu como fim e tarefa de qualquer estatalidade legítima o dever de dar resposta a outra forma de violência – a pobreza" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também *in Stvdia Ivridica,* n. 61, Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares, p. 705-722, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 710).

[15] GASSET, Ortega y. *A rebelião das massas,* Lisboa: Relógio d´Água Editores, 2013, p. 71 e ss..

impostos em favor do erário, minorava o impacto gerado nas finanças dos países por déficits orçamentários renitentes[16].

Na Europa o contrato social então vigente cumpriu sua missão com maestria pelo menos durante as três décadas subsequentes ao pós Guerra, quando o fim do ciclo de expansão capitalista experimentado começou a dar sinais de esgotamento[17].

Fala-se, desde os anos 80 e 90 do século XX, na crise do Estado-social[18], sem que se saiba, exatamente, que modelo poderia substituí-lo ou aprimorá-lo a contento.

Uma ideologia que ficou famosa nesse momento, que ainda não passou, diga-se, é a do neoliberalismo[19].

Como o aparelho estatal cresceu enormemente para fazer face aos compromissos por ele assumidos em favor da população, este passou, via aumento de impostos, a representar um peso cada vez maior no orçamento doméstico das famílias. Paralelamente, como sua intervenção no domínio econômico começou a ser vista como ineficiente nos mais diversos setores[20], umas das alternativas aventadas para o retorno dos anos dourados foi a de uma espécie de regresso do Estado-mínimo dos séculos XVIII e XIX.

---

[16] OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública* – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2007, p. 298.

[17] HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos* – o breve século XX – 1914/1991, trad. Marcos Santarrita, 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 393 e ss.

[18] ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale* – repenser l´État-providence, Paris: Éditions du Seuil, 1995, p. 7 e ss.; CHEVALLIER, Jacques. *L´État pos-moderne*, 3. ed., Paris: LGDJ, 2008, p. 23/24; FREITAS, Daniela Bandeira de. Eficiência jurídica no mercado – um instrumento a serviço da democracia *in* FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Direito Administrativo e democracia econômica*, p. 77-104, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 85 e ss.; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado,* 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 155 e ss.; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo,* 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 203 e ss..

[19] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado,* 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 156 e ss.

[20] "O que agora excita o espírito agressivo dos novos liberais é o efeito, considerado desastroso, das políticas keynesianas adotadas pelos Estados economicamente e politicamente mais avançados, especialmente sob o impulso dos partidos social-democráticos ou trabalhistas. Os vícios que habitualmente eram atribuídos aos Estados absolutos – burocratização, perda das liberdades pessoais, desperdício de recursos, má condução econômica – passaram a ser agora pontualmente atribuídos aos governos que adotaram políticas de tipo social-democrático ou trabalhista"(BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia* – uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira, 13 ed., São Paulo: Paz & Terra, 2015, p. 185)(1ª edição de 1984).

Apesar de fazer sucesso em inúmeros salões de países economicamente desenvolvidos[21], cujo setor privado estava ávido por explorar novos mercados a serem abertos pelo recuo do papel do Estado nas respectivas economias, tal filosofia não vinha encantando boa parte do eleitorado mundo afora, que recusava programas políticos pautados nesse tipo de proposta[22]-[23].

A semente, contudo, continuava lançada ao solo, em busca de melhor ambiente para florescer.

---

[21] No âmbito internacional costuma ser referido como marcos do neoliberalismo os governos Margaret Thachter do Reino Unido e Ronald Regal dos EUA nos anos 80 do século XX. Sobre a agenda liberalizante defendida por estes países para o restante do mundo, confira-se comentário feito por Eric Hobsbawm: "(...)desde a década de 1970, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, politicamente apoiados pelos EUA, vinham seguindo uma política sistematicamente favorecedora da economia de livre mercado, empresa privada e livre comércio global, que servia à economia americana de fins do século XX tão bem quanto servira à britânica de meados do século XIX, mas não necessariamente ao mundo"(*Era dos extremos* – o breve século XX – 1914/1991, trad. Marcos Santarrita, 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 556). Sobre o ponto, ver ainda consideração de Ricardo Marcondes Martins: "(...) para impor o projeto neoliberal, os Estados Unidos valeram-se de instituições financeiras internacionais. Em 1989 reuniram-se me Washington economistas funcionários do Fundo Monetário Internacional/FMI, do Banco Mundial, do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Governo Norte Americano, convocados pelo *Institute for International Economics* – uma entidade privada – para avaliar as reformas econômicas que deveriam ser implementadas na América Latina, evento que recebera o nome de *'Latin Americ Adjustment: How much has happened?'*.John Willianson, Diretor do Instituto e promotor do encontro, apresentou 10 pontos tidos como consensuais entre os participantes e chamou as conclusões de *Consenso de Washington*"(*Regulação administrativa à luz da Constituição federal*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 160).

[22] No Brasil, por exemplo, é difícil ver políticos comprometidos com tal agenda a encamparem de forma transparente em suas campanhas eleitorais. Vejamos os últimos governos que pretenderam desenvolver programas de redução da máquina estatal. O governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), tachado pela oposição de então como neoliberal, é do Partido Social Democrata Brasileiro – PSDB, que em tese seria de centro-esquerda. Já o governo Temer (maio de 2016 – 2018) decorreu de chama eleita com Dilma Roussef na Presidência, que é do Partido dos Trabalhadores--PT, partido de esquerda, com postura ideológica diametralmente oposta àquela adotada pelo seu vice em seus projetos de reforma.

[23] Proposta que, se pensada sob a perspectiva das massas, de forma racional não faria mesmo muito sentido, já que o crescimento da capacidade de o Estado prestar serviços públicos em prol da população foi uma resposta às demandas democráticas do século XX por um anteparo ao trabalhador contra a pobreza e a opressão do capital, como pondera BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia* – uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira, 13 ed., São Paulo: Paz & Terra, 2015 (1ª edição de 1984), p. 186 e ss..

Eis que no primeiro quartel do século XXI a insatisfação e ressentimento nutridos por quem, há anos, só viu suas condições de vida piorar[24], passou a catalisado em prol de projetos políticos extremistas, cada qual certamente com suas peculiaridades, mas que muitas vezes passaram a recorrer a bandeiras nacionalistas, anti-imigração, conservadoras (quanto aos costumes), anti-elite[25] e antissistema[26].

O período, vale dizer, vem sendo marcado por crises econômicas sucessivas, algumas das quais, tendo origem em grandes centros do capitalismo, acabaram por transbordar fronteiras, disseminando efeitos ao redor do globo, como foi o caso da crise do *subprime* vivenciada pelos Estados Unidos no ano de 2008[27].

Estruturalmente o modo de produção até então hegemônico vem sofrendo desafios nada ordinários, dos quais destacamos dois: 1) há uma escalada da

---

[24] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O outro Leviatã e acorrida ao fundo do poço, São Paulo: Almedina, 2015, p. 159 e ss.; STIGLITZ, Joseph E.. *People, power and profits*- progressive capitalism for an age of discontent, New York: Norton & Company, 2019, p. 192 e ss.; MARKOVITS, Daniel. *The meritocracy trap* – how the America´s foundational myth feeds inequality, dismantles the Middle class, and devours the elite, New York: Penguin Press, 2019, p. 32 e ss., p. 54 e ss.; SANDEL, Michael J.. *The tyranny of merit* – what´s become of the common good?, New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2020, p. 198 e ss..

[25] Sobre tal aspecto, Roger Eatwell e Matthew Goodwin destacam o progressivo distanciamento entre o pensamento/modo de vida da elite cosmopolita e o da classe trabalhadora (em especial a branca, sem ensino superior) como um dos fatores que explicam eventos como o Brexit e a eleição de Trump nos Estados Unidos (*Nacional-populismo* - a revolta contra a democracia liberal, trad. Alessandra Bonrruquer, Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2020, p. 117 e ss.).

[26] LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias morrem,* trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 76 e ss.; BARROSO, Luna Van Brussel. Recessão democrática, populismo e um papel possível para as cortes constitucionais *in* COSTA, Daniel C. G. da; FONSECA, Reynaldo S. da; BANHOS, Sérgio S.; CARVALHO NETO, Tarcísio V. de C.. *Democracia, Justiça e Cidadania* – desafios e perspectivas, homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso, Tomo 1, p. 99-115, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 104 e ss.; STIGLITZ, Joseph E.. *People, power and profits*- progressive capitalism for an age of discontent, New York: Norton & Company, 2019, p. 26 e ss.; MARKOVITS, Daniel. *The meritocracy trap* – how the America´s foundational myth feeds inequality, dismantles the Middle class, and devours the elite, New York: Penguin Press, 2019, p. 62 e ss.; MOUNK, Yascha. *O povo contra a Democracia* – por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la?, trad. Cássio de A. Leite; Débora Landsberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 22 e ss.; p. 31 e ss.; SANDEL, Michael J.. *The tyranny of merit* – what´s become of the common good?, New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2020, p. 18 e ss.; p. 72 e ss..

[27] A condução da crise de 2008 pelas autoridades governamentais americanas, ao supostamente conferir um tratamento muito leniente aos integrantes da elite econômica diretamente envolvidos no episódio, teria sido mal avaliado por boa parte da população daquele país e, em consequência, ajudado a acirrar os ânimos nas disputas eleitorais que se seguiram (STIGLITZ, Joseph E.. *People, power and profits*- progressive capitalism for an age of discontent, New York: Norton & Company, 2019, p. 5 e ss.; SANDEL, Michael J.. *The tyranny of merit* – what´s become of the common good?, New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2020, p. 21 e ss..).

concentração de renda em favor de um punhado de empresas e pessoas[28], enquanto um número crescente de cidadãos vê-se excluído do mercado de trabalho em decorrência da nova revolução industrial em curso[29]; 2) a ideologia do mérito como justificativa para o acúmulo incrível de bens nas mãos de poucos vem tendo sua legitimidade contestada à vista do papel relevante da origem social de cada um para a "sorte" que o destino lhe reserva.

A Democracia, regime de governo que se sagrou vencedor na disputa entre as ideias políticas desde o século XIX, não desperta mais o mesmo consenso de que já gozou no coração da quase totalidade da população.

3. Ineficiência do Estado como fator de instabilidade do regime democrático

Partindo do pressuposto, que hoje não é compartilhado por grupos que se organizam em torno de ideias tidas por liberais, de que o mercado, a depender das suas livres forças, não é capaz de evitar a miséria e a exploração do ser humano pelo seu semelhante, só resta o recurso ao Estado como meio de disciplinar as relações entre os membros da sociedade e, por meio de serviços públicos de qualidade, buscar gerar algum equilíbrio ao desnível gritante que advém a cada qual por ocasião da loteria do nascimento.

Na verdade, mais do que isso.

Se considerarmos, como bem pondera a doutrina mais esclarecida[30], que o Estado é necessário para preservação do capitalismo contra o próprio capitalista, já que as contradições inerentes a tal modo de produção pode levar à

---

[28] BUCCI, Maria Paula Dallari. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político *in* BUCCI, Maria Paula D; GASPARDO, Murilo (org.). *Teoria do Estado* – sentidos contemporâneos, p. 27-73, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 53.

[29] Alguns autores inclusive são expressos ao entender a deterioração das condições de trabalho impostas continuamente a estratos cada vez maiores da população por grandes conglomerados econômicos como um fator que, gerando mal-estar nas circunstâncias de vida de milhares, tem reflexo negativo no entusiasmo nutrido pelos cidadãos com a Democracia (MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho* – fadiga e ócio na sociedade pós-industrial, trad. Yadyr A. Figueiredo, 11 ed., Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2014, p. 48; STIGLITZ, Joseph E.. *People, power and profits*- progressive capitalism for an age of discontent, New York: Norton & Company, 2019, p. 192 e ss.).

[30] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988,* 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46 e ss.; COUTINHO, Diogo R.. A mão invisível e a faca no pescoço: considerações críticas sobre o "abuso do poder regulatório" na Lei 13.874/2019 *in* SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Lei de Liberdade Econômica* – e seus impactos no Direito Brasileiro, p. 169-180, São Paulo: RT, 2020, p. 175.

autofagia do sistema[31], não só sob uma perspectiva ética (como a dita acima), como sob uma perspectiva utilitarista/de autopreservação da organização política impõe-se à burocracia estatal o ônus de criar ambiente saudável (isto é, justo) para as trocas a serem estabelecidas entre as pessoas submetidas à sua esfera de atuação, fomentando, ademais, a concorrência entre grupos empresariais, além da criação de novas fontes de trabalho e renda para a população.

Logo, em um momento no qual a humanidade vivencia uma nova Revolução Industrial[32] e foi tomada de assalto por uma grave pandemia de alcance planetário[33], ao cidadão comum, que apesar de enorme esforço individual, não consegue sequer manter seu padrão de vida (quanto mais ter esperança de dias melhores), encontra-se numa encruzilhada, difícil de ser superada sem algum nível de intervenção da parte dos Poderes constituídos.

E neste contexto forças políticas movem-se na busca desse eleitor, elaborando programas direcionados a oferecer respostas às suas angústias.

Um discurso que passou a ser frequente no Brasil, embora haja indícios que se repita mundo afora[34], é o de explorar as deficiências do nosso Estado como argumento para reformas que impliquem em seu "enxugamento" a qualquer custo.

---

[31] Como se vê em impasses advindos da globalização, que, favorecendo determinados modos empresariais, sob o pretexto de implicar uso mais eficiente de recursos escassos e ofertar produtos mais baratos ao consumidor, vem extinguindo milhares de postos de trabalho em economias de países desenvolvidos, dado a minar, no fim do dia, o próprio consumo em seus territórios, já que, sem fonte de renda, seus habitantes naturalmente não terão poder aquisitivo para continuar adquirindo bens e serviços. Com o advento da pandemia do Covid 19, a estratégia, que intuitivamente parece não ser a que melhor atende ao bem comum, revela seus claros limites, com inúmeros países incapazes de produzir artigos médicos/hospitalares mesmo de baixa tecnologia, como máscaras cirúrgicas, álcool em gel e injeções.

[32] HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o século XXI*, trad. Paulo Geiger, São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 40 e ss..

[33] Para reflexões sobre o papel do Direito nos mais diversos setores da experiência humana para superação do grave período pelo qual passamos com o advento da pandemia do Covid 18, ver CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. *Direito em tempos de crise* – Covid 19, volumes I, II, III, IV e V, São Paulo: Quartier Latin, 2020.

[34] Nos anos 80 do século XX Norberto Bobbio fala da frustração advinda das promessas não cumpridas do Estado social (BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia* – uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira, 13 ed., São Paulo: Paz & Terra, 2015, p. 62 e ss.). Em reflexão contemporânea Sabino Cassese problematiza a questão destacando a rapidez da ação pública observada em países de governo com perfil mais autoritário como a China quando comparada à atuação normalmente mais lenta de regimes democráticos, como o Reino Unido. O exemplo que se tornou famoso a respeito foi o tempo necessário para a construção de novo aeroporto pelas duas nações (4 e 20 anos, respectivamente)(*La svolta* – dialoghi sulla politica che cambia, Bologna: Il Mulino, 2019, p. 166 e ss.).

Vozes de personalidades com trânsito na grande mídia afirmam diuturnamente, sem muita hesitação, que, como o Estado brasileiro em muitos setores presta serviços com padrão de qualidade bem aquém das expectativas do cidadão, melhor seria retirá-lo de qualquer serviço que não seja essencial, sendo que, mesmo para esses, quando for possível a sua delegação para a iniciativa privada, essa deveria ser feita[35].

A atuação estatal no âmbito empresarial, então, deveria, na visão desses especialistas, ser simplesmente extinta. Esquecendo-se (ou ignorando-se) que para o oferecimento de diversas utilidades indispensáveis para a vida digna das pessoas, como água, luz, transporte e combustíveis, há necessidade de algum controle de preços como meio a assegurar seu amplo acesso e evitar o descontrole da inflação, a solução para as deficiências do setor público em tal âmbito está ao alcance das mãos: "venda-se tudo, a qualquer preço"[36].

---

[35] Quanto à saúde, a "privatização branca" passou a marcar sua prestação em grandes centros, nos quais a contratação de organizações "sem fins lucrativos" para assumir integralmente a operação de equipamentos públicos avançou enormemente nos últimos anos. Quanto à educação, passa-se a defender que o Estado comece a oferecer "vouchers" para que o aluno da rede pública vá para a rede privada o que, se for feito nos moldes em que se deu a evolução da iniciativa privada no ensino superior do país, com precarização do ensino e condições de trabalho dos docentes, dificilmente trará um bom resultado para a população. Para uma crítica sobre a experiência de buscar transferir ao terceiro setor uma série de atividades estatais, ver BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O outro Leviatã e acorrida ao fundo do poço, São Paulo: Almedina, 2015, p. 368 e ss.

[36] Falamos aqui em controle de preços, mas em algumas searas a iniciativa do Estado pode ser mesmo condição imprescindível para a disponibilização de certas utilidades indispensáveis à vida digna dos cidadãos, já que o respectivo atendimento pode não se revelar lucrativo para o mercado. David Runciman, fazendo alusão à doutrina de Hobbes, pondera sobre a necessidade do Estado como o único mecanismo capaz de controlar o poder coorporativo. No que se refere à intervenção do Estado no domínio econômico com vistas à satisfação de interesses gerais, o autor lembra a estatização pela Grã Bretanha das Companhia das Índias Orientais em 1858 e a luta promovida por Roosevelt contra os monopólios no Estados Unidos no início do século XX (*Como da Democracia chega ao fim*, trad. Sérgio Flaksman, São Paulo: Todavia, 2018, p. 140 e ss.).

Além desses prognósticos duvidosos, feitos a partir de um diagnóstico apenas em parte verdadeiro[37], a campanha contra o Estado ganha no debate público matizes passionais, com uma indisfarçada intenção por parte de alguns oradores mais inflamados de incitar a população contra os agentes públicos, desenhando-se um "nós contra eles", que embora negado por essas mesmas figuras na relação capital-trabalho[38], é vista como plausível em uma nova arena artificiosamente desenhada para a ação política: a dos pagadores de impostos contra os recebedores de impostos.

Em suma, o que temos é um quadro em que ineficiência real do Estado em diversos setores vem sendo usada como argumento para pregar seu desmonte, isso em um momento de natural exasperação de ânimos em razão de crise econômica, o que pode conduzir a sociedade a uma fronteira já conhecida da humanidade e bastante perigosa: ou renova-se o Estado Social ou, escolhendo-

[37] "Assim como sua sustentação social, a sustentação intelectual da social-democracia se desgastou. O planejador social onisciente e guardião platônico virou objeto de escárnio e esquecimento com o surgimento do novo campo da Teoria da Escolha Pública. Essa teoria reconhecia que as decisões de política pública não costumam ser tomadas por santos distantes, e sim por um jogo de pressões de diversos grupos de interesse, inclusive os próprios burocratas" (COLLIER, Paul. *O futuro do capitalismo* – enfrentando as novas inquietações, trad. Denise Bottmann, Porto Alegre: L&PM Editores, 2019, p. 18). O diagnóstico quanto a alguns desses problemas reais da democracia parlamentar (corrupção e influência do poder econômico na tomada de decisão estatal, por exemplo), já era feito há um século por Carl Schmitt (*A crise da democracia parlamentar*, trad. Inês Lohbauer, São Paulo: Scritta, 1996, p. 29 e ss.) e continuam com equacionamento bem aquém do razoável por parte das nossas instituições, em uma batalha para a qual a academia vem contribuindo muito pouco na busca soluções, especialmente a jurídica, que na nossa tradição continua a se preocupar quase que exclusivamente com o direito posto, sem uma maior reflexão seja quanto ao que leva à produção desse direito, se quanto a sua real capacidade de gerar na realidade os efeitos a que se propõe.

[38] Já que viveríamos em uma sociedade sem classe, que deveria ser pautada exclusivamente pela "meritocracia", uma visão segundo a qual cada um conseguiria ser o que quiser a depender de seus próprios esforços, em uma jornada para o qual o Estado só seria um entrave. Dalmo Dallari pondera, ao alertar que o discurso de ascensão social ao alcance de todos muitas vezes é ilusório, já que o fenômeno é altamente condicionado por desníveis de ordem econômica e de preparo intelectual: "é justamente em função dessa possibilidade formal que muitos Estados afirmam o seu caráter democrático. Mas o exame cuidados das condições de fato leva à conclusão de que tal participação (de todos na vida econômica e social), em grande número de casos, ou permanece apenas como possibilidade formal ou ocorre de maneira bastante imperfeita. E, no entanto, por se ter criado a aparência de participação, tudo se passa como se esses Estados já se tivessem adaptado às modernas tendências, o que facilita a permanência de sistemas de sistemas retrógrados, dominados por um totalitarismo ou autoritarismo mais ou menos disfarçado"(*O futuro do Estado*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176). Para uma crítica incisiva do argumento meritocrático tal como veiculado nos Estados Unidos para justificar uma postura absenteísta do Estado na economia, mas que acreditamos que se aplica, com as devidas adaptações, ao nosso país, ver MARKOVITS, Daniel. *The meritocracy trap* – how the America´s foundational myth feeds inequality, dismantles the Middle class, and devours the elite, New York: Penguin Press, 2019; SANDEL, Michael J.. *The tyranny of merit* – what´s become of the common good?, New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2020.

-se o caminho pela volta do Estado mínimo, corre-se o risco de flertar-se com fascismo[39].

4. Uma agenda de governança como resposta ao populismo

Se as ineficiências reais do Estado contemporâneo em dar conta das enormes expectativas que lhe são depositadas pela população vem sendo instrumentalizadas por discursos antissistema e anti-elite, que, no limite, ao entender a questão social como um problema de polícia[40], pode nos conduzir a uma ruptura com o regime democrático, cabe à academia pensar modos de se combater as dificuldades existentes para o exercício eficiente do Poder, com o que se pode ao menos retirar esse argumento da agenda extremista que vem investindo contra as bases de uma organização política pautada no pluralismo e no compromisso com a justiça social.

Um meio de endereçar esse desafio é a proposta de uma agenda de governança ao Estado contemporâneo[41], assentada em dados pressupostos e no manejo adequado de certos instrumentos, o que tem por pedra angular a construção de políticas públicas com foco primeiro o cidadão.

Essa primeira condição *sine quan non* para a renovação da Administração Pública no século XXI, embora possa parecer uma tautologia para qualquer observador não acostumado com nossa formação jurídica, promete, na verdade, uma verdadeira revolução copérnica em nossas repartições públicas[42], nas quais

---

[39] BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia* – uma defesa das regras do jogo, trad. Marco Aurélio Nogueira, 13 ed., São Paulo: Paz & Terra, 2015, p. 186 e ss.; p.192 e ss.; BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo, 2. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 307.

[40] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988,* 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 47.

[41] No que se refere ao modelo de governança proposto, as principais ideias que serão lançadas no corpo do texto estão melhor desenvolvidas no nosso *Governança Pública*, obra já referida no início do presente ensaio. Já quanto à instrumentalização desse modelo e do ônus de eficiência no agir administrativo como ferramenta para o enfrentamento do discurso populista, recentemente nos dedicamos ao tema em dois ensaios em coautoria com Fabio Falcone Garcia, um já publicado e o outro no prelo. Seguem as referências: Crise da Democracia e pandemia – apontamentos sobre a eficiência esperada da atuação coordenada das nossas instituições no contexto da crise sanitária *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. *Direito em tempos de crise* – Covid 19, v. III, p. 133-155, São Paulo: Quartier Latin, 2020; Qualidade da democracia como resposta ao populismo: uma questão transnacional (no prelo).

[42] Acerca da dificuldade nutrida por muitos estudiosos que pensam nosso Direito Administrativo em refletir sobre seu objeto de estudo por uma perspectiva que dê ênfase ao cidadão, e não ao exercício do Poder, ver MARQUES NETO, Floriano de A.. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação *in* SUNDFELD, Carlos Ari; JURSAITIS, Guilherme J. (org.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*, p. 353-415, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 361 e ss.; p. 376 e ss.

o que mais existe são escusas para o agir despropositado sob o pretexto de se estar fielmente observando a lei, tal como referido no exemplo concreto que serviu de mote para o presente ensaio[43-44].

Se assumimos que a organização política deve ser responsiva[45], que esta só encontra sua razão de ser e fonte última de legitimidade na sua capacidade de garantir um ambiente saudável para a convivência entre as pessoas[46], seria inadmissível qualquer tomada de decisão estatal que se fundamente em uma leitura inconsequente de leis e regulamentos, sem a devida ponderação dos seus efeitos na realidade[47-48].

Desse primeiro passo numa jornada que não tem nada de evidente[49], deveriam advir outros, ainda na linha de pressupostos do modelo de governança

---

[43] Para mais elementos sobre nossa visão acerca desse ponto em específico, ver Burocracia, legalidade e eficiência – notas sobre supostas (in) compatibilidades *in Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura,* ano 20, n. 47, p. 9-21, São Paulo: EPM, jan.-fev. de 2019 (disponível em http://alexandrecunhafilho.com.br/wp-content/uploads/2020/04/CUNHA-FILHO-A-J-C.-Legalidade-burocracia-e-efici%C3%AAncia-EPM-2019..pdf, acesso em 28/02/21).

[44] A indiferença da razão jurídica com a realidade não é fenômeno exclusivo do Brasil, como nos dá conta NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 31 e ss.

[45] RANIERI, Nina B. Stocco. A qualidade da democracia. Considerações teóricas *in* TORRES, Vivian de A. G.; CAGGIANO, Alvaro T. H. S. (org.). *Estudos de Direito Constitucional* – homenagem à professora Monica Herman Salem Caggiano, p. 297-326, São Paulo: IELD, 2014, p. 305 e ss.

[46] O que em alguma medida podemos compreender como reflexo do ônus a cargo da organização política de tutela da liberdade do ser humano, valor que antecede e fundamenta a ordem jurídica, tal como pode ser lido na obra de DEL VECCHIO, Jorge. *Persona, Estado y Derecho,* Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1957, p. 353 e ss.

[47] Esse é, a nosso ver, o sentido adequado da ideia de pragmatismo aplicado ao Direito, expressão que vem recebendo críticas intensas por parte da doutrina brasileira, a qual vê nesse tipo de pensamento a defesa da completa submissão da ordem jurídica a interesses econômicos, como se pode ver em GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 192 e ss.. Já para uma visão de pragmatismo mais próxima da que a adotamos, ver CHEVALLIER, Jacques. *L´État pos-moderne,* 3. ed., Paris: LGDJ, 2008, p. 137 e ss.

[48] Neste contexto Carlos Ari Sundfeld defende que a introdução dos arts. 20 e 21 feita pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro atende à necessidade de que haja a consideração do mundo real quando da aplicação do Direito Público pelos respectivos responsáveis (VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis A.; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, prefácio).

[49] Até porque implica, ao fim e ao cabo, uma releitura do real significado do princípio da legalidade aplicado à ação administrativa (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública* – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2007, p. 152 e ss.; MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 168 e ss.).

proposto: 1) o dever de boa-fé na ação pública[50], que não estaria autorizada a adotar comportamentos contraditórios no seu trato com outros entes públicos e entes privados; 2) vinculação da Administração às suas regras e precedentes[51]; 3) dever de agir proporcional[52]; 4) aprimoramento de ação concertada entre Administrações Públicas[53]; 5) reforço e reformulação na obrigação de prestar contas[54].

Já quanto aos instrumentos ao alcance do gestor público do século XXI para uma imprimir maior racionalidade e rendimento aos seus afazeres, teríamos os seguintes: 1) incremento da processualidade na atuação estatal como um todo, por todos os seus Poderes constituídos[55]; 2) priorização, quando possível e sem prejuízo da prerrogativa do agir unilateral quando indispensável, de formas

---

[50] SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, regulação, ato* – mudança, transição e motivação, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 142 e ss.; MARRARA, Thiago. Princípios do processo administrativo *in* BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). *Processo administrativo brasileiro* – estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo, p. 75-112, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.103 e ss.

[51] LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa*, Curitiba: Juruá, 2017; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R.. *Precedentes no Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Forense, 2018; SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan* – redeeming the administrative state, The Belknap Press of Havard University Press, Cambridge/London, 2020, p. 45 e ss..

[52] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro,* São Paulo: Malheiros, 2006; CHEVALLIER, Jacques. *L´État pos-moderne,* 3. ed., Paris: LGDJ, 2008, p. 154 e ss.; MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, 3. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 316 e ss..

[53] GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da "new public governance" *in* GONÇALVES, Pedro G. (et al). *O governo da administração pública,* p. 7-33, Coimbra: Almedina, 2013, p. 30/31; BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica* – Direito Administrativo e organização no século XXI, São Paulo: Almedina, 2017.

[54] RANIERI, Nina B. Stocco. A qualidade da democracia. Considerações teóricas *in* TORRES, Vivian de A. G.; CAGGIANO, Alvaro T. H. S. (org.). *Estudos de Direito Constitucional* – homenagem à professora Monica Herman Salem Caggiano, p. 297-326, São Paulo: IELD, 2014, p. 305 e ss.; GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da "new public governance" *in* GONÇALVES, Pedro G. (et al). *O governo da administração pública,* p. 7-33, Coimbra: Almedina, 2013, p. 27-29; ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement,* Paris: Seuil, 2015, p. 269 e ss.. Em específico sobre o dever de transparência a cargo da Administração Pública, ver ARRUDA, Carmen Silvia L. de. *O princípio da transparência*, São Paulo: Quartier Latin, 2020.

[55] MEDUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2 ed., São Paulo: RT, 2008; OTERO, Paulo. *Direito do Procedimento Administrativo,* v. I, Coimbra: Almedina, 2016; PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade* – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 186 e ss.

de atuar mais dialógicas e consensualizadas[56]; e 3) criação de canais que permitam maior participação do cidadão na tomada de decisão pública[57].

5. Conclusão

A humanidade atravessa momento turbulento, no qual a fórmula do Estado Social, que foi eleita em boa parte das Democracias ocidentais no curso do século XX como meio de se assegurar compromisso de convivência harmônica entre o capital e o trabalho, está sendo desafiada por vozes populistas, cujo extremismo e virulência ameaçam até mesmo a continuidade das ordens estabelecidas.

Neste ensaio abordamos o que pode ser considerado como uma das principais sementes que permitiram a árvore do descontentamento nutrido por parcela significativa da população para com as instituições democráticas crescer: a ineficiência da Administração Pública em fazer face às demandas que lhe são dirigidas pela sociedade.

Partindo do contexto brasileiro, mas fazendo ilações que talvez valham, em maior ou menor medida, em toda a parte, apontamos um caso concreto no qual a simples indiferença do agente público com o resultado concreto de suas ações potencialmente traz prejuízos a todos, sem qualquer utilidade para o bem-estar geral.

Se uma série de questões extremamente complexas que hoje são levadas à deliberação estatal ainda estão ainda longe de obter um equacionamento adequado (como àquelas relativas ao acúmulo infinito de capital por parte de um punhado de pessoas e à necessidade de resguardo dos dados pessoais que estão sendo indevidamente apropriados por empresas de tecnologia), há, por outro lado, tarefas que em tese exigiriam bem menos esforço para serem aprimoradas, mas que por algum motivo que carece de maior investigação simplesmente não o são.

Quem sabe se começarmos por essas últimas, tratando dos pequenos impasses que dificultam o agir estatal eficiente, através da implantação de uma

---

[56] CHEVALLIER, Jacques. *L´État pos-moderne,* 3. ed., Paris: LGDJ, 2008, p. 137 e ss.; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública,* São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99 e ss.; SANTOS, Bruno Grego-. *Transação extrajudicial na administração pública* – tese de doutorado, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

[57] GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da administração pública a partir do mote da "new public governance" *in* GONÇALVES, Pedro G. (et al). *O governo da administração pública,* p. 7-33, Coimbra: Almedina, 2013, p. 26-27; ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement,* Paris: Seuil, 2015, p. 279 e ss.; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Participação democrática na administração* – o procedimento da reforma do Plano Diretor da cidade de São Paulo – fase do executivo – gestões Kassab (2006-2012) e Haddad (2013-2016), São Paulo: Quartier Latin, 2019.

agenda de governança pública nos moldes supra descritos, não conseguiremos, com tempo, muita reflexão e trabalho conjunto, avançar no endereçamento das grandes agruras que tocam a sociedade contemporânea?

TRANSIÇÃO DIGITAL E DIREITO(S): PERSPETIVAS EUROPEIA E PORTUGUESA (É COM TODA A CERTEZA UMA PERSPETIVA PORTUGUESA)

Isabel Celeste M. Fonseca

Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov

Sumário: 0. Introdução. 1. O quadro europeu. 2. O quadro nacional. 3. O novo direito administrativo cosmopolita em matéria de proteção de dados.

0. Desafio e introdução

Em iniciativa idêntica, questionámo-nos, há dois anos, num encontro similar em S. Paulo, no Brasil, sobre se no futuro próximo seriam todos os cidadãos mais transparentes e os Estados mais opaco, em razão da acelerada transição digital que ocorre em todo o mundo[1]. Pois bem, nessa altura o que nos desafiou a pensar o assunto foi um filme, O Círculo! (The Circle), filme que estreou

[1] O texto de base serviu de apoio à autora nesta terceira edição dos Diálogos Luso-Brasileiros sobre os Desafios do Direito, tendo revisitado a palestra que apresentou anos antes no II Encontro Internacional de Direito Administrativo Contemporâneo e os Desafios da Sustentabilidade: Cidades Inteligentes, Humanas, Sustentáveis e a Nova Agenda Urbana, nos dias 30 e 31.10 e 01.11.2019, na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, S. Paulo. O texto foi reajustado e atualizado para ser publicado agora.

no Brasil em finais de junho de 2017 e que contou com Emma Watson e Tom Hanks nos principais papéis. "The Circle" é uma das empresas mais poderosas do planeta, que intervém no ramo da internet, sendo responsável por conectar os e-mails dos usuários com as respetivas atividades diárias, as suas compras e outros detalhes privados, apostando na ferramenta de "Seechange". "The Circle" aborda os avanços da tecnologia e das redes sociais, bem como as novas formas de exercer o poder, através do controlo dos dados individuais, e o Dilema (moral e ético) de Mae, que se confronta com um projeto desafiante de promoção de transparência dos cidadãos (e de controlo da sociedade pelos próprios cidadãos), mas que deixa vulnerável o direito à privacidade dos respetivos usuários (incluindo a vida íntima dos familiares de Mae).

Na altura, concluímos que o assunto subjacente ao "The Circle", que estava no centro do debate no Brasil e na Europa, também existe na vida real e entre nós. E disso é prova a aceleração crescente da aplicação das tecnologias de informação na governação pública. O advento da tecnologia 5G promete separar definitivamente o mundo no qual vivemos de uma grande nova era, nunca antes vista na história. Com a capacidade de operação em tempo real, o 5G disponibilizará dados de forma praticamente instantânea, permitindo a tomada de decisões em tempo real. A tecnologia 5G potenciará a emersão da inteligência artificial e maximizará a Internet das coisas (ou Iot, como é internacionalmente conhecida) e o Big data (banco de dados digitais do mundo), permitindo alcançar e potenciar os Projetos 4.0. (aplicação das principais inovações tecnológicas no campo da automação).

A revolução digital está em curso, portanto. O 5G não irá causar impacto somente nos nossos telemóveis ao aumentar de 20 para 100 vezes a rapidez da transmissão de dados, concretizando downloads e uploads quase instantâneos. o 5G será controlado pela Inteligência artificial e será a manta digital onde tudo estará conectado e monitorizado, desde as câmaras de segurança do trânsito, o maquinário industrial, sistemas bancários, transporte coletivo, eletrodomésticos, carros autónomos, serviços públicos de segurança, proteção civil e socorro, meios de pagamento e absolutamente tudo o que tiver um *interface* digital. A indústria 4.0 é o conceito que engloba a aplicação da tecnologia de informação aos processos de manufatura, conectando máquinas, sistemas e ativos, alcançando módulos da produção de forma autónoma, que agenda manutenções, prevê e corrige falhas nos processos de produção. Uma indústria inteligente está prevista e uma nova revolução industrial está também em curso.

Pois bem, a tecnologia 5G apresentam-nos muitos desafios e muitas interrogações. Agência Nacional de Telecomunicações do Brasil deu início em 2020 aos leilões do 5G, sendo certo que a competição global envolvia os gigantes das telecomunicações, Huawei Chinesa, Ericsson (Sueca), Nokia (finlandesa) e as americanas Qualcomm e Intel. E como sabemos, as grandes empresas de tec-

nologia e os líderes governamentais vêm avançando no domínio das áreas de inteligência artificial e das telecomunicações, ganhando dados valiosos sobre o comportamento das pessoas e tratando-os com os mais inteligentes (mas nem sempre éticos) algoritmos. Portugal também lhe seguiu.

Está cada vez mais na ordem do dia da reflexão académica aquilatar o impacto que a tecnologia e, por exemplo, a inteligência artificial, pode ter na Administração Pública e no Direito Administrativo. Analisar a relação entre o Direito Administrativo e a Tecnologia é, na verdade, um desafio, mas é sobretudo, uma inevitabilidade, dada a aceleração dos processos de transição digital no mundo, na Europa e em Portugal [2].

Não existem dúvidas de que entre vantagens relacionadas com a eficiência, celeridade, economicidade, a desmaterialização – alcançada pela digitalização – dos procedimentos administrativos e do próprio processo administrativo tem evidentes benefícios não só para o exercício da função administrativa e a realização dos interesses públicos que lhe são ínsitos, mas também para os particulares e a satisfação das respetivas necessidades.

E um aspeto que tem sofrido críticas, diz respeito à eventual falta de transparência no domínio da inteligência artificial, uma vez que, por exemplo, (certos) algoritmos traduzem verdadeiras "caixas negras" (black boxes), não sendo possível, nem mesmo para os seus criadores, identificar como se processa a análise dos dados, bem como determinar de que forma se obteve o resultado que emerge do processamento dos dados.

São diversos os problemas que este tema também convoca, a começar especialmente pelas possibilidades de concretização e a necessidade de discutir, especialmente, a adoção de um parâmetro ético na regulação jurídica da utilização da inteligência artificial nas atuações administrativas[3]-[4].

Com efeito, recentemente, discutem-se problemas muito particulares, como a potencial imposição da utilização de uma aplicação (STAYAWAY CO-

---

[2] Sobre este assunto, vd. ISABEL CELESTE FONSECA, "Governação Pública Digital e a Proteção de Dados Pessoais: notas breves sobre as dificuldades de harmonização", in*: Estudos de E. Governação, Transparência e Proteção de Dados*, coord. ISABEL CELESTE FONSECA, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 27 ss..

[3] Sobre este assunto, vd. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, "Ética e Inteligência Artificial no Direito Administrativo", in *E.governação, transparência e Proteção de Dados*, coord. ISABEL CELESTE FONSECA, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 247 ss.; MIGUEL PRATA ROQUE, "Administração eletrónica e automatização: Contributos para uma reformulação da teoria geral das atuações administrativas", in: *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, PAULO OTERO ET ALLI (coord.), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 755 ss.

[4] Sobre este assunto, vd. ISABEL CELESTE FONSECA, "Governação Pública (Local) Digita: notas breves sobre a estratégia em curso de aceleração da transição digital", in: *Direito Administrativo e Tecnologia*, coord. ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 27 ss.

VID) ou mesmo a existência de um algoritmo – com conteúdo desconhecido dos cidadãos – que efetua a triagem na linha do SNS24 dos cidadãos que apresentem sintomas típicos da doença COVID-19.

Pois bem, a crescente importância da inteligência artificial na atividade administrativa – desde logo, a utilização de algoritmos como mecanismo auxiliar na decisão administrativa – pode ter um impacto negativo na esfera subjetiva dos cidadãos, podendo, eventualmente, estar em causa a violação do quadro axiológico de proteção constitucional de direitos fundamentais e por isso importa também ter presente nestes diálogos saber se o sistema jurídico português exige a implementação de padrões éticos (inderrogáveis) na utilização da inteligência artificial no âmbito da atuação da Administração Pública, por exemplo, ou até onde pode a utilização de algorítimos dispensar a decisão humana.

Tantas interrogações são apresentadas na realidade, hoje, em torno de, por exemplo, quem ganha poder sobre quem; quem supervisiona a Google (Facebook), WhatsApp e outros serviços de empresas multimilionárias que detêm dados e informação, que são bens mais valiosos que o petróleo, afirma-se. Guerra em curso entre EAU e China para dominar a tecnologia 5G? Como prevenir e controlar fenómenos de espionagem e *vazamento* de informações (contidas em bancos públicos e privados), tanto de empresas como dos serviços públicos, a que se soma os dados de usuários da internet? Todos conhecemos o documentário "Privacidade Hacheada", sobre privacidade *online* e o escândalo protagonizado pelo *Facebook* e *Cambridge Analytica*. Os factos nele relatados e as interrogações feitas antes, bem como a aceleração crescente da digitalização e a ausência de governação inteligente no momento da proteção de dados pessoais, fazem-nos evidenciar a necessidade de regulação jurídica supranacional.

Na verdade, nesta profusão acelerada de dados, interrogamo-nos sobre a privacidade pessoal e a segurança das liberdades individuais e a credibilidade das instituições jurídicas, tão caros ao modelo de Estado de Direito Democrático, bem como sobre a previsibilidade dos comportamentos dos Estados numa comunidade Internacional frágil. Estes valores podem ser transformados em algo do passado? A necessidade de regulação supranacional é emergente, uma vez que o assunto não é apenas da ceara própria do direito nacional, nem o direito nacional abarca o tratamento dos problemas desde a sua origem até ao lugar onde têm impacto. A necessidade de regulação jurídica, uma vez que o softlaw, a Ética e os Códigos de boas práticas não são suficientes.

É aqui que se impõe falar da Regulação Europeia, que tem como propósito a salvaguarda da privacidade dos cidadãos, e que alberga regras sobre o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados aplicáveis tanto a entidades privadas como a entidades públicas. A disciplina mais musculada de proteção de dados pessoais correspondem ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD): Regulamento Europeu (UE)2016/679, do Parlamento Europeu e

do Conselho, de 27 de abril de 2016, aplicável em Portugal desde finais de 2018, que veio a ser executada em Portugal pela Lei n.º 58/2019 de 08 de agosto.

Num momento em que ainda é recente a Lei que em Portugal procederá à execução daquele Regulamento Europeu, a Lei n.º 58/2019, de 08 de agosto, muitas são as incertezas sobre como devem as Administrações Públicas comportar-se, agora, no tratamento dos dados pessoais que têm em seu poder, como quem diz nas suas mãos (como se de uma bomba se tratasse, para o bem e para o mal)[5]. Na verdade, se por um lado, o Regulamento Europeu tem como finalidade a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, também é verdade que existe um quadro normativo de matriz europeia que promove o mercado único digital e a economia circular de dados (garantindo vantagem na livre circulação de informação e na sua reutilização pelas empresas e pelos cidadãos europeus. E também no quadro normativo nacional existe esse mesmo quadro de referência e que não ignora o direito dos cidadãos à informação administrativa no procedimento administrativo e fora dele, sempre que se revele útil o acesso aos registos administrativos.

Na Europa, o Mercado Único Digital foi concebido como prioridade absoluta e são diversas as estratégias adotadas para o implementar. No âmbito do objetivo Mercado Único Digital, a Comissão Europeia apresentou uma série de medidas, onde se inclui o Plano de Ação Europeu (2016-2020) para a administração pública em linha. Acelerar a transformação digital da administração pública (*eGovernment & Digital Public Services*), conceber a plataforma digital única e implementar a cloud europeia como parte do modelo *NextGenerationEU*. No que respeita à economia circular de dados no contexto da União Europeia, importa sublinhar, em primeiro lugar, a existência de uma quadro normativo interessante para a promover no respeito pela privacidade e cibersegurança[6], onde se inclui o Regulamento (UE) 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho

[5] Sobre o tema e para uma síntese, vd. AAVV, *Comentário ao regulamento Geral de proteção de dados*, Coord. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2018.

[6] Regulamento (EU) 2016/679, do parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) e a Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União; a Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas; a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas); a Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2013, sobre a estratégia da União Europeia para a cibersegurança: um ciberespaço aberto, seguro e protegido (2013/2606(RSP)); a Recomendação (UE) 2017/1584 da Comissão, de 13 de setembro de 2017, sobre a resposta coordenada a incidentes e crises de cibersegurança em grande escala

de 14 de novembro de 2018, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia; o Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE; a Diretiva (UE) 2019/1024 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019, relativa aos dados abertos e à reutilização de informações do setor público. Em particular, a plataforma digital única concebida pelo Regulamento (UE) 2018/1724[7], relativo à criação de uma plataforma digital única para a prestação de acesso a informações, a procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas[8]. A plataforma digital única facilitará o acesso em linha às informações, procedimentos administrativos e serviços de assistência que os cidadãos e as empresas necessitam para viver ou fazer negócios num outro país da União Europeia (UE).

E, em Portugal, não é de agora que a estratégia de modernização e simplificação administrativas são traçadas[9]. É certo que como não antes, é agora que a transição digital é acelerada também entre nós. Tem existido continuidade de

---

[7] No que respeita à plataforma digital única, importa considerar o Regulamento (UE) 2018/1724 do Parlamento Europeu e do Conselho de 2 de outubro de 2018, relativo à criação de uma plataforma digital única para a prestação de acesso a informações, a procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas, e que altera o Regulamento (UE) n.o 1024/2012.

[8] O regulamento faz parte de um pacote de conformidade lançado em 2017, o qual incluía também a proposta para uma ferramenta de informação do mercado único e melhoramentos ao SOLVIT (Soluções para problemas com os seus direitos enquanto cidadão da UE (Comissão Europeia), o serviço de assistência gratuito para o mercado interno. Documentos relacionados: Recomendação 2013/461/UE da Comissão, de 17 de setembro de 2013, sobre os princípios que regem a SOLVIT (JO L 249 de 19.9.2013, p. 10-15): Regulamento (UE) n.o 1024/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo à cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno e que revoga a Decisão 2008/49/CE da Comissão («Regulamento IMI») (JO L 316 de 14.11.2012, p. 1-11); Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (JO L 376 de 27.12.2006, p. 36-68).

[9] No que respeita à sintonia entre as estratégias nacionais e as internacionais de digitalização em curso, evidencie-se, por exemplo, a Parceria para a Administração Aberta/*Open Government Partnership* (OGP): uma iniciativa multilateral, lançada em Setembro de 2011 pelos Chefes de Estado e de Governo de oito países (África do Sul, Brasil, Estados Unidos da América, Filipinas, Indonésia, México, Noruega e Reino Unido), que visa garantir compromissos concretos dos governos para promover a transparência, fomentar a participação pública, combater a corrupção e utilizar as novas tecnologias para fortalecer a democracia participativa. Ao subscreverem a Declaração de Administração Aberta, os Estados comprometem-se a elaborar e concretizar o Plano de Ação com medidas específicas no domínio da Administração Aberta, designadas por compromissos no âmbito da Parceria. A adesão Portuguesa foi concretizada a 13 de dezembro de 2017.

programas de simplificação e desmaterialização dos procedimentos (de que são exemplo os programas simplex e TIC 2020) e também a previsão de uma Administração Regional e Local conectada e aberta (a par da Administração Estadual Central) são metas a alcançar. Assim, quanto aos serviços públicos, tem-se vindo a considerar que a facilitação do acesso dos cidadãos aos serviços públicos e a simplificação e desmaterialização dos procedimentos administrativos continuam a ser identificados como formas de o Estado melhor servir os cidadãos, pelo que vai ser dada continuidade à estratégia de modernização administrativa já há anos iniciada.

Neste contexto, fácil é perceber os dilemas em equação e este texto procura sobretudo dar conta do caos que se instalou, entre nós, no seio das entidades administrativas, em finais de maio de 2018, em razão, precisamente do esquecimento desse contexto normativo europeu e das normas nacionais que regulam o modo como as entidades administrativas lidam com a transição digital e são obrigadas a tratar dados públicos e dados não públicos (e dados pessoais) e o modo como devem superar as angústias de ter em seu poder tão valiosa informação ou *data*. Muito se disse já sobre os mais recentes acontecimentos em torno da partilha de dados pessoais relativos a promotores luso-russos de uma manifestação entre a autarquia de Lisboa e a Embaixada Russa em Portugal e isso só demonstra o dilema em questão.

Houve, aliás, um momento em que nos interrogámos sobre se os excessos cometidos, num sentido e noutro, seria resultado do pânico ou aproveitamento do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, por parte dos responsáveis públicos pelo tratamento de dados. E isto porque as entidades administrativas perderam o norte quanto ao tema, passando ora a exigir consentimento aos cidadãos para tratamento dos seus dados, por tudo e por nada, e a deixar de publicitar informações cuja publicidade seria obrigatória nos termos da lei, nos domínios da contratação pública e concursos, designadamente, ora ignoraram esse quadro jurídico nas rotinas administrativas, sendo certo que chegou a falar-se do fenómeno da paranoia pública!

Pois bem, importa sublinhar que não é, de facto, com o RGPD que nasce na Europa o direito à proteção de dados pessoais. A bem ver, antes deste Regulamento existia já um quadro normativo no espaço europeu, a Diretiva 95/46/CE e outras fontes de direito, incluindo softlaw. E, ainda que sem autonomia, o art. 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da UE já vinha acolhendo este direito, ainda que ínsito ao Direito ao respeito pela vida privada e familiar[10]. E idem, o mesmo e diga em relação a Portugal: também não é com a Lei n.º 58/2019, de

[10] Sobre Este assunto, para uma síntese, vd. JOEL ARAÚJO ALVES, *Da hétero-regulação à auto-regulação publicamente regulada.* O novo modelo de proteção de dados pessoais europeu, Tese de Mestrado, FDUP, 2019.

08.08, que a proteção de dados será imposta como obrigação pela primeira vez às entidades públicas.

É neste contexto que procuramos questionar como devem as Administrações Públicas comportar-se como responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais que têm em seu poder, a começar pela necessária distinção a fazer entre o que é dado público e aquilo que é dado pessoal. Depois como concretizar o conceito de dado pessoal afastando-se do tradicional conceito de dado nominativo e associando este ao conceito de dado especial ou sensível. A seguir conhecer e reconhecer os títulos que habilitam as entidades administrativas a licitamente tratar dados pessoais, uma vez que não têm sempre que pedir o consentimento aos respetivos titulares para o fazer, e muito menos como entidades sujeitas a obrigações de publicação decorrentes da lei. Ainda nos interrogamos como operacionalizar o tratamento de dados pessoais, designadamente quando tem a entidade pública de abrir dados pessoais a terceiro que justifica ter interesse direto, pessoal e legítimo, mesmo sem o consentimento do respetivo titular. Finalmente, interrogamo-nos sobre que tarefas tem o encarregado de proteção de dados e de que forma pode ser responsabilizado.

Como se apontou, se por um lado, o regulamento europeu tem como finalidade a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, também é verdade que existe um quadro normativo de matriz nacional acolhido na Constituição da República Portuguesa (= CRP) que muscula a transparência e o acesso dos cidadãos à informação administrativa no procedimento e fora dele, sempre que se revele útil o acesso aos registos administrativos. Assim é nos termos dos artigos do Código de Procedimento Administrativo (= CPA) e da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (= LADA, Lei n.º 26/2016, de 22.08). E, enfim, existe a Lei nacional de execução do RGPD, Lei n.º 58/2019, de 08.08 – uma lei polémica, que a entidade reguladora portuguesa, chamada Comissão Nacional de Proteção de Dados (= CNPD) já disse que não vai fazer cumprir na totalidade, pois isso

traduziria violação do Direito da União, mormente do RGPD, e a eficácia da sua aplicação (deliberação de 23.09.2019)[11].

Para ser mais precisa, a CNPD deliberou que desaplicará algumas normas da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, por estas contradizerem manifestamente o estatuído no RGPD, o que viola o princípio do primado da União, bem como prejudica seriamente o funcionamento do mecanismo de coerência que tem como objetivo uma aplicação uniforme das regras de proteção de dados em todo o espaço da UE.

Em suma, o tema continua a revelar as dificuldades há muito anunciadas de uma Administração Pública perante um novo direito administrativo: um direito sem Estado, um direito que é menos direito e mais softlaw e assente em normas técnicas, um direito regulador, que coloca a cargo de entidades imparciais e independentes a supervisão e sancionamento de condutas, um direito que prevê procedimentos em que há tendencial eliminação do controlo administrativo prévio e crescente poder repressivo por parte da entidade reguladora; um direito que põe funcionalmente a cargo de privados tarefas públicas, como é esta do responsável pelo tratamento de dados. Enfim, a nova realidade vem colocar em causa doutrinas e consensos sobre a teoria dos direitos fundamentais, especialmente aqueles ligados à liberdade de expressão, liberdades informáticas e tecnológicas e direito à honra, e sobre a aplicação do direito num quadro cosmopolita ou multinível. O tema revela, em suma, as dificuldades há muito anunciadas de uma Administração Pública contemporânea perante um novo direito administrativo.

---

[11] A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) deliberou que desaplicará algumas normas da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, por estas contradizerem manifestamente o estatuído no regulamento europeu de proteção de dados, o que viola o princípio do primado da União, bem como prejudica seriamente o funcionamento do mecanismo de coerência que tem como objetivo uma aplicação uniforme das regras de proteção de dados em todo o espaço da União Europeia. No entendimento unânime da CNPD, algumas normas desta lei, que asseguram a execução na ordem jurídica nacional do Regulamento (UE) 2016/679 – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), põem em causa a aplicabilidade direta do regulamento europeu e, por conseguinte, a eficácia e consistência da sua aplicação, pelo que são contrárias aos Tratados. A CNPD considerou que algumas normas da Lei 58/2019 não podem sequer ser salvas por uma «interpretação corretiva» conforme ao direito da UE, «por ser insuprível a antinomia com as normas do RGPD e com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», pelo que a CNPD violaria o RGPD se aplicasse a lei nacional. A deliberação da CNPD fundamenta-se na Constituição Portuguesa, que preceitua no seu artigo 8.º que as disposições dos Tratados e as normas emanadas das instituições da UE são aplicáveis na ordem jurídica interna nos termos definidos pelo direito da União, e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE que determina que as entidades administrativas estão obrigadas a desaplicar as normas nacionais que contrariem o direito da UE. Consequentemente, a CNPD decidiu fixar as normas da lei nacional que, sendo manifestamente incompatíveis com o direito da União, exigem a adoção de tal deliberação, e que desaplicará em casos futuros que venha a apreciar. O elenco de normas vem listado na Deliberação/2019/494, dizendo nomeadamente respeito ao âmbito de aplicação da lei nacional, aos direitos dos titulares, à utilização pelas entidades públicas de dados para finalidades diferentes e ao regime sancionatório.

1. O Quadro Europeu relativo à adaptação à era digital e à proteção de dados pessoais

O tema que nos reúne aqui está já há muito na ordem do dia e, sobretudo, desde há dois anos não se fala de outra coisa no mundo jurídico senão do Regulamento Geral de Proteção de dados. Os que o leram antes de todos invocam-no normalmente com saber distintivo e com um conhecimento especial e os que não o leram ainda estão cada dia mais longe de o fazerem, por temer encontrar um animal feroz, que os primeiros anunciaram com terror, ao mesmo tempo que também davam a conhecer o valor das coimas a aplicar nas situações de infração contraordenacional.

A proteção dos dados pessoais é um direito fundamental consagrado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O artigo 8.º da Carta consagra o direito de todas as pessoas à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. O cumprimento destas regras está sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. Todas as pessoas que estão no território da União cujos dados pessoais são tratados na União ou em relação às quais o tratamento está relacionado com a oferta de bens ou serviços às mesmas na União ou o controlo do seu comportamento na União são protegidas pelo quadro jurídico adotado pela União nos termos do artigo 8.º da Carta e do artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O Parlamento Europeu tem insistido na necessidade de equilíbrio entre, por um lado, um reforço da segurança e a luta contra a criminalidade e o terrorismo e, por outro, a proteção da vida privada e dos dados pessoais, para que estas políticas sejam concebidas com a integração destes direitos fundamentais. Aprovou diversas resoluções sobre estas questões sensíveis, em especial sobre a vigilância eletrónica em larga escala dos cidadãos da União. E o Tribunal de Justiça Europeu proferiu igualmente vários acórdãos importantes relativos à compatibilidade da legislação da União sobre o combate à criminalidade grave e ao terrorismo com a Carta, por exemplo: *Digital Rights Ireland Ltd* (C-293/12), *Tele2 Sverige AB* (C-203/15), *Maximillian Schrems contra Data Protection Commissioner* (C-362/14) e *PNR Canadá* (Parecer 1/15).

Importa reforçar esta ideia: em 2016, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram o pacote legislativo relativo à proteção de dados, composto por um Regulamento e uma Diretiva. Estes dois atos legislativos formam um novo qua-

dro jurídico moderno e robusto, que os Estados-Membros aplicam desde de 25 de maio de 2018, para garantir a proteção de todos os dados pessoais na União.

A legislação da União sobre proteção de dados define os princípios e obrigações que um responsável pelo tratamento deve cumprir para garantir o tratamento lícito de dados pessoais, como, por exemplo, a base jurídica de um tratamento de dados, os princípios em matéria de tratamento de dados, regras sobre a transferência internacional de dados pessoais para o exterior da União ou a violação de dados pessoais.

No que respeita aos direitos dos titulares dos dados relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais, importa dizer que este quadro normativo europeu determina que as pessoas singulares têm direito a ser informadas sobre o tratamento dos seus dados pessoais, obter acesso aos seus dados pessoais e solicitar que os dados pessoais que sejam incorretos, inexatos ou incompletos sejam corrigidos, apagados ou limitados. Têm igualmente o direito à portabilidade dos seus dados pessoais inicialmente tratados por um responsável pelo tratamento para outro responsável pelo tratamento. As pessoas singulares têm também direito a requerer que os seus dados pessoais sejam apagados, caso já não sejam necessários ou o tratamento não respeite a lei.

Nos termos da Carta (artigo 52.º), os direitos das pessoas singulares podem ser objeto de restrições em circunstâncias muito específicas, se necessário e de forma proporcional numa sociedade democrática para a salvaguarda de qualquer dos objetivos de interesse geral expressamente indicados na legislação da União sobre proteção de dados.

As pessoas singulares podem opor-se em qualquer momento ao tratamento dos seus dados pessoais para fins de marketing, o que inclui a definição de perfis relacionada com o marketing direto, ou por motivos relacionados com a sua situação particular, em alguns casos específicos.

Algumas categorias especiais de dados pessoais são consideradas sensíveis e têm uma proteção específica no âmbito do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Trata-se de dados relativos à origem racial ou étnica; opiniões políticas; convicções religiosas ou filosóficas; filiação sindical; tratamento de dados genéticos; dados biométricos utilizados para identificar pessoas; saúde e vida sexual ou orientação sexual.

O controlo do respeito das regras em matéria de proteção de dados é confiado a autoridades públicas independentes para a proteção de dados nos Estados-Membros, com poderes para intervir, examinar queixas apresentadas por pessoas singulares e adotar medidas coercivas contra um responsável pelo tratamento dos dados. As autoridades nacionais para a proteção de dados podem aplicar coimas até 20 000 000 € ou 4 % do volume de negócios anual mundial

de um responsável pelo tratamento dos dados ou um subcontratante em caso de violação da legislação da União sobre proteção de dados.

Pois bem, aqui o desafio sempre constante é continuar a ter presente o propósito do Regulamento (UE)2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, que é a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e aferir da sua aplicação na ordem jurídica portuguesa, onde se preveem outras normas nem sempre com ele harmonizáveis automaticamente (bastando pensar no conceito de dado nominativo vs. dado pessoal).

O RGDP traz um conjunto de novidades, como assinalámos, sejam novos direitos dos cidadãos e novos deveres das entidades públicas e privadas, enquanto sujeitos que tratam dados pessoais, sejam os títulos de habilitação para o tratamento e os princípios a que se submete esse tratamento. Ele afirma títulos legitimadores para o tratamento de dados pessoais, 5 títulos de legitimação, a par do consentimento. O Regulamento introduz princípios sobre o tratamento de dados, normas sobre o Encarregado pelo tratamento de dados, e deveres da Entidade responsável pela aplicação do regime sobre proteção de dados, bem como um quadro de proteção judicial e de Responsabilidade civil, contraordenacional e penal.

O conceito de dado pessoal é muito abrangente: qualquer informação, independentemente do suporte, relativa a uma pessoa identificada ou identificável ("titular de dados"), sendo certo que é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um elemento identificador, como por exemplo, nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica, ou a um ou mais elementos específicos de identidade física, fisiológica, genética, económica, cultural e social dessa pessoa singular. Importa lembrar que o conceito de dados pessoais não coincide com o de Dados especiais ou sensíveis (art. 9.º) [12]. Quanto ao conceito de tratamento de dados, ele corresponde a uma operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, por meios automatizados ou não, tais como recolha, registo, organização estruturação, conservação, adaptação, alteração, recuperação, consulta, utilização divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, limitação, apagamento e destruição.

Lembrando mais aspetos, a propósito dos títulos de legitimação para o tratamento de dados, o Regulamento refere-se ao tratamento por consentimento do titular dos dados, para uma ou mais finalidades específicas, nos termos do art. 6.º; ao tratamento para cumprir obrigações próprias da relação contratual em

[12] Sobre o tema e para uma síntese, vd. TATIANA DUARTE, in *Comentário ao regulamento Geral de proteção de dados…* cit., pp. 234 a 334.

que o titular é parte; ao tratamento necessário para defesa de interesse público ou exercício da autoridade pública; ao tratamento para defesa de interesses vitais do titular e ao tratamento para defesa de interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento de dados ou por terceiro, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção de dados pessoais[13] .

No que concerne aos princípios a que, nos termos do art. 5.º do RGPD, deve obedecer o tratamento de dados, lembre-se, *primo*, a licitude, os princípios da lealdade e da transparência. A seguir, invocar os princípios da funcionalidade, no sentido de que o tratamento deve ser adequado à finalidade determinada pela recolha, com a exceção do tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica). Apraz sublinhar os princípios da adequação, da pertinência e da suficiência, no sentido de que o tratamento obedece à minimização de dados, considerando os necessários à finalidade da recolha, permitindo a possibilidade de *pseudonimização* de dados. Os princípios da exatidão, correção e destruição imediata quando não exatos, e atualização. Finalmente os princípios do direito ao esquecimento e ao tratamento sujeito à proporcionalidade para garantir o acesso à informação necessária na sociedade democrática (art. 5.º, n.º 4 do RGPD)[14] .

2. O quadro nacional específico relativo a transparência e acesso a informação

Importa agora descrever a Regulação jurídica portuguesa sobre o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados. Pois bem, sem prejuízo de reconhecer que em Portugal sempre existiu um quadro normativo que versa sobre o assunto, aplicado simultaneamente por duas Entidades Administrativas Independentes: A Comissão Nacional de Proteção de Dados (= CNPD) e a Comissão de Acesso Aos Documentos Administrativos (= CADA).

E, ainda que não unitário, pois foi sendo de aplicação sectorial, destacando-se especiais domínios de dados com proteção qualificada e outros com maios facilidade de acesso: segurança interna e externa, dados relativos à saúde, investigação criminal, sigilo fiscal, privacidade de pessoas e segredos comercial e industrial e normas sobre informação jornalística. E mais: ainda que tenha sido o Direito Administrativo o principal instrumento de regulação, vinculando sobretudo as entidades públicas e disciplinando os dados em seu poder, o texto

---

[13] Sobre o tema e para uma síntese, vd. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/CARLOS JORGE GONÇALVES, in: *Comentário ao regulamento Geral de proteção de dados…* cit., pp. 212 ss.

[14] Sobre o tema e para uma síntese, vd. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/CARLOS JORGE GONÇALVES, in: *Comentário ao regulamento Geral de proteção de dados…* cit., pp. 204 ss.

da Carta Fundamental tem a este propósito um quadro normativo muito claro sobre direitos fundamentais, no n.º 1 e n.º 2 da art. 268.º, já para não falar do artigo 35.º da CRP, de conteúdo tão rico e tão pouco discutido.

Aliás, não é só na legislação Europeia que a regulação jurídica produzida visa inverter a tendência opaca dos Estados e das instituições jurídicas, impondo deveres de transparência, promovendo a e.governança transparente e procurando que os entes públicos tenham paredes de vidro. Apenas a título de lista, lembrar regras em Portugal que impõem deveres de transparência aos entes públicos e condicionalismos proporcionais na abertura dos seus registos: o art. 268.º, n.º 1 e n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (= CRP), o Código de Procedimento Administrativo (=CPA), a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (= LADA: Lei n.º 26/2016 de 22 de agosto), que é aplicada por uma entidade administrativa independente (CADA), e a lei de proteção de dados (tendo sido a anterior 67/98, de 26.10, atualmente revogada pela Lei de execução do regulamento europeu, lei 58/2019, de 8.8. de 2019).

É neste quadro que se impõe falar do impacto do RGPD na atuação de uma Administração Pública constitucionalmente desenhada como sendo Administração Aberta, cujos contornos são talhados pelas regras específicas em matéria de acesso à informação, presentes na CRP, no CPA, na LADA e na LPD.

A CRP refere-se aos direitos fundamentais de acesso à informação procedimental e extraprocedimental, nos artigos 268.º, n.º 1 e n.º 2. "De facto, a transparência da Administração Pública, a existência de uma administração aberta, com "paredes de vidro", é uma decorrência dos direitos fundamentais de uma cidadania administrativa, de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias de acesso dos cidadãos à informação e aos arquivos e registos da Administração Pública".

O CPA prevê o direito à informação procedimental aos diretamente interessados no procedimento e o acesso a elementos que constam do processo salvaguardando-se os momentos classificados ou aspetos fechados do mesmo por acolherem segredo comercial ou industrial, ou segredo relativo a propriedade literária, artística ou científica), bem como acolhe o direito a obter certidões dos mesmos (nos termos dos artigos 82.º a 85.º). Este direito pode ser alargado a pessoas que provem ter interesse legítimo no conhecimento dos elementos que pretendem. Todos os direitos podem ser objeto de tutela judicial urgente.

O artigo 17.º do CPA acolhe o princípio da administração aberta, afirmando que todos têm direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, mesmo quando nenhum procedimento esteja em curso, sem prejuízo do disposto em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal, ao sigilo fiscal e à privacidade de pessoas.

Este acesso é previsto na LADA. Este corpo normativo garante o acesso aos documentos administrativos e à informação administrativa, incluindo matéria ambiental, bem como a sua reutilização. Na LADA também se prevê o princípio da proteção de dados pessoais e a segurança e a integridade dos suportes, sistemas e aplicações utilizadas.

O que deve entender-se por documento administrativo? Qualquer conteúdo que esteja na posse da administração, independentemente do suporte escrito, sonoro ou eletrónico. E o que deve entender-se por documento nominativo? É um documento que contém dados pessoais, definido nos termos do regime legal de proteção de dados (Lei n.º 67/98, de 26.10). Assim: é qualquer informação, independentemente do suporte, relativa a pessoa identificada ou identificável, que permitam identificar pessoas singulares, por referência a um número de identificação, ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica cultural e social.

É neste contexto que as dúvidas e as incertezas têm surgido, colocando em debate o tema das restrições ao direito de acesso a informação pessoal quando o acesso não é consentido pelo respetivo titular, restrições estas imediatamente justificadas por o acesso pôr em risco interesses fundamentais do Estado; por conter diretos de autor ou direitos conexos, segredos comerciais, documentos que dizem respeito a auditorias, sindicâncias, inspeções e processos sancionatórios ainda abertos.

Pois bem, o cidadão que quiser aceder a documento nominativo: ou solicita autorização ao titular dos dados ou demonstra interesse direto, pessoal, legítimo, suficientemente relevante após ponderação de todos os interesses em presença, incluindo o da administração aberta, no quadro do princípio da proporcionalidade. De referir que, por intermédio da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, estabeleceu-se uma disruptiva alteração em relação ao direito pregresso quanto ao que se entende por documentos nominativos, fazendo coincidir estes com os documentos administrativos que contenham, "dados pessoais, definidos nos termos do regime legal de proteção de dados pessoais" [alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º]. A alteração à LADA traz assim uma nova noção de documentos nominativos, distinta da presente no quadro normativo anterior. A Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, definia como documentos nominativos a "os documentos administrativos que contenham acerca de pessoa singular, identificada ou identificável, apreciação ou juízo de valor, ou informação abrangida pela reserva da intimidade da vida privada. Neste contexto, é, portanto, alargado em muito o conceito de documento nominativo, fazendo-o coincidir com ao conceito de dados pessoais (já de si vastíssimo), o que pode conduzir a uma indesejável restrição ao princípio da administração aberta. Aliás, a alteração recentíssima introduzida em agosto de 2021 à LADA mantém o conceito amplíssimo de dado nominativo, fazendo-o corresponder a dado pessoal.

3. O novo direito administrativo cosmopolita em matéria de proteção de dados.

Já antes da publicação da Lei 58/2009, e num momento em que se aguardava a aprovação da Lei de execução do Regulamento Geral de Proteção de Dados, a proposta de lei (Proposta de Lei de execução do RGPD n.º 120/XII), havia incertezas e algumas discussões em torno da conciliação de direitos. E a interrogação dizia respeito ao modo como deveria a administração continuar a cumprir os deveres de transparência por razões do princípio da legalidade perante um alargamento tão desmesurado do conceito de dado pessoal. E questionava-se amiúde se (e como) deve a Administração Pública deixar de cumprir o direito fundamental dos cidadãos terceiros de obter a informação administrativa, procedimental ou extraprocedimental (isto é, tanto no quadro do direito de acesso à informação no procedimento e no acesso ao arquivos e registos da Administração) quando considera que deve preponderantemente respeitar e fazer respeitar os dados pessoais de outros, os respetivos titulares, que legitimamente não deram o seu consentimento para esse efeito.

São, sobretudo, dúvidas estas que aqui desejamos revisitar partilhar, quanto ao impacto que tem, agora, o RGPD nos planos de transparência e de controlo democrático das Administrações Públicas pelos cidadãos, havendo receio que se passe de uma Administração transparente para uma administração opaca, servindo o RGPD como instrumento de legitimação para tudo o que não se quer deixar ver ou mesmo aquilo que se deseja encobrir, esconder ou fechar.

Enfim, como passar a controlar o recrutamento de pessoal para os quadros da Administração Pública, numa lógica de igualdade de acesso, quando não se puder consultar o *curriculum vitae* de candidato opositor? Como controlar a legalidade das classificações atribuídas a alunos se não puderem ser afixadas as pautas? Como aferir da legalidade do ajuste direto quando o mesmo se funda em critérios materiais ou como aferir da existência de conflitos de interesse na adjudicação se não for divulgada a necessária informação relativa ao adjudicatário? Como aferir do rigor da avaliação de desempenho de docentes ou trabalhador público se não se puder aceder a informação suficiente? Como aferir da legalidade de preferência de candidatura de aluno a certo agrupamento escolar se não for possível controlar aspetos pessoais que dizem respeito à respetiva residência e relações familiares? Como chegar à credibilidade de pareceres que suportam decisões administrativas (designadamente de licenciamento de exploração de pedreiras), sem questionar quem os emitiu e que ligação tem com os operadores económicos e os órgãos licenciadores?

Enfim, a dúvida é esta: deve hoje a Administração Pública deixar de cumprir os seus deveres de publicitação de atos de adjudicação de bens e serviços, de recrutamento de pessoal para os seus quadros, de avaliação de estudantes, ou

seja, deveres por imposição constitucional e legal, deveres que promovem transparência e tratamento igualitário e imparcial de todos os cidadãos e operadores económicos que consigo se relacionam, sem pensar duas ou mais vezes sobre direitos em conflito e o método para os conciliar? Em particular, sublinhe-se que se impõe cuidado redobrado nos termos da fundamentação da decisão de harmonização.

Importa, pois, evidenciar os desafios da Administração Pública na era da "e.administração", que, como tratadora de dados pessoais, continua a invocar títulos de legitimação clássicos, como as vinculações jurídico-públicas, o interesse público e direitos-deveres emergentes dos vínculos contratuais, mormente as obrigações legais de publicação, enquanto obrigações cujo cumprimento promove a administração aberta e o exercício de uma cidadania administrativa, permitindo o controlo democrático das suas decisões.

É certo que, hoje, a decisão administrativa de divulgação de dados pessoais a terceiros, nos termos da atual LADA, Lei n. 26/2016, de 22 de agosto, no seu art. 6.º n.º 5, não se apresenta simples, já que surge balizada numa legalidade multinível. E assim a divulgação de dado pessoais a terceiro é possível se o respetivo titular autorizar ou se o terceiro demonstrar fundamentadamente ser titular de um interesse direto, pessoal e legítimo e constitucionalmente protegido suficientemente relevante, após ponderação, no quadro do princípio da proporcionalidade, de todos os direitos fundamentais em presença e do princípio da administração aberta, que justifique o acesso à informação.

Enfim, impõe-se saber de ora em diante aplicar este princípio da minimização de dados também numa lógica objetiva, sopesando valores entre a proteção de dados pessoais e os deveres públicos de transparência da Administração Pública. Como conciliar? Nenhum direito é absoluto, impõe-se uma harmonização sob pena de obstrução total no acesso à informação e anulação da transparência e controlo democrático da ação administrativa. A decisão proporcional da entidade pública no caso concreto: a divulgação de dado pessoal a outro que não o seu titular pressupõe consentimento deste (ou de informação que se deva considerar fechada por conter segredo comercial ou industrial) pressupõe demonstração de interesse direto, pessoal e legítimo, de quem requer o acesso, devendo esse interesse ser suficientemente relevante após ponderação de todos os interesses em presença, incluindo o da administração aberta, no quadro do princípio da proporcionalidade e e pressupõe a aplicação da norma metódica da proporcionalidade para de restrição de direitos fundamentais

Impõe-se resgatar a melhor jurisprudência da CADA, e fazer uma fazer uma separação qualitativa entre dados pessoais e os dados especialmente sensíveis. Pelo que, a harmonização entre a transparência da administração e a proteção de dados pessoais girará entre dois polos: (i) o respeito pelo direito de acesso dos cidadãos aos arquivos e registos da administração pública em ordem

a um efetivo exercício das suas garantias e de modo a assegurar da transparência administrativa; (ii) a minimização nesse caminho ou processo de acesso a dados pessoais, mormente a dados pessoais sensíveis".

Enfim, para conciliar Direitos fundamentais no Estado de Direito Português, impõe-se promover a defesa da manutenção de deveres de transparência como absolutamente necessária à promoção do controlo externo, tanto jurisdicional como democrático, da Administração Pública, em particular nos domínios da contratação pública, emprego público, ambiente e ordenamento do território, urbanismo, domínios onde a opacidade é suscetível de lesar bens também (igualmente) públicos.

São, pois, (in)conclusões estas que se deixam e são mais perguntas que respostas: como conciliar o Direito nacional como o Direito europeu, sobretudo quando a Entidade Administrativa independente que regula e fiscaliza o cumprimento da proteção de dados comunica que não aplicará algumas normas da nova lei? Problemas do novo direito administrativo global? Ora, estes são exemplos da tal dimensão de Legalidade cosmopolita ou multinível, de que vínhamos falando na nova ciência do direito administrativo? Desaplicar algumas normas internas para aplicar efetiva e proporcionalmente outras de direito europeu começa a ser demasiado frequente. De qualquer modo, eis o novo problema também para resolver, do controlo da legalidade administrativa cosmopolita. O admirável mundo novo do direito administrativo global está aqui, portanto, e cumpre encarar mais este desafio.

STAYAWAY COVID E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Joel A. Alves

Doutorando em Jurídicas Públicas, na Escola de Direito da Universidade do Minho
Técnico Superior na Unidade de Proteção de Dados da Universidade do Porto

Sumário: 0. Enquadramento. 1. A StayAway Covid enquanto instrumento de combate à pandemia. 1.1. A importância do rastreamento de contactos. 1.2. O contributo das aplicações móveis. 1.3. O problema da eficácia. 2. A StayAway Covid como ameaça aos direitos fundamentais dos cidadãos. 2.1. As raízes do problema. 2.2. As orientações da Comissão Europeia e do Comité Europeu para a Proteção de Dados. 2.3. A Deliberação 2020/277 da Comissão Nacional de Proteção de Dados. 3. A Proposta de Lei n.º 62/XIV do Governo. 3.1. Contextualização. 3.2. Uma proposta condenada ao fracasso. 4. Considerações e reflexões finais.

0. Enquadramento

Apresentando-se como mais um instrumento nacional de resposta, no quadro da situação de emergência provocada pelo vírus SARS-CoV-2 e pela doença COVID-19 ([1]), a aplicação StayAway Covid surgiu com um propósito aparentemente simples: contribuir para a rápida interrupção de novas cadeias de transmissão na comunidade, através da deteção precoce de potenciais casos secundários de infeção, resultantes do estabelecimento de contactos considerados

[1] Cfr. prêambulo do DL n.º 52/2020, de 11/08, que estabelece o responsável pelo tratamento dos dados e regula a intervenção do médico no sistema StayAway Covid.

de elevado risco com indivíduos entretanto diagnosticados como infetados ([2]). Nesse sentido, a sua função seria dupla: por um lado, contribuir para a realização do direito fundamental à proteção da saúde ([3]); por outro, abrir a porta ao paulatino levantamento das severas medidas de contenção a que a evolução da pandemia obrigara, criando, nomeadamente, condições para a revitalização da economia e o regresso a uma trajetória de crescimento sustentável ([4]).

Não obstante as inegáveis boas intenções subjacentes ao seu desenvolvimento, cedo veio, porém, esta inovadora solução tecnológica a debater-se com inúmeras críticas ([5]). Fosse pela descrença relativamente aos reais benefícios associados à sua utilização – por decerto alimentada pelo aparente insucesso até então demonstrado por aplicações semelhantes, previamente adotadas noutros

---

[2] Em concreto, propõe-se a referida aplicação a registar os contactos de proximidade estabelecidos entre o dispositivo móvel do seu utilizador e os dispositivos dos demais utilizadores da ferramenta com quem o primeiro interaja no seu dia-a-dia. O objetivo é, pois, que caso um destes indivíduos venha a ser posteriormente diagnosticado com COVID-19, todos os demais sejam alertados, no seu *smartphone*, para o facto de terem estado a uma distância inferior a 2 metros, e por um período superior a 15 minutos, com uma pessoa infetada. Tudo isto, acompanhado de informação adequada, que lhes permita proteger não só a sua própria saúde, como a de terceiros. Para uma descrição mais detalhada sobre os objetivos da aplicação e a lógica subjacente ao seu funcionamento, cfr. a Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados realizada acerca da mesma, pp. 9 e ss., disponível em *https://stayawaycovid.pt/wp-content/uploads/AIPD_STAYAWAY_v2.0_11_08_2020.pdf* [Consultado a 24 de Fevereiro de 2021].

[3] Cfr. art. 64.º da Constituição da República Portuguesa. Sobre o alcance jurídico-constitucional deste direito, cfr., por todos, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, (2014), pp. 825 e ss..

[4] A importância de aplicações móveis com este tipo de características, enquanto contrapeso à supressão de medidas de restrição às liberdades de circulação e de iniciativa económica – como seja o confinamento geral –, foi, de resto, expressamente argumentada pela Presidente da Comissão Europeia e pelo Presidente do Conselho Europeu, no âmbito do "Roteiro Europeu Comum com vista a levantar as medidas de contenção da COVID-19", apresentado a 15 de Abril de 2020. Para mais desenvolvimentos, cfr. p. 8 do referido documento, disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/joint_eu_roadmap_lifting_covid19_containment_measures_pt.pdf [Consultado a 24 de Fevereiro de 2021].

[5] Veja-se, a título de exemplo, o comunicado de imprensa emitido a 21 de Julho pela Associação D3 – Defesa dos Direitos Digitais; associação portuguesa sem fins lucrativos, dedicada à defesa dos direitos fundamentais no contexto digital. Comunicado esse, disponível em https://direitosdigitais.pt/comunicacao/comunicados/101-comunicado-de-imprensa-sobre-app-stayaway [Consultado a 24 de Fevereiro de 2021].

Estados europeus ([6]) –; fosse, bem assim, por força de certas características técnicas inerentes ao seu funcionamento, as quais, no entender de alguns, constituiriam uma ameaça não negligenciável para a privacidade de todos aqueles que a utilizassem ([7]).

O propósito do presente artigo, é, pois, avaliar os principais prós e contras da referida aplicação, sob uma perspetiva técnico-jurídica, dedicando particular atenção à aferição dos seus potenciais efeitos secundários negativos para os direitos fundamentais dos respetivos utilizadores.

1. A StayAway Covid enquanto instrumento de combate à pandemia

1.1. A importância do rastreamento de contactos

Conforme reconhecido pela Organização Mundial de Saúde ([8]) e pelo Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças ([9]) – numa perspetiva, de resto, expressamente acompanhada pela Direção Geral de Saúde, nos

[6] Neste contexto, é particularmente elucidativo o exemplo da França; país, onde a aplicação móvel de *contact tracing* adotada – a StopCovid – terá sido, alegadamente, descarregada cerca de 2.3 milhões de vezes, durante os primeiros dois meses que se seguiram à sua disponibilização pública. Todavia, desses 2.3. milhões de potenciais utilizadores, apenas 72 terão sido notificados como contactos de elevado risco, durante o período apresentado. Isto é, uma percentagem de cerca de 0.03%. Nesse sentido, cfr. Le figaro, "Stopcovid: 2,3 millions de téléchargements et seulement 72 notifications envoyées", 19 de Agosto de 2020, disponível em https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/stopcovid-2-3-millions-de-telechargements-et-seulement-72-notifications-envoyees-20200819 [Consultado a 24 de Fevereiro de 2021].

[7] No que tange a este tópico, o principal ponto de crítica encontra-se relacionado com o facto do funcionamento da aplicação se revelar dependente da interface de Notificação de Exposição da Apple e da Google (GAEN). Interface essa, a qual resulta subtraída ao escrutino da comunidade, fruto da opção destas duas gigantes tecnológicas em não disponibilizar publicamente o seu código fonte. Alertando para a importância deste fator, sustentando que o mesmo torna inviável a recomendação da aplicação, pela inexistência de garantias suficientes sobre a privacidade dos seus utilizadores cfr. Associação Nacional para o Software Livre, "Disponibilização do código da StayAway Covid não é suficiente", disponível em https://ansol.org/STAYAWAY-COVID [Consultado a 24 de Fevereiro].

[8] Cfr. Organização Mundial de Saúde, "Contact tracing in the context of COVID-19", Fevereiro de 2021, p. 1, disponível em https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19 [Consultado a 21 de Fevereiro de 2021].

[9] Cfr. Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças, "Contact tracing: public health management of persons, including healthcare workers, who have had contact with COVID-19 cases in the European Union", 3.ª atualização, Novembro de 2020, p. 2, disponível em https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19-contact-tracing-public-health-management [Consultado a 21 de Fevereiro de 2021].

mais diversos planos e orientações por si publicados ([10]) –, o rastreio de contactos constitui um elemento essencial no âmbito da estratégia de combate à COVID-19 ([11]).

A explicação para tal, resulta facilmente compreensível. Afinal, estando em causa uma doença cuja transmissão se verifica, em primeira linha, através de gotículas e por contacto direto com pessoas infetadas ([12]) – sem prejuízo de outras formas de disseminação secundárias, como o contacto indireto com superfícies ou objetos ([13]) – dificilmente se poderá negar que saber quais os indivíduos que estiveram numa situação de proximidade com cada novo caso provável ou confirmado, se reveste da mais sobeja importância: não apenas para que esses sujeitos sejam alertados para o risco de puderem ter sido contagiados (por forma a monitorizarem a evolução do seu quadro clínico e adaptarem as respetivas condutas sociais); mas também para que os poderes públicos possam implementar medidas preventivas, suscetíveis de proteger a sua saúde e dos demais membros

[10] Nesse sentido, cfr., nomeadamente, a Norma n.º 015/2020, de 24 de Julho de 2020, com a última atualização a 19 de Fevereiro de 2021, pp. 1 e ss., disponível em https://www.dgs.pt/normas-orientacoes-e-informacoes/normas-e-circulares-normativas/norma-n-0152020-de-24072020-pdf.aspx [Consultado a 25 de Fevereiro]. Na mesma linha, veja-se ainda: (i) o Plano nacional de preparação e resposta à doença por novo coronavírus, pp. 9 e ss., disponível em https://covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/03/Plano-de-Contingência-Novo-Coronavirus_Covid-19.pdf [Consultado a 25 de Fevereiro de 2021]; bem como (ii) o Plano para a Saúde para o Outuno-Inverno 2020-21, pp. 22 e ss., disponível em https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/plano-da-saude-para-o-outono-inverno-2020-2021-pdf.aspx [Consultado a 25 de Fevereiro de 2021].

[11] Refira-se que, em rigor, o reconhecimento da importância do rastreio de contactos, enquanto instrumento de resposta a situações de emergência sanitária, não configura uma realidade nova. Veja-se, a título de exemplo, a posição defendida pela Organização Mundial de Saúde, no contexto do surto de Ébola verificado na África Ocidental em 2014, *in* Organização Mundial da Saúde, "Implementation and management of contact tracing for Ebola vírus disease", Setembro de 2015, pp. 5 e ss., disponível em https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/185258/WHO_EVD_Guidance_Contact_15.1_eng.pdf?sequence=1 [Consultado a 25 de Fevereiro de 2021].

[12] Cfr. Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças, "Infection prevention and control and preparedness for COVID-19 in healthcare setting", 6.ª atualização, Fevereiro de 2021, p. 3, disponível em https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Infection-prevention-and-control-in-healthcare-settings-COVID-19_6th_update_9_Feb_2021.pdf [Consultado a 25 de Fevereiro de 2021].

[13] Sobre as diferentes formas de transmissão do vírus SARS-CoV-2, cfr. Organização Mundial de Saúde, "Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions", Julho de 2020, disponível em https://www.who.int/publications/i/item/modes-of-transmission-of-virus-causing-covid-19-implications-for-ipc-precaution-recommendations [Consultado a 25 de Fevereiro de 2021].

da comunidade (*v.g.*, realização de testes laboratoriais; sujeição a um período obrigatório de quarentena ou isolamento profilático; etc.) ([14]).

1.2. O contributo das aplicações móveis

Ora, conquanto não permitindo o rastreamento de contactos no rigoroso sentido do termo ([15]), o objetivo das denominadas aplicações móveis de *contact tracing*, seria, justamente, complementar os esforços tradicionalmente desenvolvidos pelas autoridades de saúde neste domínio ([16]): por um lado, registando os contactos de proximidade estabelecidos entre os dispositivos móveis de cada um dos seus utilizadores e os dispositivos de utilizadores terceiros, no contexto das suas interações diárias; por outro lado, notificando os primeiros, no caso de, nos últimos dias, estes terem estado a uma *distância* e por um *período de tempo* considerados de elevado risco com o terminal de um utilizador entretanto sinalizado como um caso confirmado ([17]).

---

[14] Uma excelente síntese sobre os principais benefícios do rastreio de contactos pode ser encontrada em Information Comissioner's, "Apple and Google joint initiative on COVID-19 contact tracing technology", Abril de 2020, p. 5, disponível em https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2617653/apple-google-api-opinion-final-april-2020.pdf [Consultado a 28 de Fevereiro de 2021].

[15] Efetivamente, e tal como já teve oportunidade de clarificar o Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças, "contact tracing is the term used to describe the overall public health strategy and actions involved in tracing and following up contacts". Donde,"mobile apps cannot be said to do «contact tracing» but rather «proximity tracking» and «exposure notification»". Cfr. , "Mobile applications in support contact tracing for COVID-19", Junho de 2020, https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/covid-19-mobile-applications-contact-tracing.pdf [Consultado a 25 de Fevereiro].

[16] Idem, p. 2. No que respeita ao panorama português, tal intenção foi particularmente reforçada pela Direção Geral de Saúde, no quadro do seu Plano da Saúde para o Outuno-Inverno 2020-21. Documento onde, o alargamento da adesão à StayAway Covid, por parte da comunidade, bem assim como a sensibilização dos seus utilizadores para a inserção do respetivo código de alerta, no caso de serem diagnosticados com SARS-CoV-2, surgem expressamente referidos enquanto medidas passíveis de contribuir para a identificação e isolamento precoces de contactos de risco. Cfr. Direção Geral de Saúde, "Plano de Saúde para o Outono-Inverno 2020-21, p. 22.

[17] Sobre o funcionamento deste tipo de tecnologias, cfr., entre outros, Organização Mundial de Saúde, "Digital tools for COVID-19 contact tracing", Junho de 2020, pp. 1-3; disponível em https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Contact_Tracing-Tools_Annex-2020.1 [Consultado a 28 de Fevereiro]; eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", Abril de 2020, pp. 5 e ss., disponível em https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/covid-19_apps_en.pdf [Consultado a 28 de Fevereiro]; Agencia Española de Protección de Datos, "El uso de las tecnologias en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios", Maio de 2020, p. 8, disponível em https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf [Consultado a 26 de Fevereiro]; Direção Geral das Políticas Internas do Parlamento Europeu, "National COVID-19 contact tracing apps", pp. 1 e ss., disponível em https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652711/IPOL_BRI(2020)652711_EN.pdf[Consultado a 28 de Fevereiro de 2021].

De entre os seus principais benefícios, na ótica da proteção da saúde pública, ressaltariam, assim:

- a capacidade de suprirem eventuais lacunas evidenciadas pela memória humana, concorrendo para a identificação e notificação de pessoas com quem um caso confirmado possa ter estabelecido contactos intensivos recentes, apesar de já não se recordar ([18]);
- o facto de possibilitarem a deteção de potenciais casos secundários de infeção, resultantes de situações de proximidade ocorridas entre um indivíduo entretanto diagnosticado com COVID-19 e outros membros da comunidade cuja identidade aquele desconhecesse (*v.g.*, casos de contactos estabelecidos em transportes públicos) ([19]);
- os ganhos de velocidade relativamente aos métodos de rastreamento tradicionais ([20]), acompanhados não só pelo alívio da pressão exercida sobre os profissionais de saúde envolvidos na sua realização ([21]), como também pelo próprio aumento da capacidade de resposta aos desafios de escala especificamente colocados pela natureza desta pandemia ([22]).

---

[18] Nesse sentido, cfr., entre outros, eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", pp. 6-7; Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças, "Mobile applications in support contact tracing for COVID-19", p. 2; Conselho da Europa, "Joint Statement on Digital Contact Tracing", Abril de 2020, p. 2, disponível em https://rm.coe.int/covid19-joint-statement-28-april/16809e3fd7 [Consultado a 25 de Fevereiro].

[19] Cfr. Organização Mundial de Saúde, "Contact tracing in the context of COVID-19", p. 8; Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças, "Mobile applications in support contact tracing for COVID-19", p. 2; eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", pp. 6-7.

[20] Cfr. eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", pp. 6-7; Organização Mundial de Saúde, "Contact tracing in the context of COVID-19", p. 8.

[21] Sustentando que "mobile solutions that enable the automatic detection of contacts would save precious hours of work of public health staff tracing the chain of infection", cfr. Conselho da Europa, "Joint Statement on Digital Contact Tracing", p. 2.

[22] Chamando à atenção para este ponto, cfr. Vera Lúcia Raposo, "Que a tecnologia esteja connosco nestes tempos de COVID-19 (Legitimidade da STAYAWAY COVID no ordenamento jurídico português), Revista do Ministério Público, n.º 164, Outubro-Dezembro 2020, pp. 12-13.

1.3. O problema da eficácia

Sem embargo do que antecede, ponto é que a eficácia deste tipo de ferramentas digitais permanece envolta em significativas dúvidas ([23]) – a ponto de não faltar até quem coloque em causa a sua idoneidade para se assumirem como verdadeiros instrumentos de apoio na luta contra a pandemia, pelo menos, no contexto de uma estratégia de utilização global e a curto prazo ([24]).

Destarte, uma das críticas mais comummente apontadas às aplicações de *contact tracing*, prende-se com a circunstância do seu valor social e utilidade sanitária se encontrarem dependentes da respetiva taxa de adoção por parte da população ([25]). Taxa de adoção essa que, de acordo com um estudo da Universidade de Oxford, teria de cifrar-se num mínimo de 60%, por forma a que se verificassem os efeitos desejados ao nível da contenção do número de infetados ([26]).

---

[23] Nesse sentido, cfr., por todos, Organização Mundial de Saúde "Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking Technologies for COVID-19 contact tracing", Maio 2020, p. 2, disponível em https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1 [Consultado a 26 de Fevereiro].

[24] A este propósito, vale a pena recordar o posicionamento sustentando pela Unidad de Evaluación y Estudios Tecnológicos da Agencia Española de Protección de Datos, *in* "El uso de las tecnologias en la lucha contra el covid19. Un anális de costes y benefícios", p. 10: "en la situación actual de España y de otros países europeos, no parece que estas aplicaciones vayan a tener éxito a corto plazo como una estrategia global de lucha contra la pandemia. Sí pensamos um escenario futuro, cuando la enfermedad esté mucho más controlada, sí podría tener su éxito en colectivos concretos como estudiantes de un centro, profesionales de una compañia o grupos de amigos que deciden voluntariamente usar la aplicación. Podemos pensar en el símil de los grupos de WhatsApp que comparten habitualmente las madres y padres de los niños de los colegios, y por el que se avisan, por ejemplo, si hay algún niño cercano con alguna infección o parasitos, con los problemas que conllevan".

[25] Nesse sentido, cfr., entre outros, eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", p. 19; Agencia Española de Protección de Datos, "El uso de las tecnologias en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y benefícios", p. 9; Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, "Aplicações digitais móveis para controlo da transmissão da COVID-19. Aspetos éticos relevantes", p. 4, disponível em https://www.cnecv.pt/files/1593523643_62f80ed69c317b6cee76810d493bb77a_posic-a-o-cnecv-apps-mo-veis-controlo-covid19-29-06-2020.pdf [Consultado a 28 de Fevereiro de 2021].

[26] Cfr. "Universidade de Oxford, "Digital contact tracing can slow or even stop coronavirus transmission and ease us out of lockdown", Abril de 2020, https://www.research.ox.ac.uk/Article/2020-04-16-digital-contact-tracing-can-slow-or-even-stop-coronavirus-transmission-and-ease-us-out-of-lockdown [Consultado a 26 de Fevereiro de 2021]. Não obstante, reconhecem os autores do estudo que "even with lower numbers of app users, we still estimate a reduction in the number of coronavirus cases and deaths".

Sucede que, a utilização das citadas aplicações pressupõe, para além de uma decisão voluntária quanto à sua instalação ([27]), a posse de um dispositivo móvel dotado de um especial conjunto de funcionalidades e características técnicas ([28][29])). Daí que, seja por razões de mera opção pessoal; seja por constrangimentos de ordem financeira, relacionados com a insuficiência de meios para a aquisição de um equipamento com os requisitos suprarreferidos, a penetração das mesmas em certos setores da sociedade não se configure como uma realidade fácil ([30]).

Acresce que, o regular funcionamento destas soluções tecnológicas, implica não apenas o seu *descarregamento*, mas também a sua ulterior *manipulação* de uma forma adequada ([31]). Razão pela qual, o seu potencial de sucesso resulte irremediavelmente prejudicado pelo baixo grau de literacia digital de alguns dos

---

[27] Trata-se este, aliás, de um dos requisitos fundamentais para a sua legitimidade ético-jurídica, conforme teremos oportunidade de clarificar mais adiante.

[28] Cfr. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, "Aplicações digitais móveis para controlo da transmissão da COVID-19. Aspetos éticos relevantes", p. 3; Conselho da Europa, "Joint Statement on Digital Contact Tracing", p. 3.

[29] Assim, e tomando como exemplo a StayAway Covid, apenas se demonstra esta aplicação compatível com dispositivos móveis que, entre outros quesitos: (i) suportem os sistemas operativos iOS (versão 12.5 ou 13.5 e superiores) ou Android (versão 6.0 ou superiores); (ii) disponham da capacidade de ligação à internet (seja por Wi-fi ou por dados móveis); e (iii) apresentem a funcionalidade *Bluetooth Low Energy*. Para mais desenvolvimentos, cfr. a secção de "Perguntas frequentes" sobre a aplicação, disponível em https://stayawaycovid.pt/perguntas-frequentes/ [Consultado a 26 de Fevereiro de 2021].

[30] Acompanhando este raciocínio, cfr. eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", pp. 19-20.

[31] Tendo mais uma vez por referência o caso da StayAway Covid, para que a aplicação funcione de forma correta é não só necessário que o seu utilizador tenha um dispositivo móvel que suporte a referida tecnologia Bluetooth Low Energy, mas também que o mesmo mantenha esta funcionalidade ativada de forma permanente; é não só necessário que esse dispositivo disponha da capacidade de se ligar à internet, mas também que o utilizador habilite essa ligação. E claro, antes de tudo isto, é não só necessário que a pessoa em causa disponha de um dispositivo móvel, mas também que o transporte consigo nas suas deslocações diárias. Alertando para este ponto, cfr., Patrícia Cardoso Dias, "Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública", in Julgar Online, Janeiro de 2021, p. 31, disponível em http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/ [Consultado a 26 de Fevereiro de 2021].

seus utilizadores ([32]), bem assim como por outras limitações inultrapassáveis, como o esquecimento de um telemóvel ou o esgotamento da sua bateria ([33]).

Finalmente, são ainda de referir as limitações intrínsecas à forma como as aplicações móveis objeto do nosso estudo qualificam os contactos de proximidade estabelecidos pelos respetivos utilizadores como sendo ou não de *elevado risco* ([34]). Isto porque, contrariamente ao que acontece no plano do rastreio de contactos tradicional – e em particular, ao nível das avaliações de risco conduzidas pelos profissionais envolvidos em procedimentos dessa natureza –, demonstram-se para estas ferramentas pura e simplesmente irrelevantes quaisquer fatores que não a *distância* e o *período de tempo* durante o qual os contactos em questão tenham sido mantidos ([35]).

Dito de outro modo: para as citadas aplicações, será automaticamente considerado como de elevado risco *qualquer contado de proximidade ocorrido a menos de 2 metros e por mais de 15 minutos* entre o dispositivo móvel de um utilizador suscetível e o dispositivo móvel de um utilizador posteriormente marcado como infetado – mesmo que esse contacto se tenha verificado numa fila de trânsito, onde cada um desses sujeitos seguia na sua própria viatura; mesmo que os visados tenham estado separados por uma barreira de acrílico no contexto de uma relação funcionário-cliente; mesmo até se tais pessoas se encontrassem divididas por uma parede, em residências ou locais de trabalho contíguos, à data da sua suposta interação ([36]). Todavia, já escaparão a uma tal classificação, por exemplo, os contactos mantidos a mais de 2 metros, mas durante várias horas, numa sala de espera; ou situações em que dois utilizadores tenham estado a conversar sem máscara, a uma distância de 1,5 metros, durante 10 minutos. Tudo isto, enfim, cenários que mereceriam um enquadramento muito provavelmente diverso, acaso considerada a globalidade dos aspetos contemplados em escalas de estratificação do risco, tal como a prevista no Anexo 2 da Norma n.º 015/2020 da Direção Geral de Saúde portuguesa.

---

[32] Cfr., entre outros, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, "Aplicações digitais móveis para controlo da transmissão da COVID-19. Aspetos éticos relevantes", p. 5; eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", pp. 19-20.

[33] Em sentido próximo, cfr. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, "Aplicações digitais móveis para controlo da transmissão da COVID-19. Aspetos éticos relevantes", p. 3.

[34] Idem, pp. 3-4.

[35] Idem, ibidem.

[36] Alguns destes exemplos foram avançados pelo Prof. Doutor Luís Filipe Antunes, no âmbito de uma participação na "Edição da Noite" do Canal SIC Notícias, pelo que se lhe atribui, assim, o devido crédito.

2. A StayAway Covid enquanto ameaça aos direitos fundamentais dos cidadãos

2.1. As raízes do problema

Aqui chegados, cumpre ter presente que, como quaisquer soluções tecnológicas, as aplicações móveis de *contact tracing* não se encontram isentas de riscos ([37]). Riscos esse que, acaso não mitigados por adequadas medidas de salvaguarda, podem traduzir-se em impactos consideráveis num vasto conjunto de direitos fundamentais, como sejam o direito à proteção de dados pessoais; o direito ao respeito pela vida privada e familiar; o direito à não discriminação; a liberdade de circulação; a liberdade de empresa; ou a liberdade de reunião e associação ([38]).

E é assim, pois que, como se percebe, tratam-se estas aplicações de ferramentas digitais que, independentemente da respetiva configuração técnica, não deixam de contribuir para a monitorização sistemática e em larga escala dos portadores dos terminais onde estejam instaladas([39]): num cenário mais intrusivo, socorrendo-se de funcionalidades de geolocalização, para conhecer a posição geográfica dos seus equipamentos a cada momento; num cenário mais amigável, fazendo-se valer de sensores de proximidade, como o *Bluetooth*, para registar os contactos estabelecidos pelos seus dispositivos com os *smartphones* de outros utilizadores ([40]).

Por outro lado, tratam-se também as citadas aplicações de ferramentas que envolvem o tratamento de dados pessoais relativos à saúde dos seus utilizadores ([41]), mais precisamente, dados pessoais suscetíveis de revelar uma infeção

---

[37] Sumariando as principais ameaças associadas à utilização deste tipo de ferramentas, do ponto de vista da privacidade dos respetivos utilizadores, cfr. Agencia Española de Protección de Datos, "El uso de las tecnologias en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios", p. 9.

[38] Nesse sentido, cfr., entre outros, Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", Abril de 2020, p. 3, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(08)&from=PT [Consultado a 1 de Março de 2021].

[39] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", Abril de 2020, p. 8, §24, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_pt.pdf [Consultado a 28 de Fevereiro de 2021].

[40] Sobre o potencial de intrusividade destas duas tecnologias, pronunciar-nos-emos mais adiante.

[41] Recorde-se que, nos termos do art. 4.º, 15, do RGPD, definem-se como dados de saúde os "dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde".

provável ou confirmada por COVID-19 ([42]). Em suma: informações de natureza sensível, cuja utilização indevida sempre resultará em danos perniciosos – desde logo, por força do potencial de estigmatização social que lhes está associado ([43]).

Por fim, encerram ainda estas aplicações, como vimos, inúmeros problemas de eficácia ([44]). O que, levando à eventual sinalização errónea de determinados utilizadores como contactos de elevado risco, poderá trazer a estes últimos consequências assaz indesejáveis, "obrigando-os, por exemplo, a permanecer em autoisolamento até terem sido testados e o resultado ter sido negativo" ([45]).

2.2. As orientações da Comissão Europeia e do Comité Europeu para a Proteção de Dados

Considerando o exposto, foram aprovadas a nível europeu um conjunto de orientações ([46]), definindo quais os princípios e condições necessários para que o desenvolvimento de ferramentas digitais deste recorte pudesse considerar-se consentâneo com o direito da União. O objetivo? Facilitar a exploração da tecnologia e das soluções baseadas em dados, na luta contra a pandemia ([47]), mas prevenindo ao máximo a verificação de eventuais efeitos secundários perversos, relacionados com essa exploração ([48]). Numa palavra: garantir que o progresso da ciência e da técnica fosse efetivamente utilizado com o intuito de capacitar os cidadãos neste domínio, mas jamais com o desígnio encapotado de os controlar, discriminar ou reprimir ([49]).

---

[42] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19",, p. 9, §33.

[43] Alertando para o risco de estigmatização social associado à infeção por SARS-CoV-2/COVID-19, cfr. a tomada de posição conjunta da Organização Mundial de Saúde, do Fundo das Nações Unidas para a Infância e da Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, *in* "Social stigma associated with COVID-19, Fevereiro de 2020, disponível em https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid19-stigma-guide.pdf [Consultado a 1 de Março de 2021].

[44] Cfr. §1.3. do presente estudo.

[45] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19",, p. 10, §38.

[46] Cfr., nomeadamente, Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19"; Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados",.

[47] Cfr. Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", pp. 1-3.

[48] Idem, p. 3.

[49] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 4, §4.

Nestes termos – e em linha com o que já havia sido sustentando pela própria Organização Mundial de Saúde ([50]) e pelo Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças ([51]) –, estabeleceu-se como ponto de partida que a utilização de qualquer aplicação móvel de *contact tracing* deveria resultar de um ato voluntário, não podendo ser coercivamente imposta, ou tão-pouco dar azo a consequências negativas para aqueles que não pudessem ou não quisessem instalá-la ([52]).

Ao mesmo tempo, foi também salientada a importância de se proceder a uma delimitação explícita e tão específica quanto possível das finalidades das operações de tratamento de dados pessoais a levar a cabo por este tipo de ferramentas ([53][54]): fosse para evitar eventuais dúvidas sobre o tipo de dados pessoais exigidos para o seu regular funcionamento ([55]); fosse, acima de tudo, para excluir a possibilidade de reutilização desses dados para finalidades não relacionadas com a gestão da crise sanitária (*v.g.*, finalidades de índole comercial ou de investigação criminal) ([56]).

Num plano mais técnico – e para satisfazer o *princípio da minimização dos dados* ([57]) –, recomendou-se a utilização de dados comunicados por Bluetooth (ou tecnologia equivalente), com vista à medição da proximidade e dos contactos estreitos entre os dispositivos móveis dos utilizadores destas aplica-

---

[50] Cfr. Organização Mundial de Saúde "Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking Technologies for COVID-19 contact tracing", p. 3.

[51] Cfr. Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças, "Mobile applications in support contact tracing for COVID-19", p. 1.

[52] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 8, §24; Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 4.

[53] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 8, §26.

[54] Assim, "a mera indicação da finalidade «prevenir novas infeções com COVID-19» não é suficientemente específica", recomendando-se, por exemplo, que a mesma seja formulada nos seguintes moldes "conservar os contactos das pessoas que utilizam a aplicação e que podem ter sido expostas à infeção com COVID-19, a fim de alertar as pessoas suscetíveis de terem sido infetadas". Cfr. Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 8.

[55] Cfr. Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 7.

[56] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 8, §26.

[57] Cfr. art. 5.º, 1, c) do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

ções ([58]). Isto porque, entendera-se que o recurso a dados de localização não se apresentara imprescindível para a consecução das finalidades em jogo ([59]), para além dos resultados fornecidos por estes últimos se revelarem pouco precisos, e, portanto, inadequados ([60]).

Na mesma linha, foi aconselhado que os dados a transmitir pelas referidas ferramentas fossem sujeitos a adequadas medidas de pseudonimização, assumindo a forma de identificadores únicos gerados no contexto das aplicações e específicos das mesmas ([61]). Identificadores esses, os quais deveriam ser objeto de renovação periódica, bem assim como conservados de forma encriptada, de modo a prevenir a reidentificação dos respetivos utilizadores ([62]).

Finalmente, exortou-se ainda a que fossem obedecidos uma série de outros requisitos, tais como:

- a definição clara do responsável pelo tratamento dos dados pessoais envolvidos nas referidas aplicações, nos termos e para os efeitos previstos nos arts. 4.º/7 e 5.º/2 do RGPD ([63]);
- o fornecimento aos utilizadores destas ferramentas de todas as informações legalmente exigidas, ao abrigo dos arts. 5.º, 1, a), 13.º, e 14.º do mesmíssimo Regulamento ([64]);

---

[58] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 8, §27; Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 6.

[59] Idem, ibidem.

[60] Cfr. Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 6.

[61] Cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 10, §41; Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 8.

[62] Cfr. Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 8.

[63] "Dada a sensibilidade dos dados em questão e a finalidade do tratamento (...) a Comissão considera que as aplicações devem ser concebidas de modo a que os responsáveis pelo tratamento sejam as autoridades nacionais de saúde (ou entidades que desempenham funções de interesse público na área da saúde". Cfr. Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 3.

[64] Idem, p. 3.

- a implementação de medidas técnicas e organizativas tendentes a promover a exatidão das informações relativas à ocorrência de um contacto com uma pessoa infetada ([65]);
- o estabelecimento de horizontes temporais adequados para a conservação dos dados recolhidos ([66]);
- a disponibilização pública do código fonte das aplicações e das correspetivas especificações técnicas, para facilitar o seu escrutínio por parte de qualquer interessado ([67]);
- o reconhecimento e respeito pelos direitos cometidos aos utilizadores de tais ferramentas enquanto titulares de dados pessoais, nos termos do Capítulo III do RGPD ([68]);
- a proibição de que os alertas emitidos pelas aplicações levassem à tomada de decisões automatizadas que produzissem efeitos na esfera jurídica dos seus utilizadores ou os afetassem significativamente de forma similar, em particular, quando estivesse em causa o aconselhamento relativamente aos próximos passos a tomar, após a notificação para a exposição a uma situação de elevado risco de contágio ([69]);
- a desativação dessas ferramentas, assim que a pandemia viesse a ser declarada sob controlo ([70]).

[65] Idem, p. 9.

[66] Idem, p. 8.

[67] Idem, p. 9.

[68] Idem, p. 3.

[69] Idem, p. 5.

[70] Idem, p. 4

2.3. A Deliberação 2020/277 da Comissão Nacional de Proteção de Dados

Foi pois, à luz deste quadro, que a Comissão Nacional de Proteção de Dados se veio concretamente pronunciar sobre o sistema StayAway Covid, no âmbito da sua deliberação 2020/277 ([71]).

Assim, e conquanto chamando à atenção para algumas oportunidade de melhoramento ([72]), parece a Comissão ter efetuado um balanço geral deveras positivo, no que diz respeito ao cumprimento da aplicação móvel de rastreio digital de contactos portuguesa com a legislação europeia e nacional aplicáveis em matéria de proteção da privacidade e dos dados de carácter pessoal.

Nesta senda, foram especialmente salientados enquanto pontos positivos da referida ferramenta:

- o facto de esta reforçar a vertente voluntária e a autodeterminação dos respetivos utilizadores, conferindo-lhes a possibilidade de tomarem uma série de opções livres quanto à forma como os seus dados pessoais são utilizados (*v.g.*, instalar ou não instalar a aplicação; comunicar ou não um eventual diagnóstico positivo; desligar o rastreio de contactos de proximidade na configuração da aplicação; desinstalá-la; etc.) ([73]);
- a circunstância de satisfazer a finalidade de identificar e alertar os cidadãos para situações de exposição individual a fatores de risco de contágio, sem com isso ter de conhecer a localização destes indivíduos ou de terceiros, os pontos geográficos onde estes mantiveram contactos de proximidade recentes com pessoas entretanto diagnosticadas como casos confirmados de infeção, ou sequer a identidade destas últimas ([74]);
- a arquitetura semi-descentralizada em que se alicerça o seu funcionamento, a qual remete para o dispositivo pessoal de cada utilizador o ar-

---

[71] Cfr. Comissão Nacional de Proteção de Dados, Deliberação n.º 2020/277, disponível em https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/121773 [Consultado a 2 de Março de 2021]. A deliberação em causa, surgiu como resposta a um pedido de consulta prévia formulado pelo Instituto de Engenharia de Sistemas e Computadores, Ciência e Tecnologia (INESC TEC), nos termos e para os efeitos previstos no art. 36.º do RGPD. Pedido esse, o qual se fundamentou na circunstância de a entidade requerente ter entendido que as operações de tratamento de dados pessoais associadas ao funcionamento da StayAway Covid subsistiam envoltas em riscos potencialmente elevados. Isto, mesmo após ter sido realizada uma Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados, onde se estabeleceram uma série de medidas técnicas e organizativas, destinadas a mitigar a probabilidade de ocorrência desses riscos e os seus eventuais impactos nos titulares dos dados.

[72] Cfr. p. 11v, §92 da referida Deliberação.

[73] Idem, pp. 4v-5, §33 e 34.

[74] Idem, p. 5, §36.

mazenamento das chaves e dos identificadores recebidos de utilizadores terceiros, bem assim como o subsequente cruzamento desses identificadores para efeitos de cálculo do risco de exposição ao contágio, ao invés de centralizar toda a informação numa só base de dados ([75]);

- a preocupação genericamente demonstrada no que concerne ao respeito por princípios tais como os da minimização dos dados, da exatidão, ou da limitação da conservação ([76]);
- as especiais cautelas evidenciadas ao nível da segurança do tratamento de dados, consubstanciadas na adoção de algumas das medidas técnicas e organizativas previstas no art. 32.º do RGPD, e complementadas por outras medidas relevantes decorrentes da aplicação dos princípios da proteção de dados desde a conceção e por defeito ([77]);
- a disponibilização pública do seu código fonte ([78]).

Em tudo caso, não deixou a Comissão de sublinhar que nem tudo são rosas. Desde logo, porque, embora menos intrusiva, a tecnologia Bluetooth "não está excluída de riscos de localização do utilizador" ([79]), na medida em que permite determinar com elevada precisão o lugar onde o seu dispositivo se encontra, através da emissão de sinais que podem ser lidos por recetores colocados em qualquer sítio (nos centros comerciais, na rua, nos aeroportos, etc.) ([80]). Cenário que adquire contornos de particular relevância pelo facto de a StayAway Covid apenas funcionar com a funcionalidade Bluetooth ativa ([81]), o que força cada membro da comunidade, para a poder usar, a tornar o seu dispositivo visível quase em permanência ([82]) – algo que dificilmente sucederia em condições normais, uma vez que o Bluetooth tende a ser essencialmente utilizado para o emparelhamento com outros dispositivos, sendo o seu uso, portanto, facilmente controlável pelo utilizador do terminal, para além de bastante reduzido no tempo ([83]).

---

[75] Idem, p. 6, §42.

[76] Idem, p. 7, §52.

[77] Idem, p. 9, §70.

[78] Idem, p. 6, §44.

[79] Idem, p. 5v, §38.

[80] Idem, ibidem.

[81] Idem, p. 5v, §39.

[82] Idem, ibidem.

[83] Idem, ibidem.

Por outro lado, foi também identificado como "um dos aspetos mais críticos da aplicação", o recurso à chamada interface GAEN, da responsabilidade conjunta da Google e da Apple ([84]), mormente, por tal implicar que uma parte crucial da sua execução se desvela subtraída ao controlo dos seus criadores e do próprio responsável pelo tratamento ([85]). Situação tanto ou mais problemática fruto da mencionada interface poder ser alterada, em sentido incerto, mediante uma simples decisão unilateral das respetivas proprietárias – sem que se conheçam, por ora, as verdadeiras consequências suscetíveis de daí advir para a aplicação e para os seus utilizadores ([86]).

3. A Proposta de Lei n.º 62/XIV do Governo

3.1. Contextualização

Perante tudo isto, veio o Governo português tomar uma posição no mínimo surpreendente, apresentando uma proposta de lei, nos termos da qual se determinara a obrigatoriedade da utilização da StayAway Covid em contexto laboral ou equiparado, escolar e académico ([87]). Obrigação essa, a qual se fazia impender sobre todos os cidadãos detentores de dispositivos móveis cujas características assim o permitissem ([88]), e, em especial, sobre os trabalhadores em funções públicas, funcionários e agentes da administração pública, incluindo o setor empresarial do Estado, regional e local, profissionais das Forças Armadas e das forças de segurança ([89]).

Não obstante, o Governo ia ainda mais longe: a montante, sujeitando o cumprimento com a obrigação suprarreferida à fiscalização da Guarda Nacional Republicana, da Polícia de Segurança Pública, da Polícia Marítima e das Polícias Municipais ([90]); a jusante, qualificando a violação de tal dever como uma contraordenação, punível com uma coima entre os 100€ e os 500€ ([91]).

---

[84] Idem, p. 11, §89.

[85] Idem, ibidem.

[86] Idem, p. 6v, §47.

[87] Cfr. art. 4.º, 1, da Proposta de Lei n.º 62/XIV, de 14/10/2020, do Governo.

[88] Idem, ibidem.

[89] Cfr. art. 4.º, 2, da referida proposta de lei.

[90] Cfr. art. 5.º da referida proposta de lei.

[91] Cfr. art. 6.º da referida proposta de lei, lido em conjugação com o art. 3.º do DL n.º 28-B/2020, de 26 de Junho.

3.2. Uma proposta condenada ao fracasso

Ora, naturalmente, a referida proposta de lei mereceu uma forte censura por parte da Doutrina, a qual veio colocar em causa a sua conformidade com o programa de restrições a direitos fundamentais previsto no art.º 18.º da CRP, no plano nacional, e 52.º da CDFUE, no plano europeu.

E é assim, pois que, embora se reconheça que a proteção da saúde pública – mais a mais, num cenário de emergência global – configura um objetivo de interesse geral, ponto é que, num Estado de Direito Democrático, a prossecução do bem comum não justifica tudo ([92]). Donde, ainda que orientado pelos motivos mais nobres, um conjunto de medidas como as anteriormente apresentadas somente se pudesse considerar legítimo acaso se comprovasse a efetiva adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito) de cada uma destas últimas ([93]).

Sucede que, para além dos problemas de eficácia que lhe são inerentes, a StayAway Covid baseia-se numa arquitetura técnica idealizada para um contexto de utilização estritamente voluntária por parte dos seus utilizadores – desde logo, por questões funcionais, relacionadas com o modelo de *opt-in* seguido pela interface GAEN, da qual depende grande parte do seu funcionamento ([94]).

Nestes termos, a imposição da sua obrigatoriedade sempre constituiria uma medida desproporcionada: não só por fazer tábua rasa de todas as recomendações éticas e jurídicas internacionalmente aprovadas, em defesa da não

[92] Em sentido próximo, defendendo que "a mera existência de uma pandemia ou de qualquer outra situação de emergência não constitui, por si só, razão suficiente para prever qualquer tipo de restrição aos direitos dos titulares de dados", cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Declaração relativa às restrições aos direitos dos titulares de dados no âmbito do estado de emergência1 nos Estados-Membros", Junho de 2020, p. 3, §11, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_art_23gdpr_20200602_pt_2.pdf [Consultado a 3 de Março de 2021].

[93] Idem, p. 3, §12.

[94] Cfr. Vera Lúcia Raposo, "Que a tecnologia esteja connosco nestes tempos de COVID-19 (Legitimidade da STAYAWAY COVID no ordenamento jurídico português), p. 41.

coercitividade deste tipo de aplicações ([95]); mas também, e antes de mais, por carecer de idoneidade para realizar os objetivos a que se propõe.

Como quer que seja, porventura ainda mais grave do que essa medida em si, afigurar-se-ia a ação fiscalizadora a levar a cabo pelo Estado, com vista à aferição do seu cumprimento ([96]). É que, a hipotética verificação de um cenário onde as autoridades policiais passariam a ter o poder – e o dever – de fiscalizar aquilo que cada membro da comunidade tem ou não instalado no seu dispositivo móvel, remeteria para uma realidade típica dos regimes totalitários, consubstanciando uma ingerência por demais inadmissível na esfera da vida privada de cada indivíduo ([97]).

4. Apontamentos e reflexões finais

No momento em que se escrevem estas palavras, a situação de emergência global espoletada, em Dezembro de 2019, na cidade chinesa de Wuhan, permanece ainda longe do fim ([98]). Todavia, continuam igualmente por demonstrar quais os contributos prestados por aplicações móveis como as que analisámos ao longo das últimas páginas, com vista à inversão desse paradigma.

De facto, e no que especificamente diz respeito à StayAway Covid, os números são claros: das quase 3 milhões de pessoas que haviam procedido à sua ins-

[95] Cfr., entre outros, Centro Europeu para a Prevenção e Controlo de Doenças, "Mobile applications in support contact tracing for COVID-19", p. 1; Organização Mundial de Saúde "Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking Technologies for COVID-19 contact tracing", p. 3; Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 8, §24; Comissão Europeia, "Orientações respeitantes a aplicações móveis de apoio à luta contra a pandemia de COVID-19 na perspetiva da proteção de dados", p. 4; eHealth Network, "Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19. Common EU Toolbox for Member States", p. 19; Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, "Aplicações digitais móveis para controlo da transmissão da COVID-19. Aspetos éticos relevantes", p. 5.

[96] Acompanhando este entendimento, cfr. Vera Lúcia Raposo, "Que a tecnologia esteja connosco nestes tempos de COVID-19 (Legitimidade da STAYAWAY COVID no ordenamento jurídico português), p. 41.

[97] A este propósito, recorde-se que um dos requisitos impostos pelo art. 8.º da Convecção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com vista à restrição do direito ao respeito pela vida privada e familiar, é, justamente, que essa restrição constitua uma providência necessária, no quadro de uma sociedade democrática, para a prossecução de determinados interesses públicos.

[98] Recorde-se que, ainda recentemente, o diretor executivo do Programa de Emergências em Saúde da Organização Mundial da Saúde, Michael Ryan, qualificou como "prematuro" e "irreal" pensar que a pandemia estará extinta até ao final de 2021. Cfr. Jornal Económico, "OMS alerta que é "prematuro" e "irreal" pensar que a pandemia acaba até ao final do ano", 2 de Março de 2021, disponível em https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/oms-alerta-que-e-prematuro-e-irreal-pensar-que-a-pandemia-acaba-ate-ao-final-do-ano-707838 [Consultado a 3 de Março de 2021.

talação, desde o momento em que esta foi disponibilizada ao público, nas lojas da Google e da Apple, apenas cerca de 1.8 milhões continuam a utilizá-la ([99]). Sendo que, durante os seus primeiros cinco meses de vida, a mesma somente contribuiu para a identificação de 2708 potenciais casos secundários de infeção ([100]).

Neste contexto, deve a experiência da pandemia servir como lição, por forma a que se perceba que, apesar de todas as suas potencialidades, a tecnologia tem limitações intrínsecas. Daí que não possa ser encarada como uma panaceia, capaz de resolver todos os problemas da humanidade.

Por outro lado – e pese embora o Governo português tenha entretanto recuado na sua intenção de tornar obrigatória a instalação da StayAway Covid – parece-nos importante que se retirem as devidas ilações da sobredita Proposta de Lei n.º 62/XIV, deixando de uma vez para sempre claro que, como sublinhou o Comité Europeu para a Proteção de Dados, "não se deve ter de escolher entre uma resposta eficaz à atual crise e a proteção dos nossos direitos fundamentais" ([101]).

Deste molde, importa ter especial cuidado com o chamado «efeito irreversível» ([102]), prevenindo que a aplicação de medidas restritivas ora justificadas por supostos objetivos de saúde pública, não venha a prolongar-se indefinidamente no tempo ([103]) ou tão-pouco a ser exploradas contra o ser humano e a sua inalienável dignidade. Afinal, a restrição de direitos fundamentais configura um regime de *exceção* e não a *regra* ([104]). Razão pela qual, mesmo no contexto de uma pandemia, o recurso a este último não possa – e muito menos deva – ser banalizado ([105]).

---

[99] Cfr. Público, "60% já apagaram a StayAway Covid: são 1,8 milhões de portugueses", 15 de Janeiro de 2021, disponível em https://www.publico.pt/2021/01/15/tecnologia/noticia/60-ja-apagaram-stayaway-covid-sao-18-milhoes-portugueses-1946366 [Consultado a 3 de Março de 2021].

[100] Idem, ibidem.

[101] Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19", p. 12, §49

[102] Idem, p. 12, §49.

[103] Sustentando que "as restrições suspensivas ou interruptivas da aplicação dos direitos dos titulares de dados e das obrigações que incumbem aos responsáveis pelo tratamento de dados e aos subcontratantes adotadas no contexto de um estado de emergência sem uma limitação clara no tempo equivaleriam, de facto, a uma suspensão total desses direitos e seriam incompatíveis com a essência dos direitos e liberdades fundamentais", cfr. Comité Europeu para a Proteção de Dados, "Declaração relativa às restrições aos direitos dos titulares de dados no âmbito do estado de emergência1 nos Estados-Membros", Junho de 2020, p. 3, §9, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_art_23gdpr_20200602_pt_2.pdf [Consultado a 3 de Março de 2021].

[104] Idem, p. 3, §10.

[105] Idem, p. 12, §49.

CIDADE INTELIGENTE E A SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS DA MOBILIDADE URBANA NO BRASIL

Lilian Regina Gabriel Moreira Pires

Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie
Coordenadora do MackCidade:Direito e Espaço Urbano e Assessora na Secretaria de Transporte do Metropolitano no Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução. 1. Planejamento e Cidades no Brasil; 2. Cidades Inteligentes – transformação digital. 3. Considerações finais.

Introdução

As cidades são ambientes vivos pontilhadas pelas mais diversas complexidades. É no território urbano onde encontramos forte grau de proximidade com as pessoas, tornando mais fácil visualizar os problemas que surgem e consequentemente a busca de soluções.

De outro lado, temos o fato de que o mundo está cada vez mais urbano e, segundo os dados da ONU, a concentração urbana em 2050 alcançará o patamar de 70% da população mundial vivendo em cidades[1] e, diante de tal realidade, a reflexão sobre a vida na cidade está na pauta das discussões, sendo objeto de atenção e estudos, com a finalidade de garantir qualidade de vida e desenvolvimento sustentável.

[1] https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701. Acesso em julho 2020.

Em 2015, os países membros das Nações Unidas adotaram a Agenda 2030, que tem por objetivo elevar o desenvolvimento do mundo e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas. Assim, restou estabelecido os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), com 169 metas – cujo alcance e concretização ocorrerá por meio de uma ação conjunta entre diferentes níveis de governo, organizações, empresas e a sociedade nos âmbitos internacional e nacional.

Por meio da Resolução nº 66/207, a ONU convocou a Conferência do Habitat III[2], que aconteceu em outubro de 2016, com a finalidade de revigorar o compromisso global com a urbanização sustentável. Nesse contexto, foi construída a Nova Agenda Urbana, que representa uma visão compartilhada para um futuro melhor e mais sustentável. Há consenso que, se bem planejada e bem administrada, a urbanização pode ser uma ferramenta poderosa para o desenvolvimento sustentável, tanto para os países em desenvolvimento quanto para os desenvolvidos[3].

A Nova Agenda Urbana tem como objetivo o planejamento urbano com uso sustentável dos recursos naturais, controle da dispersão urbana, desenho de cidades compactas e conectadas, incorporar a relação entre a urbanização de qualidade e o desenvolvimento sustentável e inclusivo, buscando a erradicação da fome e qualidade de vida de modo igualitário.

Essa preocupação com as cidades, e de como o desenvolvimento desses centros urbanos pode contribuir para colocar fim a exclusão socioeconômica, a segregação espacial, e a melhoria da qualidade de vida, ficou mais evidente e clara, diante da emergência sanitária mundial trazida pelo covid19.

Convivendo com a realidade da urbanização, temos, também, os avanços tecnológicos trazidos pela tecnologia da informação- TICs, apresentando externalidades positivas e negativas nas relações de modo geral. Os avanços tecnológicos também estão na pauta de atenção e isso se verifica no Objetivo Sustentável (ODS) nº 11, que determina que até 2030 tenhamos cidades e assentamentos

[2] https://habitat3.org/the-conference. Acesso julho de 2020.

[3] https://habitat3.org/the-new-urban-agenda/. Acesso julho 2020

humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis com ganhos de eficiência e inovação tecnológica.[4]

Nesse passo, é importante entender como a tecnologia pode contribuir e se tornar uma aliada para o desenvolvimento sustentável e social, de modo a resultar em qualidade de vida para todos.

De todo modo, é fato que o desenvolvimento sustentável tem muitos desafios relacionados com o uso e ocupação do solo, com a mobilidade, segurança, saúde, educação, cultura, gestão democrática da cidade e a eficiente e eficaz prestação de serviço público. Assim, é possível afirmar que a mobilidade possui papel importante nesse processo e, por tal razão, é de extrema relevância promover discussões sobre o tema, incentivando o salto transformador para a sustentabilidade.

1. Planejamento e Cidades no Brasil

No Brasil temos 69 Regiões Metropolitanas[5] que congregam 444 municípios. Além disso, 85% do total de 5.570[6] municípios brasileiros possuem menos de 100.000 habitantes, sendo que, 324 municípios com população com até 100 mil habitantes e 48 com mais de 500 mil. Embora 60% dos municípios sejam rurais, 80% da população brasileira vive em áreas urbanas.[7]

---

[4] Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis: Metade da humanidade – 3,5 bilhões de pessoas – vive nas cidades atualmente. Em 2030, quase 60% da população mundial viverá em áreas urbanas,828 milhões de pessoas vivem em favelas e o número continua aumentando. As cidades no mundo ocupam somente 2% de espaço da Terra, mas usam 60 a 80% do consumo de energia e provocam 75% da emissão de carbono. A rápida urbanização está exercendo pressão sobre a oferta de água potável, de esgoto, do ambiente de vida e saúde pública. Mas a alta densidade dessas cidades pode gerar ganhos de eficiência e inovação tecnológica enquanto reduzem recursos e consumo de energia. Cidades têm potencial de dissipar a distribuição de energia ou de otimizar sua eficiência por meio da redução do consumo e adoção de sistemas energéticos verdes. Rizhao, na China, por exemplo, transformou-se em uma cidade abastecida por energia solar. Em seus distritos centrais, 99% das famílias já usam aquecedores de água com energia solar. https://brasil.un.org/pt-br/70856-conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu.Acesso julho 2021.

[5] https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/9868-brasil-tem-tres-novas-regioes-metropolitanas.Acesso julho de 2020

[6] https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019

[7] Relatório: Na tipologia proposta neste estudo, vemos que 76,0% da população brasileira se encontra em municípios considerados predominantemente urbanos, correspondendo somente a 26,0% do total de municípios. A maior parte dos municípios brasileiros, foram classificados como predominantemente rurais (60,4%), sendo 54,6% como rurais adjacentes e 5,8% como rurais remotos. CLASSIFICAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS ESPAÇOS RURAIS E URBANOS DO BRASIL. https://www.ibge.gov.br/apps/rural_urbano. Acesso julho de 2020.

O processo de urbanização se iniciou na década de 30 e, a partir de então, houve grande deslocamento populacional para áreas urbanas e as cidades não estavam preparadas para o intenso fluxo de pessoas.

Ainda que a urbanização no Brasil tenha se consolidado fortemente, os seus benefícios não foram democratizados, mas marcado pela desigualdade e abismos sociais. Dessa realidade, em 1985, surgiu o movimento em defesa do direito à cidade e sobre ele já nos pronunciamos:

> Desse modo, surgiu uma luta em defesa do direito à cidade, à habitação digna, ao transporte e aos demais serviços públicos de 7 qualidade. Isso tanto é verdade que, em janeiro de 1985, foi criado o Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU) 4, com o objetivo de "reduzir os níveis de injustiça social no meio urbano e promover uma maior democratização do planejamento e da gestão das cidades". A sociedade civil se organiza registrando sua crítica e denúncia do quadro de desigualdade social. Essa nova ética social politiza a discussão sobre a cidade e formula um discurso e uma plataforma política dos movimentos sociais urbanos, em que o acesso à cidade deve ser um direito a todos os seus moradores e não uma restrição a apenas alguns ou aos mais ricos. A bandeira da reforma urbana se consolida não somente na perspectiva da articulação e unificação dos movimentos sociais por meio de uma plataforma urbana que ultrapassa as questões locais e abrange as questões nacionais, mas também na crítica da desigualdade espacial, da cidade dual. O resultado das reivindicações se materializa na Constituição Federal (CF) com a inserção do capítulo sobre política urbana, o que representou o início da afirmação da luta da sociedade organizada.[8]

Resultado dessa movimentação, a Política Urbana, de forma inédita, foi trazida ao plano constitucional e o artigo 182 assim está disposto:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
>
> § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

[8] Pires, Antonio Cecilio Moreia Pires e Pires, Lilian Regina Gabriel Moreira. Estado e mobilidade urbana:desfios da sustentabilidade. São Paulo: editora Ponto de lInha, 2026. P. 07. Disponível em http://cidadeemmovimento.org/wpcontent/uploads/2016/10/Mobilidade-Urbana-Desafios-e--Sustentabilidade.pdf

> § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Com efeito, a Lei Federal nº 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamentou o dispositivo constitucional sobredito, criando instrumentos de forma a possibilitar as intervenções com a finalidade de propiciar o desenvolvimento urbano. Dentro desse arcabouço constitucional e da regulamentação por meio do Estatuto da Cidade, várias outras leis foram editadas e dentre elas a Lei Federal nº 12.587/2012, que instituiu a Política Nacional da Mobilidade Urbana,

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, se consolidou no Brasil quadro legislativo extenso, com a compreensão de que planejamento é instrumento a ser utilizado e que o planejar deve ser concebido com a participação popular. Disso decorre, que no campo legislativo muito avançamos, mas ainda temos longo caminho para a efetividade desse instrumento e para o direito à cidade.

Doutra parte, não podemos esquecer que a dimensão continental do Brasil apresenta realidades muito diversas entre seus municípios, com diferenças sociais, produtivas e espaciais. Logo, para alcançarmos um desenvolvimento sustentável de qualidade é importante a articulação entre entes federados e discussões que envolvam o poder público, a academia e a iniciativa privada, cujo objetivo é identificar medidas para a transformação das cidades e, em que medida a tecnologia da inovação (TIC) pode auxiliar na solução dos desafios das complexidades do meio urbano.

2. Cidades Inteligentes – transformação digital

A obra intitulada Teoria do Desenvolvimento Econômico[9] de Joseph A. Schumpeter apresenta a teoria da destruição criativa, dela surgindo a terminologia 'inovação". O Manual deOslo define a Inovação tecnológica[10]: *Inovações tecnológicas de produto e de processo (TPP) compreendem a implementação de produtos e de processos tecnologicamente novos e a realização de melhoramentos tecnológicos significativos em produtos e processos*".

---

[9] [A]s inovações no sistema econômico não aparecem, via de regra, de tal maneira que primeiramente as novas necessidades surgem espontaneamente nos consumidores e então o aparato produtivo se modifica sob sua pressão. Não negamos a presença desse nexo. Entretanto, é o produtor que, igualmente, inicia a mudança econômica, e os consumidores são educados por ele, se necessário; são, por assim dizer, ensinados a querer coisas novas, ou coisas que diferem em um aspecto ou outro daquelas que tinham o hábito de usar. SCHUMPETER, Joseph A. (1911). A Teoria do Desenvolvimento Econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 48.

[10] Disponível em http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf - p.55. Acesso em 10/12/2017 (OCDE/Eurostat, 1997, §130), p. 23. Acesso 10/12/2017, às 22:21h.

A realidade é que as inovações no campo tecnológico cresceram exponencialmente nas últimas décadas, dados armazenados, wi-fi e redes de alta velocidade são parte da denominada revolução digital com a Internet das Coisas e a Tecnologia da Informação-TICs. No Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES e o Ministério da Ciência e Tecnologia – MCTIC encomendou estudo sobre a internet das coisas denominado: Um plano de ação para ao Brasil.

Como resultado, concluiu-se que seria necessário acelerar a implantação da Internet das Coisas como instrumento de desenvolvimento sustentável da sociedade brasileira, capaz de aumentar a competitividade da economia, fortalecer as cadeias produtivas nacionais, e promover a melhoria da qualidade de vida. Sobre a cidade, a visão é:

> "elevar a qualidade de vida nas cidades por meio da adoção de tecnologias e práticas que viabilizem a gestão integrada dos serviços para o cidadão e a melhoria da mobilidade, segurança pública(...). Especificamente sobre a mobilidade, concluiu-se pela necessidade de se reduzir tempos de deslocamento, considerando diferentes modalidades de veículos, e aumentar a atratividade do transporte coletivo"[11].

Por sua vez, a ONU considera que a Tecnologia da Informação (TIC) é um dos meios de se alcançar os 17 objetivos sustentáveis e "reconhece o grande potencial da Tecnologia de Informação e Comunicação, TIC, para acelerar o progresso humano, fazer a ponte sobre o abismo digital global e avançar com o conhecimento"[12]. O objetivo 11 busca "tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis" e para se garantir que toda as pessoas sejam beneficiadas é importante que todos tenham acesso a serviços e a infraestrutura e, portanto, é preciso um bom funcionamento dos equipamentos urbanos, que serão mais eficientes se interconectados.

Em razão disso, a terminologia Cidades Inteligentes espraiou-se para o mundo, ainda que não tenhamos um conceito uniforme e universal. Do nosso ponto de vista:

> ...cidade inteligente é aquela onde se é possível identificar uma preocupação com os aspectos sociais, políticos, econômicos, e ambientais, buscando na tecnologia um meio para a implementação de uma gestão pública inteligente e eficiente que vai reduzir as desigualdades, simplificar a vida na cidade e me-

[11] https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok%201.%202. Acesso julho 2020.

[12] https://news.un.org/pt/story/2016/05/1551261-agenda-2030-reconhece-potencial-da-tecnologia-de-informacao

> lhorar o atendimento do cidadão, gerando qualidade de vida e mantendo as características culturais de cada localidade[13]

A nomenclatura Cidade Inteligente/Smart City leva ou já levou o imaginário coletivo a pensar em um território todo conectado e com uma avalanche de aplicativos que, por si só, trariam soluções para todos os problemas urbanos.

Mas de fato não é assim, a cidade inteligente significa cidade com capacidade de dar respostas rápidas e eficientes a diversas situações, que utiliza inteligentemente seus recursos, que atrai, qualifica e retém pessoas em seu campo de atuação. Essa inteligência passa a melhorar a qualidade e condições de vida da população, por acesso a serviços públicos eficientes, pela identificação da vocação produtiva e do aproveitamento de suas potencialidades.

O conceito que vigora é que a cidade pertence e existe para as pessoas. O acesso a todas as possibilidades que o centro urbano favorece é um direito de todo citadino. Não por outra razão que, a chamada cidade inteligente é aquela que usa a ferramenta tecnológica como um instrumental para o desenvolvimento econômico sustentável, que visa à qualidade de vida e bem-estar das pessoas e concretiza o direito à cidade.

Embora no Brasil a Política Urbana tenha assento constitucional e o Estatuto da Cidade aponte as diretrizes para o direito à cidade, a realidade da tecno-

[13] Pires, Lilian Regina Gabriel Moreira. Cidade Inteligente e a Aparente Crise Regulatória, in Smart Cities Cidades Inteligentes nas Dimensões: Planejamento, Governança, Mobilidade, Educação e Saúde. Organizadores: André Luis Azevedo Guedes ,Carlos Alberto Pereira Soares ,Martius Vicente Rodriguez y Rodriguez.Formato: Livro Digital Veiculação: Digital 1ª edição 2020, p. 76. https://smart.rio.br/wp-content/uploads/2020/07/E-BOOK-SMART-CITIES_2020_UFF_UNISUAM_RBCIH.pdf

logia no cotidiano das pessoas e todas suas externalidades positivas e negativas[14] passa a ser motivo de reflexão.

Diante disso, o Governo Federal, em ação apoiada pelo Projeto Andus (Apoio à Agenda Nacional de Desenvolvimento Urbano Sustentável), projeto de cooperação dos governos brasileiro e alemão para apoio à agenda nacional de desenvolvimento urbano sustentável no Brasil, com a participação da Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH (Agência de cooperação técnica alemã) e financiada pela Iniciativa Internacional de Proteção do Clima (IKI) do Ministério do Meio Ambiente, Conservação da Natureza e Segurança Nuclear (BMU)[15], produziu documento denominado: Carta Brasileira de Cidades Inteligentes. O documento reconhece a necessidade de:

> "atuação para reduzir desigualdades socioespaciais, entende que as pessoas estão no centro do desenvolvimento e proporcionam (melhoria da) qualidade de vida a todas e a todos. São agradáveis para viver e facilitam o convívio entre as pessoas. Respeitam a autonomia e as escolhas individuais, ao mesmo tempo que respeitam o interesse público e usam a tecnologia de forma ética, a serviço do bem comum e das pessoas, respeitando a dignidade humana e a privacidade. e que essas cidades devam ser: inclusivas e acolhedoras, seguras, resilientes e autorregenerativas, economicamente férteis, ambientalmente responsáveis, articuladoras de diferentes noções de tempo, articuladoras de diferentes noções de espaço, conscientes e que atuam com reflexão e são independentes no uso de tecnologias"[16].

---

[14] A exposição de dados leva a necessidade de se garantir a privacidade e intimidade. Sobre essa questão Juliana Abrusio rememora: "A análise do big data sob a perspectiva da dinâmica das cidades inteligentes está diretamente ligada às políticas públicas praticadas, tais quais WiFi público e estacionamento rotativo digital. Em 21 de dezembro de 2016, a Corte de Justiça da União Europeia decidiu dois importantes e polêmicos casos (C-203/15 e C-698/15), os quais discutiram sobre regras que impunham o armazenamento indiscriminado de dados relativos à localização de tráfego de dados em comunicações eletrônicas, envolvendo cidadãos da Irlanda, da Noruega e do Reino Unido, e se isso consistiria em risco de vigilância excessiva, em especial por parte das empresas que guardam os dados e dos Estados que podem acessá-los. A decisão da Corte de Justiça da União Europeia foi no sentido de que não se pode impor obrigação geral de conservar dados das comunicações eletrônicas, pois essa medida implicaria em ato de vigilância indiscriminada, incompatível com os direitos fundamentais, violando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e os valores inscritos em uma sociedade democrática." In: Big Data, Internet das Coisas e as Cidades Inteligentes, publicado no Livro: Cidades inteligentes, humanas e sustentáveis: II Encontro Internacional de Direito Administrativo Contemporâneo e os Desafios da Sustentabilidade / [organizado por] Lilian Regina Gabriel 2020 Moreira Pires. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020. Disponível em https://issuu.com/arraeseditores/docs/778_cidadesinteligenteshumanasesustentaveis_pdfonl. Acesso julho 2020.

[15] https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/desenvolvimento-regional/projeto-andus/carta-brasileira-para-cidades-inteligentes. Acesso julho 2021.

[16] https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/desenvolvimento-regional/projetoandus/Carta_Bras_Cidades_Inteligentes_Final.pdf.Acesso julho 2021.

Nesse ciclo virtuoso, sobre e para cidade, nasce mais um instrumento que reclama atuação conjunta para as cidades. Esperamos vivamente que bons frutos aconteçam com ações concretas para a melhora da qualidade de vida de população e diminuição dos hiatos sociais em nosso país.

2.1. A mobilidade urbana e a sustentabilidade

No Brasil a ideia de locomover-se foi vista e tratada, durante muito tempo, sob a perspectiva do veículo automotor, sendo que a atuação estatal era voltada para a infraestrutura da rua na sua dimensão do aludido veículo automotor. Em assim sendo, é muito recente a compreensão de que a rua integra um complexo sistema de locomoção e deve atender a todos de forma igualitária: idosos, crianças, pessoas com mobilidade reduzida, mulheres, homens, jovens e adultos.

Essa concepção adveio do momento que o conceito de cidade passou a integrar a dimensão humana e novos ventos obrigaram a se repensar a mobilidade. Ao se pensar que a Cidade deve se voltar para para pessoas, necessário se faz garantir e propiciar a locomoção em todos modais: a pé, de bicicleta, no transporte público, garantindo que todos possam usufruir das possibilidades que os centros urbanos propiciam. E essa mudança de paradigma com relação aos deslocamentos, foi trazida pelo marco normativo que instituiu a Política Nacional de Mobilidade, por meio da Lei Federal 12.587/2012[17].

Com o advento do novo diploma legal, uma nova forma de se ver a mobilidade se consolidou. Rompeu o conceito arraigado de ruas para veículos e, consequentemente, que o desenvolvimento sustentável passa pela mobilidade para construção de cidades saudáveis e seguras.

---

[17] O Projeto de Lei (PL) nº 4.203 oi proposto em 1989, visava instituir normas sobre o sistema de transporte coletivo. O Posteriormente o PLs nº 870 em 1991, surgiu e dispunha sobre diretrizes nacionais de transporte coletivo urbano. O PL 1.777 determinava a regulamentação do transporte coletivo rodoviário. O PL 2.594 tratava sobre as diretrizes nacionais do transporte coletivo urbano. Esss quatro projetos foram arquivados definitivamente em 1995. O PL nº 694 de 1995 , de autoria do deputado Alberto Goldman, tratava novamente do transporte coletivo. Em seguida, foram apresentados os PLs nº 1.974/96, que mais uma vez trouxe à baila a discussão sobre o transporte do transporte coletivo rodoviário, e 2.234/99, sobre o transporte coletivo urbano, os quais foram apensados ao PL nº 694/95 por tratarem do mesmo tema. Em 2003 foi instituída Comissão Especial para apreciar o PL nº 694/95 e dar parecer sobre ele. O extinto Conselho das Cidades em 2004, elaborou uma proposta mais ampla – PL nº 1.687/2007 – a qual também foi apensada ao PL 694/95. Após tantas tramitações legislativas, o PL nº 694/95 seguiu para o Senado Federal sob a denominação de Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 166/2010. Em 2010, a matéria foi apreciada. Em dezembro de 2011, sem alterações de mérito, o Senado remeteu o PLC à presidente, que sancionou a nova Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU) em 3 de janeiro de 2012.

2.1.1 Mobilidade, sustentabilidade e tecnologia

Deveras, nossa análise tem como foco principal suscitar algumas possibilidades de utilização da tecnologia e inovação a favor da mobilidade, bem como o seu retorno qualitativo para o ambiente urbano. Para tanto, faremos recorte analisando mobilidade ativa e transporte coletivo de passageiro.

É de consenso geral que um dos maiores poluentes advém dos veículos com motor a combustão fóssil e que a qualidade do ar e os gases efeito estufa integram a gama de problema mundial. Com relação à questão climática, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE levantou que o total de veículos em circulação no país é de aproximadamente 107.938.371[18]. Por sua vez, a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo- Cetesb registrou que a "Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que mais 4 milhões de pessoas morrem prematuramente no mundo em decorrência da poluição do ar. Cerca de 90% da população mundial está exposta a níveis de concentração de poluentes acima dos recomendados pela OMS"[19].

Para além da poluição atmosférica é importante lembrar o tempo gasto no trânsito para deslocamentos diários. Essa realidade tem efeito na produtividade no trabalho - dimensão econômica - e suprime o tempo da prática de exercícios físicos que impacta na saúde e no lazer, - dimensão do bem-estar e saúde.

Não por outra razão que a Lei Federal 12.587/2012 - lei de mobilidade – tem como diretriz a prioridade dos modos não motorizados de transportes e integração desses modos com o transporte coletivo, além de estimular o desenho de cidades mais compactas e calmas, incentivando a mobilidade ativa com atenção para as calçadas e bicicletas.

Mobilidade ativa se constitui no deslocamento não motorizado e baseado na propulsão humana. No Brasil, os meios de transporte ativos utilizados são: bicicleta, triciclos, patins, skates, patinetes não elétricos, cadeiras de rodas e o caminhar.

O caminhar pressupõe a existência de calçadas acessíveis, largas e bem cuidadas. Assim, a calçada ou passeio público[20], como bem público que é, reclama governança na sua gestão, na medida em que é elemento de conexão entre a rua e meio de acesso a serviços e lugares.

---

[18] https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/22/28120

[19] https://cetesb.sp.gov.br/veicular/

[20] A Lei Federal nº 9.503 de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro_ no Anexo I estabelece a definição de CALÇADA : "parte da via, normalmente segregada e em nível diferente, não destinada à circulação de veículos, reservada ao trânsito de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano, sinalização, vegetação e outros fins". PASSEIO como: "parte da calçada ou da pista de rolamento, neste último caso, separada por pintura ou elemento físico separador, livre de interferências, destinada à circulação exclusiva de pedestres e, excepcionalmente, de ciclistas".

Com relação às calçadas não podemos deixar de rememorar que possuem função social e integram o mínimo existencial do espaço público dos pedestres[21]. No Brasil, os municípios definem em legislação própria que a responsabilidade pela sua manutenção é do proprietário lindeiro e essa obrigação financeira apresenta a ideia equivocada de que o proprietário poderá exercer direitos sobre a calçada, de acordo com sua vontade e necessidade.

Temos como resultado, do ponto de vista da caminhabilidade, uma cidade com obstáculos intransponíveis para todos e em especial para aqueles com mobilidade reduzida, implicando, pois, na inacessibilidade. Disso decorre, que é necessário governança sobre esse bem público, para que ele seja um convite para andar a pé e meio fácil de se conectar com outros modais de transporte.

Demais disso, temos outro modo ativo de locomoção: a bicicleta que é meio de transporte não poluente e bastante eficiente para pequenas distâncias e necessita de boa infraestrutura cicloviária[22]. Além das ciclovias, uma boa infraestrutura geral, que compreende a instalação de paraciclos e bicicletários nas estações de transporte, a possibilidade e incentivo de sistemas de bicicletas compartilhadas, garantem incentivo do uso do modal e é um meio eficiente de locomoção e com benefícios ambientais e para a saúde[23].

---

[21] REsp 1846075/2020-DF. Decisão paradigmática que afirma a função social da calçada:Em cidades tomadas por veículos automotores, a maior parte deles a serviço de minoria privilegiada, calçadas integram o mínimo existencial de espaço público dos pedestres, a maioria da população. Na qualidade de genuínas artérias de circulação dos que precisam ou preferem caminhar, constituem expressão cotidiana do direito de locomoção. No Estado Social de Direito, o ato de se deslocar a pé em segurança e com conforto qualifica-se como direito de todos, com atenção redobrada para a acessibilidade dos mais vulneráveis, aí incluídos idosos, crianças e pessoas com deficiência. Mister atinar que, no dia a dia da cidade contemporânea, o universo complexo da mobilidade urbana reserva papel crítico às calçadas, não se esgotando no fluxo de carros e na construção de ruas, avenidas, estradas, pontes e viadutos.

[22] "Ciclovia: pista de uso exclusivo de bicicletas e outros ciclos, com segregação física do tráfego comum.Ciclofaixa: parte da pista de rolamento, calçada ou canteiro destinada à circulação exclusiva de ciclos, delimitada por sinalização específica.Calçada Compartilhada: espaço sobre a calçada ou canteiro central, destinado ao uso simultâneo de pedestres, cadeirantes e ciclistas montados, com prioridade do pedestre, desde que devidamente sinalizado. Esta situação é regulamentada pelo Art. 59 do CTB e só ocorre quando o volume de pedestres é pequeno e a calçada não tem largura suficiente para acomodar uma ciclovia ou uma ciclofaixa.Ciclorrota ou Rota de Bicicleta: via com velocidade máxima reduzida, características de volume de tráfego baixo e com sinalização específica, indicando o compartilhamento do espaço viário entre veículos motorizados e bicicletas, criando condições favoráveis para sua circulação, interligando ciclovias, ciclofaixas e pontos de interesse." http://www.cetsp.com.br/consultas/bicicleta/definicoes.aspx. Acesso julho 2021.

[23] Frente a emergência sanitária do covid 19, surgiram soluções que ajudaram a manter em movimento os trabalhadores da linha de frente, mercados, serviços de saúde e outras necessidades essenciais, e o uso das bicicletas foi uma das alternativas. https://wribrasil.org.br/pt/blog/cidades/licoes-e-perguntas-pendentes-sobre-medidas-para-mobilidade-ativa-em-resposta-covid-19. Acesso julho de 2021.

De outro lado, temos o poluente que advém dos motores à combustão, alimentados por combustíveis fósseis. Assim, buscar a transição energética para tecnologias de baixa emissão de carbono é medida necessária para uma mobilidade limpa (ecomobilidade). Há caminhos, e um deles é a eletrificação da frota de veículos.

O estímulo para eletromobilidade é medida efetiva e que colabora para a saúde e sustentabilidade das cidades. Em estudo apresentado no Conibem Lisboa 2019 apontamos que:

> No horizonte da realidade e diante do questionamento de como fomentar e estimular esse mercado, fizemos um recorte a partir das seguintes ponderações (i) o transporte coletivo de passageiros é uma das grandes fontes de emissão de gases GEE (ii) o Brasil conta com 5.570 municípios (iii) O conjunto das 27 capitais totaliza 49,7 milhões de habitantes, representando 23,8% da população do país. (iv) pouco mais da metade da população brasileira (57,0% ou 118,9 milhões de habitantes) vive em 5,7% dos municípios (317), que são aqueles com mais de 100 mil habitantes. Os municípios com mais de 500 mil habitantes (46) concentram 31,2% da população do país (64,9 milhões de habitantes).[24]

No Brasil, os municípios são responsáveis pelo transporte coletivo de passageiros. Um dos meios para a indução da mudança da matriz energética é a inserção da obrigação de transição da frota de ônibus na contratação do serviço de transporte coletivo[25] com estímulo, também, para a infraestrutura de carregamento. A aquisição de frota pública de veículos[26] é outra medida que colabora com a mudança, bem como os incentivos fiscais para eletrificação de veículos[27].

A mobilidade ativa, a inserção dos veículos elétricos no transporte coletivo e na frota pública são caminhos para a sustentabilidade. A infraestrutura de integração dos modais, incluindo os meios de pagamento, pode ter na tecnologia

---

[24] Pires, Lilian Regina Gabriel Moreira. Pires, Antonio Cecilio Moreira.Souza.Eduardo Stevanato Pereira. Meio ambiente, mobilidade e eletromobilidade, um plano de incentivo para o Brasil. Publicado nos anais da Conferencia Ibero-Brasileira de Energia-Conibem-2019. https://iberojur.com/wp-content/uploads/2020/08/Anais-CONIBEN_.pdf. Acesso julho 2021.

[25] O artigo 175 da Constituição Federal determina que o serviço público será prestado diretamente pelo Estado ou poderá ser delegado, mediante, licitação.

[26] A Prefeitura de São José dos Campos, primeiro município brasileiro a locar uma frota 100% elétrica para a prestação de serviço de sua Guarda Municipal com emissão zero de gases do efeito estufa. https://archivo.cepal.org/pdfs/bigpushambiental/Caso40-FrotaPublicaSustentavel.pdf

[27] Lei do Município de São Paulo nº 17.563/2021 que altera a Lei do Município de São Paulo nº 15.997, de 27 de maio de 2014, para adicionar a possibilidade de utilização dos créditos gerados em favor dos proprietários de veículos elétricos ou movidos a hidrogênio para o pagamento do IPTU. http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17563-de-8-de-junho-de-2021. Acesso em julho de 2021.

uma forte aliada, isso porque a decisão do usuário pelo uso do transporte ativo e/ou público precisa ser fácil e obvia. Então ter informação clara e rápida a sua disposição será fator determinante na escolha

A Política de Mobilidade Urbana no Brasil tem vários desafios, mas se utilizada a regulação indutora, incentivos fiscais, e tecnologia disponível, há possibilidade concreta de se chegar às cidades mais saudáveis e sustentáveis.

Considerações Finais

O mundo enfrenta o desafio de uma pandemia, as regras de isolamento impuseram mudanças de comportamento com parte das pessoas trabalhando em casa, o mercado do e-comerce cresceu e logísticas foram remodeladas. Evidenciou-se o caráter essencial do transporte público, ficando claro que a mobilidade bem estruturada é estratégica para a recuperação dos efeitos da pandemia e para o enfrentamento da crise climática.

Assim, considerando que a cidade inteligente, a nosso ver, é aquela que busca mecanismos que contribuam para o efetivo direito a cidade, que utiliza da tecnologia como instrumento da melhora da qualidade de vida das pessoas, é preciso um novo olhar para a Política Urbana no Brasil, dotando de eficácia todo o ordenamento jurídico relativo às cidades.

É preciso de vontade e coragem política para programar e implementar um conjunto de ações, que cuidem da integração do transporte coletivo com outros modais, que enfrente a discussão sobre a manutenção das calçadas, que implemente a mudança da frota para inserir ônibus elétrico no transporte público, que robusteça a infraestrutura para ciclovias e ciclofaixas.

Esse conjunto de ações certamente levará ao caminho da sustentabilidade ambiental, econômica e social. Vivamente esperamos que o Estado não se furte do seu papel central nessa virada e busca de cidades humanas e sustentáveis.

TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL

Carmen Silvia Lima de Arruda

Juíza Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Doutora em Direito Público pela Universidade de Pavia, Itália

Sumário: 1. Introdução. 2. Transparência e o governo digital. 2.1. Elementos da transparência. 2.2. Participação popular e o processo legislativo. 2.3. E-governo. 2.4. Setores priorizados pelo e-governo. 2.5. Boa governança. 3. Outras medidas rumo ao e-governo. 3.1. LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 3.2. Lei Geral de Proteção de Dados. 3.3. Lei de licitações e contratos. 4. Setores não digitalizados da Administração Pública. 4.1. Saúde. 4.2. Educação. 4.3. Acordo de Escazú. 5. Conclusão.

1. Introdução

Já esperávamos novos rumos para o direito público. Adentramos o século 21 em plena revolução tecnológica (a 4ª revolução), modificando a maneira como vivemos e nos relacionamos. Caracterizada pelo *volume* e *variedade* de informações trocadas em alta *velocidade* no ambiente digital (três "Vs"), atingimos

a realidade do *Big Data*[1], onde integração e conectividade tornaram-se a tônica. Inseridos nesta nova era, em que a gestão da informação se tornou primordial, os governos foram obrigados a se modernizar.

Para compatibilizar o desenvolvimento econômico com a promoção do bem-estar de todos, através da diminuição da pobreza, promoção da saúde e proteção do meio ambiente, o início do século XXI foi marcado pelo compromisso assumido pela Cúpula das Nações Unidas em Nova York, em 2015, com a "Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável"[2], estabelecendo objetivos globais de desenvolvimento sustentável (ODS), a serem implementados no mundo até 2030.

Na segunda década do século XXI, o mundo foi surpreendido com a eclosão da pandemia mundial do Covid-19, acelerando exponencialmente as mudanças já em curso, num processo sem precedentes, sem espaço para ineficiência, sem volta, rumo ao *e-governo*. Muitos dos dispositivos legais existentes necessitaram de rápida atualização para a implementação do governo digital.

No Brasil, a digitalização havia começado, no final do século passado, pelos setores financeiro, fiscal e eleitoral. Em 2001, nas primeiras pesquisas comparativas da ONU sobre digitalização dos governos, o país aparecia bem ranqueado no mapa mundial[3]. De lá para cá, a corrida se acirrou, outros países evoluíram e, graças à deficiência da digitalização nas áreas sociais, o Brasil perdeu importantes posições[4]. Recentemente, impulsionado pelo movimento internacional, o Brasil, conhecido como um país legiferante, promulgou uma verdadeira aluvião de leis visando à modernização do arcabouço jurídico, para imprimir maior eficiência ao setor público.

Com um fio condutor da boa governança, ganharam destaque os elementos essenciais, motivação, participação popular e acesso à informação, começando pelas alterações da Lei nº 13.655/2018, trazendo modernos conceitos como consequencialismo, proporcionalidade e equidade à Lei de Introdução às

---

[1] No começo dos anos 2000, o analista Doug Laney articulou a definição de big data em três Vs: *Volume* - Organizações coletam dados de fontes variadas, incluindo transações financeiras, mídias sociais e informações de sensores ou dados transmitidos de máquina para máquina. *Velocidade* - Os dados são transmitidos numa velocidade sem precedentes e devem ser tratados em tempo hábil. *Variedade* - Dados são gerados em inúmeros formatos - desde estruturados (numéricos, em databases tradicionais) a não-estruturados (documentos de texto, e-mail, vídeo, áudio, cotações da bolsa e transações financeiras).

[2] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 20/05/2021.

[3] Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/English.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

[4] Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/publications/publication/2020-united-nations-e-government-survey>. Acesso em: 20/05/2021.

Normas do Direito Brasileiro, inaugurando uma nova era para o direito público. No mesmo ano, adveio a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), inspirada pela legislação europeia, como um reconhecimento oficial da importância da gestão e proteção dos dados pessoais nos meios digitais.

Também advieram as emendas constitucionais com foco na governança e transparência, introduzindo a obrigatoriedade de disponibilização dos dados contábeis pelos entes federados, constitucionalizando a transparência fiscal[5]. De outro lado, constitucionalizou-se o dever do administrador público à concretização dos direitos e garantias fundamentais, pela entrega do serviço à população[6].

Celebra-se o encaminhamento da proposta de reforma administrativa – PEC 32/2020, trazendo novos princípios regentes da Administração Pública - dentre eles, a transparência - a serem expressos no *caput* do Art. 37 da Constituição, assegurando "o pleno e efetivo exercício de cidadania participativa e democrática, dotando a sociedade de meios para interferir nas decisões políticas e exercer o efetivo controle social da Administração Pública, que deve estar voltada para a consecução dos objetivos do nosso Estado Democrático de Direito"[7].

Vimos também aprovado um verdadeiro arsenal legislativo, abrindo novos horizontes para o desenvolvimento da infraestrutura, possibilitando a comunhão de esforços públicos e privados. O maior desafio do Brasil no século 21 será a concretização dessas recentes mudanças rumo ao governo digital que, além de propiciar oportunidade de vultosos investimentos, deve traduzir-se em benefícios concretos para a população, ainda muito carente dos serviços mais básicos, deficiências que aprofundam o abismo digital, agravando a desigualdade social.

2. Transparência e o governo digital

A transparência é um princípio jurídico novo, em plena expansão e difusão com a constante incorporação de novas ideias e aplicações[8]. Não se confunde com o princípio da publicidade, indo adiante para englobar, além do acesso à informação, a participação popular e a motivação. Em plena "revolução digi-

[5] CF/1988. Art. 163-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizarão suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público. (EC nº 108, de 2020)

[6] CF/1988. Art. 165, § 10. A administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade. (EC nº 100, de 2019)

[7] ARRUDA (2019), p. 384.

[8] VAUGHN, (2011), p. 969. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=auilr>. Acesso em: 20/05/2021.

tal", atingidos por uma pandemia mundial, a transparência tornou-se requisito fundamental de legitimação das medidas de restrições dos direitos e liberdades individuais, fundamentais para a contenção do vírus e para a ampliação da boa governança[9].

2.1. Elementos da transparência

A Convenção de Aarhus[10], assinada em 1998 pelos países da Comunidade Europeia, regulamentada pelo Regulamento nº 1.367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia[11], trouxe os elementos do princípio da transparência, conhecido como "tripé de Aarhus": (i) o acesso à informação, sem que seja necessário declarar um interesse na questão (art. 4º, 1, "a"); (ii) a participação do cidadão nas tomadas de decisão, o mais cedo possível no processo, quando todas as opiniões ainda estiverem em aberto e possa haver efetiva participação do público (art. 6º, 4); (iii) o acesso à justiça, em caso de não ter sido devidamente atendido o pedido de informação, ou desconsiderado o recurso administrativo, com a possibilidade de um julgamento justo[12].

2.2. Participação popular e o processo legislativo

A participação popular, assim entendida como "a presença dos cidadãos, das formações sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração, constituindo uma das tendências atuais"[13], configura "um direito fundamental de quarta geração, pois ela decorre do formato de democracia consagrado na Constituição Federal (democracia participativa)"[14].

---

[9] ARRUDA, (2020), p. 377-378.

[10] COMUNIDADE EUROPEIA. Convenção de Aarhus. Convenção da UNECE sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente. Disponível em <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

[11] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R1367&from=DE>. Acesso em: 20/05/2021.

[12] "(5) Justifica-se contemplar os três pilares da Convenção de Aarhus – a saber, o acesso à informação, a participação do público no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça em matéria de ambiente – num único acto legislativo e estabelecer disposições comuns relativamente aos objectivos e definições. Desse modo se racionalizará a legislação e aumentará a *transparência* das medidas de execução tomadas no que respeita às instituições e órgãos comunitários".

[13] MEDAUAR, (2017), p. 294.

[14] SILVA, (2015), p. 56.

Poderia parecer contraditório pensar em participação popular em tempos de distanciamento social exigido pela pandemia[15]. No entanto, tais medidas restritivas não podem implicar alienação, silêncio ou apatia da população. Mais do que nunca, faz-se necessária a participação ativa, através dos ambientes digitais, garantindo o controle social e o controle das ações da Administração Pública.

Nesses tempos de pandemia, o Poder Legislativo implementou modelos de sessão e votação remota, garantindo seu funcionamento por meio de processos sumários de votação[16]. Foi instituído o Sistema de Deliberação Remota (SDR) no âmbito do Senado Federal[17] e da Câmara dos Deputados[18], garantindo os debates e votações.

O tema, no entanto, exige cautela, pois "a votação de questões complexas, não imprescindíveis para lidar com a crise, em processo sumário, tem potencial para afrontar o devido processo legislativo"[19], especialmente quando a matéria exige "debates aprofundados e para legitimar e amadurecer o conteúdo da proposta, inclusive em sede de audiência pública", como adverte Villela[20].

Fato é que, em meio à pandemia, importantes marcos legislativos do setor de infraestrutura foram promulgados, como a Lei nº 14.026/2020, do Saneamento Básico, visando a universalizar a entrega de água potável e coleta e tratamento de esgoto a 90% da população brasileira até 2033. Igualmente aprovada foi a Lei nº 14.134/2021, dispondo sobre tratamento, processamento e comercialização de gás natural.

E, mais recentemente, regulando as licitações e contratos administrativos, foi sancionada a Lei nº 14.133/2021, visando ao aprimoramento dos procedimentos licitatórios, fundamentais não apenas para o planejamento e execução orçamentária, mas para melhoria no desempenho do serviço público e economia, dado que as contratações do governo movimentam 15% do PIB brasileiro.

2.3. E-governo

Vivemos uma nova era, com uma nova arquitetura legislativa, objetivando maior eficiência na gestão e controle na esfera pública. A partir desse reco-

---

15 Artigo 2º da Lei nº 13.979/2020.

16 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/04/senadores-contam-como-abriram-caminhos-para-manter-atividade-legislativa-em-2020>. Acesso em: 20/05/2021.

17 Ato nº 07/2020 Senado Federal.

18 Resolução 14/2020 e Ato 123/2020 da Câmara dos Deputados

19 VILLELA, (2020), p. 322.

20 Ibidem. p. 323.

nhecimento, foi promulgada a Lei nº 13.848/2019[21], dispondo sobre as Agências Reguladoras, sujeitas ao controle externo do Congresso Nacional e a regras expressas de promoção de transparência e controle social[22], contando ainda com os respectivos recursos de tecnologia de informação para sua implantação[23].

Dispondo sobre os princípios, regras e instrumentos para o governo digital e para o aumento da eficiência pública, foi aprovada a Lei nº 14.129/2021[24]. Tal lei tem por fim a desburocratização, a inovação, a transformação digital e a participação do cidadão. Dentre seus princípios e diretrizes, podemos destacar: a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais; a disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos; a transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços; o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da administração pública.

O artigo 21 da Lei nº 14.129/2021 determina ainda as plataformas e portais oficiais que deverão apresentar identificação do serviço e suas principais etapas; possibilidade de solicitação, agendamento e acompanhamento digital; avaliação da satisfação dos usuários em relação aos serviços públicos prestados; implementação de sistema de ouvidoria, dentre outras funcionalidades.

Vê-se o tremendo esforço governamental para a utilização das novas tecnologias, visando à efetiva implantação da transparência e controle na Administração Pública. Tal esforço não deve se limitar aos gastos e despesas públicas, mas outros importantes aspectos, como ressaltado por Brega: "com as novas tecnologias, por exemplo, é possível ter conhecimento atualizado sobre o andamento de um expediente, ou mesmo a respeito do desempenho de programas governamentais"[25].

No entanto, ainda preocupantes são as plataformas e os portais dos demais entes federativos, especialmente dos municípios, responsáveis pela presta-

---

[21] Lei nº 13.848/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm> Acesso em: 20/05/2021.

[22] Vide art. 15 da Lei nº 13.848/2019.

[23] Art. 3º § 1º. Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm>. Acesso em: 20/05/2021.

[24] Lei nº 14.129/2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14129.htm>. Acesso em: 20/05/2021.

[25] BREGA, (2015), p. 150.

ção dos serviços públicos mais ligados ao cidadão. Sabe-se que, ainda hoje, os portais são deficitários, informando apenas a estrutura básica organizacional de seus órgãos e entidades, sem qualquer detalhamento dos programas e ações das respectivas instituições públicas.

A simples existência de *portais de transparência* não garante transparência: sem a padronização de elementos mínimos necessários para todos os entes federativos, sem obrigatoriedade de prestação de informações fidedignas, claras e precisas, imediatas (*real time*), garantindo a primariedade, integridade de conteúdo, autenticidade, atualidade e disponibilidade, o terreno continua fértil para a opacidade e a corrupção.

Parece-nos que o tratamento diferenciado dado aos munícipios com menor número de habitantes, relativizando o dever de transparência tanto em relação aos dados orçamentários como em suas licitações[26], contribui para a precariedade dos respectivos portais de transparência e, consequentemente, para a opacidade e malversação dos recursos públicos.

A transparência máxima proporcionada pela implantação do governo digital deve ser priorizada em todos os níveis de governo, para atingir as metas de eficiência no atendimento à população, além de possibilitar participação popular nas definições das políticas públicas, especialmente aquelas relativas aos direitos fundamentais, como saúde, educação, habitação e segurança, e os demais serviços públicos essenciais, que efetivamente possibilitam a diminuição das desigualdades sociais.

2.4. Setores priorizados pelo e-governo

A digitalização no setor bancário foi uma ferramenta fundamental para vencer a hiperinflação que castigou o Brasil nos anos 1980. A partir da década 1990, investiu-se na digitalização do sistema bancário e financeiro brasileiro e, paulatinamente, passou-se a oferecer os mais modernos serviços de negociação e atendimento pela Internet, tudo devidamente regulamentado pelas autoridades financeiras federais.

Acompanhando esta tendência, a área fiscal foi rapidamente inserida na era digital. Desde 1997, o "Receitanet" foi implementado para apresentação *on*

[26] O Art. 73-B da Lei de Responsabilidade Fiscal concede prazos diferenciados, de 1, 2 e 4 anos para Municípios com menos de 100.000 habitantes para divulgação por meio eletrônico de seus planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentarias, assim como prestação de contas e relatório de execução orçamentaria e gestão fiscal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp101.htm#art73b>. Acesso em: 20/05/2021. O art. 176 da nova lei de licitações confere o prazo de 6 anos para os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes para realização da licitação sob a forma eletrônica e respectiva divulgação em sítio eletrônico oficial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 20/05/2021.

line das declarações de imposto de renda, dispensando o meio físico. Os cadastros nacionais de pessoas físicas e jurídicas passaram ao formato digital e, hoje, 100% das declarações de IR são digitais. A eficiência fiscal foi disseminada para todas as esferas de governo e disponibilizada para todos os tributos, incluindo os estaduais e municipais, integrando sofisticados sistemas de arrecadação de impostos e contribuições sociais no e-social.

Igual eficiência na digitalização se viu na esfera eleitoral, com um incrível *know-how* em eleições eletrônicas, com *softwares* modernos "para garantir mais transparência no processo eleitoral [...], um símbolo de credibilidade e democracia"[27], com um sistema de urnas eletrônicas disponibilizado para mais de 140 milhões de cidadãos, possibilitando a apuração de resultados de votação presidencial (nacional) em menos de 24 horas. A mesma eficiência viu-se nas eleições para governadores e prefeitos, assim como para os representantes do Legislativo.

2.5. Boa governança

O princípio da transparência, que foi consagrado como requisito da boa governança no Tratado da União Europeia, enfatizando a tomada de decisão aberta e a participação cidadã[28], está incluído na Proposta de Emenda Constitucional nº 32/2020[29], pretendendo criar um novo marco legal para a Administração Pública brasileira com uma profunda reorganização administrativa.

A transparência das ações do governo não pode ser vista como um fim em si mesmo, mas um meio de elevar o nível de credibilidade, auxiliando na boa governança e no desenvolvimento de toda a sociedade brasileira, e também no atingimento das metas de desenvolvimento sustentável estabelecidas pela Agenda 2030 da ONU[30], com as quais o Brasil se comprometeu em 2015, alçando nosso país a um novo patamar no cenário mundial, hoje globalizado.

Reconhece-se a estreita relação entre a boa governança e a transparência e adoção da digitalização do governo. Desde 2001, as Nações Unidas divulgam estudos relacionados ainda à confiabilidade, eficiência, engajamento dos cidadãos na entrega do serviço público, além de possibilitar o combate à corrupção e

---

[27] Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Junho/conheca-a-historia-da-urna-eletronica-brasileira-que-completa-18-anos>. Acesso em: 20/05/2021.

[28] Artigo 15.º 1. A fim de promover a boa governança e assegurar a participação da sociedade civil, a actuação das instituições, órgãos e organismos da União pauta-se pelo maior respeito possível do princípio da abertura. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

[29] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>. Acesso em: 20/05/2021.

[30] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 20/05/2021.

sustentabilidade, devendo, portanto, haver um esforço no sentido da promoção dos serviços públicos inclusivos e confiáveis no ambiente digital.

Em 2018, na pesquisa realizada pela ONU, o Brasil aparece na lista dos "top 10" países das Américas, apresentando índice alto (*high*) de desenvolvimento de governo digital, ocupando o 44º lugar no Ranking geral de 2018[31], com desenvolvimento do governo digital em diversas áreas, tais como a financeira, fiscal e eleitoral[32], tendo inclusive obtido destaque internacional, como bem apontou Mendes[33].

No entanto, nenhuma cidade brasileira atingiu níveis suficientes para estar entre as 40 cidades com os maiores índices de desenvolvimento de governo digital local[34]. O fenômeno da exclusão digital é preocupante. Pela *2018 Survey*, a exclusão digital pode acarretar ainda mais desigualdades e o Brasil corre o sério risco de ver aumentadas as desigualdades[35] caso não adote políticas públicas inclusivas de acesso à população, possibilitando a e-participação, com investimentos em Tecnologia de Informação e Comunicação voltados para a educação e inclusão digital. O Brasil vem caindo drasticamente de posições em razão de dois fatores: primeiro, porque outros países foram mais rápidos na implantação e difusão do e-governo; depois, porque também foram levados em conta, além da digitalização do governo federal, a infraestrutura e inclusão digital. Constatou-se a grande carência de "uma política integrada e abrangente, bem como a falta de acesso às tecnologias de informação e aos serviços de interesse ao cidadão"[36].

Além da desconsideração com o setor público, a falta de padronização das ferramentas digitais nas municipalidades também foi verificada como um

[31] *"Brazil – (On line Service Index): 0,9236; HCI (Human Capital Index): 0,7525; TII (Telecomunication Infrastructure Index): 0.5220; EGDI: 0,7327 - Rank 2018: 44".* (UNITED NATIONS, (2018), p. 136)

[32] ARRUDA, (2020), p. 380.

[33] "Foi em 2007 que alguns programas de sucesso do governo eletrônico obtiveram destaque internacional. Foram eles: Declaração do Imposto de Renda, onde 98% são entregues pela Internet; Sistemas Nacional de Integração de Informações em Justiça e Segurança Pública (Infoseg); A massificação do pregão eletrônico nas compras públicas federais; A nota fiscal eletrônica; O voto eletrônico; A certificação digital; O desenvolvimento de padrões de governo eletrônico". (MENDES, (2017), p. 14).

[34] Ibidem. p. 7 e 159.

[35] Mendes concluiu: "Percebe-se que o Brasil em um contexto geral ainda está longe de atingir uma posição de destaque em relação aos demais países. De acordo com o levantamento feito pela TIC Domicilio 2013, dentre os usuários que já utilizaram algum tipo de serviços de governo eletrônico são mais frequentes os que possuem ensino superior, correspondente a 88% dos cidadãos, que por sua vez são pertencentes à classe A (87%) e a faixa etária está entre 35 a 44 anos (74%). Entretanto, a maioria declarou que não fazem uso dos serviços de governo eletronico, pois preferem fazer contato pessoalmente com o órgão público, o que representa 63% dos cidadãos". (Ibidem. p. 22).

[36] Ibidem. p. 6.

fator depreciativo, na medida em que se verificou a existência de uma multiplicidade de redes administradas de forma isolada em relação à infraestrutura de serviços informatizados, sem padrões de desempenho e interatividade, e sem interfaces amigáveis, agravando o problema da exclusão digital[37].

3. Outras medidas rumo ao e-governo

Para auxiliar o ingresso neste novo cenário de governo digital, vê-se que muitas medidas vêm sendo adotadas, tais como a implantação da Secretaria de Governo Digital (SGD)[38], tendo por missão "transformar o governo pelo digital, promovendo a efetividade das políticas, a qualidade dos serviços e reconquistando a confiança dos brasileiros", como estratégia de Governo Digital até 2022[39]**, trazendo como prioridade a transformação dos serviços públicos pela realidade digital, e como medidas práticas** a disponibilização de carteira de trabalho digital, carteira digital de trânsito e alistamento digital.

3.1. LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Dando início a uma nova era no direito público, deve-se mencionar a Lei nº 13.655/2018[40], alterando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[41] e acrescentando dez novos artigos especialmente direcionados ao administrador público, ao controlador e ao juiz, que devem, doravante, ao decidir, considerar "as consequências práticas de suas decisões", explicitando sua motivação[42] de forma a permitir sua plena compreensão e ampla sindicabilidade.

---

[37] UNITED NATIONS, (2018), p. 7.

[38] Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/sisp/secretaria-de-governo-digital--sgd>. Acesso em: 20/05/2021; BRASIL. Decreto 10.366, de 22 de maio de 2020. Altera o Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança.

[39] BRASIL. Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

[40] Lei nº 13.655/2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 20/05/2021.

[41] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20/05/2021.

[42] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrar· a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Fazendo expressa referência ao meio digital, a LINDB dá enfase à participação popular, através da utilização de consulta pública para a edição de atos normativos, que "poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão"[43].

3.2. Lei Geral de Proteção de Dados

Seguindo rapidamente tendência da União Europeia[44] que, em 2018, trouxe a nova regulamentação de proteção de dados pessoais, o Brasil editou a Lei nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados, que trata especificamente da proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, com o desafio de compatibilizar os direitos fundamentais de liberdade e privacidade; a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor[45].

Nos termos do art. 3º, a lei possui um escopo bastante amplo, aplicando-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado. As hipóteses de exclusão da aplicação da lei foram enumeradas no art. 4º, especialmente o tratamento de dados realizado para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividade de investigação e repressão de infrações penais, ou seja, aquelas atividades públicas relacionadas a uma das funções mais básicas do Estado, qual seja, o uso legítimo da coerção para a proteção do território ou dos cidadãos, para as quais será necessário o tratamento por legislação específica.

3.3. Lei de licitações e contratos

A nova lei de licitações, recém-aprovada pelo Congresso Nacional (Lei nº 14.133/2021), dá especial destaque ao princípio da transparência, inserido

---

[43] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 20/05/2021.

[44] EUROPEAN UNION. *General Data Protection Regulation*. Disponível em: < https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 20/05/2021.

[45] Lei nº 13.709/2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 20/05/2021.

no rol do artigo 5º[46], juntamente com os demais princípios já consagrados das licitações. A digitalização do governo toma grande impulso com a nova lei de licitações, destacando-se a expressa referência à necessidade de utilização da tecnologia de informação e do controle social[47] que possibilitam o controle das contratações, ficando expressamente permitido, a qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica, representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação lei, nos termos do art. 170, § 4º.

A lei inova ainda ao prever, no artigo 6º, inciso LI, o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, um sistema informatizado de gerenciamento centralizado e com indicação de preços, destinado a permitir a padronização de itens a serem adquiridos pela Administração Pública e que estarão disponíveis para a licitação; assim como a utilização de sítio eletrônico oficial, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga, de forma centralizada, as informações e serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades (inciso LII).

Dada a transparência e possibilidade de controle que o processo licitatório digital proporciona, percebe-se claramente a preferência do legislador pela utilização de licitação por meio digital, devendo ser excepcional e motivada a

---

[46] Art. 5º. Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da *transparência*, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, e, nesse caso: I – o *sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;*

Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.

§ 4º. A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da *transparência*, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e *transparentes*.

[47] Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de *recursos de tecnologia da informação*, e, além de estar subordinadas ao *controle social*, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

utilização de outro meio[48]. Por esta razão, a lei tratou de adaptar todas as fases do processo licitatório, desde a preparação para o processo digital.

Quanto ao edital, a divulgação e manutenção de seu inteiro teor e de seus anexos tornou-se obrigatória no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), à disposição do público para fins de controle, sendo facultada a divulgação adicional em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles (art. 54).

A publicação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) torna-se condição de eficácia aos contratos e aditivos[49], sendo um sítio eletrônico oficial que deverá conter todas as informações relevantes das contratações, como planos de contratação anuais; catálogos eletrônicos de padronização; editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos; atas de registro de preços; contratos e termos aditivos; notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

O PNCP oferece ainda outras funcionalidades, como sistema de registro cadastral unificado; painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 da Lei; sistema eletrônico para a realização de sessões públicas; acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP); sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite o envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado.

---

[48] Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

VI – *os atos serão preferencialmente digitais,* de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput deste artigo deverá ser divulgado e mantido à *disposição do público em sítio eletrônico oficial* e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

§ 2º É permitida a *identificação e assinatura digital* por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP–Brasil).

§ 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

Art. 17. § 2º. As licitações serão realizadas *preferencialmente sob a forma eletrônica*, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.

[49] Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

O controle social está previsto no art. 164, sendo permitido a qualquer pessoa impugnar edital de licitação por irregularidade ou solicitar esclarecimento sobre seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame. A resposta à impugnação ou a pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.

4. Setores não digitalizados da Administração Pública

Apesar do grande avanço do governo rumo à digitalização, e de todos os esforços legislativos, percebe-se ainda um enorme déficit na área social: tanto no sistema de saúde pública como no sistema educacional, a digitalização é praticamente inexistente e sem integração de sistemas, contribuindo para o alargamento do abismo social, através da erosão digital, agravando a exclusão social e dificultando a participação popular, contribuindo para o agravamento do abismo digital, mais evidenciado em tempos de coronavírus.

4.1. Saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS), previsto nos arts. 196 a 200 da Constituição de 1988, fulcrado na universalidade, igualdade e gratuidade, e regulamentado pela Lei Complementar nº 141/2012, tido como o maior sistema público de saúde do mundo, responsável pela gestão de mais de 5 mil hospitais públicos federais, estaduais e municipais, mais de 350.000 leitos, incluindo cuidados intensivos e emergência, tem a missão hercúlea de prestar saúde a 70% da população e representa um enorme desafio para o Brasil. Uma burocracia arcaica e deficiente de recursos tecnológicos modernos de informática que permitiriam uma efetiva gestão de dados e informações de saúde, comprometendo a transparência e inviabilizando o controle, propicia enormemente a corrupção.

De fato, os investimentos em Tecnologia de Comunicação e Informação (TCI), equipamentos e treinamento de pessoal não foram suficientes nem proporcionais às demandas da população, especialmente nesses tempos de pandemia. O atraso na implantação do cartão de saúde digital e o prontuário médico eletrônico, bem como a ausência de interoperabilidade dos sistemas de saúde nas esferas federal, estadual e municipal[50] leva à conclusão de que, apesar dos esforços para implementação do e-SUS, o Brasil ainda está longe de ter um sistema de saúde digital[51].

[50] SABBATINI, (2007), p. 757.

[51] Ibidem. p. 751.

Durante a crise do Covid-19, percebe-se claramente como a ausência de digitalização dos registros médicos contribui para a distorção nos dados oficiais de contaminação divulgados, tratamento e número de óbitos que não correspondem à realidade vivenciada nos hospitais públicos lotados, dificultando também o controle da prioridade na vacinação.

Em que pese a existência de portais de transparência nos sítios oficiais do Sistema Único de Saúde, tais portais são subalimentados, gerando informações insuficientes e de pouco relevância, sendo que muitas informações relativas à disponibilidade de leitos nos hospitais federais e respectiva regulação somente se tornaram acessíveis à população após determinação judicial[52].

A grande opacidade que permeia a gestão da saúde contribui para a falta de equidade e injustiça social, donde decorre, naturalmente, o fenômeno da judicialização da saúde como único meio de ver, senão garantidas, ao menos expostas as pretensões individuais.

4.2. Educação

No setor educacional, a digitalização definitivamente não chegou. A maioria das escolas públicas brasileiras ainda não dispõe de infraestrutura mínima para permitir o retorno às aulas com segurança, tampouco equipamentos e treinamento para aulas virtuais, fato que se tornou público e notório com a pandemia[53].

Em razão das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública do Covid-19, para o ano letivo afetado pela pandemia, o governo federal dispensou os estabelecimentos de ensino de educação básica da obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos

[52] Ação civil pública nº. 5017491-62.2020.4.02.5101 - 15ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

[53] "... A falta de atividades escolares percebidas pelos estudantes é mais relacionada à inexistência de oferta por parte das redes escolares do que a problemas de demanda dos próprios alunos. Enquanto 13,5% dos estudantes de 6 a 15 anos não receberam materiais dos gestores educacionais e professores, apenas 2,88% não utilizaram os materiais que receberam por alguma razão pessoal. A análise por estrato de renda mostra que quanto mais pobre é o indivíduo, menor é a frequência na escola, menor a quantidade de exercícios recebidos e, pra piorar, menor o tempo dedicado aos exercícios recebidos. Consequentemente, menor foi o tempo para escola. É importante ressaltar que os alunos mais pobres são 633% mais afetados pela falta de oferta de atividades escolares que os alunos mais ricos. Conclui-se que a desigualdade de oportunidades e de resultados educacionais aumentará durante a pandemia, quebrando tendência histórica de décadas". (NERI; OSÓRIO (2020), p. 3)

termos da MP 934/2020[54], e daí resultou que, a partir de abril de 2020, as crianças brasileiras foram para casa sem aulas.

Por exemplo, quanto ao Município do Rio de Janeiro, que dispõe de uma das maiores estruturas de ensino público do Brasil, com quase 40.000 profissionais, a própria Secretaria de Educação reconhece, ao divulgar seu programa para educação básica de 2021, que "educação não foi a prioridade em meio à pandemia"; "soluções de ensino remoto foram pouco efetivas"; "serviço de internet suspenso"; "contratos suspensos de manutenção e limpeza" e "escolas com dificuldade de infraestrutura". O programa para 2021 prevê aulas remotas pela televisão, com um plano sem qualquer detalhamento ou programação específica para as crianças do ensino fundamental[55].

Passado mais de um ano do início da pandemia, a ausência de ferramentas para possibilitar o ensino à distância e aulas virtuais nas escolas públicas contribui para aumentar a desigualdade social. Esta é uma das maiores preocupações da UNESCO, que lançou um programa de coalizão mundial voltado para educação à distância, a fim de auxiliar na continuidade da educação através de uma plataforma digital[56]. Se a informatização do ensino de base houvesse sido priorizada, assim como o sistema bancário e fiscal, talvez pudéssemos estar hoje diante de um cenário bastante diferente. No entanto, adentramos 2021, o segundo ano letivo sem aulas presencias ou *on line* na maioria das escolas públicas do país.

A erosão digital, o afastamento e o esgarçamento social percebido nas camadas mais sensíveis e vulneráveis da sociedade, em decorrência da ausência de acesso à educação e informação digital, é agravado num país que já apresentava índices elevados de analfabetismo. De acordo com o Índice de Analfabetismo Funcional – INAF de 2018, cerca de 30% dos brasileiros entre 15 e 64 anos são

---

[54] BRASIL. Medida Provisória nº 934, de 1 de abril de 2020. Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8083046&ts=1586006575243&disposition=inline>. Acesso em: 20/05/2021.

[55] Ação civil pública nº. 5027295-54.2020.4.02.5101 - 15ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

[56] Disponível em: <https://en.unesco.org/covid19/educationresponse/solutions>. Acesso em: 20/05/2021.

analfabetos funcionais[57]. Não encontramos atualização dos índices de analfabetismo funcional desde 2018.

A falta de acesso à escolaridade contribui para a diminuição da "capacidade de compreender e utilizar a informação escrita e refletir sobre ela", comprometendo a participação social e acarretando o fenômeno da erosão digital na sociedade: somente as camadas mais educadas passam a ter possibilidade de acessar a informação disponibilizada nos meios digitais, especialmente as informações oficiais do governo digital, contribuindo para a alienação da população vulnerável e aprofundamento do abismo digital na sociedade brasileira.

Evidentemente, num mundo globalizado, a deficiência da digitalização nas áreas sociais é percebida pelos observatórios internacionais, contribuindo para a péssima colocação do Brasil nos rankings internacionais de *e-government*, como exposto no relatório *Survey 2018* do Departamento de Economia e Assuntos Sociais da ONU.

4.3. Acordo de Escazú

A crise sanitária do Covid-19 descortinou uma enorme crise social (com altos índices de desigualdade social), crise estrutural no sistema público de saúde e educacional (agravando os níveis de analfabetismo), crise econômica (marcada pelo baixo crescimento econômico), bem como crise ambiental (com o aquecimento global). Qualquer pretensão de superação desta crise impõe esforços conjuntos, demanda integridade, solidariedade, transparência e sustentabilidade.

No dia 22 de abril de 2021, dia da Mãe Terra, a Cúpula do Clima reuniu-se em Nova York com 40 líderes globais. Neste mesmo dia, entrou em vigor o Acordo de Escazú – Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, com a ratificação de 11 dos 24 países integrantes.

O Acordo foi elaborado em 2018 como fruto de importantes discussões que se iniciaram nas conferências das Nações Unidas sobre o desenvolvimento sustentável sediadas no Rio de Janeiro – "Rio 92", quando foi assinada a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento –, visando a acordos internacionais que respeitassem os interesses de todos e protegessem a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra. Também é resultado de discussões

[57] No estudo de 2001-2002, 61% dos entrevistados foram considerados Funcionalmente Alfabetizados; em 2007, 66%; e, nos três estudos realizados entre 2009 e 2015, o percentual de Funcionalmente Alfabetizados ficou estável em 73% para, em 2018, apresentar uma pequena oscilação negativa. Em síntese, apenas 7 entre 10 brasileiros e brasileiras entre 15 e 64 anos podem ser considerados Funcionalmente Alfabetizados conforme a metodologia do INAF pela estimativa de 2018. (INSTITUTO PAULO MONTENEGRO, (2018), p. 9).

havidas vinte anos depois da Rio 92, na chamada "Rio + 20", ocasião em que se renovaram os compromissos com o desenvolvimento sustentável, considerando a questão intergeracional, o fortalecimento da governança institucional, efetiva, transparente e democrática e a necessidade de se erradicar a pobreza, a fome e as doenças evitáveis.

Nas Conferências do Rio, a governança a nível regional, nacional e local para desenvolvimento sustentável foi destaque, recomendando-se a adoção de métrica unificada para dar mais transparência às metas obrigatórias e objetivos nacionais voluntários no que diz respeito à redução de emissões de gases de efeito estufa (GEE). Além do tema 10, foram também estabelecidas como metas a erradicação da pobreza extrema e da fome; o fornecimento de educação primária universal, a promoção de isonomia de gênero e aumento da autonomia da mulher; a redução da taxa de mortalidade infantil; a melhoria na atenção à saúde materna; o combate à AIDS, à malária e outras doenças; a sustentabilidade ambiental e o desenvolvimento de parcerias globais para o desenvolvimento, um embrião para a celebração do Acordo de Paris e das Metas de Desenvolvimento Sustentável que compõem a Agenda 2030.

O Acordo de Escazú será certamente um importante marco de transparência ambiental, composto de 4 eixos principais: 1) acesso à participação; 2) acesso à informação; 3) justiça em temas ambientais; 4) proteção dos defensores de direitos humanos em matéria ambiental. É o primeiro acordo ambiental que reconhece a proteção de defensores ambientais e o fortalecimento dos instrumentos de acesso à participação e à informação.

Esperamos que o Brasil, que se declara "voz ativa na construção da agenda ambiental global"[58], ratifique em breve o Acordo de Escazú, que tem como objetivo principal garantir o direito ao acesso à informação de maneira oportuna e adequada, a participar de maneira significativa nas decisões que afetam suas vidas e seu ambiente e a ter acesso à justiça quando estes direitos forem violados.

5. Conclusão

Parece-nos que o grande desafio do século XXI será dar concretude às mudanças para implantação do governo digital, com foco no desenvolvimento sustentável, e efetivamente prestando melhores serviços à sociedade, diminuindo as desigualdades, com responsabilidade social e maior transparência.

A boa governança exige procedimentos mais simples, desburocratizados, repudiando-se a substituição da burocracia física pela burocracia digital. Nada

[58] Declaração do Presidente Jair Bolsonaro na Cúpula do Clima no dia 22 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2021/04/brasil-reforca-compromisso-de-combate-ao-desmatamento-e-reducao-de-gases>. Acesso em: 20/05/2021.

justifica a opacidade nas ações e programas do governo num momento em que se exige da população os maiores sacrifícios, inclusive com o aumento do número de vidas perdidas.

A pandemia do Covid-19 tornou difícil o deslocamento e contato físico entre as pessoas, servindo como um acelerador do processo de digitalização, cabendo aos governos aprimorar suas plataformas permitindo a continuidade das atividades com eficiência, a prestação dos serviços públicos de forma remota, cuidando da distribuição de canais e equipamentos de acesso digital à população mais carente e levando a digitalização para áreas sociais onde a ausência de investimentos se reflete no visível aprofundamento do abismo digital.

Não bastam, todavia, os comandos genéricos das leis. Dar concretude à norma legal é a tarefa do administrador público, especialmente daquele mais próximo do cidadão. A integração dos dados produzidos nas mais diversas relações do Estado com o particular é fundamental para o gerenciamento eficiente. O novo paradigma de governo digital não pode se limitar à esfera federativa, devendo espraiar-se pelos demais entes, estaduais, distrital e municipais, proporcionando maior qualidade, eficiência, rapidez, controle e transparência. É necessária vontade política de cada um dos entes para a efetiva implantação das mudanças, transformando em realidade a norma legal voltada para a melhoria do cotidiano da população, especialmente de seus direitos sociais, dentre eles, a saúde e educação.

O momento é de transparência, de explicitação dos critérios técnicos adotados nas escolhas públicas, possibilitando o controle social do governo digital e viabilizando a participação popular, como previsto constitucionalmente ao povo brasileiro, colaborando para o fortalecimento da justiça social e a construção de uma sociedade mais justa e com menos desigualdades e, assim, atingir as metas estabelecidas pela Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.

Bibliografia

ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. O princípio da Transparência. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____. "Transparência, transparência, transparência". In: ARRUDA, Carmen Silvia Lima de et al. (Coord.). Direito em Tempos de Crise. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BREGA, José Fernando Ferreira. Governo eletrônico e direito administrativo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

COMUNIDADE EUROPEIA. Convenção de Aarhus. Convenção da UNECE sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de De-

cisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente. Disponível em <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/EU%20texts/conventioninportogese.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

EUROPEAN UNION. General Data Protection Regulation. Disponível em: < https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 20/05/2021.

INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. INAF Brasil 2018: resultados preliminares. São Paulo: Instituto Paulo Montenegro, 2018. Disponível em: <https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

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

MENDES, Joyce Martins. Governo Eletrônico no Brasil, 2017. Disponível em: <http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/2017/02/Artigo-Governo_Eletronico_-24-10-16.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

NERI, Marcelo; OSÓRIO, Manuel Camillo. Tempo para a Escola na Pandemia. Rio de Janeiro: FGV Social, 2020. Disponível em: <https://www.cps.fgv.br/cps/TempoParaEscola/>. Acesso em: 20/05/2021.

SABBATINI, Renato M. E. "e-Saúde". In: KNIGHT, Peter Titcomb; FERNANDES, Ciro Campos Christo; CUNHA, Maria Alexandra (Org.). E-Desenvolvimento no Brasil e no mundo – subsídios e programa e-Brasil. São Paulo: Yendis, 2007.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. Participação popular na administração pública - as audiências públicas. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

UNITED NATIONS. United Nations E-Government Survey 2018: Gearing E-Government to Support Transformation Towards Sustainable and Resilient Societies. New York: UN, 2018. p. 136: Disponível em: <https://www.unescap.org/resources/e-government-survey-2018-gearing-e-government-support-transformation-towards-sustainable>. Acesso em: 20/05/2021.

VAUGHN, Robert G. "Transparency in the Administration of Laws: the relationship between differing justification for transparency and differing views of Administrative Law". American University International Law Review, volume 26, issue 4, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=auilr>. Acesso em: 20/05/2021.

VILLELA, Renata Rocha. "Produção Legislativa em tempos de Crise". In: ARRUDA, Carmen Silvia Lima de et al. (Coord.). Direito em Tempos de Crise. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

CHECK-UP ÀS MEDIDAS ESPECIAIS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Ana Rita Carneiro

Doutoranda em Ciências Jurídicas (Ciências Jurídicas Públicas) na Escola de Direito da Universidade do Minho
Investigadora do JusGov e Bolseira da FCT

Sumário[1]**:** 0. Contextualização; 1. Breve análise das medidas especiais de contratação pública 2. Contratação pública em *quarentena*?

0. Contextualização

Assistimos, desde março, em Portugal, a duas pandemias – à pandemia da doença COVID-19 e à *pandemia* legislativa. Não almejamos ser exaustivos neste ponto, mas ainda assim, elencamos aqui, atenta a sua relevância, alguns dos muitos diplomas legislativos, que influenciaram a contratação pública neste quadro, seja por isenção de cumprimento de obrigações previstas no Código dos Contratos Públicos (doravante CCP) e noutros diplomas, seja pela criação de medidas excecionais relativas a procedimentos pré-contratuais ou à execução de contratos outrora celebrados. Assim: o DL n.º 10-A/2020, de 13 de março, que estabelece medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo coronavírus – COVID-19; a Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, que prevê medidas excecionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica

[1] A análise que apresentamos em *0. Contextualização* e *1. Breve análise das medidas especiais de contratação pública* corresponde em parte ao texto elaborado com a Senhora Professora Doutora Isabel Celeste M. Fonseca e publicado em: Isabel Celeste Fonseca, *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 277-286.

provocada pelo coronavírus SARS-COV-2 e a doença COVID-19; o Decreto n.º 10-E/2020, de 24 de março, que cria um regime excecional de autorização de despesa para a resposta à pandemia da doença COVID-19 e procede à primeira alteração ao DL n.º 10-A/2020, de 13 de março; o Decreto do Presidente da República n.º 17-A, de 2 de abril, que renova a declaração de estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública; o DL n.º 14-A/2020, de 30 de abril, que altera o prazo de implementação da faturação eletrónica nos contratos públicos; o Decreto do Presidente da República n.º 20-A, de 17 de abril, que procede à segunda renovação da declaração de estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública; o DL n.º 19-A/2020, de 30 de abril, que estabelece um regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença COVID-19; e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de junho, que aprova o Programa de Estabilização Económica e Social. Em todos estes diplomas encontramos medidas de combate à pandemia intercaladas com medidas de combate aos efeitos (colaterais) do coronavírus na sociedade portuguesa, o que se traduz num conjunto muito variado e de difícil acompanhamento e conjugação. Desde logo, num primeiro momento, pelos setores e contratos a celebrar que estariam abrangidos por estas exceções de cumprimento de obrigações e, depois pelo regime de exceção à autorização de despesa (ou isenção desta) e para o endividamento das entidades adjudicantes e, outrossim, pelo afastamento de obrigações resultantes de contratos celebrados anteriores à situação pandémica, como o regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura. Algumas destas medidas compreendem-se, antes de mais, pela necessidade de garantir a solvência do Estado, ao passo que outras, como o Programa de Estabilização Económica e Social, pretendem mitigar os efeitos nefastos do coronavírus.

Neste contexto, não podemos deixar de salientar as Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/01)[2], na qual a Comissão apresentou um conjunto de orientações, na forma de *soft law*, quanto à utilização, agora mais do que nunca, dos procedimentos pré-contratuais e da contratação pública, enquanto instrumentos de desenvolvimento de políticas públicas horizontais[3], como a saúde pública, no quadro do combate à pandemia. A necessidade de soluções rápidas, eficazes e eficientes dever-se-ia aliar à inovação, podendo encontrar no mercado parceiros para a busca por soluções mais inovadoras, ainda que prescindido de alguma buro-

[2] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0401%2805%29>

[3] A este propósito, entre outros, SUE ARROWSMITH / PETER KUNZLIK, (2009), pp. 12 e s. e o acórdão do TJUE Concordia Bus Finland Oy Ab, anteriormente Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin Kaupunki e HKL-Bussiliikenne, de 17 de setembro de 2002, proc. C-513/99.

cracia para a aliança[4]. No entanto, a Comissão Europeia elenca um conjunto de recursos que podem ser utilizados: "[e]m primeiro lugar, em casos urgentes, podem recorrer à possibilidade de reduzir substancialmente os prazos para acelerar concursos abertos ou limitados. Se essas flexibilidades não forem suficientes, pode prever-se um procedimento por negociação sem publicação. Em última análise, pode até ser autorizado um ajuste direto a um operador económico pré-selecionado, desde que este seja o único em condições de entregar os fornecimentos necessários dentro dos condicionalismos técnicos e de tempo impostos pela extrema urgência. Além disso, os adquirentes públicos devem considerar igualmente a possibilidade de encontrar soluções alternativas e de envolvimento com o mercado"[5]. Um pouco mais adiante especifica que: "[a]s autoridades adjudicantes podem adjudicar contratos públicos através de um procedimento por negociação sem publicação, "na medida do estritamente necessário, quando, por motivo de urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis para as autoridades adjudicantes, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos e pelos concursos limitados ou pelos procedimentos de concurso com negociação. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não podem, em caso algum, ser imputáveis às autoridades adjudicantes" [art. 32.º, 2, c), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014]. Visto que, neste caso, as autoridades adjudicantes aplicam uma derrogação do princípio fundamental do Tratado em matéria de transparência, o Tribunal de Justiça Europeu exige que a utilização deste procedimento continue a ser excecional. Todas as condições têm de ser preenchidas cumulativamente e interpretadas restritivamente (ver, por exemplo, os processos C-275/08, Comissão/Alemanha, e C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingenieri). Um «procedimento por negociação sem publicação" permite às autoridades adjudicantes negociar diretamente com os potenciais contratantes; a adjudicação por ajuste direto a um operador económico pré-selecionado continua a ser uma situação de exceção, aplicável se apenas uma empresa for capaz de cumprir os condicionalismos técnicos e de tempo impostos pela extrema urgência. Cada autoridade adjudicante terá de avaliar se estão satisfeitas as condições para a utilização de um "procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso". A autoridade em questão terá de justificar a sua escolha

[4] Num outro momento a Comissão Europeia admitiu a necessidade de simplificar etapas procedimentais, para uma melhor utilização dos contratos públicos, enquanto instrumentos de promoção de políticas horizontais – veja-se, a título de exemplo, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - «Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa», COM/2017/0572 final, de 3 de outubro de 2017.

[5] Comunicação da Comissão - Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/01), de 1 de abril de 2020, pág. 1.

desse procedimento num relatório individual»[6]. Por outras palavras, a Comissão Europeia reserva o procedimento por negociação sem publicação - os nossos ajuste direto e consulta prévia-, para casos excecionalíssimos, que preencham, cumulativamente, os requisitos previstos no art. 32.º, 2, c) da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos: *acontecimentos imprevisíveis para a entidade adjudicante; uma urgência de tal ordem, que torna impossível o cumprimento dos prazos gerais*; *nexo de causalidade entre a necessidade a ser colmatada indubitável e a impossibilidade de cumprimento dos prazos gerais;* e *deverá ser utilizado, tão-só e na medida da impossibilidade de satisfação do interesse público, por outro meio mais estável.* Até nesta situação os Estados-Membros deveriam optar por encurtar os prazos dos concursos abertos ou limitados, em vários momentos; flexibilizar a atuação das entidades adjudicantes, como permitir o contacto de potenciais concorrentes ou candidatos por telefone ou correio eletrónico ou, ainda, procurar soluções diversas junto dos operadores económicos.

Não nos parece, salvo melhor opinião, que tenha sido este o caminho traçado pelo legislador português, num primeiro momento de *pandemia* legislativa. A facilitação do acesso ao ajuste direto e à consulta prévia mostrou ser preferência para compras rápidas e ágeis, nem sempre com o crivo prévio do Tribunal de Contas. O legislador nacional, ao contrário da União Europeia, encarou os contratos públicos como um inimigo, obstaculizador, ao combate à pandemia, ao invés de um parceiro, aliado, instrumento na concretização desse combate.

1. Breve análise das medidas especiais de contratação pública

Ainda em contexto pandémico, surge a Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.ª[7], que, segundo a exposição de motivos, vem dar voz a um conjunto de medidas previstas noutros documentos do Governo, como o Programa de Estabilização Económica e Social, o Plano de Recuperação e Resiliência, o Plano de Ação para a Transição Digital, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020, de 21 de abril, e no Programa do XXII Governo Constitucional. Os conteúdos destes documentos traduzem-se na promoção de objetivos, além do objetivo da satisfação imediata do interesse público, através dos contratos públicos, ou seja, vertem-se em políticas públicas que o Governo assume como

[6] Comunicação da Comissão - Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/01), de 1 de abril de 2020, pág. 4.

[7] Para o presente artigo foi adotada a última versão disponibilizada, no sítio da Assembleia da República, identificada como «Decreto 95/XIV». Disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45053

horizontais[8] e prioritárias. São definidos setores, cuja necessidade de rápidas mudanças é imperiosa e justificativa das mudanças propostas. Destarte, o art. 1.º da referida Proposta de Lei define o âmbito de aplicação do diploma nos seguintes termos: "[a] presente lei procede à: a) Aprovação de medidas especiais de contratação pública em matéria de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, de habitação e descentralização, de tecnologias de informação e conhecimento, de saúde e apoio social, de execução do Programa de Estabilização Económica e Social e do Plano de Recuperação e Resiliência, de gestão de combustíveis no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais (SGIFR) e, ainda, de bens agroalimentares" -, medidas estas que agilizarão os procedimentos pré-contratuais aqui simplificados, para "uma resposta mais célere a carências identificadas na sociedade civil" e de intervenção prioritária.

Para estes setores, o legislador desenhou um conjunto de medidas especiais de contratação pública que irão guiar os procedimentos pré-contratuais que se iniciem após a sua entrada em vigor[9], apontada para dia 1 de janeiro de 2021, pelos artigos 25.º e 26.º. Deste modo, procedimentos pré-contratuais atinentes: "à execução de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus" (art. 2.º); "à promoção de habitação pública ou de custos controlados ou à intervenção nos imóveis cuja titularidade e gestão tenha sido transferida para os municípios, no âmbito do processo de descentralização de competências" (art. 3.º); "à celebração de contratos que tenham por objeto a aquisição de equipamentos informáticos, a aquisição, renovação, prorrogação ou manutenção de licenças ou serviços de *software*, a aquisição de serviços de computação ou de armazenamento em *cloud*, a aquisição de serviços de consultoria ou assessoria e a realização de obras públicas associados a processos de transformação digital" (art. 4.º); "à celebração de contratos que tenham por objeto a locação ou aquisição de bens móveis, assim como empreitadas de obras públicas que se destinem à construção, renovação ou reabilitação de imóveis no âmbito do setor da saúde, das unidades de cuidados continuados e integrados, e do apoio social no âmbito das pessoas idosas, da deficiência, da infância e da juventude" (art. 5.º); à promoção de "setor de atividade sobre o qual recaia a intervenção em causa, sejam consideradas integradas no âmbito do Programa de Estabilização Económica e Social, aprovado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de junho, ou no Plano de Recuperação e Resiliência" (art. 6.º); à "celebração de contratos que tenham por objeto a locação ou a aquisição de bens, a aquisição de serviços ou a realização de empreitadas necessárias para a gestão dos combustíveis no âmbito do SGIFR" (art. 7.º); à aquisição de bens agroalimentares, quando tais bens sejam

[8] E, não como políticas secundárias. Diríamos mais, são assumidas como *protagonistas*, ou principais.

[9] Apontada para 01 de janeiro de 2021, o que não se veio a concretizar devido ao veto presidencial.

«a) Provenientes de produção em modo biológico; b) Fornecidos por detentores do Estatuto da Agricultura Familiar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64/2018, de 7 de agosto; c) Fornecidos por detentores do estatuto de "Jovem Empresário Rural", aprovado pelo Decreto-Lei n.º 9/2019, de 18 de janeiro» (art. 8.º), terão um conjunto de novos procedimentos pré-contratuais simplificados, com isenção de certas obrigações previstas no CCP, quer para as entidades adjudicantes, quer para os operadores económicos que pretendam aceder ao mercado dos contratos públicos.

O regime previsto nos artigos 2.º e 9.º e seguintes aplica-se a procedimentos pré-contratuais em matéria de habitação e descentralização, de tecnologias de informação e conhecimento, setor da saúde e apoio social e setores de atividade sobre os quais recaia o Programa de Estabilização Económica e Social e o Plano de Recuperação e Resiliência, *ex vi* dos artigos 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, respetivamente. Tanto à aquisição de bens alimentares, que preencham as condições descritas *supra*, como às compras necessárias à gestão dos combustíveis no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais, artigos 7.º e 8.º, aplicar-se-ão regimes próprios.

As exceções previstas ao CCP traduzem-se num conjunto de procedimentos pré-contratuais simplificados, previstos, inicialmente, no art. 2.º, sendo, depois, desenvolvidas as novas regras procedimentais nos artigos 9.º e seguintes. Assim, nos termos do art. 2.º, a), sempre que o valor do contrato a celebrar seja inferior aos limiares europeus previstos nos n.os 2, 3 ou 4 do artigo 474.º do CCP, a entidade adjudicante tem ao seu dispor o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação simplificados, sendo que os prazos para a apresentação de propostas e candidaturas nestes dois procedimentos pré-contratuais foram reduzidos aos prazos, previstos no CCP, para situações urgentes[10], com dispensa da fundamentação obrigatória para a sua utilização.

As entidades adjudicantes podem também recorrer à nova consulta prévia simplificada, convidando, pelo menos, cinco entidades, sempre que o valor do contrato seja inferior quer aos limites indicados no art. 474.º, 2, 3 ou 4 do CCP, quer a €750 000 –artigo 2.º, b). Além desta opção, resta o ajuste direito simplificado, que seguirá os termos do art. 128.º do CCP, quando o valor do contrato for inferior a €15 000.

Não podemos avançar sem adiantar umas breves notas diferenciadoras sobre este regime de medidas especiais da contratação pública em relação ao CCP. Desde logo, notar a diferença entre os valores limite para o ajuste direto simplificado, previstos no CCP – aquisição ou locação de bens móveis e aqui-

[10] Concurso público (art. 136.º, 3 do CCP): 15 dias; concurso limitado por prévia qualificação (art. 174.º, 2 do CCP): 15 dias; concurso limitado por prévia qualificação com publicidade europeia (artigo 191.º, 5 do CCP): 10 dias.

sição de serviços até €5 000 e empreitada de obras públicas até €10 000[11] -, e o deste novo regime de medidas especiais, que está limitado ao valor máximo de €15 000 (independentemente do objeto do contrato), o que se traduz num aumento expressivo (triplo) nos três primeiros casos. A consulta prévia simplificada conhece várias mudanças relativamente ao explanado no CCP. Assim, a entidade adjudicante deve convidar, pelo menos cinco operadores económicos, em vez dos três estabelecidas no art. 112.º, 1 do CCP, além dos requisitos cumulativos quanto ao valor do contrato a celebrar que são igualmente alterados. De destacar a evolução legislativa sofrida pela Proposta de Lei n.º 41/XIV/1ª, que inicialmente previa tão-só os tetos máximos respeitantes aos limiares previstos no art. 474.º, 2, 3 ou 4 do CCP. Após as alterações culminou na redução para €750 000 como valor máximo do contrato a celebrar pela entidade adjudicante, através do procedimento de consulta prévia simplificada.

O concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação e a consulta prévia simplificados serão tramitados nas plataformas eletrónica, de acordo com o art. 10.º da Proposta de Lei. Só assim não será, aquando a apresentação das propostas na consulta prévia simplificada tendentes à celebração de contratos com valores inferiores aos referidos no artigo 19.º, c), no artigo 20.º, 1, c), no art. 21.º, 1, b) ou no art. 31.º, 4 do CCP. Ou seja, em contratos desde €75 000 a €150 000, consoante o caso.

Não respeitando a ordem cronológica dos artigos, apresentamos três medidas com o mesmo âmago – libertar as entidades adjudicantes de etapas burocráticas, que, no normal curso de um procedimento pré-contratual, de acordo com o CCP, atrasavam a célere conclusão do mesmo. As entidades adjudicantes ficam dispensadas do dever de fundamentação pela opção de não adjudicação por lotes[12] e aquando da fixação do preço base[13], conforme o mencionado no art. 11.º da Proposta de Lei. O trabalho do júri será abreviado à elaboração do relatório preliminar e do relatório final, após audiência prévia sobre o primeiro, não havendo lugar a múltiplas audiências prévias, como acontece no art. 124.º, 2, no art. 148.º, 2 e no art. 186.º, 2 do CCP. No sentido da célere conclusão do procedimento pré-contratual foram também reduzidos os prazos disponíveis para os concorrentes se pronunciarem sobre o relatório preliminar, pelo que será de três dias no caso da consulta prévia simplificada e de cinco dias no concurso público e no concurso limitado por prévia qualificação, em consonância com o art. 14.º, 1 da Proposta de Lei.

Num outro par de artigos, que partilham o mesmo objetivo – facilitar e promover o acesso de operadores económicos ao mercado dos concursos públi-

[11] Previstos no art. 128.º do CCP.

[12] Ao contrário do que sucede no art. 46.º- A, 2 do CCP.

[13] Em sentido inverso do art. 47.º, 3 do CCP

cos, encontramos os artigos 13.º e 15.º. O regime de impedimentos previsto no art. 55.º do CCP é aqui excecionado em dois momentos. Num primeiro momento, por se considerar, para efeito do art. 55.º, 1, d) e e) do CCP, que têm situação tributária ou contributiva regularizada, os candidatos ou os concorrentes, que tendo dívidas tributárias, ou relativas às contribuições para a segurança social, se encontrem nalguma das situações previstas no n.º 2 do artigo 208.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, ou nas alíneas b) a d) do n.º 1 do artigo 177.º-A do Código de Procedimento e de Processo Tributário. Indo mais avante, neste outro propósito, que não apenas o da satisfação exclusiva da necessidade pública imediata, o legislador considera também admissíveis à participação nestes procedimentos, os operadores económicos com situação contributiva ou tributária não regularizada, desde que as dívidas relativas a contribuições sociais ou relativas a impostos: "a) [r]esultem da impossibilidade temporária de liquidez, comprovada por termo de revisor de contas ou de contabilista certificado; e b) [n]ão excedam, em conjunto, 25 000€". Para proteção da Segurança Social e da Administração Tributária e Aduaneira, caso a proposta adjudicada seja a do concorrente, nesta situação, a entidade adjudicante deverá reter a totalidade do montante em dívida e proceder ao seu depósito junto daquelas entidades, para regularização da situação contributiva e/ou tributária do operador económico[14].

A outra medida, promovedora da recuperação económica e do tecido empresarial, está prevista no art.15.º da Proposta de Lei. O legislador optou por aligeirar o regime da caução, podendo a entidade adjudicante isentar o adjudicatário da obrigação de prestação desta, quando demonstre a impossibilidade de: "a) [p]roceder ao depósito em dinheiro por falta de liquidez, comprovada por termo de revisor oficial de contas ou de contabilista certificado; e b) [o]bter seguro da execução do contrato a celebrar ou declaração de assunção de responsabilidade solidária, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 88.º do Código dos Contratos Públicos, junto de, pelo menos, duas entidades seguradoras ou bancárias". Mais uma vez, como mecanismo de segurança, nestas situações, a adjudicante aplicará a opção concedida no artigo 88.º, 3 - "se considerar conveniente, proceder à retenção de até 10% do valor dos pagamentos a efetuar, desde que tal faculdade seja prevista no caderno de encargos".

O comprador público caso opte pela consulta prévia simplificada deverá não só respeitar os limites previstos no art. 2.º, b), como também o disposto no art. 12.º, a propósito do convite às cinco entidades. Ao contrário do inicialmente proposto, o legislador sujeita este procedimento a um limite subjetivo, ou seja, só poderão ser convidadas as entidades: "[às] quais a entidade adjudicante já tenha

[14] "[F]icando afastado, no demais, o disposto no artigo 31.º-A do regime da administração financeira do Estado e no artigo 198.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social" - parte final do art. 13.º, 2.

adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, na sequência de consulta prévia simplificada adotada ao abrigo da presente lei, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja: a) Igual ou superior a 750 000 €, no caso de empreitadas de obras públicas ou de concessões de serviços públicos e de obras públicas; b) Igual ou superior aos limiares referidos nas alíneas b) ou c) do n.º 3 ou b) do n.º 4 do artigo 474.º do Código dos Contratos Públicos, consoante o caso". Aplicar-se-ão à consulta prévia simplificada os limites previstos no artigo 113.º, 3 a 6 do CCP e deverá a entidade adjudicante a comunicar ao Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, IP (IMPIC, IP) e à Autoridade da Concorrência, qualquer exclusão de propostas com fundamento na violação do art. 12.º da Proposta de Lei. Nota-se uma clara intenção legislativa de restringir o acesso à consulta prévia simplificada, garantindo a (possível) transparência, igualdade de tratamento e oportunidades e a vestigial concorrência, limitação esta que não existia na proposta inicial.

Uma vez mais, com o moto da celeridade, foram diminuídos os prazos das impugnações administrativas, quer de apresentação, de pronúncia dos contrainteressados, quer de decisão da impugnação, para três dias.

Relativamente à fiscalização dos contratos celebrados ao abrigo deste regime excecional, sem prejuízo dos casos que se encontram legalmente submetidos a fiscalização prévia, todos os outros deverão ser remetidos até 30 dias, após a respetiva celebração (art. 17.º). Além disso, deverá ser criada uma comissão independente de acompanhamento e de fiscalização, com especial foco nas exigências de transparência e imparcialidade. A comissão será composta por cinco membros, designados pela Assembleia da República (um membro) e pelo Governo (os restantes membros), e deverá reportar semestralmente relatórios de avaliação dos procedimentos, quer à Assembleia da República, quer ao Governo[15].

2. Contratação pública em *quarentena*?

Sob os desígnios da celeridade, simplificação, flexibilização, rápida implementação dos fundos europeus e supressão de falhas em setores considerados pelo legislador como cruciais, estas medidas especiais de contratação pública apresentam-se como um regime *derrogador* do CCP. Partilhamos algumas inquietações quanto à possibilidade de *derrogação oportunista* que aqui se verifica, ainda que justificada, em parte e tão-só numa pequena medida, pela pandemia da doença COVID-19.

[15] Este é um dos pontos *sub judice* no veto presidencial à Proposta de Lei ora analisada. Disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45053

Acresce que muitas das soluções avançadas, mormente na versão inicial da Proposta de Lei, levantam-nos dúvidas de compatibilização com valores estruturantes do sistema da contratação pública, como a transparência, a luta contra a corrupção, o favoritismo, a não discriminação, a igualdade de tratamento e de oportunidades[16]. O mesmo se adiantou nos pareceres apresentados na Assembleia da República, como no parecer apresentado pelo Tribunal de Contas, no qual se pode ler: "Entende-se que esta proposta representa um retrocesso no desejado processo de harmonização das regras da contratação pública, pois abre a porta à criação de regimes de exceção que desvirtuam os princípios gerais da atividade administrativa e, em especial. da contratação pública, designadamente dos plasmados nas diretivas europeias da contratação publica"[17].

Ainda que atuando no cenário abaixo dos limiares europeus previstos no art. 474.º do CCP, não podemos deixar de ser igualmente críticos das opções tomadas, sendo de apontar conflitos constantes entre políticas públicas horizontais, como a habitação, a saúde pública, a recuperação económica e estas opções. Se não vejamos a opção pela isenção de fundamentação no caso da decisão de não adjudicação por lotes. Não será esta uma medida facilitadora do fracionamento da despesa? Questionamos se não seria possível alcançar o mesmo resultado com um concurso público simplificado, com opção pela adjudicação por lotes, que aquele conseguido com várias consultas prévias simplificadas, sendo que a primeira opção vai de encontro ao já muito aludido pela Comissão Europeia, nomeadamente quanto à aliança entre a divisão da adjudicação por lotes e a promoção das PME[18]. A opção por um concurso público ou um concurso limitado por prévia qualificação simplificados de valores consideráveis com adjudicação por lotes *versus* variadas consultas prévias simplificadas, além de permitir o acesso a uma grande fatia do tecido empresarial português, oferece mais garantias de concorrência, publicidade, igualdade, transparência, não discriminação - todos estes princípios norteadores da contratação pública (art. 1.º-A do CCP). Além de que procedimentos abertos ao mercado combatem favoritismos - um outro mote do que o legislador segue na alteração, prevista na Proposta de Lei, das regras do CCP[19].

---

[16] *Vide* art.1.º-A do CCP.

[17] Parecer do Tribunal de Contas à proposta de Lei n.º 41/XIV, que estabelece medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, pág. 3. Disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45053.

[18] Entre outros veja-se o considerando 78 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE.

[19] Em determinados contratos o adjudicatário será obrigado a apresentar um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas, enquanto documento de habilitação.

Pela análise do Tribunal de Contas, da Proposta de Lei, tal entidade considera "negativa a necessidade de substituição dos procedimentos concursais e abertos à concorrência, por procedimentos fechados, como seja a consulta prévia a cinco entidades escolhidas pela entidade adjudicante. A simplificação invocada estará certamente, e apenas, na escolha livre de entidades a convidar, e não nos prazos procedimentais, uma vez que, de acordo com a revisão operada ao CCP em 2017, os prazos de apresentação de propostas em concursos públicos, que não sejam publicitados no JOUE, podem ser de apenas 6 dias (cf. artigo 135°, n.os 1 e 2 do CCP)"[20]. Também nos parece recorrente que o legislador português opta por beneficiar os procedimentos fechados à concorrência e à publicidade, como são o ajuste direto e a consulta prévia, ao invés de beneficiar as oportunidades já consagradas no CCP, como o concurso público urgente, e outros, que podiam, como recomendado pela Comissão Europeia[21], ser objeto de encurtamento dos prazos aplicados.

Apesar das medidas introduzidas para evitar estes *males*, como a descida de valor do contrato a celebrar através de consulta prévia simplificada, a sujeição a restrições ao convite de operadores económicos (art. 12.º) ou a obrigação de tramitação dos procedimentos pré-contratuais nas plataformas eletrónicas, tais não nos parecem suficientes. Talvez tivesse sido igualmente oportuno e prudente prescrever a obrigatoriedade de a entidade adjudicante fundamentar a escolha das cinco entidades convidadas a participar na consulta prévia simplificada.

O balanço entre a burocracia, a delonga dos procedimentos iniciados ao abrigo do CCP, a concorrência, a transparência, entre outros valores, é um processo descortinável, sendo que, momentos como a isenção de algumas etapas a serem preenchidas pela entidade adjudicante, como a fundamentação sobre a fixação do preço base, ou a supressão da possibilidade de mais do que uma audiência prévia sobre os relatórios do júri, permitem que o dinheiro circule mais depressa, abdicando no entanto, de etapas de controlo, a efetuar, designadamente, por outras instâncias, como o Tribunal de Contas.

A pouco eficiente e eficaz implementação dos fundos europeus, não raras as vezes por motivos procedimentais, *quarentenou* a legislação portuguesa relativa à contratação pública, em troca de uma implementação. A *quarentena* do CCP e demais legislação excecionada nestas medidas especiais de contratação pública findar-se-á no dia 31 de dezembro de 2022, nos termos dos artigos 3.º, 4.º

[20] Parecer do Tribunal de Contas à Proposta de Lei n.º 41/XIV, que estabelece medidas especiais de contratação pública e altera o Código dos Contratos Públicos e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, pág. 4. Disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45053.

[21] Comunicação da Comissão - Orientações da Comissão Europeia sobre a utilização do quadro em matéria de contratos públicos na situação de emergência relacionada com a crise da COVID-19 (2020/C 108 I/01), de 1 de abril de 2020.

e 5.º. da Proposta de Lei. Para todos os outros setores, como os procedimentos pré-contratuais relativos à execução de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, no âmbito do Sistema de Gestão Integrada de Fogos Rurais, à aquisição de bens agroalimentares e à execução do Programa de Estabilização Económica e Social e do Plano de Recuperação e Resiliência, não se encontra estabelecido um limite temporal à sua aplicação, nem nenhuma remissão para outras normas definidoras do mesmo.

Um sinal da confusão entre medidas de combate à pandemia com medidas de combate aos efeitos colaterais do coronavírus encontra-se no art. 5.º, que foi acrescentado depois da observação a esse respeito no parecer do Tribunal de Contas. A proposta inicial não justificava a exclusão deste setor, que mais do que nunca necessita de mecanismos facilitadores do seu funcionamento, enquanto era incluído o setor das tecnologias da informação e comunicação.

Por tudo, concluímos com uma reflexão e uma questão. Primeiramente, somos obrigados a concluir que, neste momento, a contratação pública está de *quarentena* não por estar infetada com o novo coronavírus, mas por estar a combater os efeitos adversos do mesmo, na sociedade portuguesa. Depois, questionamos se a excecionalidade poderá justificar a fuga à juridicidade.

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E AS REQUISIÇÕES ADMINISTRATIVAS EM TEMPOS DE COVID-19

Fernanda Karoline Oliveira Calixto

Analista do Ministério Público do Estado de Alagoas (Brasil). Professora da Universidade de Ciências da Saúde de Alagoas (UNCISAL) e do Centro Universitário CESMAC Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas (UMinho)

SUMÁRIO: Introdução. 1. A supremacia do interesse público sobre o interesse privado 2. Administração pública dialógica. 2.1. Contratualização das relações administrativas 2.2 Consensualização das relações administrativas 3. A requisição administrativa: Reflexões sobre o uso da requisição administrativa em tempos de Covid-19. Conclusões.

Introdução

A pandemia de Covid-19 tem e teve inúmeras repercussões no cenário das relações jurídicas, promovendo avanços nas relações administrativas, mas, por outro lado, induzindo a Administração Pública ao uso de antigos instrumentos, típicos de uma Administração Pública mais impositiva e autoritária.

Entre tais instrumentos encontra-se a requisição administrativa, dirigida a bens e serviços, tais quais medicamentos, equipamentos de respiração artificial, leitos hospitalares, os quais se colocam como elementos escassos no mercado, o que dificulta a contratualização das relações entre o particular e o Estado.

Enquanto um típico instrumento de exceção, mitigador de direitos individuais fundamentais, principalmente o direito de propriedade, o uso do instrumento enseja cautelas, mormente pelas poucas experiências de seu uso num cenário democrático.

As características do instituto da requisição administrativa nos colocam diante de um Estado que intervém na propriedade privada e outras liberdades unilateralmente, com discricionariedade, imperatividade e autoexecutoriedade, e que só indeniza o particular se houver dano, e após cessado o perigo que justificou a medida.

E tudo isto num momento histórico em que as teorias administrativistas moviam o olhar para uma Administração dialógica, contratualizada e ou consensualizada.

A contradição com a qual nos deparamos é realmente ímpar, uma vez que, não interessa o ângulo do qual estejamos olhando, as lentes a serem usadas devem ser as lentes do interesse público, este fluído e difícil conceito erigido à categoria de supremo, supostamente superior ao interesse privado.

Tendo estas premissas em vista, o presente artigo busca refletir sobre a contratualização das relações administrativas numa época de adaptações e ajustes nos contratos administrativos, para, em sequência, se voltar à análise de uma clássica e drástica medida de exercício unilateral de poder da Administração Pública, que é a requisição, tudo sob as lentes da preservação do interesse público.

O foco do trabalho, porém, não está em fazer uma contraposição entre o interesse público e o direito de propriedade, com tendências à defesa das propriedades privadas, como tem sido a tônica de outras abordagens, embora se reconheça ser importante na medida em que é do interesse público realizar o melhor para a sociedade e seus componentes. Daí que o problema que se coloca é o seguinte: como a requisição administrativa pode impactar negativamente, a médio e longo prazo, a própria Administração Pública?

O ordenamento jurídico que embasa a análise é o ordenamento jurídico brasileiro, mas não se desconhece a existência de institutos similares em outras ordens.

A metodologia empregada é de cunho dedutivo a crítico, valendo-se de pesquisa em material bibliográfico e documental.

1. A supremacia do interesse público

A noção de supremacia do interesse público compreende um dos pilares do regime jurídico-administrativo, ao lado da clássica noção de indisponibilidade de interesse público. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, de difícil definição, ora usado para justificar a ação pública, ora para limitar sua ação.

Neste sentido o texto da Constituição da República Federativa do Brasil estampa, de modo plurissignificativo, em várias passagens o dever de proteção aos interesses coletivos[1], interesses nacionais[2] e interesses sociais[3], que podem ser compreendidos como interesses públicos.

A título de comparação, o texto da Constituição Portuguesa, de modo amplo, determina a salvaguarda do interesse público, fazendo uso de diferentes termos: interesses constitucionalmente protegidos[4], interesse nacional[5], interesse geral[6] e interesse público[7].

---

1 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

2 Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

3 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

4 Artigo 18. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

5 Artigo 35. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional.

6 Artigo 52. 1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respetiva apreciação.

Artigo 61. 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

7 Artigo 63. 5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º.

A multiplicidade de termos a referir o que seria o interesse público também pode ser encontrada na Constituição Espanhola: interesse geral[8], interesse social[9] e interesse público[10].

Em suas origens, o termo esteve associado à noção de vontade geral, noção esta que, ao tempo da Revolução Francesa servia para legitimar a atuação do poder público[11]. É comum que se associe a noção de supremacia do interesse público com um viés de autoritarismo estatal, ao menos em suas origens.

Isto porque na Supremacia do interesse público temos um conjunto de poderes e privilégios instrumentais atribuídos à Administração Pública em face de uma suposta sobreposição a direitos individuais, os quais podem, muitas vezes serem direitos fundamentais.

A especial posição destes nas ordens jurídicas contemporâneas, porém, nos faz questionar esta sobreposição, mormente quando se adota uma concepção nominalista[12] de interesse público, na qual o interesse público seria somente o que a Administração Pública ou a lei afirmem que é.

Eis que, diante da democratização dos Estados e da formação de um Estado pluriclasse, já não é possível conceber que exista tão somente um interesse público, "uno e objetivamente identificável"[13].

Eis que o Estado tem sofrido mudanças que se direcionam ao reequilíbrio da relação entre o Poder Público e a sociedade, cujo objetivo é responder às necessidades de uma sociedade pluralista e poliárquica, o que gera uma admi-

---

[8] Artículo 30. 3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.

Artículo 44. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

Artículo 47 Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos

[9] Artículo 33. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

[10] Artículo 76. Artículo 76 1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

[11] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder, 2010, p. 156.

[12] MEDAUAR, Odete, 2016, p. 232.

[13] MEGNA, Bruno, 2019, p. 86.

nistração pública "cada vez mais aberta, flexível, descentralizada e, até, como se verá, desestatizada"[14].

Num Estado Pluriclasse os legislativos recebem a representatividade não mais de uma ou duas classes, mas das inúmeras que componham a sociedade em que se enquadrem e, por consequência, passam a ser influenciados por múltiplos interesses que circulam no escopo social, formando um neocontratualismo, já não mais de grupos de indivíduos, e sim de grupos de interesses[15].

Não bastasse isso, na arena pública se desenha uma ciência jurídica também com função contramajoritária, na qual é preciso proteger os direitos e interesses das minorias e ainda garantir a todos a preservação da segurança jurídica.

Logo, não se pode tratar o interesse público como único interesse, mas como resultado de adequadas ponderações[16] de interesses em cada hipótese[17], da forma mais ampla possível.

É preciso ter em conta, ainda, a mutabilidade natural do conceito, que lhe permite uma interpretação contextualizada de acordo com o estágio constitucional do Estado em que se busque sua aplicação. Neste sentido, "el interés general, que es um concepto jurídico indeterminado, problablemente admite diferentes entendimentos em función del modulo constitucional em el que nos encontremos"[18].

O que não se pode é conceber que a identificação do interesse público em cada caso constitua monopólio da Administração Pública ou de um ou outro gestor público, de forma unívoca.

Seguindo a posição de Lewis[19], o método de identificação que parece mais consentâneo com o Estado Democrático de Direito, pluriclasse, é aquele que aponta o interesse público como expressão de um processo de qualificação de interesses que circulam num dado espaço e tempo, numa contínua aplicação dos valores éticos e democráticos vigentes.

O principal espaço em que estão estampados os mencionados valores éticos e jurídicos é a Constituição de cada Estado. Com a noção de neoconstitucionalismo, a compreensão do interesse público a partir dos direitos fundamentais se mostra um imperativo que direciona os agentes à realização de uma adminis-

---

[14] MOREIRA NETO, Diogo. de Figueiredo, 1992, p. 02.

[15] MOREIRA NETO, Diogo. de Figueiredo, 1992, p. 35.

[16] ALEXY, Robert, 2008.

[17] ÁVILA, Humberto Bergman, 2005.

[18] RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, 2006, p. 12.

[19] LEWIS, Carol W., 2006.

tração que consiga dialogar com o sistema aberto de valores que se desenvolveu a partir do século XXI[20].

2. Administração Pública dialógica

Toda a releitura do interesse público acima analisada é consequência de uma atuação administrativa que imprime uma democracia administrativa à sua atuação. Esta comunicação permite a desverticalização das relações entre o Estado e o particular, fazendo com que a antiga oposição entre interesses públicos e privados seja reconfigurada e a Administração possa usar de mecanismos tais quais métodos consensuais e extrajudiciais de solução de controvérsias, mas não apenas.

As ações de uma administração pública dialógica se colocam como resultado de amplas discussões que envolvem os múltiplos atores sociais, a sociedade civil organizada e os gestores públicos dentro de uma política pública.

As características primordiais de uma Administração que se pretenda dialógica são: uma concepção democrática da função administrativa; o fomento da consensualidade na resolução de conflitos públicos; a politização e a participação do cidadão nas decisões estatais e a implementação de uma reciprocidade comunicativa entre o particular e a Administração Pública[21].

Ao se analisar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é possível identificar este modelo em diversos dispositivos, desde o seu art. 1º, que coloca a cidadania e o pluralismo político como fundamentos da República brasileira até o dever constante no art. 37, § 3º de que o poder público discipline por lei as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta.

O conceito de participação popular de Fonseca[22], neste contexto, remete à noção de interesse público: "a participação popular enquanto princípio constitucional é aquela participação do cidadão sem interesse individual imediato, tendo como objetivo o interesse comum, ou seja, é o direito da participação política, de decidir junto, de compartilhar a administração [...]".

Em todos os Estados-Membros da União Europeia a participação popular é, há longa data, um requisito das decisões públicas[23]. Nesta direção, a Constituição da República Portuguesa prevê, em seu artigo 2º:

---

[20] BARROSO, Luis Roberto, 2001.

[21] LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro, 2013, p. 102.

[22] FONSECA, Gilberto Nardi, 2003, p. 720.

[23] COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2008.

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no **pluralismo** de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da **democracia** económica, social e cultural e o **aprofundamento da democracia participativa** (grifou-se).

Nesta direção, e recordando também o papel ambiental do Estado Social Português, assevera Canotilho que "A afirmação desta nova dimensão do Estado pressupõe o diálogo democrático, exige instrumentos de participação, postula o princípio da cooperação com a sociedade civil"[24].

Trata-se de um modelo de Administração Pública que se mostra adequado sob variados ângulos. Lima[25] aponta que a Administração dialógica gera resultados na medida em que o controle social e privado da ação pública estimula os deveres de cuidado dos agentes público; produz eficiência na medida em que estimula o alcance de padrões de qualidade; reduz custos ao produzir políticas concertadas com a sociedade civil, o que implica em redução na resistência à sua efetivação; resgata legitimidade na atuação pública, dada sua perspectiva democrática e contribui para a diminuição da discricionariedade administrativa nas decisões públicas.

Entre os vários mecanismos pelos quais se apresenta a dialogicidade administrativa estão a participação cidadã no processo administrativo (incluídos aqui o acesso à informação pública, direito de representação, denúncia e reclamação administrativas), a participação em audiências públicas, consultas públicas e reuniões precedentes à tomada de decisão e, ainda a contratualização e a consensualização das relações administrativas.

2.1. Contratualização das relações administrativas

A experiência do Estado no mercado faz com que não possa este agente não possa se omitir em participar das interações que se dão no âmbito econômico, ora como fornecedor de serviços, ora como consumidor destes. E o liame que une os particulares e o Estado nesta relação é o contrato.

Se inicialmente foi possível verificar uma fuga dos administradores para o Direito Privado, como meio de usufruir das formas jurídico-privadas e livrar-se das amarras do contrato administrativo, a posterior domesticação desta fuga permitiu o uso de tais formas, desde que obedecidos os princípios fundamentais de direito público[26].

[24] CANOTILHO, Joaquim José Gomes, 1999, p. 23.

[25] LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro, 2013, p. 110

[26] ESTORNINHO, Maria João, 2003.

Fazia sentido uma fuga para as formas privadas na medida em que nem sempre foi pacífica a ideia de contrato administrativo na doutrina, seja por uma dificuldade no reconhecimento do que seja a vontade administrativa, uma vez que a noção de vontade é basilar do conceito de negócio jurídico, seja porque o fato de ser a Administração o centro de autoridade poderia privar da autonomia da vontade o particular que com ela objetivasse firmar negócio[27].

Somente após a década de 1960 é que se pode considerar o debate superado[28], com o reconhecimento de que o conceito de negócio jurídico e, por conseguinte, de contrato, é instrumento da Teoria Geral do Direito, e não uma exclusividade do Direito Civil, de modo que é perfeitamente cabível seu uso nos ramos do Direito Público conforme adaptações que se façam necessárias às exigências de cada ramo. As chamadas cláusulas exorbitantes se incluem neste rol de particularidades adaptadas do contrato administrativo, que vinculam esta espécie de autonomia da vontade às finalidades públicas.

O problema que se delineia ao pensar o contrato administrativo neste contexto é encará-lo como espaço de supremacia da Administração Pública sobre o particular, sem respeito à noção de necessária ponderação de interesses que deve permear qualquer comportamento público numa sociedade pluriclasse.

Como resultado desta concepção de contrato administrativo teve-se uma aproximação deste com uma expropriação diferida: contrato administrativo, visto assim, não seria uma verdadeira fonte de obrigações para a Administração, mas sim uma pactuação provisória, sujeitando seu cumprimento à permanente análise de conveniência e oportunidade pelo agente público, compreendido como o único guardião do interesse público (seja lá o que isso signifique).

Mesmo para sua obrigação de pagar e de preservar as condições econômicas avençadas, a fonte da obrigação seria a lei, e não o contrato. Malgrado a doutrina do equilíbrio econômico e financeiro e de sua incolumidade, o grau de vinculação das partes ao seu respectivo plexo de obrigações também seria desigual: o particular, óbvio, não poderia descumprir o quanto a que se obrigara; a Administração (sempre sob o pálio do interesse público), eventualmente, poderia esquivar-se ou postergar sua obrigação de pagar o preço ajustado[29].

Estorninho[30] leva em consideração estes antecedentes históricos para justificar a necessidade de superação do complexo de exorbitância administrativa (superioridade nos contratos e supremacia não ponderada de interesses estatais) como pressuposto para atualização do exercício da função administrativa.

---

[27] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, 2019

[28] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, 2019.

[29] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, 2019, p. 3.

[30] ESTORNINHO, Maria João, 2003.

É neste cenário que se passa a enxergar o contrato não mais como mero instrumento de para execução das atividades-meio do Estado, mas também para execução de suas atividades-fim[31].

Podemos falar, então, num cenário de nova contratualidade administrativa que se conforma a partir de elementos como maior volume de normas que permitem maior espaço de normatização do negócio firmado para o contrato, e não apenas na lei abstrata; estipulação de cláusulas contratuais em negociações pré-contratuais da Administração com os particulares; uso cada vez mais frequente de contratos cuja remuneração se vincula ao desempenho das partes; compartilhamento de riscos entre a Administração e o particular, a exemplo das parcerias público-privadas; flexibilização da noção de equilíbrio econômico-financeiro, entre outros[32].

2.2 Consensualização das relações administrativas

Ao lado da contratualização, a consensualização das relações administrativas é parâmetro basilar de um Administração que se pretenda dialógica e estampa um paradigma de um direito administrativo de teor não adversarial, seja nos contratos, seja nos demais encontros Estado-sociedade.

Alguns doutrinadores começam a reconhecer nas ordens jurídicas, em particular na ordem jurídica brasileira, já um dever estatal de consenso, derivado de um princípio da consensualidade, como aponta Moreira Neto[33], que seria o vetor do direito administrativo contemporâneo e da realização no interesse público. Nesse sentido, refletindo sobre a adoção da consensualidade em contratos administrativos:

> Não há nada mais consentâneo com o interesse público que possibilitar a dirimição célere, imparcial e exauriente das controvérsias administrativas envolvendo principalmente as questões contratuais. Tudo que a jurisdição judiciária, com suas dificuldades de presteza e especialidade, não permite. [...] Primeiro porque não há interesse público em os conflitos não serem adequadamente resolvidos. Depois porque se uma matéria é objeto de contrato – premissa para existir cláusula arbitral – ela envolve, a priori direito ou interesse disponível (afinal quando há sujeição geral, como ocorre, por exemplo, em matéria de tributo ou de polícia, não há que se falar em contratação)[34]

---

[31] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, 2019.

[32] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, 2019.

[33] MOREIRA NETO, 2017.

[34] MEGNA, Bruno, 2019, p. 21.

Este movimento encontra espaço não apenas na normatização e adoção pelos poderes públicos de métodos adequados de solução de controvérsias em contratos, tais como a arbitragem, mas inclui a adoção da mediação, da conciliação, de termos de ajustamento de conduta em lugar de sanções a servidores e mesmo termos de ajustamento de gestão impostos pelos Tribunais de Contas brasileiros a gestores públicos[35], além dos recentes Acordos de Não-Persecução Cível e Acordos de Não-Persecução Criminal que estão à disposição da Administração Pública e do Ministério Público brasileiro.

O que há de inovador ao implementar uma Administração baseada no consenso das relações jurídicas é o reconhecimento de que a vontade particular pode contribuir na formação da decisão administrativa sem que isto signifique o desvirtuamento das finalidades públicas e do interesse público plasmado na Constituição Federal e realizado em cada situação concreta.

Cuida-se de pensar no contratado e no administrado como parceiro na consecução das finalidades públicas e não um adversário do Poder Público.

Reconhece-se, porém, que não é uma mudança de paradigma simplória de se executar, em face ainda de uma cultura patrimonialista na gestão da coisa pública, mesmo em situações normais. Quando se está diante de eventos anormais como a pandemia da Covid-19 o desafio toma ainda maiores proporções e a tendência é que a Administração venha a se refugiar nas velhas práticas e na velha lógica de autoridade para alcançar os bens e serviços de que necessita, especialmente num cenário de escassez.

3. A requisição administrativa: Reflexões sobre o uso da requisição administrativa em tempos de Covid-19

No Brasil, o tema das requisições administrativas é clássico e consta da Constituições brasileiras desde 1891, mas não é um instituto de utilização tão ampla em nosso país, com escassa legislação e pouco debate doutrinário ou jurisprudencial em seu entorno.

A gênese do instituto encontra raízes na atuação das forças armados, quando do resguardo da segurança e soberania nacionais, passando, posteriormente a ser utilizado como instrumento civil que implica, ainda assim, numa "utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias"[36].

[35] FERRAZ, Luciano, 2019.

[36] MEIRELLES, Hely Lopes, 2002, p. 597.

Configura-se, assim, como um mecanismo de intervenção do Estado na propriedade privada de móveis e imóveis (requisição de bens) e nas liberdades individuais (requisição de serviços) bastante duro, uma vez que capaz de limitar o usufruto de direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas na Constituição brasileira de 1988.

É certo que não se trata do único mecanismo com esta feição na Constituição Brasileira de 1988, que contempla, por exemplo o parcelamento e edificação compulsórios de propriedades imóveis que não atendam à função social da propriedade e ainda contempla medidas de exercício do poder de polícia pela Administração Pública, sempre com vistas à consecução do interesse público.

Ainda assim é instrumento polêmico, na medida em que seu uso em caráter discricionário e a qualificação do que seja um perigo público iminente podem ensejar polêmicas e levantar questionamentos sobre a razoabilidade e a proporcionalidade da escolha pública, em especial quando estamos diante de uma sociedade democrática, uma administração dialógica e um Estado pluriclasse. Estas as razões para, desde a Constituição brasileira de 1988 ser um instituto estudado teoricamente, mas de pouca utilização.

Em tempos de COVID-19, e, portanto, da constatação de um perigo público de consequências drásticas, o reconhecimento de uma pandemia pela Organização das Nações Unidas e a Declaração de Calamidade Pública no Brasil, a requisição administrativa retoma o brilho, o centro dos debates quando várias autoridades brasileiras passaram a usar o instituto.

O art. 5º, XXV da atual Constituição Brasileira de 1988 assim dispõe sobre o instituto: "XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano".

Na seara infraconstitucional, a Lei do Sistema Único de Saúde (Lei 8080/1990) assim dispõe:

> Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

Embora já suficientes estas normas, ainda a Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei da Pandemia no Brasil) dispôs:

> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:
>
> VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

Posteriormente, o Ministério da Saúde brasileiro emitiu a Portaria 356, de 11 de março de 2020 operacionalizando as medidas:

> Art. 7º A medida de requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus Covid-19 será determinada pela autoridade competente da esfera administrativa correspondente, assegurado o direito à justa indenização.

A esta altura, considerando que o Brasil é uma federação que possui entes com autonomia Administrativa em três planos (Federal, Estadual e Municipal) o problema que desaguou no Supremo Tribunal Federal foi o da competência para execução da requisição administrativa e de outras medidas de polícia sanitária, como isolamento social, lockdown, quarentenas, vacinação compulsória, imposição de barreiras sanitárias, e, ainda, a realização de dispensas de processos licitatórios que permitissem as contratações diretas com os particulares.

A matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341[37], que questionava o emprego pelo Governo Federal Brasileiro de medidas de abertura econômica generalizadas contrapostas às medidas anteriormente determinadas pelas autoridades locais, em sua maioria vocacionadas para o fechamento de atividades econômicas não essenciais.

O Supremo Tribunal Federal na ocasião interpretou a legislação conforme a Constituição e compreendeu que haveria competência para decisões nas instâncias locais de poder, e não apenas competiria à União a realização destas decisões.

Logo, Municípios e Estados teriam esta capacidade de decidir sobre as medidas a tomar em suas esferas territoriais respectivas, cabendo à União um papel de coordenação nacional das ações públicas do combate à pandemia, distribuição e fiscalização do uso de recursos e auxílio aos demais entes, mas não de imposição verticalizada da abertura ou fechamento de serviços e atividades, além de outras medidas sanitárias.

Com isso, houve uma multiplicação de leis e normas locais, que em razão do volume, não caberiam nesta nossa breve exposição. Ademais, em matéria de

[37] BRASIL, 2020.

requisição administrativa de bens e serviços, novos problemas práticos e jurídicos.

O principal problema inicial ocorreu em situações nas quais Estados e Municípios brasileiros contrataram a compra de respiradores e equipamentos hospitalares de fornecedores privados e, no momento da entrega pelo particular receberam a notícia de que a União havia requisitado tais bens e que por isto as empresas não poderiam realizar a entrega dos bens contratados.

Foi o caso do Estado do Mato Grosso, do Estado de São Paulo e do Município de Recife, que é capital do Estado de Pernambuco, os quais, conseguiram junto ao Poder Judiciário a declaração de que, uma vez assinado o contrato com o poder público local, os bens já seriam públicos, e, em consequência, imunes à requisição administrativa por outro ente federativo[38].

No caso do Município de Recife, tendo havido a compra de centenas de ventiladores pulmonares pela municipalidade junto a quatro empresas privadas para dotar o sistema hospitalar de estrutura para enfrentamento da pandemia, a União requisitou os mesmos aparelhos que se destinariam à distribuição para distintos Municípios do território nacional, impedindo a entrega dos aparelhos comprados.

O Município, então, levou a matéria ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual, no julgamento dos autos n° 0802886-59.2020.4.05.0000 decidiu que os equipamentos deveriam ser entregues ao Município de Recife, uma vez que "a não instalação dos ventiladores reverterá na inutilização de todo o aparato já montado, em claro prejuízo aos recursos públicos e, sobretudo, em claro prejuízo à saúde da população"[39].

Estes primeiros conflitos demonstram como a requisição que não seja muito bem coordenada, pode ser fator de atraso na realização do interesse público. Visando sanar parte destas questões há projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro (Projeto de Lei nº 2324 no dia 29 de maio de 2020) que pretende a formação de fila única de leitos privados de unidades de tratamento intensivo disponíveis em hospitais privados, de modo a evitar, com isso, requisições sobrepostas sobre os mesmos leitos.

Outros problemas que a requisição expressa são o fato de que ela não passa por reserva de recursos financeiros, elaboração de termos de referência, definição de matriz de riscos, condições de fornecimento, o que pode gerar graves prejuízos ao interesse público.

Pois, a Administração pode obter itens que não os mais adequados às necessidades públicas e ter, ainda que se submeter a embates judiciais durante

[38] GOMES, Camila Paula de Barros e GOMES, Flávio Marcelo, 2020, p. 185.

[39] BRASIL, TRF5, 2020.

e após a pandemia acerca dos valores relacionados à indenização pelo uso dos bens e serviços. Tudo isso sem contar a *via crucis* que é o sistema de precatórios brasileiro para aqueles que são credores da Administração Pública em dívidas reconhecidas judicialmente.

Além disso, o comprometimento e aumento de uma crise econômica também devem ser levados em consideração. Quanto mais tempo demorar o poder público para pagar, maiores as chances dos proprietários, notadamente agentes econômicos que vivem da comercialização dos bens, virem a ter inviabilizados seus negócios, o que implica em desemprego e redução de receitas de tributos para o próprio Estado.

Do ponto de vista do mercado econômico, este tipo de medida retira incentivos para que os agentes econômicos continuem comercializando este tipo de objeto.

Nesta esteira, nos parece que sendo o interesse público a efetiva prestação de serviços de saúde eficientes que venham a garantir um suporte suficiente ao bem-estar das pessoas, a solidariedade social, a democracia e o respeito aos direitos fundamentais, impõem que a Administração use a requisição como u*ltima ratio*, e com observância ao princípio da razoabilidade.

Isto implica, sempre que haja o uso de requisição, no ônus de justificar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, uma vez que existem meios menos gravosos capazes de atender o interesse público.

Nos referimos aqui aos meios contratuais e consensuais de gestão da coisa pública. Afinal, se é possível firmar convênios com particulares para o uso de leitos privados em hospitais, se é possível realizar processos de dispensa de licitação que levem a contratos que considerem o valor de mercado dos bens, em tempo razoável, impõe-se à Administração o dever de usar estas medidas menos drásticas.

Em outras circunstâncias, porém, não restará opção ao Administrador que não seja a requisição.

A título de exemplo cumpre citar caso brasileiro precedente ao período pandêmico, ocorrido no Estado do Tocantins, em 2007.

Àquela ocasião, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CRMM fixou preços máximos para a quase totalidade dos medicamentos comercializados no Brasil, preços estes que serviriam de parâmetro máximo para as compras que o poder público viesse a realizar[40].

A matéria foi judicializada, mas o STJ declarou que se tratava de uma intervenção do Estado no domínio econômico legítima. O resultado foi que os

[40] ARAUJO, Pabllo Vinícius Felix, 2009.

processos licitatórios públicos passaram a restar desertos ou fracassados, posto que os particulares ou não compareciam para ofertar propostas ao poder público ou compareciam e ofertavam medicamentos a valores superiores aos tabelados pela CRMM. Com isso, houve desabastecimento das farmácias e hospitais públicos gerando grave risco à saúde dos cidadãos[41].

Em ação amparada pelo Ministério Público e Defensoria pública locais, o Estado do Tocantins passou a requisitar administrativamente os Medicamentos quando houvesse fracasso nas licitações, pagando o valor fixado pela CRMM e dando início em alguns casos a procedimentos de natureza criminal embasados na Lei dos Crimes contra a Economia Popular[42].

Trata-se de situação gravosa e atípica, que foi precedida pela utilização de outros meios contratuais menos gravosos pela Administração Pública, superando o ônus de demonstração de sua adequação e proporcionalidade.

Conclusões

A análise da lógica de atuação a ser obedecida pela Administração Pública no contexto dos Estados Democráticos de Direito que visam o diálogo e o alcance do interesse público impõe uma atuação dialógica, contratual e consensualizada.

Uma vez que se reconheça que Estados, como o brasileiro, o português e o espanhol, são Estados Dialógicos e Consensuais, a revisão dos comportamentos interventivos e de cariz autoritário nas respectivas legislações é medida que se impõe, seja em tempos de normalidade, seja em tempos de incerteza e dificuldade de acesso ao mercado, como no caso da pandemia.

Neste ínterim, a Administração Pública dialógica é aquela que está disposta a ouvir e apresentar respostas ao cidadão e aos grupos sociais, instrumentalizando sua participação de modo a conferir-lhes instrumentos capazes de contribuir na tomada de decisão do poder público. Esta capacidade de influência na tomada de decisão é pressuposto do diálogo.

A consensualidade e a contratualidade dão ferramentas ao Estado para atuar na busca do interesse público. A contratualidade em questão é aquela em que o Poder Público faz uso dos contratos não apenas para o cumprimento de suas atividades-meio, mas pode incluir suas atividades-fim e que é capaz de superar as síndromes de exorbitância contratual que tornam contratar com o Poder Público mais oneroso sob variados ângulos.

---

[41] ARAUJO, Pabllo Vinícius Felix, 2009.

[42] ARAUJO, Pabllo Vinícius Felix, 2009.

A consensualidade é outra faceta da Administração Dialógica, impondo a esta um dever de buscar a solução de seus mais diversos problemas pelo consenso, antes da lide jurisdicional e da escalada conflituosa, baseando-se em princípios orientativos e num assertivo controle da ação administrativa.

A revisão dos institutos jurídicos à disposição da Administração se impõe porque o supremo interesse público que deve guiar a atuação administrativa não é unívoco num Estado pluriclasse.

A própria leitura da supremacia do interesse público como princípio impõe que se considere a realização de um exercício de ponderação nos casos concretos em que se pretenda qualificar algum interesse como sendo o interesse público que virá a prevalecer entre os muitos existentes na sociedade plural em que vivemos.

Daí resulta que os instrumentos de intervenção do Estado na propriedade e liberdade dos particulares devem ser usados com parcimônia, o que inclui o uso de requisições administrativas. Reconhece-se que a requisição é instrumento importante, mas concebido numa lógica de Administração Pública verticalizada e, em alguma medida, autoritária. Um cenário absolutamente oposto ao da Administração Dialógica.

Bem assim, a experiência brasileira nos mostra que a falta de concertação acerca dos instrumentos interventivos a serem usados pode, inclusive, levar a prejuízos públicos muito graves, expressados na perda de vidas, conforme se exemplificou no texto.

Logo, a aplicação de instrumentos interventivos, em detrimento de instrumentos contratuais e consensuais, numa Administração Pública Dialógica, precisa ser a *ultima ratio*, mesmo quando se esteja diante de uma pandemia.

Bibliografia

ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Pabllo Vinícius Félix de,"Requisição administrativa de medicamentos. (art. 15, XIII, da Lei n° 8.080/90 c/c art. 5º, XXV, da Constituição Federal de 1988)", Revista Jus Navigandi, N. 2023, ano 14, s.p.

ÁVILA, Humberto Bergman, Teoria dos Princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2ª ed, São Paulo, RT, 2005.

BARROSO, Luis Roberto, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", Revista da Academia brasileira de direito constitucional, vol.1, n. 1, 2001 p. 11-47.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 6341, Plenário. Ministro Relator Marco Aurélio, Julgamento: 15/04/2020, Publicação DJE: 07/05/2020.

BRASIL, TRF5. Autos n° 0802886-59.2020.4.05.0000, Relator: Lázaro Guimarães, 2020. Disponível em: http://www5.trf5.jus.br/noticias/322258 Acesso em junho de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Estado de Direito, Lisboa, Gradiva, 1999.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Livro Verde sobre a coesão territorial europeia tirar partido da diversidade territorial, Bruxelas, CCE, 2008.

ESTORNINHO, Maria João, Réquiem pelo Contrato Administrativo, Lisboa, Almedina, 2003.

FERRAZ, Luciano, Controle e Consensualidade. Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins), Belo Horizonte, Fórum, 2019.

FONSECA, Gilberto Nardi, "A gestão democrática dos municípios", Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, n. 20, 2003, p. 719-723.

FREITAS, Juarez, "Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos", RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 275, 2017, p. 25-46.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder, "O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo", In: BARCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.), Direito Administrativo e Interesse Público, Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, Belo Horizonte, Forum, 2010, p. 155-201.

LEWIS, Carol W., "In Pursuit of the Public Interest", Public Administration Review, vol. 66, issue 5, 2006, p. 694-701.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro, Administração Pública Dialógica, Curitiba, Juruá, 2013.

MARQUES NETO, "Floriano Peixoto de Azevedo, Do contrato administrativo à administração contratual", Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v.3, n. 9, 2019, p. 341-352.

MEDAUAR, Odete, Direito Administrativo em Evolução, 3 ed, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 27 ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Moralidade administrativa - Do conceito à efetivação. Revista De Direito Administrativo", n. 190, 1990, p. 1-44.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Mutações do Direito Administrativo, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2007. p. 18-28

RODRIGUEZ-ARANA MUNÕZ, Jaime, "El concepto del Derecho Administrativo y el proyecto de Constitución Europea", A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 23, 2006, p.11-20.

BREVES REFLEXÕES SOBRE OS DESAFIOS DA GOVERNAÇÃO PÚBLICA LOCAL FACE À PANDEMIA COVID-19

João Vilas Boas Pinto

Assistente Convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador do JusGov
Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas e Bolseiro da FCT

Sumário: 1. Considerações Introdutórias; 2. O retrato da *Batalha Local* contra a Covid-19: 2.1. O exército dos protagonistas; 2.2. As armas e os despojos; 3. E, depois?... Os principais desafios do Poder Local no contexto pós-emergência.

1. Considerações introdutórias

A pandemia provocada pela Covid-19 veio colocar em evidência um cenário para o qual os cultores do Direito Administrativo e, em especial, do Direito Local, têm chamado desde há muito a atenção: o Poder Local é a porta de entrada para o contacto dos cidadãos com os poderes públicos ([1]). Nessa medida, no singular contexto pandémico que atravessamos, não pode negar-se a importân-

[1] Justiça seja feita à Academia Minhota que, pela mão impulsionadora do Senhor Professor Doutor António Cândido de Oliveira, sempre se dedicou ao estudo das matérias relacionadas com o Poder Local. A este propósito, vd. ISABEL CELESTE FONSECA, *Estudos de Direito das Autonomias (Locais)*, Coimbra: Gestlegal, 2020, que reúne um conjunto significativo de estudos que, ao longo de quase 25 anos, foram elaborados no seio da Academia Minhota e dos Núcleos de Estudo do Poder Local dela emergentes.

cia primordial do Poder Local na defesa das populações, da sua saúde, segurança e bem-estar. Como impressivamente caracteriza ALFREDO GALÁN GALÁN, o Poder Local, sobretudo os municípios, converteram-se em verdadeiras trincheiras de combate aos inesperados e indesejados efeitos do vírus ([2]). Destarte, é ao nível local que a operatividade e efetividade das respostas às crises sanitária, social e económica mais se fazem sentir.

Mas, se, por um lado, a crise pandémica tem conduzido à heroica exaltação do Poder Local, por outro, é imperativo refletir acerca dos impactos que sobre ele, a médio e longo prazo, se farão sentir. Aliás, não será preciso aguardar para atestar que pandemia já atingiu fortemente o Poder Local, bastando pensar-se, desde logo, no fosso que não só revelou como ajudou a dilatar entre os grandes municípios, sobretudo aqueles inseridos nas áreas metropolitanas ou nas regiões do litoral, e os pequenos municípios, em particular os mais isolados.

Pensar a forma e a substância do Poder Local sempre será um exercício de democracia e cidadania, pelo que o contexto pandémico, e o contexto pós-pandémico, não deixam de afigurar-se momentos privilegiados para reconsiderar as atribuições e competências locais e equacionar cenários de regeneração e restruturação do Poder Local. Valerá, de antemão, convocar os princípios da autonomia local e da descentralização administrativa, dos quais a atuação dos poderes públicos não pode, mesmo em estado de exceção, desligar-se.

No que se refere ao princípio da autonomia local, postulado no art. 6.º, n.º 1 da Constituição, bem como na Carta Europeia da Autonomia Local, deve ser entendido atualmente no sentido de uma autodeterminação e autorresponsabilidade do Poder Local, tal significando que a conceção moderna de autonomia local não se compadece com uma ideia meramente alicerçada num poder de colaboração e participação, reclamando, ao invés, um poder de efetiva decisão não subordinada a outrem, tomada no interesse das respetivas populações e sob a sua própria responsabilidade([3]). Por seu turno, recorrendo à lição de PAULO OTERO, o princípio da descentralização administrativa, inserido num princípio de descentralização mais amplo, "envolve sempre um sentido centrífugo de descongestionamento de poderes, originando novos centros de imputação de efeitos jurídicos ou reforçando as suas áreas de intervenção decisória"([4]), podendo ser

---

[2] ALFREDO GALÁN GALÁN, "El impacto de la crisis de la COVID-19 en el mundo local: una oportunidad de cambio", in *Revista Democracia y Gobierno Local*, n.º 49, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2020, p. 5.

[3] Seguimos de perto ISABEL CELESTE FONSECA, *Curso de Direito Administrativo: Teoria Geral da Organização Administrativa*, Coimbra: Gestlegal, 2020, pp. 190-191, no qual colaborámos. Para maiores aprofundamentos sobre a evolução do conceito de autonomia local, vd. ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, *Direito das Autarquias Locais,* 1.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 223 a 336 (disponível ainda 2.ª ed., datada de 2013).

[4] PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo,* Vol. I., Coimbra: Almedina, 2013, p. 363.

entendido fundamentalmente a partir de quatro vetores ([5]): (i) existência de pessoas coletivas públicas distintas do Estado, cuja existência está assegurada pela Constituição; (ii) que essas pessoas coletivas públicas disponham de órgãos eleitos; (iii) que as suas atribuições estejam previstas na lei; (iv) que a prossecução das suas atribuições seja realizada com autonomia.

Em síntese, acompanhando JORGE MIRANDA, "o poder político não se esgota nos órgãos do Estado, à roda dos quais se movam autarquias locais a eles subordinadas. Diversamente, o poder abrange soberania, autonomia político-administrativa regional (dos Açores e da Madeira) e poder local; é simultaneamente, global na sua compreensão e descentralizado na sua extensão; e os três graus em que se decompõem traduzem uma ideia de "separação territorial de poderes", com limitações recíprocas entre os respetivos órgãos" ([6]).

Sem pretensões exaustivas, procurar-se-ão apresentar os principais desafios impostos ao Poder Local, seja ao nível da sua organização, funcionamento e atuação, seja ao nível dos impactos económico-financeiros, em íntima conexão com as diversas exigências de inovação, transparência e cooperação.

2. O retrato da *Batalha Local* contra a Covid-19

2.1. O exército dos protagonistas

Tal como deixámos antever, os órgãos autárquicos têm sido o verdadeiro braço armado da batalha contra a pandemia. Mas, em abono da verdade, a estratégia local não é exclusiva destes, existindo outras entidades e organismos que, não sendo órgãos do Poder Local, se afiguram peças fundamentais para a delineação do combate à crise pandémica.

O processo de descentralização, provocado pela Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, lançou as bases para a concertação local no domínio da saúde. Em especial, o Decreto-Lei n.º 23/2019, de 30 de janeiro, que concretiza o quadro de transferência de competências para os órgãos municipais e para as entidades intermunicipais no domínio da saúde, veio instituir a figura do *conselho municipal de saúde* que tem, entre outras, competências para contribuir para a definição de uma política de saúde a nível municipal e recomendar a adoção de medidas e apresentar propostas e sugestões sobre questões relativas à saúde([7]). O Conselho é presidido pelo Presidente da Câmara Municipal, integrando ainda, nos termos

[5] Cfr. ISABEL CELESTE FONSECA, *Curso de Direito Administrativo* (…), op. cit., pp. 126-127.

[6] JORGE MIRANDA, "O Direito à Autarquia Local", in *Revista de Direito Administrativo,* n.º 5 (maio-agosto), Lisboa: AADFL, 2019, pp. 34.

[7] Cfr. artigo 9.º, n.º 3.

do n.º 1 do artigo 9.º do referido Decreto-Lei, o presidente da Assembleia Municipal, um presidente da junta de freguesia eleito em assembleia municipal em representação das freguesias do município, um representante da respetiva administração regional de saúde, os diretores executivos e os presidentes dos conselhos clínicos e de saúde dos agrupamentos de centros de saúde, um representante das instituições particulares de solidariedade social, designado, anualmente, pelo órgão executivo de associação representativa das mesmas, em regime de rotatividade, um representante dos serviços de segurança social, designado pelo respetivo conselho diretivo e um representante das associações da área da saúde, por acordo entre as mesmas.

Não deixa de ser curioso verificar que a criação de Conselhos Municipais de Saúde tenha, em alguns municípios, coincidido precisamente com alguns dos períodos mais críticos da pandemia ([8]), aparentando justamente a necessidade de os municípios dotarem-se, cada vez mais, de meios eficazes e não dependentes do Poder Central. Parece-nos, com efeito, que a estratégia local de combate à COVID-19 tem passado exatamente quer por esses Conselhos Municipais de Saúde quer por outras formas de concertação, agregando os órgãos do Poder Local e os representantes das entidades que operam, ao nível local, no domínio da saúde. Assalta-nos, porém, o desassossego sobre se o desenvolvimento de tais mecanismos, sem algum período de maturação, não poderá prejudicar seriamente a prestação dos serviços públicos de saúde.

Importa também dar nota de que nem todos os intervenientes dispõem da mesma importância. Destarte, na mesa da estratégia, o Município, e muito em particular o Presidente da Câmara Municipal, ocupa o lugar de destaque ([9]). Se convocarmos a Lei n.º 6/2020, de 10 de abril, que prevê um regime excecional para promover a capacidade de reposta das autarquias locais no âmbito da pandemia, é notório o reforço das competências da Câmara Municipal e do Presidente da Câmara Municipal, por contraposição ao enfraquecimento dos órgãos deliberativos: quanto às isenções no âmbito financeiro, a câmara municipal passa a poder concede-las sem necessidade da aprovação de regulamento pela assembleia municipal (art. 2.º, n.º1); quanto à prestação de apoios a pessoas em situações de vulnerabilidade, outrora da competência da Câmara Municipal, é agora legalmente delegada no Presidente da Câmara Municipal (art. 4.º, n.º1). Não obstante a limitação temporal do diploma, constitui exemplo paradigmático de

[8] A título de exemplo, vd. o Projeto de Regulamento do Conselho Municipal de Saúde de Almeida, de 29 de abril de 2020, ou o Projeto de Regulamento do Conselho Municipal de Saúde de Coimbra, cuja proposta de criação foi aprovada na reunião do executivo camarário de 13 de julho de 2020.

[9] Neste mesmo sentido, LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA, "Breve roteiro crítico pela legislação autárquica em tempos de COVID-19", in *Questões Atuais de Direito Local,* n.º 26 (abril-junho), Braga: AEDREL, 2020, p. 67.

uma certa subalternização dos órgãos deliberativos em relação ao poder executivo. Nessa esteira, os Presidentes de Câmara podem ser fitados como verdadeiros generais na batalha contra a Covid-19. E, naturalmente, essa conotação terá repercussões extrajurídicas: em termos simplistas, censurados pelos eleitores serão os Presidentes de Câmara que não tenham procedido a uma boa gestão da crise pandémica e exaltados serão os que tenham alcançado tal graça. Mas o escrutínio extravasa, em rigor, as fronteiras do território local. Considere-se, a título de exemplo, a eleição do autarca de Braga para o Comité Executivo da Eurocities, cumulando, assim, com a liderança da Associação de cooperação transfronteiriça Eixo Atlântico Noroeste Peninsular.

No que respeita às Freguesias, estamos convictos de que a produção normativa pandémica veio igualmente contribuir para uma relativa subalternização face aos Municípios. Os vários diplomas normativos pandémicos ([10]) ressaltam que à Junta de Freguesia compete fundamentalmente o aconselhamento da não concentração de pessoas na via pública, a recomendação aos cidadãos do cumprimento do dever de recolhimento e a sinalização junto das forças e serviços de segurança, bem como da polícia municipal, dos estabelecimentos a encerrar. Sem menosprezo da importância da prevenção como meio de combate ao avanço da pandemia, não podemos deixar de registar que, no essencial, a Freguesia vislumbra-se fundamentalmente como Autarquia da Prevenção, enquanto o Município ascende como verdadeira Autarquia da Decisão ([11]).

2.2. As armas e os despojos

Mas, de que forma tem o Poder Local dado resposta à pandemia? Esta é a interrogação que nos conduzirá neste segmento.

Importa dar conta de que o Poder Local se viu, logo no início da pandemia, confrontado com um obstáculo sério: a 11 de abril de 2020, veio a público a notícia de que a Câmara Municipal de Espinho desafiava as instruções do Ministério da Saúde acerca da informação diária à população sobre o número

---

[10] Importa aqui convocar essencialmente o Decreto-Lei n.º 2-B/2020, de 2 de abril, que, no que às juntas de freguesia concerne, serve de base aos diplomas sucedâneos (reproduzido inclusivamente no artigo 12.º, n.º 2 do Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, que regulamenta o novo Estado de Emergência).

[11] Ressalve-se, contudo, que o protagonismo municipal na administração autárquica não é exclusivo do contexto pandémico. Como dá conta LUCIANA SOUSA SANTOS, "Municipalizar, para a saúde democratizar?", in *Democracia e Poder Local: Prémio Professor Doutor António Cândido de Oliveira,* Braga: NEDIP/Município de Guimarães, 2017, p. 61, "(…) a autarquia-paradigma da administração local autárquica – que, aliás, é a que tem uma tradição mais longa, pois remonta à Idade Média – é o município, pelo que as demais autarquias constituem unidades apenas adequadamente pensáveis a partir daquele, enquanto célula-base".

de infetados([12]). A decisão da autarquia surgiu na sequência da comunicação das Administrações Regionais de Saúde aos delegados de saúde pública de cada município de que lhes estava vedada a possibilidade de divulgarem diariamente a estatística local relativa ao número de infetados no município. Como meio de reação, a autarquia local exerceu o direito de resistência, recusando-se a prescindir do direito de informar diariamente a sua população.

A questão pode ser analisada sobre duas principais perspetivas. Numa primeira, o direito à informação, consagrado no artigo 37.º, n.º 1 da CRP, deve ser entendido num duplo sentido, direito a informar e direito a ser informado ([13]). Ora, os dados em causa não podem ser encarados como meros dados estatísticos e, como tal, sujeitos ao segredo estatístico, mas como autêntico pressuposto para a intervenção procedimental ([14]). De facto, como poderia agir uma autarquia local – como, de resto, o próprio Poder Central – sem conhecer os dados específicos do seu concelho? Como se afere a adequação e proporcionalidade das medidas de controlo e mitigação sem que se saiba qual é a efetiva situação epidemiológica do concelho?

Estamos, pois, em perfeita concordância com RUBÉN RAMIÃO, subscrevendo as suas considerações: "(…) as populações locais têm o direito de ser informadas sobre o estado da saúde pública no seu território, desde logo em razão do seu direito fundamental à informação (…). Mas esse direito também decorre da própria natureza das autarquias locais, uma vez que a essência da autonomia local reside, precisamente, no poder/dever de defender os interesses próprios locais, como é, logo à cabeça, o direito à saúde e o correspondente direito de saber como está a saúde pública no seu território local"([15]).

Numa segunda perspetiva, em face da resistência da Câmara Municipal, não poderia descortinar-se qualquer modo de sancionamento por parte do Poder Central, em virtude de a Tutela do Estado sobre as autarquias locais assumir-se como tutela de legalidade, sob a forma inspetiva ([16]).

Ultrapassado o obstáculo inicial, a batalha local contra a Covid-19 teve, como continua a ter, várias principais frentes de combate: a frente sanitária, a

---

[12] A notícia pode ser consultada online em https://observador.pt/2020/04/11/camara-de-espinho-desafia-ordem-do-governo-e-continua-a-informar-a-populacao/

[13] Para maiores desenvolvimentos, vd. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, "Anotação ao Artigo 37.º", in *Constituição Portuguesa Anotada*, Coord. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2020, p. 847.

[14] Cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo,* op. cit., p. 391.

[15] RUBÉN RAMIÃO, "Autarquias Locais e direito à informação", in *Questões Atuais de Direito Local,* n.º 26 (abril-junho), Braga: AEDREL, 2020, p. 136.

[16] Cfr. artigo 242.º da CRP e arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 27/96, de 01 de agosto (Lei da Tutela Administrativa).

frente social e a frente económica e financeira. De um conjunto musculado de esforços, destacam-se, entre outras medidas, a isenção parcial das tarifas de água, saneamento e resíduos urbanos; o apoio ao pagamento de rendas; a criação de hospitais de campanha; a distribuição de equipamentos de proteção individual; a criação de centros de testagem da população; a prestação de apoio a idosos e a outras pessoas em situações de vulnerabilidade; a cooperação com diversas entidades tendo em vista o fornecimento de computadores aos estudantes carenciados; apoios a famílias com perda de rendimentos provocada pela pandemia; apoios ao comércio local, nomeadamente através da isenção de taxas (v.g. taxas de ocupação do espaço público e referentes à publicidade); apoios às associações locais (sobretudo culturais e desportivas); e a criação de fundos sociais de emergência e de linhas locais de apoio psicológico.

Um empreendimento desta dimensão implica naturalmente um enorme capital humano e financeiro. Nesse sentido, quanto ao reforço dos recursos humanos, postulou-se que aos trabalhadores da administração central pudesse ser imposto o exercício de funções na administração local, independentemente do seu consentimento, por acordo entre a autarquia local e o serviço ao qual aquela solicite a cedência do trabalhador, desde que não se verificasse uma prejudicialidade essencial para o funcionamento dos serviços que incumbia ao trabalhador prosseguir e desde que este não possuísse mais de 60 anos e não pertencesse a grupo sujeito a dever especial de proteção ou abrangido pelo regime obrigatório de teletrabalho([17]). Já no âmbito dos recursos financeiros, a Lei n.º 4-B/2020, de 6 de abril, veio prever um regime excecional de cumprimento das medidas previstas nos Programas de Ajustamento Municipal e de endividamento das autarquias locais. Desse regime, salienta-se a suspensão do cumprimento das medidas de reequilíbrio orçamental impostos pelos programas de ajustamento municipal, devendo, contudo, ser reportadas ao Fundo de Apoio Municipal outras medidas de apoio por parte dos municípios ([18]). Nos termos do artigo 5.º da referida Lei, a não observância do limite de endividamento, decorrente de despesas destinadas à promoção de apoios sociais aos munícipes afetados pela pandemia, à aquisição de bens e serviços relativos à proteção da saúde pública, bem como outras medidas de combate aos efeitos da pandemia, fica excluída do regime da responsabilidade financeira previsto no artigo 52.º, n.º4 da Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro. Prevê-se ainda, por exemplo, nos termos do artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 6/2020, de 10 de abril, a possibilidade de as Câmaras Municipais poderem contrair empréstimos sem necessidade de autorização pela Assembleia Municipal, sem prejuízo da ratificação por este órgão assim que o mesmo possa reunir. Ainda, ao nível da contratação pública, perscrutam-se algumas singularidades: considere-se, desde

[17] Cfr. Artigo 4º do Despacho n.º 4460-A/2020, de 13 de abril de 2020.

[18] Vd. especialmente artigos 2.º e 3.º.

logo, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que permite que, nos casos referentes a contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, haja lugar a ajuste direto sem que se lhes aplique as limitações do artigo 113.º do CCP. Para além disso, os contratos celebrados ao abrigo do regime excecional na sequência de ajuste direto, independentemente da sua redução ou não a escrito, podem produzir todos os seus efeitos logo após a adjudicação, sem embargo da respetiva publicitação, nos termos do n.º 1 do artigo 127.º do CCP, dispensando-se, assim, a fiscalização prévia do Tribunal de Contas([19]).

Sem se olvidar a virtude da ação do Poder Local, e a necessidade de se compreender que situações excecionais requerem ações e mecanismos excecionais, não pode igualmente descurar-se o impacto que essas ações e esses mecanismos provocarão ao nível da sustentabilidade e da transparência do Poder Local. Fará sentido, pois, evocar as considerações de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA e NOEL GOMES – ainda que num outro contexto – de que "(…) a autonomia financeira dos entes locais continua a não ser encarada pelo legislador como uma verdadeira prerrogativa constitucional que os mesmo detêm (…)" ([20]). Por outras palavras, o que verdadeiramente se encontra em causa não é a necessidade de um regime excecional que comporte medidas como aquelas que foram elencadas, antes a fragilidade do financiamento das autarquias locais, que a pandemia veio colocar, mais uma vez, a descoberto ([21]).

Mas as exigências com que o Poder Local se depara, como de resto toda a Administração Pública, não se prende somente com a sustentabilidade financeira. A crise pandémica veio robustecer a necessidade de assegurar-se a transparência dos poderes públicos, bem como reclamar uma aceleração da transição digital ou, se se quiser, de uma transição e democratização digital, pois, como bem refere ANA FERNADA NEVES, "a aproximação às populações faz-se hoje, numa parte substancial, por via de uma administração eletrónica" ([22]). Se, tal

[19] Cfr. artigo 2.º.

[20] JOAQUIM FREITAS DA ROCHA/NOEL GOMES, "As dimensões financeiras do impulso descentralizador", in *Revista de Direito Administrativo,* n.º 5 (maio-agosto), Lisboa: AADFL, 2019, p. 56.

[21] Para um aprofundamento do conceito de sustentabilidade financeira das autarquias locais, vd. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, "Autonomia e sustentabilidade financeira das autarquias locais", in *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela,* n.º 25, 2016, pp. 159 e ss'. E sobre algumas propostas de restruturação do financiamento direto das autarquias locais, vd. por todos, PAULO TRIGO PEREIRA /LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA, "A Alteração ao regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais de 2018: passo à frente ou passo atrás?", in *Questões Atuais de Direito Local,* n.º 20 (outubro-dezembro), Braga: AEDREL, 2018, pp. 18 e ss'.

[22] ANA FERNANDA NEVES, "Notas sobre a execução da transferência de competências para os municípios e para as entidades intermunicipais", in *Revista de Direito Administrativo,* n.º 5 (maio-agosto), Lisboa: AADFL, 2019, p. 41.

como se deu conta, a pandemia provocou um reforço do poder executivo em relação aos órgãos deliberativos, bem como uma expansão da sua intervenção, sob regras de flexibilização e agilização, não menos verdade é a necessidade de um comportamento transparente por parte do Poder Local, uma vez que os poderes públicos, mesmo sob o signo da excecionalidade, sempre estarão vinculados à juridicidade.

3. E, depois?... Os principais desafios do Poder Local no contexto pós-emergência

Para além de algumas considerações perfunctórias que fomos tecendo ao longo da nossa exposição antecedente, que antecipam alguns desafios que se colocam ao Poder Local, os principais reptos que se colocam num contexto pós-pandémico podem sistematizar-se, em nosso entender, em quadro principais ideias:

- Consagração de um *princípio da diferenciação* ([23]). Se recorrentemente o discurso de exaltação da atuação do Poder Local é feito em termos genéricos, não há como negar as particulares de cada autarquia. Por conseguinte, a capacidade de resposta do município de Lisboa ou do município do Porto não é, evidentemente, a mesma do que a de um município do interior do país. Naturalmente que este princípio não pode operar como compressão à autonomia local ou à descentralização administrativa, devendo, ao invés, atender às especificidades de cada núcleo autárquico. Em extrema síntese, pugna-se por uma unidade na diferença, preterindo-se uma visão puramente redutora e uniformista.
- Adoção de uma *visão estratégica de sustentabilidade*. Esta deve ser entendida tridimensionalmente: sustentabilidade cívica, sustentabilidade financeira e sustentabilidade ambiental ([24]). O défice de participação democrática é, hoje, um fenómeno crescente e preocupante, fazendo sentir-se, em primeira linha, ao nível local. Para além disso, a pandemia veio agudizar as assimetrias sociais, comportando diversos riscos de segregação social. Caberá, portanto, ao Poder Local fazer funcionar as suas estruturas democráticas de modo a assegurar uma coesão social. Também ao nível financeiro, a que já tivemos oportunidade de aludir, requer-se uma forte política de restruturação, de modo a assegurar que o Poder

[23] Acompanhamos a proposta de ALFREDO GALÁN GALÁN, *"El impacto de la crisis (…)"*, op. cit., p. 7.

[24] Cfr. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Contributo para um conceito de democracia plena,* texto disponível em *https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/37516/1/Defice%20democratico.pdf*

Local possa dispor de mecanismos que lhe permitam sustentar os seus custos próprios. Ao nível ambiental ou ecológico, as políticas públicas devem atender à escassez dos recursos e à necessidade de uma utilização regrada dos mesmos.

— *Transparência, inovação e resiliência.* Enquanto corolário do princípio da administração aberta, os poderes públicos devem garantir a transparência da sua atuação. Num período especialmente marcado por regras de flexibilização e agilização dos modelos procedimentais, não pode descurar--se uma monotorização efetiva da atuação pública, sob pena de uma gigantesca redoma de opacidade da administração. As regras especiais de funcionamento dos órgãos autárquicos, de contratação pública e de financiamento não podem significar uma fuga do Poder Local, e dos demais poderes públicos, à sua umbilical vinculação à juridicidade. De igual forma, a atuação do Poder Local deve pautar-se por ímpetos de inovação e resiliência, através de mecanismos que assegurem a conexão, a inclusão e a mobilidade do território: a pandemia fez, portanto, recrudescer o entendimento da cidade ao serviço do cidadão e do território, como clara ilustração do modelo de *smart cities* ([25]).

— Necessidade de *redes de cooperação*. Este é, estamos em crer, um dos maiores desafios colocados ao Poder Local. Em consonância com aquilo que referimos em relação ao princípio da diferenciação, parece-nos evidente que muitos municípios, com uma capacidade de resposta muito reduzida, carecem do apoio ou assistência de outros níveis administrativos como sejam, no imediato, as comunidades intermunicipais. Mas será esse nível suficiente, mormente na articulação entre o Poder Local e o Poder Central? A interrogação radica precisamente no tão afamado processo de regionalização, isto é, de um nível intermédio entre o Poder Local e o Poder Central. Não deixa de ser curioso que, em plena pandemia, o modelo de designação da direção executiva das CCDR's tenha sido alterado([26]), passando o presidente da CCDR a ser eleito por um colégio eleitoral, constituído pelos eleitos locais da área geográfica de atuação da respetiva CCDR que estejam em efetividade de funções até ao quadragésimo dia anterior em que se realiza o ato eleitoral e um vice-presidente eleito por todos os presidentes das Câmaras Municipais que integram a área geográfica abrangida pela respetiva CCDR e que cumpram o menciona-

[25] Para maiores desenvolvimentos, vd. ISABEL CELESTE FONSECA/ ANA RITA PRATA, "Smart Cities vs. Smart(er) Governance – Cidades Inteligentes: Melhor Governação (ou não)" in *Estudos de Direito das Autonomias (Locais),* op. cit., pp. 235-253, e a bibliografia aí citada.

[26] Considere-se o Decreto-Lei n.º 27/2020, de 17 de junho, a Lei n.º 37/2020, de 17 de agosto e nesta sequência, a Portaria n.º 533/2020, de 28 de agosto.

> do requisito da efetividade de funções. Uma vez que os representantes dos munícipes detêm agora um papel importante na designação dos quadros executivos das CCDR's, entendemos, de facto, que o legislador lançou a semente para a criação de um nível intermédio de Poder ([27]). Naturalmente que tal perspetiva implica a emulsão de um conjunto de interrogações e inquietações que passam, em primeira linha, pelos desassossegos acerca da sobreposição de figuras organizatórias e da forma como se procederá à racionalização das estruturas administrativas. Para além disso, nesta equação deverá também incluir-se a reflexão acerca da necessidade (ou não) de novas medidas de tutela sobre o Poder Local e do advento de uma nova lei de tutela administrativa ([28]).

Em jeito conclusivo, a pandemia escancarou, portanto, a porta para a reforma do Poder Local e, bem assim, para novos modelos de governação. Quanto maiores e mais intensos forem os desafios, maiores as responsabilidades e mais premente a necessidade de um controlo efetivo. Eis, pois, um conjunto de pistas que procurámos lançar para uma reflexão que se requer profunda, em abono do Estado de Direito Democrático, que não pode esgotar-se na espuma dos dias.

---

[27] A nossa perspetiva é mais dilatada daquela preconizada por MARTA SILVA FERREIRA, "Orgânica das Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional – Análise ao Decreto-Lei n.º 27/2020, de 17 e junho, alterado, por apreciação parlamentar, pela Lei n.º 37/2020, de 17 de agosto e a Portaria n.º 533/2020, de 28 de agosto que aprova o regulamento para eleição indireta do presidente e vice-presidente das CCDR's", in *Revista de Direito Administrativo,* n.º 9 (setembro-dezembro), Lisboa: AADFL, 2020, p. 98. Entende a Autora que "Pese embora esta catadupa legislativa, facilmente se descortina que o que está em causa, é apenas e tão somente, a escolha dos indivíduos que vão dirigir as CCDR's e não uma medida para a descentralização ou regionalização que tanto se proclama".

[28] Sobre este assunto, ISABEL CELESTE FONSECA, "A tutela do Estado sobre as Autarquias Locais: comedida ou sem medida(s)?", in *Estudos de Direito das Autonomias (Locais),* op. cit., pp. 163-169.

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NO PÓS PANDEMIA: MUDANÇAS EFETIVAS OU MANUTENÇÃO DAS APARÊNCIAS?

Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian

Professora de Direito Internacional Privado
Coordenadora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie
Conselheira da Secção Latino-Americana da Global Business and Human Rights Scholars Association

SUMÁRIO: Introdução. 1. Empresas e Direitos Humanos: evolução normativa no plano internacional e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2. Impactos iniciais do COVID-19 nas relações de consumo e violações aos direitos humanos praticadas por empresas. 3. Desafios pré e pós pandêmicos: mudanças efetivas ou manutenção das aparências? Considerações Finais.

Introdução

A sociedade internacional, desde a segunda metade do século XX, tem envidado esforços para a proteção aos direitos humanos por parte não apenas de Estados, mas também de corporações. Estas últimas, não obstante a falta de reconhecimento de sua subjetividade pelo Direito Internacional, são as principais impulsionadoras do comércio global e, inclusive, influenciadoras dos sujeitos estatais. Com sua lógica de exploração para obtenção do capital, muitas vezes suas atividades acabam por destruir comunidades, o meio ambiente e encerrar a vida

de grupos vulneráveis economicamente e dependentes de sua atividade laboral para garantir sua subsistência em uma sociedade de consumo.

O pressuposto do presente trabalho, portanto, não é atual. A possibilidade de violação aos direitos humanos por empresas, bem como da sustentabilidade planetária, ensejou a elaboração de normas no plano internacional e provocou a remodelação das preocupações da Organização das Nações Unidas (ONU) para a inclusão de empresas na busca por cooperação entre os Estados para a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em 2015.

Assim, o tema tratado neste artigo não deve ser analisado como resultado da atual crise sanitária provocada pela pandemia do chamado SARS-CoV-2 (COVID-19), vírus que circula pelo planeta desde o início de 2020 e que resultou em processos de isolamento social em todas as nações[1]. Ao contrário: a pandemia ora instalada é o resultado direto das violações aos direitos socioambientais de toda a humanidade por parte de sujeitos e atores internacionais.

Este será, assim, o objetivo do presente trabalho: avaliar, à luz das normas internacionais sobre Empresas e Direitos Humanos e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, as violações aos direitos humanos por corporações verificadas durante os primeiros cem dias da atual pandemia de COVID-19 e analisar se os atuais esforços para sanar tais violações às normas preexistentes serão efetivos no período pós pandemia ou se continuarão se configurando como táticas empresariais para atrair novos consumidores e perpetuando a lógica não sustentável que a ensejou.

O método utilizado para o alcance das principais conclusões será o dedutivo e a metodologia seguirá a análise bibliográfico-documental de fontes primárias oriundas sobretudo da Organização das Nações Unidas, da Organização Mundial de Saúde (OMS) e Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como fontes secundárias de autores e autoras nacionais e estrangeiros voltados(as) ao estudo do Direito Internacional e da subárea Empresas e Direitos Humanos.

1. Empresas e Direitos Humanos: evolução normativa no plano internacional e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

A preocupação internacional com a proteção aos direitos humanos por parte das corporações não é recente. Ao contrário: os primeiros esforços rela-

[1] WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic*. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 24 jun. 2020.

cionados ao tema remontam à década de 1970, com as iniciativas da ONU em estabelecer uma Nova Ordem Econômica Mundial[2], bem como com a criação de um Programa sobre Empresas Transnacionais no Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC)[3].

A partir de então, esforços internacionais foram desempenhados na tentativa de elaborar um instrumento internacional no plano Onusiano que fosse capaz de trazer às corporações a sensação de deveres para com a Humanidade. Dos esforços iniciais - com o primeiro fracasso da instituição de Normas de Responsabilidades para as Corporações Transnacionais e Outras Empresas Privadas no que diz respeito aos Direitos Humanos[4] - à elaboração dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Orientadores ou Princípios Ruggie, em homenagem ao responsável pela elaboração final do documento)[5], em 2011, foi possível perceber o vertiginoso aumento da influência corporativa no globo, que hoje comprazem a maior parte das economias mundiais, com receitas que por vezes superam o Produto Interno Bruto de determinados Estados[6].

Os Princípios Orientadores, estabelecidos em 2011 no seio daquela organização internacional, especificam trinta e um princípios que devem ser observados por parte de Estados e empresas na proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente. Entre os princípios de direta observância por parte das corporações, destacam-se os princípios 11 a 24.

Ocorre, contudo, que os Princípios Ruggie não possuíam caráter vinculante aos Estados signatários e às empresas domiciliadas em seus respectivos territórios. Sendo assim, é possível inferir que, não obstante sua relevância como

---

[2] UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *A/RES/S-6/3201***.** Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020. UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *A/RES/S-6/3202.* Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3202.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

[3] AMAO, Olufemi. *Corporate social responsibility, human rights and the law*: multinational corporations in developing countries. Nova Iorque: Routledge, 2011, p. 32.

[4] BAXI, Upendra. *The future of human rights*. 3. ed. New Delhi: Oxford University Press, 2008. p. 277-302.

[5] UNITED NATIONS. *Guiding principles on business and human rights*: implementing the United Nations "protect, respect and remedy" framework. 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 30 de mai. 2020. Para melhor compreensão do processo de elaboração dos Princípios Orientadores a partir de seu idealizador, ver RUGGIE, John Gerard. *Quando negócios não são apenas negócios*: as corporações multinacionais e direitos humanos. São Paulo: Planeta Sustentável, Abril, Pacto Global Brasil, 2014.

[6] CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero*: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais. Porto Alegre: Buqui, 2015, p. 17.

marco para a discussão mais vivaz sobre o tema, é possível verificar uma série de abusos aos direitos humanos praticadas por corporações, tais como (i) violações às leis trabalhistas, culminadas no suicídio coletivo de funcionários da empresa chinesa Foxconn[7], em 2010, ou mesmo na tragédia ocorrida com os trabalhadores de empresas têxteis terceirizadas que atuavam em um prédio em condições precárias em Rana Plaza[8], Bangladesh, em 2013; (ii) graves danos ao meio ambiente, como visto na destruição da Amazônia Equatoriana pela Chevron[9], o despejo de mais de 62 milhões de metros cúbicos de lama tóxica[10] resultante do rompimento da barragem de Fundão, de propriedade da *joint venture* Samarco, em Mariana, Minas Gerais, em 2015 e a tragédia anunciada do rompimento da barragem de Brumadinho, em 2019[11]; e (iii) a permissão de venda de produtos a determinadas sociedades, estes muitas vezes anunciados como benéficos, mas que tão somente escondem estratégias de *marketing* para alavancar vendas[12], dentre outras violações de semelhante magnitude para a humanidade e para o planeta.

---

7 THE GUARDIAN. *Life and death in Apple's forbidden city*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/jun/18/foxconn-life-death-forbidden-city-longhua-suicide-apple-iphone-brian-merchant-one-device-extract>. Acesso em: 23 set. 2018.

8 LABOWITZ, Sarah; BAUMANN-PAULY, Dorothée. *Beyond the tip of the iceberg*: Bangladesh's forgotten apparel workers. Nova Iorque: NYU Stern Center for Business and Human Rights, 2015; BARRET, Paul M; BAUMANN-PAULY, Dorothée; GU, April. *Five years after Rana Plaza*: the way forward. Nova Iorque: NYU Stern Center for Business and Human Rights, 2018, p.1-3.

9 MARTIN-CHENUT, Káthia; PERRUSO, Camila. El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos y empresas*: reflexiones desde America Latina. San José, C.R.: IIDH, 2017.

10 CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Direitos humanos e empresas no Brasil: como as empresas mineradoras têm afetado a proteção dos direitos humanos no território brasileiro. *Homa Publica*. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. v.2, n.1, 2018, p.109-137. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BORHZ,Clara Rossatto. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: o "caso Mariana" e a dupla (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Publica*. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. v.2, n.2, 2018, p.190.

11 CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Dados*: Os números da tragédia de Brumadinho. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/fact-sheets-o-numeros-da-tragedia-de-brumadinho >. Acesso em: 31 mai. 2020.

12 MULLER, Mike. *The baby killer*: a war on want investigation into the promotion and sale of powdered baby milks in the third world. Londres: War on Want, 1974.

Ainda, considerando a linguagem abrangente daquele documento de *soft law*[13], *é* possível inferir pela importância de as empresas se preocuparem com a totalidade de seu mercado consumidor, o que inclui não apenas os seus funcionários diretos e consumidores finais, mas também – e principalmente, como se verá a seguir – toda a cadeia produtiva dos bens de consumo comercializados mundialmente.

A partir da constatação, principalmente por Estados em desenvolvimento, de que os Princípios Orientadores não seriam suficientes para garantir a efetiva responsabilização de empresas por violações aos direitos humanos, tiveram início na ONU as discussões para a elaboração de um tratado sobre o tema[14], sobretudo com a finalidade de garantir maior vínculo aos Estados e às empresas no comprometimento com a proteção aos direitos humanos. Contudo, considerando que tais negociações não resultaram até o presente momento em uma norma vinculante de caráter definitivo, o presente trabalho voltará sua atenção às iniciativas mais recentes e que têm gerado discussões perante a sociedade internacional.

Assim, não obstante a menção aos documentos supramencionados, a relação da preocupação internacional com a sustentabilidade tornou-se mais robusta sobretudo após a aprovação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)[15]. A Agenda 2030 da ONU se consubstancia em uma iniciativa de caráter global para promover a sustentabilidade no planeta e, consequentemente, maior equidade entre os continentes. A partir do desenvolvimento conjunto entre sujeitos e atores internacionais de 17 objetivos centrais e 169 metas, espera-se que até o ano de 2030 todas as políticas domésticas e internacionais implementadas levem em consideração os pressupostos elencados naquele documento.

Apesar de em voga desde o ano de 2015, a discussão sobre a necessidade de os sujeitos e atores internacionais adequarem suas práticas aos ODS ganhou força com o início da nova década. Por sustentabilidade compreende-se a realização de práticas simultâneas e equilibradas que contribuam para a erradicação da pobreza, a implementação de sistemas de saúde e de educação de qualidade, a redução das desigualdades e o incremento do crescimento econômico com o menor impacto ao meio ambiente, neste incluídos oceanos e florestas.

---

[13] CARDIA, Ana Cláudia Ruy. GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Estado de Direito internacional na condição pós-moderna: a força normativa dos princípios de Ruggie sob a perspectiva de uma Radicalização Institucional. In: BENACCHIO, Marcelo (Coord.); VAILATTI, Diogo; DOMINIQUINI, Eliete Doretto (Org.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2016, p. 127-146.

[14] RIVERA, Humberto Cantu. Negotiating a treaty on business and human rights: the early stages. *UNSW Law Journal*. v.40, 2017, p.1222.

[15] UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Diferentemente dos "Objetivos do Milênio"[16], adotados nos anos 2000, a definição dos ODS e das formas pelas quais os sujeitos e atores internacionais poderiam contribuir para seu alcance contou também com a participação ativa do corpo empresarial que, não custa lembrar, perfaz a maior parte do capital mundial, sobretudo se considerados os Produtos Internos Brutos dos Estados em contraposição ao capital corporativo[17]. Resta claro, portanto, que as discussões sobre sustentabilidade e proteção aos direitos humanos não mais podem ficar tão-somente no vocabulário das competências e atribuições estatais, devendo ser incorporadas pelas empresas de toda natureza e em todas as suas fases de atuação.

Referida preocupação dialoga diretamente com as normas internacionais e as iniciativas da ONU e de outros sujeitos da sociedade civil voltadas diretamente à proteção de direitos humanos por parte das corporações, postas em prática, como visto, sobretudo a partir da última década, com a aprovação, como visto, dos Princípios Ruggie. Sendo assim, a presente pesquisa voltará seus esforços à análise de um cenário de necessidade de respeito, por parte de Estados e corporações, das metas insculpidas no ODS e cuja observância deverá se consagrar até o final da década atual. É o que se verá a seguir.

2. Impactos iniciais do COVID-19 nas relações de consumo e violações aos direitos humanos praticadas por empresas

A pandemia de COVID-19 provocou a necessidade de distanciamento social em todas as esferas do planeta. Tal crise sanitária, vivida em semelhante magnitude pela humanidade há aproximadamente cem anos[18], trouxe à sociedade internacional o imperativo de garantir respostas urgentes no que tange à proteção aos seres humanos, não obstante haver estudos iniciais que projetem a

[16] UNITED NATIONS. *Millennium Development Goals and Beyond 2015*. Disponível em: <https://www.un.org/millenniumgoals/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

[17] A esse respeito, ver CARDIA, Ana Cláudia Ruy. *Empresas, direitos humanos e gênero*: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais. Porto Alegre: Buqui, 2015.

[18] A última pandemia a atingir a humanidade com semelhante magnitude foi a chamada "gripe espanhola", ocorrida a partir de 1918 e que resultou na morte de aproximadamente um terço da população planetária. A esse respeito, ver CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. *1918 Pandemic (H1N1 virus).* Disponível em: <https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/1918-pandemic-h1n1.html>. Acesso em: 22 jun. 2020.

possibilidade de as contaminações e o consequente afastamento humano perdurarem até o ano de 2022[19].

O isolamento social - com os períodos de quarentena instituídos nos mais variados Estados do globo - trouxe à humanidade a situação de permanência no ambiente doméstico, modificando a lógica de consumo então vigente. A facilidade já experimentada por parte da população mundial[20] de realizar atividades laborais e consumir produtos e serviços por meios digitais[21] sofreu um crescimento exponencial a partir do início da pandemia[22]. Tal mudança implicou na utilização de novos aplicativos e programas de comunicação simultânea, ensejando a possibilidade de potenciais violações, por parte de empresas de tecnologia, da privacidade de seus usuários.

A esse respeito, notícias relacionadas ao vazamento de informações de usuários do aplicativo de comunicação simultânea da empresa *Zoom Video Communnications Inc.* a partir de seu crescimento substancial no período pandêmico[23] reacenderam os debates sobre o direito à privacidade na Internet[24], demandando respostas rápidas por parte da empresa envolvida a fim de não perder a confiança de seus consumidores novos e antigos e manter sua geração de receitas. Apesar das eventuais alterações na política de privacidade daquela empresa, resta sem solução o questionamento sobre o vazamento e a utilização de dados pessoais por parte das corporações do ramo da tecnologia.

Ainda neste plano, considerando que a mesma fatia da população mundial consumidora de tais serviços passou a se valer da realização de compras virtuais, a necessidade de tal raciocínio se estender às corporações de venda de bens de consumo (duráveis ou não) também se intensificou e trouxe um novo desafio, qual seja, o de garantir que os níveis de consumo se mantivessem iguais ou superiores aos períodos anteriores à pandemia. Para tanto, novas estratégias

---

[19] KISSLER, Stephen M. TEDIJANTO, Christine. GOLDSTEIN, Edward. GRAAD, Yonatan H.. LIPSTICH, Marc. Projecting the transmission dynamics of SARS-CoV-2 through the postpandemic period. *Science*. Vol. 368, Issue 6493, p. 860-868. 2020.

[20] Sobretudo do chamado "norte global", no entender de Boaventura de Sousa Santos. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus.* Coimbra: Almedina, 2020.

[21] SLEE, Tom. *Uberização*: A nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

[22] UCLG. *Digital Technologies and the COVID-19 Pandemic*. Disponível em: <https://www.uclg.org/sites/default/files/eng_briefing_technology_final_x.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

[23] BLOOMBERG. *Zoom daily users surge to 300 million despite privacy Woes*. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-22/zoom-daily-users-surge-to-300-million-despite-privacy-woes>. Acesso em: 24 jun. 2020.

[24] BERNAL, Paul. A rights-based approach. WITZLEB, Normann. LINDSAY, David. PATERSON, Moira. RODRICK, Sharon (Org.). *Emerging challenges in privacy law*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2014, p. 207-233.

de *marketing* digital precisaram ser estudadas[25], de maneira que o mercado de consumo não se visse afetado.

Neste momento, contudo, resta potencializado o risco de corporações apresentarem peças publicitárias que eventualmente tragam perspectivas positivas e sustentáveis de produção e consumo – ou mesmo de aspectos socialmente discutidos nas redes sociais as quais tais empresas divulgam seus produtos - mas que não cumpram com os padrões de sustentabilidade vistos no item anterior.

Neste sentido, foi possível verificar, em função da violência policial que levou à morte George Floyd, nos Estados Unidos, que movimentos empresariais de todo o planeta se organizaram com a finalidade de demonstrar seu repúdio ao racismo e seu comprometimento para com uma sociedade livre de discriminação[26]. Os anúncios digitais daquele período tangenciaram o tema, bem como foram marcantes posicionamentos expressos de diretores de grandes corporações prometendo mudanças no comportamento corporativo interno a fim de combater este crime de natureza estrutural[27] em todo o planeta.

Ocorre, no entanto, que tais posicionamentos muitas vezes acabam por ocultar dados relevantes sobre a participação de pessoas negras nos quadros de funcionários das próprias empresas envolvidas. As estatísticas são ainda mais alarmantes quando alcançados os principais cargos de direção: grandes corporações como Nike, Amazon e Microsoft ainda contam com porcentagens acima dos 50% de pessoas brancas em seus cargos de chefia[28]. A pandemia, portanto, novamente amplificou a imagem de uma discriminação histórica e que só poderá sofrer mudanças substanciais quando expressar uma mudança cultural das corporações de todo o planeta.

Independentemente dos esforços corporativos e da busca pela atração dos consumidores por meio da intensificação da propaganda, a queda na produção bens de consumo e de serviços foi sentida com a mesma força e na mesma

---

[25] MCKINSEY & COMPANY. *How marketing leaders can both manage the coronavirus crisis and plan for the future.* Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/marketing-and-sales/our-insights/how-marketing-leaders-can-both-manage-the-coronavirus-crisis-and-plan-for-the-future#>. Acesso em: 23 jun. 2020.

[26] BBC. *George Floyd:* Why are companies speaking up this time? Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-52896265>. Acesso em: 24 jun. 2020.

[27] A respeito do estudo do racismo estrutural, ver ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019.

[28] NIKE. 2019 *Representation in Leadership.* Disponível em: <https://purpose.nike.com/fy19-representation-and-pay>. Acesso em: 24 jun. 2020. AMAZON. *Our Workforce Data*. Disponível em: <https://www.aboutamazon.com/working-at-amazon/diversity-and-inclusion/our-workforce-data>. Acesso em: 24 jun. 2020. MICROSOFT. *Diversity and Inclusion Report 2019*. Disponível em: <http://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE4aqv1>. Acesso em: 24 jun. 2020.

velocidade que o avanço da pandemia de COVID-19: 37,5% dos trabalhadores globais dos setores de alimentos e acomodação, atacado e varejo, serviços corporativos e produção de manufaturas sofreram com os impactos da pandemia[29], resultando na possível demissão de milhares de trabalhadores em todo o planeta.

Os números apresentados – que superam, inclusive, as estatísticas da crise econômica global dos anos de 2008 e 2009[30] –, tendem a se concentrar sobretudo em Estados em desenvolvimento e com questões socioeconômicas e ambientais que extrapolam os tempos pandêmicos. O aumento da vulnerabilidade de tais povos a partir da redução de postos de trabalho será o agravante de uma crise potencializada pela pandemia de COVID-19 e cujos efeitos serão sentidos mesmo após o eventual desenvolvimento de uma vacina para conter a doença física que assola o planeta - o que pode eventualmente vir a ensejar novas violações aos direitos humanos por parte de corporações, sobretudo com a ocorrência de graves violações aos direitos trabalhistas, o que inclui o Brasil[31].

Uma vez analisadas de forma breve algumas violações aos direitos humanos por corporações inicialmente verificadas no período imediatamente posterior à decretação da pandemia, faz-se necessária a análise de quais serão os desafios globais e, principalmente, corporativos, a ser enfrentados no período posterior à condição sanitária ora vivida.

3. Desafios pré e pós pandêmicos: mudanças efetivas ou manutenção das aparências?

Uma vez analisada a normativa internacional aplicável ao tema da presente pesquisa, assim como vistas as violações mais recentes aos direitos humanos praticadas por corporações no curto período de tempo verificado entre a decretação, pela OMS, de uma pandemia provocada pelo COVID-19 e a data de publicação desta obra, é possível perceber que a correta e completa proteção aos direitos humanos por parte das empresas é medida de rigor.

Em outras palavras, não obstante os esforços recentes em atribuir ao estado pandêmico determinadas violações aos direitos humanos, a realidade ora

[29] UN NEWS**.** *COVID-19:* impact could cause equivalent of 195 million job losses, says ILO chief. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061322>. Acesso em: 22 jun. 2020.

[30] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO Monitor:* COVID-19 and the world of work. Second Edition. Updated Estimates and Analysis. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_740877.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

[31] INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION. *2020 ITUC Global Rights Index*: The World's Worst Countries for Workers. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/ituc_globalrightsindex_2020_en%5B1%5D%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

analisada não se aplica ao momento presente: ao contrário, demonstra que as violações aos direitos da pessoa humana por corporações evoluíram na mesma proporção de sua ingerência nos Estados e de seu poderio econômico frente às maiores economias mundiais[32].

Dessa maneira, os desafios que ora se apresentam – e que devem, consequentemente, ser estendidos ao período pós-pandêmico – não estão relacionados à extinção das violações cometidas, mas sim à *verdadeira mudança do comportamento corporativo* para com a sustentabilidade planetária e a proteção aos direitos humanos[33].

Assim, apesar de os esforços verificados no plano internacional serem louváveis, é necessário maior engajamento por parte das empresas, sobretudo em sua relação com a correta implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Estes, em especial, demandam a participação direta das corporações para o alcance de suas metas, o que deve ocorrer seja por meio do engajamento conjunto com Estados ou mesmo por meio de iniciativas próprias em suas atividades cotidianas.

Em relação ao segundo aspecto, é fundamental a observância pelas corporações de práticas internas de proteção aos seus funcionários, bem como aos consumidores e à sociedade como um todo. Imprescindível, ainda, a implementação de tais princípios por toda a cadeia produtiva, evitando que violações aos direitos humanos sejam perpetuadas por empresas terceirizadas e mesmo subsidiárias em Estados em desenvolvimento[34].

Não menos importante é o alinhamento da mensagem transmitida aos consumidores às práticas corporativas efetivamente realizadas. O aumento da participação corporativa e de indivíduos nas redes sociais e a intensificação do *marketing* para atração dos canais eletrônicos de vendas acabam por ensejar a produção de informações que não sejam condizentes com os métodos e técnicas verdadeiramente adotados por aqueles entes no desempenho de suas atividades. A doutrina internacional reconhece tal prática como *greenwashing*: a transmis-

---

[32] GATTO, Alexandra. *Multinational enterprises and human rights*: obligations under EU law and international law. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2011. p. 53-60.

[33] JOTA. *Agenda 2030, sustentabilidade e a proteção aos direitos humanos: chegou a hora de modernizar a função social da empresa*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agenda-2030-sustentabilidade-e-a-protecao-aos-direitos-humanos-28022020>. Acesso em: 22 jun. 2020.

[34] BECKERS, Anna. *Enforcing corporate social responsibility codes*: on global self-regulation and national private law. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2015, p.9.

são de uma imagem positiva para a atração de consumidores e investidores[35], mas que não repercute também no dia-a-dia da corporação -muitas vezes eivado de práticas atentatórias aos direitos humanos.

Ademais, a vulnerabilidade socioeconômica de outrora – já objeto de graves violações aos direitos humanos por corporações, como visto nos itens 01 e 02 do presente trabalho – será *potencializada* com os indícios (já prementes) de uma recessão econômica que afetará o planeta nos anos subsequentes à pandemia[36]. Com isso, novas situações exploratórias por parte das empresas tenderão a aumentar caso não haja uma mudança comportamental no mercado corporativo em geral. Violações como condições análogas à escravidão e tráfico de pessoas[37], que hoje são uma realidade sobretudo em Estados do sul global[38], existirão em maior medida se a sustentabilidade não for incorporada nos ambientes empresariais e estimuladas pelos Estados.

Sobre este ponto, não obstante existam discussões relevantes e recentes no plano empresarial para a incorporação de medidas ambientais, sociais e de governança (ESG – sigla em inglês utilizada para definir tais métricas[39]), conduzidas recentemente e em grande medida por companhias do mercado financei-

---

[35] O conceito de *greenwashing* pode ser resumido a partir de excelente pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, o IDEC: "(...) expressão que significa "maquiagem verde" ou "lavagem verde". Nesses casos, as marcas criam uma falsa aparência de sustentabilidade, sem necessariamente aplicá-la na prática. Em geral, a estratégia é utilizar termos vagos e sem embasamento, que levam o consumidor a acreditar que ao comprar um produto "ecológico" está contribuindo para a sustentabilidade ambiental e animal". INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Mentira Verde***.** Disponível em: <https://idec.org.br/greenwashing>. Acesso em: 20 fev. 2020. STIGLITZ, Joseph E. *Globalização*: como dar certo. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 318.

[36] INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *ILO Monitor*: COVID-19 and the world of work. Fourth Edition. Updated Estimates and Analysis. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_745963.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

[37] UNODC. Research Brief. *How COVID-19 restrictions and the economic consequences are likely to impact migrant smuggling and cross-border trafficking in persons to Europe and North America*. Vienna: UNODC Research, 2020. Sobre a temática da escravidão moderna e do tráfico de pessoas, ver SMANIO, Gianpaolo Poggio. PINTO, Felipe Chiarello de Souza. ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. JUNQUEIRA, Michelle Asato (Org.). *Pessoas Invisíeis*: prevenção e combate ao tráfico interno e internacional de seres humanos. Londrina: Thoth, 2020.

[38] A esse respeito, ver YASUAKI, Onuma. *Direito internacional em perspectiva transcivilizac*ional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional do século XXI. Tradução de Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al.]. Belo Horizonte: Arraes, 2016. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

[39] O'CONNOR, Casey. LABOWITZ, Sarah. *Putting the "S" in ESG:* Measuring Human Rights Performance for Investors. Nova York: NYU Stern Center for Business and Human Rights, 2017.

ro[40], é necessário que haja cautela até que se comprove que os esforços empregados têm por objetivo final o alcance da sustentabilidade planetária e não a mera manutenção das aparências de um poderio econômico preexistente a partir da transmissão de uma nova mensagem socialmente benquista.

Considerações Finais

O presente trabalho teve por objetivo apresentar as linhas iniciais da pandemia de COVID-19 em relação aos seus impactos para a proteção aos direitos humanos por corporações. Da análise dos instrumentos internacionais relevantes aplicáveis à temática é possível perceber que a preocupação em garantir a efetiva responsabilidade de empresas na correta observância aos direitos dos indivíduos remonta ao período de expansão de sua influência no cenário internacional – e, portanto, pré pandêmico.

Sendo assim, ainda que de forma primeira, é possível depreender que as violações aos direitos humanos praticadas por empresas e sustentadas por meios de comunicação sobretudo digitais não tiveram surgimento no período ora vivido. Ao contrário: estas são apenas o *resultado* de décadas de exploração das vulnerabilidades sociais, econômicas e políticas dos povos especialmente de Estados menos desenvolvidos do globo. A pandemia de COVID-19, portanto, apenas *potencializa* violações já existentes, *amplificando* seus resultados e trazendo consequências graves para um maior número de vítimas.

Tal constatação, contudo, não anula um raciocínio fundamental: a forma pela qual as corporações deverão observar a normativa internacional existente – e com foco sobretudo na aproximação do cumprimento das metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – não poderá ser a mesma dos períodos anteriores. Isso porque, se a intenção é promover mudanças substanciais na proteção à sustentabilidade planetária, o que inclui a proteção aos trabalhadores, consumidores finais e membros da cadeia produtiva, a mudança cultural da mentalidade corporativa precisará ser alterada.

Empresas são criadas por pessoas e prestam serviços, por meio de indivíduos, para outros seres humanos. Portanto, ignorar o fator humano e seu

[40] Destacam-se, nesse ponto, as empresas BlackRock, com a publicação da carta anual de seu CEO informando que a empresa dará preferência a investimentos que tenham a sustentabilidade como valor central, as iniciativas do banco Goldman Sachs em buscar *Boards* mais diversos, e os esforços dos bancos Itaú e Santander no Brasil em implementar práticas de sustentabilidade e governança. No ramo alimentício, merece menção a transnacional Nestlé, com sua observância à cadeia produtiva de produção de chocolate. Sobre o tema em relação à gestora de fundos de investimentos BlackRock, ver: PACTO GLOBAL. Rede Brasil. *Gigante do mercado financeiro adere ao investimento sustentável.* Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/noticia/42>. Acesso em: 25 jun. 2020.

entrosamento com o meio ambiente não é mais uma alternativa viável. Este é um caminho sem volta, que se perfaz em toda a cadeia produtiva e consumidora.

A pandemia de COVID-19 não deve passar incólume pela sociedade. Ao contrário: sua existência não apenas demonstra a inobservância dos princípios normativos existentes de proteção aos direitos humanos, mas também o descaso para com a busca pelo desenvolvimento de atividades mercadológicas que se relacionem em maior medida ao imperativo da sustentabilidade, sendo ela mesma, portanto, uma consequência nefasta de um sistema exploratório de vulnerabilidades. O principal desafio, assim, é o de evitar que as fragilidades ora produzidas por um contexto social pandêmico representem novas oportunidades de exploração em vez de chances de aprendizado e mudança cultural em prol de uma sociedade mais humana e sustentável.

REGULAÇÃO DO TABACO NO BRASIL A PARTIR DA CONVENÇÃO QUADRO DE CONTROLE DO TABACO. A PANDEMIA DA COVID19 E O DIREITO À SAÚDE

Luís Renato Vedovato

Professor de Direito Internacional Público da PUC de Campinas e Professor da UNICAMP
Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP

Sumário: 1. Introdução; 2. O Controle do Tabaco e a pandemia; 3. Controlo do Tabaco como parte dos Direitos Humanos; 4. Paradigma e Perspetivas na Regulação; 5. Conclusão.

1. Introdução

O Controle do Tabaco tem sido construído com a conjunção de ações internacionais, como é o caso da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), e nacionais, um conjunto variado de normas e políticas públicas internas dos Estados. A CQCT reconhece que é "necessário um compromisso político firme para estabelecer e apoiar, no âmbito nacional, regional e internacional, medidas multisetoriais integrais e respostas coordenadas".

Nesse sentido, a cooperação entre órgãos nacionais e internacionais é fundamental para se alcançar o maior objetivo da Convenção que é:

> proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco.

Em 27 de fevereiro de 2020, a CQCT completou 15 anos desde sua entrada em vigor. No sentido jurídico, ela é a ferramenta mais poderosa da comunidade internacional para combater o tabaco e sua indústria. Nesses 15 anos da vigência do tratado, seu *status* legal, peso e utilidade muitas vezes parecem ser inadequadamente compreendidos, fazendo que ela não seja totalmente aplicada.

Nesse cenário, há alguns equívocos comuns, especialmente em três pontos. Em primeiro lugar, argumenta-se que a CQCT, embora originalmente concebida como uma "convenção-quadro" - que estabeleceria uma estrutura de governança geral, com conteúdo detalhado e obrigações a serem elaboradas por meio de protocolos - tornou-se algo bastante diferente no curso de sua negociação.

Em segundo lugar, percebe-se a existência de um guia para a interpretação adequada da CQCT, em que as disposições individuais do tratado são lidas no contexto do tratado como um todo (incluindo suas obrigações substantivas, princípios orientadores e preâmbulo) e levando em consideração suas diretrizes de implementação e outras decisões relevantes de sua Conferência das Partes. Por fim, observa-se que as diretrizes de implementação da CQCT são muitas vezes erroneamente vistas diante de uma simples dicotomia de "vinculativo" ou "não vinculativo", enquanto na verdade a questão correta é como eles influenciam a interpretação do tratado.

Em decorrência de tal abordagem, é fundamental explorar a conexão entre direitos humanos e o controle do tabaco e, em particular, a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT). Tendo em vista a promoção da saúde a partir do consumo sustentável.

Devendo ser considerados os fracos argumentos baseados em direitos que são usados pela indústria do tabaco para se posicionar contra a regulamentação do tabaco. Sendo certo que tais debates podem também ser ampliados para aplicação em regulação de outros produtos. Exatamente por isso Cabrera e Gostin[1] demonstra a fraqueza desses argumentos para concluir que o controle do

[1] Cf. CABRERA, Oscar A. & GOSTIN, Lawrence O., Human Rights and the Framework Convention on Tobacco Control: Mutually Reinforcing Systems. International Journal of Law in Context, 7,3. 2011, pp. Cambridge University Press, doi:10.1017/S1744552311000139, Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2044796.

tabaco e os direitos humanos, na verdade, não estão em conflito, mas se reforçam mutuamente.

Cabrera oferece contra-argumentos a favor da regulamentação do tabaco com base nas obrigações internacionais de direitos humanos. Além disso, deixa claro que as normas internacionais de direitos humanos e os órgãos de direitos humanos podem fornecer aos defensores do controle do tabagismo caminhos para o monitoramento e a aplicabilidade internacional para a CQCT.

Assim, garantir o consumo sustentável é uma das principais formas de promoção da saúde, o que exige regulação em consonância com as normas internas e internacionais de proteção dos direitos humanos.

Não se pode negar que a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) não pode ser interpretada a ponto de impedir efetivação de direitos humanos. Em outras palavras, ela não pode ser utilizada para afastar direitos já existentes, pois se posicionam hierarquicamente acima da norma ordinária indicada.

O presente trabalho visa, portanto, mostrar como funciona a CQCT no sentido de promoção da saúde e garantia do consumo sustentável, e como ela pode ser útil para nortear regulações futuras em outros produtos que também atingem a saúde e o consumo sustentável.

2. O Controle do Tabaco e a pandemia

Sempre quando se discute o controle do tabaco, é relevante destacar que há vários dados que informam sobre os males causados pelo tabaco. Esses dados devem ser utilizados para a tomada da decisão jurídica, pois o diálogo entre realidade e direito deve constantemente ser buscado. Por seu turno, também existem, como se sabe, não com a mesma clareza e certeza do tabaco, inúmeras informações sobre os males causados pelo colesterol, pela bebida, pelo leite, entre vários outros tipos de produtos.

O tabaco se diferencia, no entanto, dos demais produtos, pois é o único que, se consumido de acordo com o previsto, causa danos à saúde. De fato, a CQCT é clara quanto a isso no seu preâmbulo, o que leva a concluir que os danos à saúde são reconhecidos tanto pela medicina quanto pelo direito, por meio do tratado internacional.

Logo, é apropriado identificar que o consumo do tabaco tem que passar por restrições não apenas absolutas, como exigem os males por ele causados às pessoas que dele se utilizam, mas também restrições relativas, tendo-se em vista as consequências trazidas a quem se encontra no mesmo ambiente em que existem pessoas utilizando o tabaco.

As restrições absolutas são tidas, no presente trabalho, como aquelas que recaem diretamente sobre a comercialização e divulgação do produto, visando,

com isso, diminuir a decisão impensada de consumir ou comprar o produto, que é potencializada pelo alto grau de dependência causada pelo tabaco. Entende-se que as restrições relativas referem-se à proteção do fumante passivo, diminuindo o contato que esse teria com a poluição tabagística ambiental.

A construção normativa, tanto interna quanto internacional, tem relevante importância no incremento das restrições acima especificadas. A normação internacional, construída por tratados internacionais e demais fontes, é responsável pelos mais recentes diálogos entre fontes do direito[2], pois permite que sejam cotejadas as disposições internacionais com os dispositivos internos. A Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (CQCT) é elemento importante na construção normativa internacional sobre o tabaco, restringindo, direta e indiretamente, o consumo do tabaco.

Porém, argumentos são construídos no sentido de reduzir todos os avanços no campo dos direitos humanos trazidos pela Convenção a meras interpretações equivocadas da natureza e da liberdade humanas, pois, segundo tais argumentos, é um exagero a proteção que se quer dar à saúde. Dessa forma, para demonstrar que há claros erros nesse posicionamento, é necessário que seja feita uma separação entre o que busca a Convenção e as possíveis limitações a direitos fundamentais. Por isso, o que se quer deixar evidenciado, já na introdução, é que não se podem confundir os controles trazidos pela Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (CQCT) com a busca impensada e exagerada da chamada saúde total, que seria representada pelo afastamento de qualquer produto que pudesse trazer danos à saúde, por menores que pudessem ser tais danos. Muito menos pode-se identificar na CQCT a defesa de que existem padrões de saúde que devem ser seguidos por todos. Pode-se, no entanto, claramente identificar que há duas preocupações trazidas pelo uso do tabaco que o afastam dos demais produtos causadores de danos à saúde e que o tornam extremamente único e prejudicial. Tais preocupações são (i) o fato de o tabaco conter elementos desencadeadores de dependência química e (ii) de seu uso causar danos imediatos àqueles que estão próximos aos consumidores de tabaco, ou seja, o dano causado à saúde do fumante passivo[3]. Não há, ressalte-se, em nenhum outro produto essa combinação representada pela soma da dependência com os danos diretos a terceiros.

Logo, ficam bastante compreensíveis os motivos pelos quais a Organização Mundial da Saúde (OMS) escolheu o controle do tabaco para ser o objeto da

---

[2] CARVALHO RAMOS, André. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 817.

[3] WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2008: The MPOWER package, p. 10.

primeira Convenção Internacional liderada por ela. Convenção que ficou aberta para assinaturas de 16 a 22 de junho de 2003.

Esse Tratado Internacional reforça a possibilidade de se proteger o direito à saúde daquele que não quer fumar por meio da criação de restrições ao uso do tabaco, o que indiretamente atinge também a saúde do fumante, além de permitir que se restrinja o acesso ao tabaco, trazendo possibilidade de se realizarem controles da publicidade e da venda do produto.

Nesse passo, as limitações ao uso do tabaco se refletem, por óbvio, no cotidiano do fumante, pois a Convenção busca trazer uma proteção maior para quem consome ativamente o produto. Quanto a esse ponto, antes que se possa pensar em intervenções indevidas no dia a dia das pessoas, não é incomum no Direito a proteção do indivíduo que enfrenta situações que o levam a decisões impensadas. É assim, por exemplo, nos casos de superendividamento[4] na França. A situação do dependente químico do cigarro é muito parecida com a do superendividado. Enquanto esse piora a sua saúde financeira, se não tiver proteção do Estado, aquele tem sua saúde física cada vez mais comprometida, se o Estado não agir. Em ambos os casos, no entanto, a decisão final é do indivíduo. Porém, não será uma decisão puramente impulsionada pela gana do consumo ou pela força da dependência química. Assim, o Estado se legitima a agir para evitar ou controlar decisões impensadas, que, no caso do tabaco, são potencializadas pelo efeito viciante do produto. Dessa maneira, a possibilidade de limitação a direitos fundamentais é plenamente fundamentada, e o controle do uso do tabaco é o objeto central da Convenção Internacional.

Identificar todas as facetas desse controle envolve a análise da legislação interna, mas, principalmente, das normas internacionais. De fato, a questão do tabaco ultrapassou as fronteiras e tornou-se uma preocupação mundial. Por conta disso, como dito, em 2003, foi celebrado um Tratado Internacional sobre o controle do tabaco, batizado de Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco. O Brasil é um dos signatários (expressou sua concordância com o texto em 16 de novembro de 2003), tendo efetivado a ratificação em 03 de novembro de 2005. O Decreto Presidencial que deu publicidade interna à ratificação é o de número 5.658 de 02 de janeiro de 2006.

A chamada convenção-quadro é um tipo de tratado internacional em que os Estados-Partes estruturam grandes molduras normativas[5], no entanto, vale dizer que a grande maioria dos textos doutrinários a respeito da terminologia dos tratados entende que não se deve levar em consideração o nome que lhes

---

[4] Sobre o tema, conferir COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento.* Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[5] VIEIRA, LUCIANE KLEIN ; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre direito interno e direito internacional. Rev. secr. Trib. perm. revis., v. 3, p. 207-225, 2015.

é dado, o que importa, na verdade, é o conteúdo da convenção[6]. Nesse sentido, deve ser entendida a CQCT da Organização Mundial da Saúde, que foi, como dito, aberta a assinaturas em junho 2003, em Genebra. Tendo sido definida como depositária das cartas de ratificações a ONU, que receberia os documentos em sua sede de Nova York, no período compreendido entre 30 de junho de 2003 e 29 de Junho de 2004, e também aceitaria assinaturas nesse período.

A Convenção, que não mais comporta assinaturas, tem 168 signatários, incluindo a Comunidade Europeia, o que a torna um dos tratados mais amplamente adotados na história das Nações Unidas. Os Estados que assinaram a Convenção concordaram em se empenhar, de boa-fé, a ratificar, aceitar, ou aprová-la, e mostrar o compromisso político de não prejudicar os objetivos nela definidos.

A Convenção abriu a possibilidade para que os países que desejam se tornar parte, mas que não assinaram a Convenção até 29 de junho de 2004, possam fazê-lo por meio de adesão, o que, na prática, pode ser tido como equivalente a um processo de ratificação.

A CQCT entrou em vigor em 27 de Fevereiro de 2005, exatamente noventa dias depois de quarenta Estados terem depositado os seus respectivos documentos de ratificação, adesão ou aprovação, nomenclatura que depende da Constituição de cada membro, conforme determinado pelo art. 36, parágrafo 1º, do Tratado. A partir dessa data, as Partes passaram a ser legalmente vinculadas às disposições do Tratado. Para as organizações regionais de integração econômica, a Convenção entra em vigor no nonagésimo dia seguinte à data do depósito do seu instrumento de confirmação formal ou adesão. Nessa última hipótese, amolda-se a União Europeia, uma das signatárias da Convenção.

Durante o seu longo período de negociações, a Convenção-Quadro da OMS permitiu a criação e o desenvolvimento de uma grande rede global, que será, segundo a própria OMS, relevante para implementação das políticas públicas saudáveis necessárias para controle do uso do tabaco[7].

Segundo declarou Jong-Wook Lee[8], Diretor-Geral da OMS, em 2005, as negociações da CQCT pela OMS teriam desencadeado um processo que resultou em diferenças internas visíveis nos países parte. Lee ressalta ainda que o sucesso da Convenção-Quadro da OMS como uma ferramenta para a saúde pública depende do empenho político e da energia que é dedicada à sua aplicação nos

[6] VIEIRA, LUCIANE KLEIN ; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre direito interno e direito internacional. Rev. secr. Trib. perm. revis., v. 3, p. 207-225, 2015.

[7] Sobre promoção de políticas públicas saudáveis, vale conferir o trabalho de Ana Maria Girotti Sperandio, fruto de seu grupo de pesquisa, mantido junto ao Departamento de Medicina Preventiva e Social da UNICAMP.

[8] Disponível em: <http://www.who.int/tobacco>.

próximos anos, concluindo que ganhos globais serão alcançados se houver um resultado positivo na implementação da Convenção.

Como se pode perceber, a conjugação de elementos internacionais e nacionais é essencial para que o objetivo da Convenção seja alcançado. Dessa maneira, são necessários o desenvolvimento de políticas públicas e a reconfiguração do ordenamento jurídico, inclusive com alterações na interpretação.

As longas negociações, no entanto, demonstram claramente que há muitos obstáculos para a concretização da Convenção. Os interesses que fomentam o surgimento do supercapitalismo, como delineado por Robert Reich[9], podem trazer novas conformações e desafios para a criação de políticas públicas saudáveis. Como destaca Reich, o novo capitalismo faz com que as empresas procurem controlar a regulação se aproximando cada vez mais dos centros decisórios estatais. Daí, entende-se a importância dada por Lee para a criação das redes internas de implementação da Convenção.

A preocupação mundial com o uso do tabaco, que é identificado como uma grave questão de política pública de saúde, é demonstrada pelo texto da Convenção, ao explicitar que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema mundial com sérias consequências para a saúde pública, que exige a mais ampla cooperação internacional possível e a participação de todos os países em uma resposta internacional eficaz, apropriada e integral.

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde[10], no século XX, foram 100 milhões de mortes causadas pela epidemia do tabaco e, segundo a mesma fonte, tal número poderá chegar a um bilhão de pessoas no século XXI.

Também se ocupa a Convenção da drenagem de recursos[11] que se identifica pelo consumo do tabaco, tanto no âmbito familiar, pois os recursos utilizados para o tabaco poderiam servir para incremento da saúde e da educação, quanto no âmbito nacional, já que há remessa de lucros e pagamento de *royalties* aos detentores dos direitos de uso das marcas. Nesse passo, a Convenção deixa evidente que leva em conta a preocupação da comunidade internacional com as, por ela chamadas, devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo.

---

[9] REICH, Robert. *Supercapitalismo.* Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2008, capítulo 4, p. 139.

[10] WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, 2008: The MPOWER package.

[11] Nesse ponto, a alusão se refere ao recurso financeiro que é destinado para a manutenção do vício. Vale conferir YUREKLI, Ayda. Impacto das Medidas de Controle do Tabaco na Economia: Desvendando Mitos. In: *Organização Pan-Americana da Saúde. Tabaco e Pobreza, um Circulo Vicioso*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

A Convenção reconhece formalmente que o tabaco causa danos à saúde, evidenciando, em seu texto, que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e, também, que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto dele derivado, conforme exposto no art. 8º da Convenção.

Além disso, a força da indústria não é descartada, as Partes reconhecem a necessidade de manter a vigilância ante qualquer tentativa da indústria do tabaco de minar ou desvirtuar as atividades de controle do tabaco, bem como a necessidade de manterem-se informadas sobre as atuações da indústria do tabaco que afetem negativamente as atividades de controle do tabaco.

As Partes também identificaram a Convenção como sendo um tratado de proteção aos direitos humanos, fazendo as seguintes referências em seu preâmbulo:

> Recordando o Artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, pelo qual se declara que toda pessoa tem direito de gozar o mais elevado nível de saúde física e mental;
>
> Recordando ainda o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, que afirma que o gozo do mais elevado nível de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, ideologia política, condição econômica ou social;
>
> Determinadas a promover medidas de controle do tabaco fundamentadas em considerações científicas, técnicas e econômicas atuais e pertinentes;
>
> Recordando que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979, dispõe que os Estados Participantes daquela convenção devem tomar as medidas cabíveis para eliminar a discriminação contra as mulheres na área da atenção médica,
>
> Recordando ademais que a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, dispõe que os Estados Participantes daquela convenção reconhecem o direito da criança de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde.

Como se pode notar, e esse é um grande avanço trazido pela Convenção, o controle do tabagismo é tido como um meio de efetivação de direitos huma-

nos, não só diretamente, pois o direito à saúde é incrementado, mas também indiretamente, como forma de política pública de saúde e, portanto, permitindo que os recursos escassos para efetivação de direitos sociais sejam distribuídos de uma forma melhor.

3. Controlo do Tabaco como parte dos Direitos Humanos

Há claras conexões entre o controle do tabagismo e os direitos humanos, conforme exposto a seguir, de acordo com Cabrera e Gostin[12]. Primeiramente, o discurso dos direitos humanos, conforme aplicado ao controle do tabagismo, precisa se afastar de uma dicotomia de direitos humanos negativos / positivos e abraçar uma classificação baseada no tipo de obrigação do estado (respeitar, proteger, cumprir). Isso irá esclarecer melhor as conexões entre esses dois campos e ajudará a avançar no controle do tabaco por meio de uma abordagem de direitos humanos.

Além disso, há também princípios de direitos humanos embutidos na CQCT. O que não é novidade quando se percebem as ligações entre o direito à saúde e a CQCT, podendo levar à conclusão de que a CQCT pode informar o conteúdo concreto do direito para a saúde.

Respeitar, proteger, cumprir e controlar o tabagismo são, portanto, as ações necessárias para proteção de direitos humanos, que eram tradicionalmente classificados em duas grandes categorias: direitos negativos e positivos[13] (Ferrajoli, 2001; ver também Alston, Goodman e Steiner, 2008). De acordo com esta classificação, os direitos civis e os direitos políticos foram considerados direitos negativos, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais foram vistos como direitos positivos. Direitos negativos foram entendidos como obrigações impostas aos estados para abster-se de certas condutas.

Por outro lado, os direitos positivos exigem que Estados engajem-se afirmativamente em certas atividades, além de desenvolverem medidas positivas para cumprir com obrigações de direitos, incluindo o dispêndio de recursos. De acordo com essa dupla divisão, direitos econômicos, sociais e culturais foram 'percebidos como "positivos", vagos e direitos que demandam recursos sujeitos

[12] CABRERA, Oscar A. & GOSTIN, Lawrence O., Human Rights and the Framework Convention on Tobacco Control: Mutually Reinforcing Systems. International Journal of Law in Context, 7,3. 2011, pp. Cambridge University Press, doi:10.1017/S1744552311000139, Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2044796.

[13] cf. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil, 2nd edn. Madrid: Editorial Trotta, 2001. Cf também ALSTON, Phillip, GOODMAN, Ryan e STEINER, Henry. International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals. Oxford: Oxford University Press, 2008.

à realização progressiva[14]. Em outras palavras, os direitos econômicos, sociais e culturais foram considerados como contendo objetivos aspiracionais e não direitos concretos e exequíveis. Em contraste, os direitos civis e políticos foram percebidos como "negativos", precisos e de custo gratuito, capaz de implementação imediata.

Tal diferenciação, todavia, não se sustenta sob um exame cuidadoso. Alguns direitos civis e políticos, geralmente entendidos como exigindo apenas a abstenção do Estado, também exigem ações positivas. Por exemplo, o direito a um julgamento justo (relacionado com o direito ao devido processo ou justiça natural), não só exige que os Estados se abstenham de violar direitos, mas também exige que os Estados dediquem recursos para criar um sistema judicial funcional que possa garantir um julgamento justo, incluindo o direito à assistência jurídica. Isso também se aplica, de acordo com Cabrera e Gostin[15], a direitos tradicionalmente entendidos como positivos, como o direito à educação, que exige que os Estados se abstenham de discriminar as minorias em, por exemplo, acesso ao sistema de ensino público[16].

Esta dupla caracterização dos direitos humanos tem sido cada vez mais substituída por uma tripla classificação das obrigações de direitos humanos[17]. Tal classificação tripla concentra-se no tipo de obrigação estatal e não sobre a natureza do direito. Portanto, aplica se tanto a direitos civis e políticos quanto a direitos econômicos, sociais e culturais. De acordo com essa tipologia, adotada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), Estados têm obrigações de respeitar, proteger e cumprir todos os direitos humanos.

A obrigação de respeitar exige que os Estados se abstenham de violar direta (ou indiretamente) o direito das pessoas ou interferir na sua realização. Os Estados devem se abster de desenvolver políticas, leis e regulamentos que afetam negativamente os direitos humanos.

Além disso, os Estados devem se abster de se envolver em qualquer conduta que afete negativamente os direitos humanos. Específico para o controle do

---

[14] Koch, Ida E. Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?. Human Rights Law Review 5(1): 81–103, 2008.

[15] CABRERA, Oscar A. & GOSTIN, Lawrence O., Human Rights and the Framework Convention on Tobacco Control: Mutually Reinforcing Systems. International Journal of Law in Context, 7,3. 2011, pp. Cambridge University Press, doi:10.1017/S1744552311000139, Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2044796.

[16] cf. CABRERA, Oscar e MADRAZO, Alejandro. Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America. Salud Publica de Mexico 52: 288–97, 2010.

[17] CABRERA, Oscar A. & GOSTIN, Lawrence O., Human Rights and the Framework Convention on Tobacco Control: Mutually Reinforcing Systems. International Journal of Law in Context, 7,3. 2011, pp. Cambridge University Press, doi:10.1017/S1744552311000139, Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2044796.

tabaco, os estados devem se abster de promover ativamente o uso de produtos do tabaco[18].

Em segundo lugar, a obrigação de proteger exige que os Estados tomem medidas para evitar que terceiros interferência nos direitos humanos. Para além desse ponto, é necessário que o Estado também atue para cumprir as normas de direitos humanos, o que exige, no caso do tabaco, a construção de políticas públicas para o seu controle.

Dessa forma, o controle do tabaco, estruturado a partir de um tratado internacional.

4. Paradigma e Perspetivas na Regulação

O sistema de proteção dos direitos humanos pelo controle do tabaco é um exemplo. E como tal pode ser usado como base para regulação de outros produtos que podem também causar, em menor ou maior grau, danos à saúde. De acordo com a CQCT, art. 1, d:

> "controle do tabaco" é um conjunto de estratégias direcionadas à redução da oferta, da demanda e dos danos causados pelo tabaco, com o objetivo de melhorar a saúde da população, eliminando ou reduzindo o consumo e a exposição à fumaça de produtos de tabaco (grifado).

Constantemente, como se vê no seu art. 8º, 2, a Convenção faz a ligação entre a norma internacional e a norma interna, com ênfase ao direito à saúde, como segue:

> Cada Parte adotará e aplicará, em áreas de sua jurisdição nacional existente, e conforme determine a legislação nacional, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas eficazes de proteção contra a exposição à fumaça do tabaco em locais fechados de trabalho, meios de transporte público, lugares públicos fechados e, se for o caso, outros lugares públicos, e promoverá ativamente a adoção e aplicação dessas medidas em outros níveis jurisdicionais.

Os avanços regulatórios internos são fundamentais para efetivação do direito à saúde, como se percebe pela criação, por norma interna, dos ambientes livres de tabaco, além da restrição ao uso de aditivos no tabaco, como determinado pela Resolução de Diretoria Colegiada 14 (RDC 14), da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA).

---

[18] cf. CABRERA, Oscar e MADRAZO, Alejandro. Human Rights as a Tool for Tobacco Control in Latin America. Salud Publica de Mexico 52: 288–97, 2010.

As duas adequações internas às normas internacionais levaram debates ao Supremo Tribunal Federal. Sendo que, no relativo à RDC 14 (ADI 4874), o foco foi no poder regulamentar da ANVISA.

Assim, ao mesmo tempo que se deve congratular a atuação para proteção da saúde, deve-se preocupar com os movimentos que visam criar obstáculos à regulação interna. O mais sensível, nesse ponto, é a edição da Lei 13.874/19, conhecida como a lei da liberdade econômica.

Entre outros pontos, essa lei cuida do suposto Abuso do Poder Regulatório, no seu art. 4o, determinando que:

> Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:
>
> I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;
>
> II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;
>
> III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;
>
> IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;
>
> V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;
>
> VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;
>
> VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;
>
> VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

> IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

A falta de clareza da norma é preocupante, pois, além de trazer obstáculo à efetivação de normas internacionais de proteção à saúde, pode servir de campo fértil para debates judiciais intermináveis, especialmente por trazer textos abertos que indicam amplo espaço para interpretação judicial.

A regulação, porém, é importante instrumento para proteção de direitos humanos, criando espaços de sustentabilidade e promoção da saúde, mas também serve para adequar produtos nacionais aos níveis mais exigentes do mercado internacional. Nesse sentido, para se construir uma sociedade de proteção ao direito com produtos sustentáveis e que promovam a saúde, a regulação é fundamental, especialmente a feita pelas agências reguladoras, que possuem mais condições de realizarem análises técnicas e rápidas para manter o produto brasileiro em sintonia com as mais exigentes normas estrangeiras. Nesse sentido, preocupa a criação do instituto do abuso do poder regulatório, que poderá atrasar avanços e gerar longas discussões no judiciário.

5. Conclusão

A ratificação da CQCT trouxe uma nova conformação interpretativa para as normas internas referentes ao controle do uso do tabaco e, portanto, do direito à saúde. Para reforçar a aplicação interna, além da interpretação, foram criadas normas internas para efetivação do direito. Tal construto pode servir de exemplo para outros campos carentes de regulação, como é o da alimentação saudável. O controle do tabaco está no campo dos direitos humanos, exigindo respeito, proteção e cumprimento das normas.

Todavia, há obstáculos no horizonte que podem limitar a importante fusão entre norma interna e internacional que tão bem vem amparando a proteção dos direitos humanos. Entre esses obstáculos, pode se identificar uma aversão à regulação.

Assim, a regulação deve ser no sentido de proteção do direito, outra solução pode levar a retrocessos e a longas discussões judiciais. Para se construir um consumo sustentável com promoção da saúde, porém, é preciso que a regulação seja voltada para a proteção da saúde e dos direitos humanos.

EXPERIÊNCIA CIVILÍSTICA BRASILEIRA NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA: A CRIAÇÃO DO REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Alexandre G. N. Liquidato

Professor do Instituto de Direito Público de São Paulo e do Curso de Especialização em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto
Advogado. Mestre e Doutor em Direito Civil pela USP

SUMÁRIO: Prolegômenos. 1. Gênese da Lei n.º 14.010/20. 2. Leis transitórias e retroativas. 3. Prescrição e decadência. 4. Das pessoas jurídicas de direito privado. 5. Da resilição, resolução e revisão de contratos. 6. Das relações de consumo. 7. Das locações de imóveis urbanos. 8. Da usucapião. 9. Dos condomínios edilícios. 10. Do direito de família e sucessões. Conclusões.

PROLEGÔMENOS

Este trabalho pede licença para fixar como ponto de partida a ideia de que toda história não passa de uma fabulação. Assim, era uma vez um general com o peito forrado de medalhas e os ombros cobertos de estrelas. Ele se sentava imponente numa cadeira presidencial.

Um belo dia, outro general, igualmente condecorado e estrelado, porém traiçoeiro, puxa-lhe a sede, jogando-o no chão de tal sorte que o presidente caísse e o governo fosse derrubado. Antes que o assento esfriasse, o traidor cuida de ocupá-lo galhardamente.

Qualquer um que tenha recordações de uma infância vivida na América Latina entre meados das décadas de 1970 e 1980, guarda dentro do baú do imaginário infantil (esquecido nos porões do inconsciente), essa memória "quase afetiva" como a imagem de um *coup d'État*.

Com efeito, qualquer menino brasileiro que tenha nascido no início dos anos setenta, já meninote e talvez se esforçando para engrossar a voz e fazer com que se notassem os primeiros pelinhos de seu protobigode, amanheceu um dia com tanto dinheiro na conta bancária quanto os pais. Aliás, naquele instante, tinha disponíveis no banco tantos recursos quanto o homem mais rico do Brasil.

À parte a ruína familiar e a desgraça de muitos, ver-se tão poderoso da noite para o dia seguramente foi um bálsamo para a sua autoestima de adolescente, que antes do auge da puberdade já havia passado por quatro planos econômicos fracassados, tendo em seu arcabouço de experiências trocas de padrões monetários, cortes de zeros e desabastecimento do mercado (notadamente de gêneros alimentícios).

Esse jovenzinho alguns anos mais tarde, deixa tudo isso de lado e ingressa na Faculdade de Direito. Lá ele é iniciado nos mistérios das ciências jurídicas. Nesse templo do saber, entre uma lição exotérica e outra, trava contato com a noção de golpe de Estado e descobre que não estavam tão equivocadas suas concepções infantis.

Mais que isso, aprende que esse conceito é bastante elástico, a ponto de pode ser utilizado no campo da economia, de tal sorte que sua experiência relativa ao malsinado plano econômico que o empoderara confluísse para isso.

Todavia, com algum conformismo, esse rapaz - já homem feito -, olhava para trás e sentia pena de seus antepassados. Ora, a instabilidade político-institucional e intervenções estatais na economia tão canhestras quanto deletérias foram desafios da geração de seus pais e avós. Estes eram os adultos (hoje idosos) que haveriam de lidar com isso. A ele se reservavam as benesses de uma Constituição elaborada em regime democrático, como também a estabilidade econômica, arduamente conquistada enquanto ainda se desasnava no curso de graduação. Grandes desastres coletivos estavam reservados a rincões distantes do mundo, cujo isolamento fazia das notícias veiculadas pela imprensa internacional algo triste, porém que lhe causasse não mais do que pura e simples indiferença.

Entretanto, esse quadro mudou. Há, então, de se deixar de lado a ideia de que toda história é uma fabulação e afirmar-se que é uma construção[1] feita no cotidiano[2] por homens comuns[3], sendo os *aceleradores*[4] dos processos históricos

---

[1] Para a aplicação da ideia do cotidiano ao domínio histórico, em especial para a sua construção, pense-se no ritmo dos dias, nos cenários da vida, nas maneiras de viver, de habitar e, enfim, de ser e de parecer. Para maiores aprofundamentos acerca dessas ideias, vide: PIPONNIER, Françoise. Cotidiano. Trad. do francês para o português de Mário Jorge da Mota Bastos. In: LE GOFF, Jacques (org.); SCHMITT, Jean-Claude (org.). *Dicionário temático do ocidente medieval*. Bauru: EDUSC, v. I, p. 283-299. Acerca disso, dê-se destaque a: PERROT, Michelle. Introdução. In: PERROT, Michelle (org.). *História da vida privada*: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Trad. do francês para o português de Denise Bottmann e Bernardo Joffily. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, v. 4, p. 09-13. Em sentido mais amplo, vide também: ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In: ARIÈS, Philippe (org.); CHARTIER, Roger (org.). *História da vida privada*: Da Renascença ao Século das Luzes. Trad. do francês para o português de Hildegard Feist. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, v. 3, p. 07-19. Vide também: DELORT, Robert. *La vita quotidiana nel Medioevo.* Trad. do francês para o italiano de Maria Garin. 5.ed. Roma: Laterza, 2005, p. 47-134 e DUBY, Georges. *Sociedades Medievais:* Lição inaugural proferida no Collègé de France, 04 de dezembro de 1970. Trad. do francês para o português de Augusto Joaquim. Lisboa: Terramar, 1999, p. 21-44.

[2] O seguinte excerto ilustra a perspectiva adotada: "*O cotidiano é aquilo que nos é dado cada dia (ou que nos cabe em partilha), nos pressiona dia após dia, nos oprime, pois existe uma opressão do presente. Todo dia, pela manhã, aquilo que assumimos,* ao despertar, *é o peso da vida, a dificuldade de viver, ou de viver nesta ou noutra condição, com esta fadiga, com este desejo. O cotidiano* é aquilo que nos prende intimamente, *a partir do interior. É uma história a meio-caminho de nós mesmos, quase em retirada, às vezes velada*" (CERTEAU, Michel de. Anais do cotidiano. In: CERTEAU, Michel de; GIARD, Luce; MAYOL, Pierre. *A invenção do cotidiano*: morar, cozinhar. Trad. do francês para o português de Ephraim F. Alves e Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2019, v. 2, p. 31). Nesse sentido (e de maneira extremamente precisa), vide: LE GOFF, Jacques. A História do Quotidiano. In: DUBY, George; ARIÈS, Philippe; LE GOFF, Jacques; LADURIE, Emmannuel Le Roy. *História e a Nova História*. Trad. do francês para o português de Carlos da Veiga Ferreira. 2.ed. Lisboa: Teorema, 1989, p. 73-82.

[3] PRIORE, Mary Del. História do cotidiano e da vida privada. In: CARDOSO, Ciro Flamarion (org.); VAINFAS, Ronaldo. *Domínios da História*: Ensaios de teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Campos, 1997, p. 259-274.

[4] Nesse sentido, vide: SCHEIDEL, Walter. *The Great Leveler*: violence and the history of inequality from the Stone Age to the twenty-first century. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2017, p. 01-22 e p. 115-342. Em sentido propriamente jurídico, quem sugere algo semelhante é: CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Na pandemia, o Direito Sucessório vai dar seu *frog jump*? Consultor Jurídico, 19 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/pandemia--direito-sucessorio-dar-frog-jump.

as guerras[5], as revoluções[6] e as pestes[7], admitidas como tais as epidemias e as pandemias[8].

Por outro lado, como dizia Francesco Ferrara[9], "no mundo jurídico não há imobilidade, mas transformação: o direito renova-se com os tempos". Algumas vezes (mas não exclusivamente), essa renovação aparece com a derrogação ou a ab-rogação de leis, justamente como decorrência das movimentações em curso na sociedade.

Assim, o caráter normalmente estabilizante do direito vigente pode ser superado em favor da pura e simples adequação às novas realidades, ou mesmo para que se atenda a um determinado projeto de sociedade ideal.

Há, todavia, situações em que guerras, revoluções e pestes aparecem isoladamente, circunscritas a conjunturas[10] muito específicas, funcionando como catalizadores dos processos cotidianos, em caráter reversível.

Eis, em poucas palavras, a explicação para a necessidade de regimes jurídicos de transição ou mesmo emergenciais que, se não transformam o direito positivo, movimentam o sistema e lhe dão funcionalidade.

Este é o caso do Regime Jurídico Emergencial Transitório (RJET), para a pandemia de COVID-19, causada pelo Coronavírus (SARS-CoV-2). Criado

---

5 Em consonância com isso, vide: LEPOINTE, Gabriel. *Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875).* Paris: Montchrestien, 1956, p. 880-904; MAGNOLI, Demétrio. No espelho da guerra. In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História das guerras.* São Paulo: Editora Contexto, 2006, p. 09-17.

6 LEPOINTE, ob. cit., p. 901-919; HOBSBAWM, Eric John Ernest. *A Era dos Impérios 1875-1914.* Trad. do inglês para o português de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo; revisão técnica de Maria Celia Paoli. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 187-202; HOBSBAWM, Eric John Ernest. *A Era das Revoluções*: Europa 1789-1848. Trad. do inglês para o português de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 9.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 17-20, p. 321-332.

7 Um interessantíssimo exemplo disso pode se verificar quando da epidemia de peste bubônica, no Império Bizantino, no século VI da era cristã, induzindo o Imperador Justiniano a emitir diversas constituições imperiais, para "equacionar" problemas de direito privado no cenário epidêmico. Acerca disso, vide: MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. Reflexos jurídicos de uma pandemia: um pouco de história. Consultor Jurídico, 07 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/direito-civil-atual-reflexos-juridicos-pandemia-historia.

8 Para ilustrar isso, não é difícil imaginar o cenário em que se conjugaram a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa e a pandemia de Gripe Espanhola como agentes de aceleração das transformações sociais, convergindo, para uma nova experiência jurídica, por exemplo, o tratamento dado no Tratado de Versalhes à Alsácia-Lorena, no que toca ao direito privado.

9 FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. do italiano para o português de Manuel A. Domingues de Andrade. 4.ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor, 1987, p. 189.

10 A palavra conjuntura é empregada no "sentido de conexão entre fenômenos diversos, mas simultâneos" (BURKE, Peter. *A Escola dos Annales 1929-1989*: A revolução francesa da historiografia. Trad. do inglês para o português de Nilo Odalia. 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 145).

como resposta para o enfrentamento da crise sanitária que se apresenta como o grande desafio desta geração. Então, com inspiração no testemunho histórico e na tradição dogmática, este trabalho se volta à análise da Lei n.º 14.010, de 10 de junho de 2020.

Este trabalho perpassa a análise de seus dispositivos comprometidos com a prática mais corriqueira do direito privado, deixando de lado aquilo que diz respeito à defesa da concorrência e à vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, conquanto isso careça de uma análise especializada.

1. Gênese da Lei n.º 14.010/20

A Lei 14.010/20 teve origem no Projeto de Lei nº 1117/2020[11], de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG), que criava, um regime jurídico emergencial e transitório (RJET) destinado a reger as relações jurídicas de direito privado durante o período da pandemia do Coronavírus (COVID-19) retroativo à data de 20 de março de 2020, quando foi publicado o Decreto Legislativo nº 6[12], de tal sorte que este fosse o termo inicial dos eventos derivados da pandemia.

De acordo com a respectiva justificativa, esse Projeto de Lei se colocava no conjunto de medidas que diversos parlamentos estavam tomando, em caráter de emergência, para a preservação de relações jurídicas de direito privado e a proteção dos vulneráveis[13], ante as consequências econômicas – potenciais e concretas – da pandemia.

A iniciativa desse Projeto de Lei deveu-se ao Ministro Dias Toffoli do STF, que liderou a sua formulação, contando ainda com a coordenação técnica do Ministro Antonio Carlos Ferreira do STJ e do Conselheiro Nacional do Ministério Público e docente Otavio Luiz Rodrigues Jr., do Departamento de Direito Civil da USP. Auxiliaram a elaboração do Projeto de Lei os professores Fernando Campos Scaff, Paula Forgioni, Marcelo von Adamek e Francisco Satyro, José Ma-

---

[11] SENADO FEDERAL DO BRASIL. Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306. Acesso em: 31 mar. 2020.

[12] BRASIL. Decreto Legislativo n.º 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. Brasília, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 31 mar. 2020.

[13] Acerca da noção de vulnerabilidade, vide: VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia; LIQUIDATO, Alexandre G. N. Princípio da vulnerabilidade do particular perante o Estado na Lei da Liberdade Econômica. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); PICCELLI, Roberto Ricomini (coord.); MACIEL, Renata Mota (coord.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*: Lei n.º 13.874, de 2019. São Paulo: Quartier Latin, 2020, v. 1, p. 255-262.

noel de Arruda Alvim Netto, Rodrigo Xavier Leonardo e Rafael Peteffi da Silva, como também os advogados Roberta Rangel e Gabriel Nogueira Dias.

O Projeto de Lei andou extremamente bem, conquanto partiu da premissa, metodologicamente correta, de adotar como princípios[14] norteadores da regulação projetada: a) a manutenção da separação das relações jurídicas paritéticas (regidas, sobretudo, pelo Código Civil) e das assimétricas (reguladas pelo CDC e pela Lei n.º 8.245/91); b) a não alteração de leis vigentes (art. 2°), face o caráter transitório de aplicação das normas projetadas, dado que estas, por vezes, suspendiam – temporariamente – a aplicação da legislação ordinária; c) a circunscrição do Projeto de Lei a matérias de direito privado, de tal modo que problemas de direito público fossem cuidados em outra sede; e d) relegarem-se questões falimentares e recuperacionais aos Projetos de Leis que lhe fossem afetos, em trâmite no Congresso Nacional.

[14] Sobre o conceito de princípio, vide: VIEGAS LIQUIDATO-LIQUIDATO, ob. cit. p. 256-257. Vide em particular: LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na Lei de Liberdade Econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto (org.); RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (org.); LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: RT, 2020, p. 65-99.

Após uma tramitação formidavelmente rápida, o Projeto de Lei foi aprovado pelas duas Casas Legislativas[15] e encaminhado à sanção do Presidente da República. Para surpresa geral, foram vetados os artigos 4º, 6º, 7º, 9º, 11, 17, 18 e 19. Isso representou verdadeira mutilação ao escopo do texto legislativo, sem falar no verdadeiro exercício abusivo do poder de veto do Presidente da República. Com a mobilização do Senado da República e da comunidade acadêmica, conseguiu-se a derrubada dos vetos dos dispositivos mais sensíveis do texto da lei (arts. 4º, 6º, 7º e 9º).

2. Leis transitórias e retroativas

Para que se estabeleça uma comunicação mais eficiente, são indispensáveis estipulações acerca de dois pontos centrais do RJET, previstos na Lei n.º 14.010/20, a saber: leis de vigência transitória (art. 1º) e retroativas (art. 1º, parágrafo único).

[15] Acerca do histórico da tramitação do PL 1179/20, vide o Parecer e o Substitutivo da Senadora Simone Tebet, como também o Parecer e o Substitutivo do Deputado Enrico Misasi (PV-SP) e as 58 Emendas que foram apresentadas no Plenário. Estas, igualmente, foram analisadas por esse parlamentar, de tal sorte que na sessão do dia 14 de maio, aprovou-se o texto correspondente ao seu Substitutivo sem que se desse abrigo a quaisquer Emendas ou Destaques. Por fim, o texto foi devolvido ao Senado, que procedeu à redação final e encaminhou-o ao Presidente da República para sanção [SENADO FEDERAL DO BRASIL. Parecer sobre o Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19) da Senadora Simone Tebet (MDB/MS). Brasília, 03 abr. 2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8085147&ts=1585934135368&disposition=inline. Acesso em: 05 abr. 2020; CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. PARECER PROFERIDO EM PLENÁRIO AO PL N. 1.179, DE 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Brasília, 14, mai, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1893920&filename=Tramitacao-PPP+1+PL117920+%3D%3E+PL+1179/2020. Acesso em: 20 mai. 2020; CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. PL 1179/2020. EMENDAS APRESENTADAS. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=AED5F4A26BE0BBBA7F8EBE22EC4FCBF6.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2247564&subst=0. Acesso em: 20 mai. 2020; CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. PARECER ÀS EMENDAS DE PLENÁRIO OFERECIDAS AO PL N. 1.779, DE 2020. Brasília, 14, mai, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1894069&filename=PEP+2+PL117920+%3D%3E+PL+1179/2020. Acesso em: 20 mai. 2020; CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 1.179, DE 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Brasília, 14, mai, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1893919&filename=SBT+1+%3D%3E+PL+1179/2020. Acesso em: 20 mai. 2020 e SENADO FEDERAL DO BRASIL. Projeto de Lei nº 1117, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Brasília, 21 mai. 2020. Disponível em: C:/Users/alexa/Downloads/PL1179.2020_AUTOGRAFO%20(2).pdf. Acesso em: 25 mai. 2020.

As ideias de transitoriedade e retroatividade da lei encontram sede num dos temas centrais de todo o direito, a saber: o da intertemporalidade[16]. À luz da doutrina tradicionalmente aceita[17], as leis transitórias são aquelas concebidas para viger somente por um tempo determinado ou para enquanto durar uma certa situação. São, portanto, fortemente circunstanciais[18].

Esclareça-se isso: a lei, para viger, resulta, necessariamente, de um processo técnico enfeixado com a vontade do legislador, de modo que somente uma lei possa modificar ou revogar outra que a antecedera. Entretanto, existem leis que contém em si mesmas, o período de sua vigência. Essas são as chamadas leis temporárias ou transitórias e acerca delas, escreveu Oscar Tenório[19]:

---

[16] Acerca disso, na doutrina brasileira relativa ao Código Civil de 1916, vide, particularmente: ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Da Lei e da sua obrigatoriedade. Do Direito intertemporal.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, p. 147-244; TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*: Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942; Em apêndice o Código de Bustamante. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 64-93 e p. 189-228. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. I, p. 53-76 e p. 193-289; RÁO, Vicente; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *O direito e a vida dos direitos*: Noções gerais; direito positivo; direito objetivo. 4.ed. São Paulo: RT, v. 1, p. 318-343; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969:* (arts. 153, § 2° - 159). 2.ed. São Paulo: RT, 1974, t. V, p. 05-104. Em consonância com o Código Civil de 2002, em trabalhos recentes, vide: LUVIZOTTO, Juliana Cristina; GARCIA, Fábio Henrique Falcone; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Cometários Gerais. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); ISSA, Rafael Hamze (coord.); SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. I, p. 133-142; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. Lei penal temporária: ultra-atividade. Constitucionalidade. Os exemplos da Lei Geral da Copa. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); ISSA, Rafael Hamze (coord.); SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. I, p. 171-176; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Irretroatividade da Lei e Segurança Jurídica. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); ISSA, Rafael Hamze (coord.); SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. I, p. 353-360 e LIQUIDATO, Alexandre G. N. Excurso: o ato jurídico perfeito e o direito adquirido segundo o pensamento de Pontes de Miranda. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); ISSA, Rafael Hamze (coord.); SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada*: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. I, p. 391-397.

[17] ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl (rev.). *Tratado de Derecho Civil*: parte general; introducción; derecho objetivo; derechos subjetivos; sujeto del derecho; objeto del derecho. Trad. do alemão para o espanhol de Blas Péres González e José Alguer. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1953, t. I, v. 1, p. 172.

[18] HÉRON, Jacques. *Principes du droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1996, p. 50.

[19] TENÓRIO, ob. cit., p. 65.

> Contêm explícita ou implicitamente a cláusula de têrmo ou condição relativa a sua duração. Independem de ato revocatório autônomo. Para que a sua vigência possa ser prolongada além do têrmo ou condição estipulada, torna-se necessária a manifestação expressa do legislador.
>
> O que caracteriza as leis temporárias, além do elemento específico *têrmo*, é a sua excepcionalidade, a ponto de se chamarem também leis excepcionais. Resultam de condições anormais da vida social ou política, ou de fatores transitórios que emergem da sociedade.

Destaque-se a última frase do excerto acima: "Resultam de condições anormais da vida social ou política, ou de fatores transitórios que emergem da sociedade". Leis transitórias, geralmente, decorrem de algo que está absolutamente fora dos padrões estatísticos correspondentes à ideia de normalidade. Não são experiências de laboratório ou de biblioteca. Não são elucubrações teoréticas, nem correspondem a projetos de sociedade ou de poder. São intervenções imperfeitas, ou tão perfeitas quanto possível, para dar soluções a problemas emergenciais.

Já a questão da retroatividade das normas legais guarda conexão com aquilo que Pontes de Miranda[20] chamava de eficácia *normal* e *anormal* das leis. Em geral, uma lei nova não *retroage*, isto é: não age para trás, mas produz seus efeitos para o *hoje* e para o *amanhã*. Esta é a eficácia normal das leis. Então, imaginando-se o tempo linear, a *retroação* implicaria eficácia na direção do passado, notadamente, para modificar o mundo jurídico no que toca a efeitos já consumados. Então, a eficácia anormal corresponderia, justamente ao *hoje* interferir no *ontem,* de tal sorte que se invada aquilo que é fisicamente impossível[21]. Então, à luz do parágrafo único do art. 1º do Projeto de Lei, fica evidente o quão excepcional é o período da pandemia.

3. Prescrição e decadência

O Capítulo II da Lei 14.010/20 (art. 3°), dedica-se à prescrição e à decadência. Segundo o texto proposto, os prazos prescricionais e decadenciais foram impedidos ou suspensos (conforme o caso) da data de entrada em vigor da lei até o dia 30 de outubro de 2020 (*caput*), salvo as hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção, previstas no ordenamento legal brasileiro (§ 1°).

A esse regime, igualmente se submetiam os prazos decadenciais (§ 2°), "congelando-se", portanto, a vigência do art. 207 do Código Civil. Reitere-se este

[20] PONTES DE MIRANDA, ob. cit., t. V, p. 80-82.

[21] LIQUIDATO, Excurso: o ato jurídico perfeito e o direito adquirido segundo o pensamento de Pontes de Miranda, ob. cit., p. 393-395.

ponto: o art. 207 do Código Civil brasileiro não foi derrogado, apenas encobriu-se sua vigência no tempo (circunscrito à entrada em vigor da lei até o dia 30 de outubro de 2020), sugerindo-se, para melhor compreensão, a imagem do "congelamento".

4. Das pessoas jurídicas de direito privado

O Capítulo III da Lei n.º 14.010 diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado. O art. 4º fez menção específica às associações, às sociedades, às fundações, para o fim de que suas reuniões e assembleias presenciais se restringissem às determinações sanitárias das autoridades locais, até o dia 30 de outubro de 2020. Ficaram de fora dessa regra as entidades religiosas.

Além disso, o texto legal autorizava, até 30 de outubro de 2020, (art. 5º) que as assembleias gerais previstas no art. 59 do Código Civil, possam ser realizadas por meios eletrônicos, quer para a destituição de administradores, como também para alterações do estatuto, observando-se, naturalmente, as regras de convocação, o quórum estatutário, bem como os critérios de eleição dos administradores (parágrafo único do art. 59, do Código Civil).

De qualquer modo, tanto o exercício do direito à *vox* quanto o de voto eram assegurados por meios eletrônicos – desde que indicados pelo administrador –, com eficácia idêntica a dos atos presenciais.

5. Da resilição, resolução e revisão de contratos

Cuide-se agora da revisão e da resolução dos contratos, por fatos imprevisíveis e por excessiva onerosidade (arts. 317 e 478-480 do Código Civil), abordada pelo quarto capítulo da Lei 14.010/20, em seus artigos 6º e 7º.

Diga-se de início, que à luz do princípio da conservação dos negócios jurídicos, há que se preferir saídas revisionais às resolutivas[22], tal como se infere dos arts. 479 e 480 do Código Civil, de modo que se sugiram as pretensões e ações resolutivas como algo excepcionalíssimo.

Isso não importa um princípio geral de revisão, mais se assemelhando a um indicativo hermenêutico, tal como se vê do Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal[23].

---

[22] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual*: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 33-39.

[23] III Jornada de Direito Civil - Enunciado 176: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual". Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/318 - acesso em 03 mai. 2020.

O sistema positivo brasileiro ordinariamente autoriza que contratos sejam revistos, tanto pelas partes, como judicialmente. Nesse contexto, o art. 317 do Código Civil[24] abre a possibilidade de o juiz, interferir no conteúdo do contrato, para que – tanto quanto possível – seja assegurado o valor real da prestação, na hipótese de um fato imprevisível[25] dar causa[26] à manifesta desproporção do valor econômico dessa, quando da execução.

Não se confunda isso, com a revisão e a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida, por onerosidade excessiva decorrente de "acontecimentos extraordinários e imprevisíveis". Isso porque os suportes fáticos dos arts. 317 e 478 a 480 do Código Civil cuidam de situações distintas[27].

O contrato pode ser judicialmente revisto por violação de sua função social, da boa-fé objetiva, alteração da base objetiva do negócio jurídico e desequilíbrio contratual (em geral)[28]. Onerosidade excessiva – que engendra tanto a revisão como a resolução – não se confunde, todavia, com isso. Essas podem ser as causas, que num quadro de alteração anormal das circunstâncias negociais – seja por eventos imprevisíveis, seja por qualquer outra iniquidade verificável no

---

[24] Acerca disso, vide: LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*: Obrigações; Parte Geral (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 224-229; e TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Art. 317. In: VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Código Civil Comentado*: Direito das Obrigações – Arts. 233 a 420. São Paulo: Atlas, 2008, v. IV, p. 218-219. Com mais profundidade, sobre o alcance e o sentido do art. 317 do Código Civil, faça-se destaque a: MARINO, ob. cit., p. 24-39.

[25] Sobre isso, vide muito especialmente: PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; ESMEIN, Paul. Traité Pratique de Droit Civil Français: Obligations; Première Partie. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, t. VI, p. 545-559. Acerca da teoria da imprevisão, a principal obra publicada no Brasil é a seguinte: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 28-226.

[26] Trata-se de causa eficiente ou motriz (LIQUIDATO, Alexandre G. N. *A* causa dos contratos: Estudo sintético acerca da teoria da causa no sistema brasileiro. Disponível em: http://www.rabonezeliquidato.com.br/pdf/Causa_dos_Contratos.pdf. Acesso em 09 mai. 2020).

[27] MARINO, ob. cit., p. 31-32.

[28] Sobre isso, destaque-se: MARTINS-COSTA, Judith. Art. 317 – Comentário. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*: do Direito das Obrigações; do adimplemento e da extinção das obrigações (Artigos 304-388). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, t. I, p. 229-257; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 646-664; DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-50. Vide também: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função social dos contratos, lei da liberdade econômica e o Coronavírus. Consultor Jurídico, 30, mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/direito-civil-atual-funcao-social-contratos-lei-liberdade-economica-coronavirus.

mundo dos fatos – gera a imposição de um sacrifício sobremaneira gravoso a uma das partes[29].

De qualquer maneira, a diferença ontológica não implica divórcio no campo da teleologia. Essas ideias merecem, contudo, um pequeno desenvolvimento, conquanto a Lei da Liberdade Econômica deu novas feições a esses institutos[30]. Para tanto, tomem-se como parâmetros, o inciso III, ao art. 2º da Lei n.º 13.874/19, o parágrafo único do art. 421 e os incisos I e III, ao art. 421-A do Código Civil[31].

Os dois primeiros dispositivos de lei consagram princípios, a saber: da "intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas" e "da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual". O terceiro e quarto dispositivos materializam essa mínima intervenção do Poder do Estado (na sua faceta judiciária) na atividade econômica veiculada pelos contratos estabelecendo que: "as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução" e "a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada".

De acordo com Véra Fradera[32], sob os influxos da Lei n.º 13.874/19, o legislador moldou no *caput* do art. 421 do Código Civil, o princípio da liberdade contratual, segundo o seu próprio viés, a saber: o liberal. Daí ela falar em "nova versão da liberdade contratual[33]". Mais adiante, critica o parágrafo único desse dispositivo de lei, conquanto este, ao mesmo tempo, modificasse o Código Civil e afrontasse a norma contida no inciso XXXV ao art. 5º da Constituição Fede-

[29] Nesse sentido: MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Resolução por onerosidade excessiva. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, v. 5, 2013, p. 439-449; LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado: Contratos em geral até doação (arts. 421 a 564). São Paulo: Saraiva, 2016, v.3, 2016, p. 143-152; MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de; GIANNOTTI, Luca d'Arce. A exceção de inseguridade e a tutela do devedor em tempos de Covid-19. Consultor Jurídico, 29 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/direito-civil-atual-excecao-inseguridade-tutela-devedor-tempos-covid-19.

[30] SIMÕES, Marcel Edvar. Breves notas para a concretização do princípio da função social do contrato. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); PICCELLI, Roberto Ricomini (coord.); MACIEL, Renata Mota (coord.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei 13.874, de 2019. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 259-266.

[31] Esses dispositivos do Código Civil foram introduzidos pela Lei da Liberdade Econômica.

[32] FRADERA, Vera Jacob de. Art. 7º: Liberdade contratual e função social do contrato – art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto (org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.); LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. São Paulo: RT, 2019, p. 302-304.

[33] FRADERA, ob. cit., p. 304.

ral[34]. Arremata a crítica, dizendo, finalmente, que "o inciso III do art. 421-A, consiste em repetição do § único do art. 421"[35].

De acordo com Rodrigues Junior-Leonardo-Prado[36], o princípio da intervenção mínima do Estado, tem seu campo de atuação nos contratos civis e empresariais (simétricos e paritários), de tal sorte que haja uma dupla limitação aos mecanismos revisionais. A primeira, relativa à abrangência, conquanto a revisão há de ser sempre excepcional. A segunda, pertinente à amplitude, isto é: a revisão deve ser sempre limitada, de maneira que se assegure a maior preservação possível àquilo que foi a avença original.

Esses autores chegam a afirmar, inclusive, que o inciso III ao art. 421-A dispensaria incorporação ao texto de lei[37], uma vez que estaria baseado em lição doutrinária. Curiosamente, o legislador de 2019 mostrou uma certa compulsão em insistir na expressão do ideário que o animava, sem se dar conta do quão redundante poderia parecer, ou mesmo descuidoso quanto àquilo que a jurisprudência já consagrava[38]. Em consonância a isso, vale a pena destacar a elegante crítica formulada pelos civilistas acima indicados:

> A revisão judicial dos contratos no Direito Civil encontrou no Superior Tribunal de Justiça um forte elemento de estabilização, quando se definiu em sua jurisprudência que eventos macroeconômicos como inflação, alteração do padrão monetário, desvalorização da moeda, planos econômicos ou variações cambiais, não são considerados como fatos imprevisíveis suficientes a justificar a intervenção judicial nos negócios contratuais[39].

---

[34] Documente-se essa crítica: "Este parágrafo único do novo artigo 421 expressa, fielmente, sem deixar dúvidas, uma disposição de retorno a uma concepção liberal de contrato, malgrado a contrariedade ao posicionamento até agora esposado, pelo código e pela doutrina" (FRADERA, op. cit., p. 303).

[35] FRADERA, op. cit., p. 303

[36] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto (org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.); LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. São Paulo: RT, 2019, p. 323-325.

[37] Em sentido convergente, vide: FRADERA, op. cit., p. 307.

[38] A explicação disso não é difícil. Basta dizer, que a Lei da Liberdade Econômica, teve sua gênese fora do processo legislativo ordinário, resultando de uma Medida Provisória que se converteu em lei. Quanto à crítica formulada a isso, para maiores subsídios, vide: LIQUIDATO, Alexandre G. N. Perfil evolutivo da desconsideração da personalidade jurídica no sistema positivo brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.); PICCELLI, Roberto Ricomini (coord.); MACIEL, Renata Mota (coord.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*: Lei 13.874, de 2019. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 182-196.

[39] RODRIGUES JUNIOR-LEONARDO-PRADO, ob. cit., p. 324.

Diante do que foi dito acima, é de se ver que doravante, o verbo contratar tem a conjugação muito peculiar e que segue à gramática liberal, comprometida com a visão econômica vigente a partir de 1º de janeiro de 2019. Diga-se isso, também quanto ao cumprimento desses contratos. Concretizem-se agora essas ideias ante o Regime Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado.

Diz o *caput* do art. 7º da Lei n.º 14.010/20: "Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário".

Em seguida, o §1° reza que: "As regras sobre revisão contratual previstas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, não se sujeitam ao disposto no caput deste artigo" (sic). E o legislador prossegue no § 2°, fixando (quase com sugestiva insistência) que: "Para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários".

Logo de início convém destacar que as pretensões e ações revisionais reguladas pela Lei de Locações de Imóveis Urbanos e pelo Código de Defesa do Consumidor estão fora do campo objetivo de atuação do RJET (§§ 1 e 2º do art. 7º). Talvez, esse seja um dos pontos mais sutis e delicados do regime transitório que tenha passado despercebido[40].

No que toca à norma contida no *caput* do art. 7º, deve-se dizer que esse dispositivo de lei – a exemplo de toda a lei –, assenta suas raízes em elogiáveis objetividade e pragmatismo. Isto porque o texto consagra, uma visão dogmática

[40] LIQUIDATO, Alexandre G. N. PL propõe criação do regime emergencial e transitório das relações jurídicas. Consultor Jurídico, 03 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-civil-atualpl-propoe-criacao-regime-juridico-emergencial-parte. Vide também: MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; RODRIGUES MARTINS, Fernando. O Direito Privado e o Direito do Consumidor em tempos de Covid-19. Consultor Jurídico, 13 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/direito-civil-atual-direito-privado-direito-consumidor-tempos-covid-19.

bastante bem fixada, tanto do ponto de vista teórico[41], como também reverbera a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[42].

Quanto a isso, nada há de novo no *front*. Adotou-se uma posição conservadora, mas não draconiana, que, verdadeiramente, se mostra comprometida com a estabilidade do sistema contratual e a segurança jurídica[43]. Quer parecer, que a *mens* do art. 7º do Projeto de Lei era bastante clara e direta: coibir abusos e evitar uma enorme judicialização[44].

Some-se a isso, a exemplo do que foi dito nos prolegômenos, que a inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário, tragicamente, não são estranhos ao Brasil.

A bem da verdade, são fatos absolutamente previsíveis para o "homem médio"[45]. Reitere-se: a história se faz no cotidiano e nas últimas três décadas e meia, a sociedade brasileira viu tudo isso por mais de uma vez e encontrou caminhos de adaptação, geralmente com grande judicialização (que o RJET procura evitar), mas, ainda assim, seguiu contratando.

6. Das relações de consumo

O Capítulo V da Lei n.º 14.010/20 compreende apenas o artigo 8º dedicado ao "congelamento" da vigência do art. 49 do Código de Defesa do Consumi-

---

41 SIMÕES, Marcel Edvar. A disciplina das relações jurídicas de Direito Privado em tempos de pandemia. Consultor Jurídico, 03 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-civil-atual-pl-propoe-criacao-regime-juridico-emergencial-parte.

42 VALIM, Thalles Ricardo Alciati . Do PL 1.179/2020 ao Código Civil: um caminho para a revisão judicial dos contratos. Consultor Jurídico, 23 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/direito-civil-atual-pl-1179-codigo-civil-caminho-revisao-contratos#author; MARTINS, Humberto. A regulação de direito privado ante os efeitos da pandemia da Covid-19: o PL 1.179/20 (Parte I). Consultor Jurídico, 27 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/regulacao-direito-privado-durante-epidemia-pl-117920-parte.

43 LIMA, Tiago Asfor Rocha; Carrá, Bruno Leonardo Câmara. Projeto de Lei 1.179 ou de como tempos inusitados requerem medidas atípicas. Consultor Jurídico, 04 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-pl-117920-tempos-requerem-medidas-atipicas.

44 CARNAÚBA, Daniel Amaral; DIAS, Daniel Pires Novais; REINIG, Guillerme Henrique Lima. O RJET e a teoria de imprevisão: entendendo o artigo 7º do projeto. Consultor Jurídico, 13 mai. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/direito-comparado-rjet-teoria-imprevisao-entendendo-artigo#_ftn1.

45 LIQUIDATO, PL propõe criação do regime emergencial e transitório das relações jurídicas... ob. cit. Vide também: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Relações jurídicas contratuais sob regime emergencial e transitório (parte II). Consultor Jurídico, 10 mai. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/direito-civil-atual-relacoes-juridicas-contratuais-regime-emergencial-parte-ii#author.

dor, até 30 de outubro de 2020, para as situações nas quais se adquira um produto ou serviço mediante o sistema de *delivery*, isto é, com entrega domiciliar.

Então o direito de arrependimento, que tem por escopo a proteção da declaração de vontade do consumidor, para que seja possível uma tomada de decisão serenamente refletida e protegida contra técnicas comerciais agressivas[46], ficou mitigado, vez que as compras feitas mediante telefonemas ou por comércio eletrônico (e somente essas duas modalidades) quedaram imunes à incidência do dispositivo do CDC acima indicado.

Não é preciso grande esforço hermenêutico para que se compreenda a utilidade da medida: o período da pandemia não compatível com a logística reversa necessária para o exercício do direito de arrependimento nas aquisições mediante entrega no domicílio do adquirente.

7. Das locações de imóveis urbanos

A redação dada ao art. 9º da Lei n.º 14.010/20 diz o seguinte: "Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020".

Então, deu-se especificidade às hipóteses previstas na Lei n.º 8.245/91, para as quais o juiz não poderá deferir a medida liminar de despejo (até 30 de outubro de 2020). Observe-se que não havia vedação *tout court* da desocupação liminar para todos os nove incisos ao § 1º do art. 59 da Lei de Locações de Imóveis Urbanos, adotando-se apenas um regime de estreitamento dessa enumera-

[46] LIMA MARQUES, Cláudia. Art. 28. In: LIMA MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6.ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1281-1283.

ção fechada. Tal se aplica não apenas às locações destinadas a fins residenciais, como também empresariais[47].

8. Da usucapião

Dedicado ao tema do usucapião, o Capítulo VII da Lei n.º 14.010/20 fixa a norma do art. 10, que suspendia todos os prazos para a aquisição de coisas móveis ou imóveis mediante quaisquer hipóteses de usucapião. Tal suspensão foi até 30 de outubro de 2020.

Essa pareceu ser uma medida bastante adequada, vez que a excepcionalidade do período da pandemia implicaria interferência no exercício da posse ao longo do tempo, seja em função da quarentena, seja em razão do isolamento social.

9. Dos condomínios edilícios

No que toca aos condomínios edilícios, o legislador de 2020 perdeu uma excelente oportunidade para aprofundar as medidas sanitárias com o veto ao art. 11 da lei[48]. Limitou-se, basicamente a repetir a solução encontrada para assembleias virtuais de pessoas jurídicas (art. 12), como também com a prorrogação dos mandatos dos síndicos até 30 de outubro de 2020, caso não fosse possível uma assembleia destinada à nova eleição (parágrafo único).

---

[47] Isso guarda correspondência com a Emenda n.º 32 ao Projeto de Lei (SENADO FEDERAL DO BRASIL. Emenda n.º 32 ao Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19) do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE). Brasília, 02 abr. 2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8084355&disposition=inline. Acesso em: 05 abr. 2020), do senador Tasso Jereissati, que, em linhas gerais, pretendia evitar que casos sem qualquer conexão fática com a pandemia fossem abrangidos pela redação original da norma projetada, o que geraria um desequilíbrio indesejável do sistema locatício. Igualmente, propunha-se nessa Emenda, o adiantamento do termo final para a vedação aos despejos liminares para o dia de 1º de outubro, ao invés de 31 de dezembro deste ano. Conclui-se pela data de 30 de outubro de 2020, que, à luz da Emenda n.º 39 (SENADO FEDERAL DO BRASIL. Emenda n.º 39 ao Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19) do Senadora Rose de Freitas (PODEMOS/ES). Brasília, 02 abr. 2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8084534&disposition=inline. Acesso em: 05 abr. 2020) da Senadora Rose de Freitas e do Parecer da Senadora Simone Tebet, alinharia o art. 9º do Projeto de Lei com as demais dispositivos do Projeto de Lei, quanto à data inferida, como sendo o término do regime especial. Então, é de se reconhecer o acerto no ajuste do texto aprovado pelo Senado.

[48] Acerca disso, vide: LIQUIDATO, Alexandre G. N. RJET: A questão dos Condomínios Edilícios – parte 2. Consultor Jurídico, 03 ago. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/direito-civil-atual-rjet-questao-condominios-edilicos-parte.

10. Do direito de família e sucessões

O Capítulo X da Lei 14.0101/20 engloba as matérias de Direito de Família (art. 15) e das Sucessões (art. 16). Fundamentalmente, trata-se de duas normas processuais. A primeira, relativa ao cumprimento da pena de prisão por inexecução de prestações alimentícias previstas no art. 528, § 3º e seguintes do Código de Processo Civil. A segunda, concernente aos prazos para a abertura e encerramento dos procedimentos de inventário, previstos no art. 611 desse Diploma.

Sem prejuízo da exigibilidade do crédito, até 30 de outubro de 2020, o regime da prisão civil por dívida alimentar ter deixado de ser fechado em estabelecimento prisional (conforme a previsão do § 4º do art. 528 do CPC) e ter passado a ser domiciliar, foi uma medida correta. À parte o fato da prisão ser meio coercitivo para forçar o devedor a cumprir seu dever de prestação alimentícia[49], é de se considerar, que a *mens* do legislador era prevenir o contágio e a propagação exponencial do Coronavírus, em consonância com as recomendações das autoridades sanitárias e da Organização Mundial da Saúde.

Assim, ao impedir-se que o apenado cumprisse pena em regime fechado (ainda que separado dos presos comuns – art. 528, § 4º do CPC), pretendia-se, de um lado, impedir que ele fosse potencial vetor de transmissão do vírus à população carcerária e, de outro, que essa o contaminasse.

A dilação do prazo previsto no art. 611 do CPC, para a abertura dos inventários – das sucessões abertas a partir de 1º de fevereiro 2020 –, conforme o *caput* do art. 16 e a suspensão até 30 de outubro de 2020, do prazo de 12 meses para que sejam ultimados os procedimentos iniciados antes de 1º de fevereiro deste ano (parágrafo único do art. 16) foi medida prática assaz necessária, senão indispensável.

Como se poderia iniciar um inventário, obter-se documentos e praticar-se atos de inventariança, sob quarentena ou isolamento social? Como recolher custas e fazer frente a tributos ante à ruína econômica e dificuldades materiais que se concretizaram? De fato, há documentos que podem ser gerados digitalmente e atos que podem ser praticados de maneira remota, todavia, certas medidas são mais fáceis faladas do que cumpridas. O texto da Lei, neste particular foi, portanto, digno de elogios.

[49] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. *Código de Processo Civil Comentado*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1419.

Conclusões

É curioso testemunhar como a história passa de uma fabulação para algo tragicamente construído no cotidiano. De igual maneira, foi interessante viver a experiência da criação de um regime jurídico emergencial e transitório que se estimava terminado para dia 30 de outubro de 2020, isto é: antes de eleições, de festividades de Natal e de *reveillon*. Antes mesmo do carnaval! Quanto inocente otimismo!

Ao que parece, o legislador brasileiro não havia ajustado nada disso com o Coronavírus, que indiferente ao calendário, seguiu firme em seu escopo de besta-fera perfeita, circulando na sociedade, reproduzindo-se e espalhando doença, morte e ruína econômica, por onde quer que passe.

Talvez por isso e quiçá inconscientemente, as normas dos arts. 6º e 7º da Lei n.º 14.010 de 10 de junho de 2020, não tiveram como termo final de vigência a data quase cabalística de 30 de outubro do ano passado, sendo, ainda hoje, direito positivo vigente, perfeitamente aplicável, mesmo que por acidente, improviso ou fatalismo.

Eis o desafio desta geração. Não vem atrelado à fragilidade de instituições democráticas, nem em uma visão incipiente de intervencionismo ou dirigismo econômico. E não há experiência jurídica – vivida, prevista em lei, ou elucubrada pela doutrina – que prepare a quem quer que seja, para enfrentá-la, notadamente, quando o governo federal, desprestigia a ciência e sabota campanhas de vacinação e medidas sanitárias.

Aquele menino nascido no Brasil, durante a primeira metade da década de 1970, por mais que tenha experimentado da vida, segue perplexo, lembra-se de sua adolescência sob o Plano Collor e é remetido, num devaneio, à obra de Manuel Bandeira e se pergunta: "Então, doutor, não é possível tentar o pneumotórax"? A resposta vem seca e implacável: "A única coisa a fazer é tocar um tango argentino".

FUNDAMENTOS DA OBRIGATORIEDADE DA APLICAÇÃO NO BRASIL DO DIREITO MAIS BENÉFICO AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS CONSUMERISTAS

Vera Lúcia Viegas Liquidato

Professora Contratada de Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Pós doutora em Direito pela Universidade de Bolonha (UNIBO). Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aplicação da melhor lei (better law approach): origem de uma ideia 1.1 Espaço do "direito mais benéfico ao consumidor" no Direito Internacional Privado: hipóteses. 1.2 Teoria do Diálogo das Fontes. 2. Humanização do Direito Internacional Privado. 2.1 Essência do Direito Internacional Privado e sua humanização. 2.2 Princípio pro persona. 3. Sedimentação do critério da aplicação do direito mais benéfico no DIPr. 3.1 Direito Internacional do Trabalho. 4. Aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável enquanto princípio geral do direito. 4.1 Proteção à vulnerabilidade e princípio geral do direito. 4.2 Sedimentação do princípio da aplicação do direito mais benéfico ao consumidor no Direito Internacional Privado**.** Considerações Finais.

Introdução

O presente trabalho consiste nos primeiros itens, condensados e resumidos, do relatório de pesquisa do pós-doutoramento junto à Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de Bolonha (UNIBO) cursado no ano acadêmico 2020-2021, que tem por objeto de pesquisa a vulnerabilidade do consumidor nos contratos internacionais e a aplicação do direito mais benéfico; surgiu da inquietação de saber se se pode defender – e em quais termos -, no sistema brasileiro, o critério da aplicação do direito mais favorável ao consumidor, bandeira essa que já tem sido levantada pela doutrina – principalmente pelo incansável trabalho da professora Claudia Lima MARQUES - e encontra-se refletida em trabalhos em foro internacional, regional e em projetos de leis (PLs) brasileiros, que ora tramitam no Congresso Nacional (PL 3.514/2015 e PL 1.038/2020), em "Acordo" do MERCOSUL em fase de ratificação, etc.

Nosso objetivo é investigar o papel, espaço, localização, peso do "direito mais benéfico" no Direito Internacional Privado (DIPr), ou seja, como esse lida hoje com a proteção ao consumidor – sobretudo quanto à determinação do direito aplicável aos contratos internacionais consumeristas.

A pergunta-problema deste trabalho pode ser sumariamente resumida como: qual o espaço que a aplicação do direito mais benéfico ao consumidor ocupa neste momento no DIPr brasileiro?

Iniciaremos desde logo pela digressão acerca da natureza jurídica da "aplicação da melhor lei", ou seja, seu enquadramento doutrinário, com o escopo de descobrir por quais portas esse critério adentra no terreno do DIPr.

Para isso, consideraremos a teoria do diálogo das fontes, para então debruçarmo-nos no fenômeno da humanização do DIPr, acompanhado pelo princípio *pro persona*. Em seguida, na seara da proteção da vulnerabilidade em solo já sedimentado (direito internacional do trabalho, de família etc.), colheremos elementos que nos permitirão traçar os contornos da vulnerabilidade do consumidor, desembocando na sua proteção enquanto um princípio geral do direito. Prosseguindo nesse itinerário, teceremos considerações sobre a aplicação do direito mais benéfico ao consumidor no direito brasileiro *de lege ferenda*. Chegaremos por fim, nas considerações finais, com a resposta para a questão de quais seriam os fundamentos para embasar a aplicação do direito mais benéfico ao consumidor nas relações jurídicas transfronteiriças.

1. Aplicação da melhor lei (better law approach): origem de uma ideia

FERRER CORREIA[1] refere-se à pesquisa da "melhor lei (*Better Law Approach*)" como uma corrente metodológica, cujo principal defensor dessa doutrina foi o jurista estadunidense David F. CAVERS.[2]

Segundo FERRER CORREIA[3], a contribuição de CAVERS em sua segunda fase de desenvolvimento desse tema, foi a formulação dos conhecidos "princípios de preferência (*principles of preference*)", que – para FERRER CORREIA – seriam "verdadeiras normas de conexão substancial"[4] e para CAVERS[5] seriam critérios de orientação para o julgador. [FERRER CORREIA, 2016: 155].

Vê-se assim que, apenas nos dois parágrafos acima, a aplicação do direito mais benéfico é referida - de seis formas diferentes - como uma: i) abordagem ("*approach*"); ii) corrente metodológica[6]; iii) teoria defendida por alguns autores

---

[1] FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 9ª reimpressão da edição de outubro/2000. Coimbra: Almedina, 2016, p. 155.

[2] *Vide* CAVERS David F. Contemporary conflicts law in American perspective. *Recueil des Cours*: Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 131, 1970, especialmente p. 151 e ss. e 217 e ss.

[3] FERRER CORREIA identifica duas fases no percurso de CAVERS: a primeira, referente ao seu escrito "Critique of the choice-of-law problem", da década de 30 e a segunda, "iniciada precisamente em 1965 e culminada já nos anos 70, em que o A. [autor] nos traz um contributo muito importante para melhor precisar o seu primitivo pensamento." [FERRER CORREIA, 2016: 155].

[4] Para FERRER CORREIA as "normas de conexão substancial" ou "*normas de conflitos de carácter substancial*" são aquelas que "operam a escolha da lei *em função do resultado*" e não se confundem com as "normas localizadoras", que são as de "tipo clássico" [FERRER CORREIA, 2016: 166]. FERRER CORREIA dá justamente como exemplo das primeiras, "as regras que visam a proteção da parte mais fraca em dadas relações jurídicas" [FERRER CORREIA, 2016: 166-167]. Ainda sobre *better law approach*, *vide* FERRER CORREIA, que menciona também, ao lado desse caminho da *better law approach*, "o caminho das soluções de compromisso" [FERRER CORREIA, 2016: 376, nota 461].

[5] Para uma análise pormenorizada quanto aos Ensaios de CAVERS, inclusive atinente aos princípios de preferência (*Principles of Preference*), *vide* DOLINGER, Jacob. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. *Recueil des Cours*: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 283, 2000, p. 187-512, especialmente p. 223, 224, 232, 253, 254, 264. Sobre os princípios de preferência de CAVERS para o direito dos contratos, *vide* [CAVERS, 1970: 217] – obra referenciada na nota 461.

[6] Quanto à pluralidade de métodos no DIPr, *vide* CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018 (2ª tiragem – 2019 da 1ª edição – 2018), p. 149 e ss. *Vide* p. 158 a 160 para informações especificas acerca do "método indireto flexível fechado", mediante o qual mantém-se a estrutura básica do método indireto clássico, pois são utilizados elementos de conexão (por isso segue o nome de método indireto), mas se tratam de "regras de conflito com caráter substancial" pois é um método "embasado em valores e adota diversos critérios de conexão [alternativos], devendo ser escolhido aquele que acarrete a maior proteção ao valor descrito" (p. 158-159). No nosso contexto, o valor descrito é a busca pelo direito mais benéfico ao vulnerável.

("doutrina", nas palavras de FERRER CORREIA *supra* mencionadas); iv) princípios; v) normas de conexão substancial[7] e vi) critérios para orientar o julgador.[8]

Corroborando esse retrato de que a aplicação do direito mais benéfico admite mais de um enquadramento jurídico, Haroldo VALLADÃO[9] refere-se à aplicação do direito mais benéfico como um "elemento de conexão original"[10] já que parte da comparação entre os conteúdos materiais de legislações: i) a lei do país no qual se levanta a questão (habitualmente, a lei do foro); ii) a lei nacional e iii) lei ou leis estrangeiras. Esse elemento de conexão encontraria como direito aplicável aquele mais favorável "seja à validade do ato, ou ao menor ou incapaz,

[7] Para defender seu argumento de que se tratam de verdadeiras normas de conexão substancial, FERRER CORREIA faz referência a um desses princípios de CAVERS: "se a lei do Estado onde se verificou o dano protege mais a vítima do que a do Estado onde o autor agiu ou tinha o seu domicílio, deve prevalecer aquela primeira lei (salvo nalguma hipótese excepcional). De várias lei[s] conectadas com o caso, opta-se por aquela que conduz ao resultado material que se prefere" [FERRER CORREIA, 2016: 155, nota 180].

[8] Além desses fundamentos, CARVALHO RAMOS fala ainda de "técnica da prevalência do direito prioritário: o princípio do favorecimento" p. 173 e ss; "prevalência do direito essencial" p. 277 e ss. CARVALHO RAMOS, André. *A Construção do Direito Internacional Privado*: heterogeneidade e coerência. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 173 e ss; 277 e ss.

[9] Haroldo VALLADÃO, no seu *Anteprojeto Oficial de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece a aplicação do direito mais benéfico em vários artigos. Esse Anteprojeto Oficial de Lei Geral foi autorizado pelos Decretos números 51.005 de 1961 e 1.490 de 1962, publicados no Diário Oficial da União de 15/05/1964, Suplemento ao n. 92 e em livro avulso. Esse anteprojeto pode ser encontrado em VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado:* direito intertemporal, introdução e história do direito – material de classe. 9ª ed., ver., ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 109-138.

[10] Em outros momentos, porém, refere-se à aplicação da lei mais favorável enquanto um princípio do DIPr; veja-se o próprio título desse seu mesmo trabalho de 1981: VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no direito internacional privado. In *Revista dos Tribunais*, Ed. Revista dos Tribunais, ano 70, Vol. 549, julho 1981, p. 11-15.

ao filho, ao pupilo, ao alimentando, ao devedor, ao herdeiro legítimo" [VALLADÃO, 1981:11].[11]

Vejamos então, que portas o DIPr abre para a consideração da aplicação do direito mais benéfico.

1.1. Espaço do "direito mais benéfico ao consumidor" no Direito Internacional Privado: hipóteses

A proteção ao consumidor no DIPr pode ser considerada, desde um ponto de partida, como critério hermenêutico, nos termos do Art. 47 do Código brasileiro de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC).[12] Além disso, outra hipótese é o julgador considerar a determinação da aplicação do direito mais benéfico como um "elemento de conexão",[13] ou seja, um critério existente para encontrar o direito que deverá reger a relação jurídica plurilocalizada consumerista.

---

[11] Vê-se assim que o foco de Haroldo VALLADÃO na questão do direito mais benéfico não é apenas a proteção de determinadas categorias de pessoas, mas também o *favor negotii*, ou seja, aplicar-se o direito que considerará o ato jurídico válido, o sujeito com capacidade jurídica para praticá-lo, etc. *Vide* os seguintes artigos contidos no seu *Anteprojeto Oficial de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas* (referenciado na nota 468): Arts. 25, § 1º (relativo à incapacidade de agir), 29, § 2º (forma extrínseca dos atos), 34, § 1º (forma do casamento: *favor matrimonii*), 50, § 4º *in fine* (sobre o lugar do contrato) e 55 e 56 (capacidade e forma da obrigação cambial). Já com a conotação de direito mais favorável ao vulnerável, veja-se nesse Anteprojeto os Artigos 40 (direito de família), 41 (tutela e curatela), 64 (direito das sucessões), etc. Dessa feita, poder-se-ia arrolar, em grossas linhas, com base em momentos históricos e fontes diversas – num rol exemplificativo – que o direito mais benéfico pode ser evocado nas seguintes áreas: *favor negotii, favor matrimonii*, *favor testamenti* - e já adentrando no campo da proteção de vulneráveis - defesa de certas categoria de herdeiros (direito sucessório), *favor infans* (defesa do interesse superior do menor), proteção de adultos desamparados, *favor laesi* (proteção à vítima nos atos ilícitos), trabalhador (princípio *pro operario* ou *pro trabajador* - *vide* nota 493), consumidor, titular dos dados pessoais, etc. *Vide*, dentre outros, DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte especial)* – Direito civil internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 98, 219-220 e DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 366.

[12] Nestes termos: "Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."

[13] Sobre a finalidade da regra de conflitos (elemento de conexão), *vide* [FERRER CORREIA, 2016:208] – obra referenciada na nota 460.

Esse elemento de conexão pode ser depreendido do expresso texto da lei[14] ou, considerando que a lei não é a única fonte do direito, como um princípio: "princípio da aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável".[15]

Além disso, outras portas oferecidas pelo DIPr é aplicar o direito mais benéfico pela via das normas imperativas (cogentes) brasileiras,[16] normas de aplicação imediata etc.

1.2 Teoria do Diálogo das Fontes

Um outro exemplo de espaço no DIPr para aplicar o direito mais benéfico é a teoria do "diálogo das fontes" de Erik JAYME, desenvolvida em seu Curso da Haia de 1995.[17] O autor propõe que, diante da heterogeneidade das fontes do direito, a solução do conflito de leis no DIPr surge como resultado de um diálogo entre essas fontes, dado que todas elas (direitos humanos, constituições, convenções internacionais, ordenamentos nacionais, etc.) não se excluem mutuamente,

---

[14] Conforme já mencionado, isso ocorre, em outras áreas do direito, como o direito das sucessões (Art. 10º, § 1º da LINDB e Art. 5º, inciso XXXI da CF/88), direito do trabalho, na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Artigo 4º, inciso IV) e especificamente nos contratos internacionais consumeristas, como se verá, encontra-se em Projetos de Leis (PLs) ora em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, bem como em "Acordo" ora em fase de ratificação no MERCOSUL ("Acordo sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo"), etc.

[15] No que concerne aos princípios gerais do direito como fonte do direito do consumidor, veja-se, do CDC: "Art. 7° (*caput*) Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, *bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito*, analogia, costumes e equidade." [grifou-se]

[16] Atinente às normas de aplicação imediata como um método do DIPr para a proteção do consumidor, *vide* MARQUES, Cláudia Lima; JACQUES, Daniela Corrêa. Normas de aplicação imediata como um método para o direito internacional privado de proteção do consumidor no Brasil. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS* nº 1, março de 2004, p. 68, nota 22. Disponível em: http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43498. Acesso em 04 abr. 2021. Sobre as normas de aplicação imediata e a "técnica da prevalência dos direitos protegidos pelo foro", vide [CARVALHO RAMOS, 2021: 271 e ss.) – obra referenciada na nota 467.

[17] JAYME. Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours:* Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 251, 1995, 259. Na letra "d" do item 4 (*La communication*) desse Curso, tem-se: *Le dialogue des sources:* "Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles « parlent » l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent". Ainda concernente à pluralidade das fontes e necessidade de coordenação, *vide*, na mesma obra: [JAYME, 1995: 60 e ss.].

mas "conversam" umas com as outras e o julgador deve coordená-las, "ouvindo" o que elas dizem.

Essa teoria é mais uma porta que o DIPr oferece para a aplicação do direito mais benéfico ao consumidor na medida em que abre espaço para que o espírito do direito do consumidor – proteção à vulnerabilidade[18] - adentre às relações jusprivatistas transfronteiriças (serão "ouvidas" todas as leis envolvidas nessa relação jurídica internacional consumerista e será aplicada a que melhor proteger o consumidor).[19]

MARQUES refere-se[20] ao "diálogo das fontes", como: "Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)."[21]

Por fim, há que analisar dois últimos ângulos: a humanização do DIPr, e a partir dela, uma outra via que passou a ser oferecida foi a da utilização do princípio *pro persona* (ou *pro homine*), como se verá.

2. Humanização do Direito Internacional Privado

A humanização do DIPr – como se verá – além de ser corolário do princípio *pro persona*, está atrelada à própria essência do DIPr e dada a característica da vulnerabilidade do consumidor, propicia ferramentas de proteção ao indivíduo nas suas relações transfronteiriças.

2.1. Essência do Direito Internacional Privado e sua humanização

O fenômeno da humanização tem sido experenciado pelo DIPr nos últimos tempos. Vai ao encontro do surgimento cada vez mais frequente de normas materiais de DIPr, saindo de sua função primeira inicial de normas de *sobredi-*

---

[18] Sobre pessoas vulneráveis e o DIPr, *vide* [JAYME, 1995: 122 e ss.].

[19] Referente ao direito mais favorável, *vide* [JAYME, 1995: 121 e ss.].

[20] O contexto considerado pela autora é o da coexistência de legislações: leis gerais (Código Civil de 2002 e Código Comercial), CDC, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente (legislações que consideram grupos a proteger); legislação acerca de determinados contratos (Lei de Planos de Saúde, Lei do Consórcio); outras leis como "Lei da Liberdade Econômica", "Lei Geral de Proteção de Dados", "Marco Civil da Internet", etc. *Vide* MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes, aplicação das normas e teoria do direito (a teoria do "diálogo das fontes" hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira) In MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords). *Diálogo das fontes* [livro eletrônico]: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 (Parte 1 desse ebook).

[21] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*, São Paulo: RT, 2019a, p. 759.

reito[22] (elementos de conexão apontando o direito substantivo a ser aplicado à relação jurídica plurilocalizada).

Do mesmo modo que o direito privado como um todo foi se especializando conforme foram se tornando cada vez mais complexas as relações econômicas, o DIPr também foi caminhando de um elemento de conexão guarda-chuva "estatuto pessoal", que abrangia várias qualificações, para subqualificações e um elemento de conexão para cada "subespécie nova" e a mais recente movimentação dessa tendência é a materialização das normas do DIPr.

Nesse movimento está a concretização, no DIPr hodierno, do critério da aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável.

VALLADÃO já em 1981 referia-se ao elemento de conexão da aplicação do direito mais benéfico, como correspondente ao que ele denomina de "Direito Internacional Privado progressista" [VALLADÃO, 1981: 15].[23]

Como desenvolvimento dessa ideia, a proteção dos vulneráveis tem emergido da doutrina como parte da função essencial do DIPr. Nessa mesma seara, Eduardo VÉSCOVI, no prólogo da tradução para o espanhol da obra de Hans VAN LOON, afirma que:

> [L]o que es y debe ser la función esencial del Derecho internacional privado en el mundo moderno: facilitación y apoyo de la actividad productiva y financiera internacional, para que esta alcance la eficiencia necesaria, reducción de costo de las transacciones, mejora de la confianza de las partes, pero, al mismo tiempo, el favorecimiento de los mecanismos para corregir las deficiencias del mercado, para la protección de las partes más débiles, y el cuidado y conservación de los valores sociales y los bienes comunes [grifou-se].[24]

Nessa mesma direção, CARVALHO RAMOS consigna que "agora o foco do DIPr é justamente a proteção dos direitos essenciais do indivíduo"[25]. Prossegue o autor aduzindo que o DIPr deve ser lido à luz da "gramática de direitos prevista nas Constituições"; constata o autor que "a era dos direitos humanos aplicada ao Direito Internacional Privado é o giro copernicano no tratamento

---

[22] Sobre o DIPr enquanto uma disciplina de *sobredireito*, *vide* [CARVALHO RAMOS, 2018:150] – obra referenciada na nota 465.

[23] Obra referenciada na nota 469.

[24] VÉSCOVI, Eduardo. Prólogo da obra: VAN LOON, Hans. *El horizonte global del derecho internacional privado*. Tradução de Laureana Ochoa Muñoz *et al.* Prólogo de Eduardo VÉSCOVI (ASADIP). Caracas: ASADIP/RVLJ, 2020, p. 15.

[25] CARVALHO RAMOS, André CARVALHO RAMOS, André de. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos direitos humanos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS.* Edição Digital. Porto Alegre. Vol. XV, n. 2, 2020, p. 118.

da matéria e deve ser entendida como novidade"; estatui também, nessa mesma página:

> [t]oda a interpretação das normas de Direito Internacional Privado deve levar em consideração a realização do objetivo da universalização e da emancipação dos indivíduos, o que é típico da consagração de uma sociedade inclusiva pautada no respeito à dignidade humana e aos direitos humanos de todos os seus integrantes. [CARVALHO RAMOS, 2020: 118]

Segue ainda o mesmo autor, agora no contexto específico das relações consumeristas transnacionais, defendendo que a existência de uma "parte vulnerável em uma *relação consumerista transnacional*" leva ao imperativo de modificações no regramento tradicional do DIPr [CARVALHO RAMOS, 2020: 117 – grifou-se], ou seja, diante da presença, na relação jurídica plurilocalizada, de um sujeito vulnerável, o método clássico das normas de conflito do DIPr (método indireto)[26], remissivo ao direito material a ser aplicado, dá lugar ao estabelecimento de uma norma de conflito substantiva – direito regulador -, que desemboca na proteção ao vulnerável, concretizando o critério da aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável.

Essas constatações do autor estão em consonância com a tese defendida neste trabalho, na medida em que o autor entende, além de todo o *supra* aludido, que "o monopólio do método indireto rígido tradicional (método localizador)" é mitigado diante desse novo cenário da humanização do DIPr, aderido à proteção ao vulnerável, fazendo com que o DIPr incorpore "métodos com claros vínculos com a obtenção de resultados materiais", por meio da pluralidade de fontes (tanto em diplomas normativos nacionais quanto em tratados específicos)" [CARVALHO RAMOS, 2020: 123].

Ou seja, em sua doutrina há a confluência da teoria do diálogo das fontes, com a constatação de que o clássico "método da localização" do direito regulador é mitigado por outro método do DIPr que tem o foco na obtenção de resultados materiais[27] e é atrelado ao princípio *pro persona*, a respeito do qual discorreremos em seguida.

---

[26] Sobre isso, *vide* [CARVALHO RAMOS, 2018: 220 e ss.] - obra referenciada na nota 465.

[27] *Vide*, a respeito, a nota 463.

2.2. Princípio *pro persona*

O princípio *pro persona*[28] é, na verdade, uma chave hermenêutica, consistindo na determinação de que se devem interpretar tratados, legislações internas etc., atribuidores de garantias individuais, de modo extensivo e as disposições restritivas a direitos, de modo restritivo.

Nesse mesmo diapasão, a Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017) consagra o princípio *pro persona* em vários de seus dispositivos (Artigos 4º, § 1º, Art. 111, Art. 122, ...).[29]

Não obstante esse princípio ter sido engendrado no seio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem também aplicação no direito do consumidor, haja vista este valer-se de multiplicidade de fontes, o que está refletido no CDC, no Art. 7º, *caput*, já *supra* referido na nota 474, nestes termos:

> "Art. 7° Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade." [grifou-se]

---

[28] Concernente a esse princípio, *vide*: PINTO, Monica. El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales - Editorial del Puerto, 1997, p. 163-172; GERBER, Konstantin; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. A melhor proteção aos direitos da pessoa humana exige a aplicação do princípio *pro homine*. In *Justificando:* mentes inquietas pensam direito (edição de sábado, 20 de fevereiro de 2016). Disponível em: http://www.justificando.com/2016/02/20/a-melhor-protecao-aos-direitos-da-pessoa-humana-exige-a-aplicacao-do-principio-pro-homine/. Acesso em 14 mar. 2021.

[29] Art. 4º, § 1º: "§ 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte." Art. 111. "Esta Lei não prejudica direitos e obrigações estabelecidos por tratados vigentes no Brasil e que sejam mais benéficos ao migrante e ao visitante, em particular os tratados firmados no âmbito do Mercosul." Art. 122. "A aplicação desta Lei não impede o tratamento mais favorável assegurado por tratado em que a República Federativa do Brasil seja parte.". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm#:~:text=Institui%20a%20Lei%20de%20Migra%C3%A7%C3%A3o.&text=Art.,pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20para%20o%20emigrante. Acesso em 17 abr. 2021.

Além disso, não podemos olvidar que a proteção ao consumidor está, no Brasil, garantida constitucionalmente, dentre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.[30]

3. Sedimentação do critério da aplicação do direito mais benéfico no Direito Internacional Privado

A existência de uma parte vulnerável em certas relações jurídicas, envolvendo – *v. g.*: trabalhador, consumidor, menor, o titular de dados pessoais,[31] ... - clama por regulamentação material e adjetiva (direito substantivo e processual) especial para que haja a devida proteção dessa vulnerabilidade.

A título exemplificativo, veja-se, quanto à União Europeia (UE), a publicação no Jornal Oficial da União Europeia (L 315) de 20/12/2012, no que concerne ao Regulamento UE nº 1.215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12/12/2012 referente à competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial, que no seu comentário 18, afirmava:

> (18) No respeitante aos contratos de seguro, de consumo e de trabalho, é conveniente proteger a parte mais fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses do que a regra geral. [JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA, 20.12.2012, p. 351/3].[32]

3.1 Direito Internacional do Trabalho

O direito do trabalho, desde bem cedo, considerou a vulnerabilidade do trabalhador perante o empregador; justamente em razão dessa vulnerabilidade é que se dão todos os desdobramentos da proteção trabalhista: surgem direitos irrenunciáveis, o princípio hermenêutico da interpretação mais benéfica ao trabalhador etc.

Corroborando esse entendimento, apregoa SOTO:

---

[30] A Constituição Federal brasileira, de 1988 (CF/1988) em seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), estabelece no seu Artigo 5º, inciso XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Além disso, não se pode também olvidar, do texto constitucional, que o seu título VII, capítulo I ("Dos princípios gerais da atividade econômica"), estabelece no Artigo 170 que a ordem econômica está também fundada no princípio da "defesa do consumidor" (inciso V do Art. 170 da CF/1988). Assim, a CF/1988 literalmente estabelece a defesa do consumidor como um princípio.

[31] *Vide* rol exemplificativo na nota 470, *in fine*.

[32] Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=PT. Acesso em 28 fev. 2021. Também disponível em: https://www.degruyter.com/document/doi/10.9785/9783504384807-008/html. Acesso em 01º jun. 2021.

> Se plantea así el principio *pro operario* más tempranamente que otros, como una reacción a la revolución industrial que había lesionado las garantías mínimas de los trabajadores. Por otra parte, es lógico que se advierta inicialmente la vulnerabilidad de este grupo humano, dado que se encuentra también más cerca al proceso de producción y fabricación en masa.[33]

Em decorrência disso, quanto aos contratos internacionais trabalhistas, no direito internacional do trabalho desde há muito encontra-se como elemento de conexão para a identificação da lei aplicável, o direito mais benéfico ao trabalhador,[34] comparando-se os direitos trabalhistas de todos os Estados envolvidos nessa relação jurídica plurilocalizada.

O direito do trabalho foi o terreno preparado que propiciou abrirem-se as portas para normas protetivas, sob premissas similares, de uma outra categoria igualmente vulnerável: o menor, no direito de família; o consumidor.[35] Ou seja, a partir do direito do trabalho, outro tanto de estrada se percorreu até chegar-se a uma categoria de maior vulnerabilidade ainda no campo do direito do consumidor: o consumidor aderente, com o advento de uma nova espécie de celebração do contrato, qual seja, por adesão, que aparece antes no direito do trabalho e depois alcança a forma de celebração de contratos de consumo. Já na esfera internacional, a contratação por adesão é o modo padrão na celebração eletrônica de contratos consumeristas. Em razão disso, houve discussão na doutrina com relação à necessidade imperatividade de criação de regulamentação específica sobre as transações eletrônicas.[36]

Do supra aludido e do que se descortinará neste trabalho, defende-se a ideia da aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável tratar-se de um princípio geral do direito.

---

[33] SOTO, Erika Isler. Del *favor debilis* al *favor consumatores*: consideraciones históricas (From Favor Debilis to Favor Consumatore: Historical Considerations). *Derecho PUCP*, n. 82, jun. – nov. 2019, p. 44.

[34] SOTO [2019] nomeia como princípio *pro operario* (p. 44) e princípio *pro trabajador* (p. 44, nota 21).

[35] *Vide* SOTO, 2019: 44 e ss.

[36] Veja-se, AGUIAR, Ana Laura Fernandes de Morais; GAZZI, Fábio Pinheiro; GUERREIRO, André e REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Second Life* – Uma nova forma de relacionamento e concretização de negócios jurídicos? In PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge e JABUR, Gilberto Haddad (coords.). *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária. 2008, p. 66.

4. Aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável enquanto princípio geral do direito

Pelo fato de a vulnerabilidade ser tomada, pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, como um princípio[37] e pelo fato dela ter sido abarcada, concomitantemente, pela normativa do direito positivado,[38] antes de analisarmos a vulnerabilidade em si, urge que se teçam algumas poucas palavras acerca dos princípios gerais do direito.

4.1 Proteção à vulnerabilidade e princípio geral do direito

Para Irineu Strenger a finalidade do DIPr é:

> [E]stabelecer a certeza do direito privado nas relações internacionais, *mediante a adoção de princípios gerais* que, concedendo primazia a uma lei de determinado Estado, conserva um sistema racional que combine os necessários particularismos[39] [grifou-se].

Karl LARENZ no item 2 "O que são os princípios jurídicos" do Capítulo 1 "Os Fundamentos" do seu livro "Direito justo: fundamentos da ética jurídica", afirma que os princípios em si mesmos não são regras passíveis de aplicação, mas "pueden transformarse em reglas"; são, na verdade, os pensamentos orientadores de uma regulamentação jurídica existente ou possível[40].

Josef ESSER traz luzes no que toca à relação princípios e normas explicando que, para a família jurídica continental europeia, acredita-se haver princípios

---

[37] Para Claudia Lima MARQUES a vulnerabilidade é um princípio básico do CDC: MARQUES, Claudia Lima. Artigo 4º. In MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 267.

[38] Em 2019 a assim conhecida "Nova Lei da Liberdade Econômica" (Lei nº 13.874/19), reconheceu, dentre os princípios que a norteiam, o princípio da vulnerabilidade do particular perante o Estado (Art. 2º, IV). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em 20 nov. 2019. Pertinente ao princípio da vulnerabilidade nessa lei, *vide* VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia; LIQUIDATO, Alexandre G. N. Princípio da vulnerabilidade do particular perante o Estado na Lei da Liberdade Econômica. In CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da *et al.* (coords.) *Lei da Liberdade Econômica Anotada*: Lei n. 13.874 de 2019. Vol. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 256 e ss. Condizente à proteção ao consumidor tomada como um princípio pela Constituição Federal Brasileira (CF/1988) *vide* nota 489.

[39] STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 3ª ed., São Paulo: Ltr, 1996, p. 40.

[40] LARENZ, Karl. *Derecho justo*: Fundamentos de ética jurídica. Trad. do alemão para o espanhol de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001, p. 32-33.

jurídicos em estado de latência sob as normas positivadas. Esses princípios jurídicos ganham um *status* idêntico ao da lei quando vêm à tona e são ativados.[41]

Carlos Alberto da MOTA PINTO, por sua vez, partindo da constatação de que a "massa das normas jurídicas civis não é um conjunto desordenado de preceitos avulsos, desprovidos de conexão uns com os outros", explica que esse conjunto de normas coaduna-se "a uma série de princípios fundamentais do actual direito civil português". Ensina ainda o autor que "[e]sses princípios formam a ossatura do direito civil, sustentando as normas que os desenvolvem e dando-lhes um sentido e uma função"; no entorno desses princípios formar-se-iam "as instituições básicas do direito civil". Seriam justamente os princípios jurídicos que nos propiciariam os contornos fundamentais do sistema de direito civil, dado que eles "modelam o conteúdo do direito vigente, penetrando e cimentando os seus elementos normativos" e principalmente, os princípios teriam "*o valor de fundamentos impregnadores do sentido e da função das normas* que os acolhem e desenvolvem" (destaque do autor).[42]

Ainda nessa esteira, DOLINGER, considerando o ensaio "Principles of Preference" de CAVERS, explica o que esse autor teria desenvolvido acerca das relações entre regras e princípios: se considerarmos regras e princípios como dois fatores diferentes, ambos seriam necessários para a resolução de conflitos [DOLINGER, 2000: 223 – citado na nota 464]. Continua ainda DOLINGER explicando que CAVERS, inspirado na física nuclear, entende, quanto à equação princípio/regra, que os princípios são submetidos a um processo de fissão de tal forma que, o que começa como um princípio, converte-se em um conjunto específico de regras. [DOLINGER, 2000: 232].

Entende-se que está evidenciado e demonstrado que a proteção da vulnerabilidade é um princípio jurídico e como tal, é o corolário para a constatação da concretização/materialização no DIPr do critério da aplicação do direito mais benéfico ao consumidor.

Jacob DOLINGER enfatiza esse corolário literalmente, apregoando inclusive que o princípio da proteção no direito do trabalho e no direito do consumidor foi se materializando na segunda metade do século XX [DOLINGER, 2007: 219],[43] mais precisamente, nas duas últimas décadas [DOLINGER, 2007: 97].

Por fim, corroborando a conclusão de que a aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável é um princípio geral do direito, cabe repisar o arrazoa-

---

[41] ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado*. Trad. do alemão para o espanhol de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 04.

[42] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 81-82. Esse entendimento do autor acerca dos princípios condiz sobremaneira com a equação da vulnerabilidade frente ao direito do consumidor.

[43] Obra referenciada na nota 470, *in fine*.

do de CARVALHO RAMOS quanto ao princípio do favorecimento (*vide* nota 467).[44] Esse autor afirma como exemplos a quem esse princípio é aplicado: "a vítima de dano extracontratual, o credor de alimentos e o consumidor" [CARVALHO RAMOS, 2021:178].[45]

4.2 Sedimentação do princípio da aplicação do direito mais benéfico ao consumidor no Direito Internacional Privado

SCHÖTZ afirma textualmente que a regulação das relações de consumo transfronteiriças devem estar fundadas no princípio do direito mais benéfico.[46]

Uma comprovação empírica de que estamos diante de um sedimentado princípio do Direito Internacional Privado no campo dos contratos internacionais consumeristas é estar ele na pauta de foros internacionais, regionais e nacionais; a título exemplificativo, pode-se mencionar, no foro internacional, o UNGCP (*United Nations Guidelines for Consumer Protection* – Diretrizes das Nações Unidas para a proteção do consumidor), nos seus III.5 "b" (III – "Princípios Gerais", 5 "As necessidades legítimas que as diretrizes procuram atender

[44] Conforme visto na nota 467, para CARVALHO RAMOS o "princípio do favorecimento" faz com que haja a prevalência do direito prioritário; para o autor, esse princípio marca inúmeras regras do DIPr contemporâneo, espalhando-se por várias áreas da disciplina e acarretando no "*encolhimento* do modelo *tradicional* de regras de conexão ao estilo savigniano" [CARVALHO RAMOS, 2021: 177]; a respeito do conceito de princípio do favorecimento, *vide* [CARVALHO RAMOS, 2021: 176-177].

[45] Para CARVALHO RAMOS, esse princípio introduz no DIPr tradicional "a busca do melhor direito (*better law*)" por meio de soluções predeterminadas [CARVALHO RAMOS, 2021: 179].

[46] SCHÖTZ, Gustavo J. El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. *Ars Iuris Salmanticensis:* Estudios. Vol. 1, n. 2, diciembre 2013, p. 115-116; 125 e ss.

são as seguintes" (...) "b) "A proteção dos consumidores em situação vulnerável e de desvantagem".[47/48]

Quanto a foros regionais, há que se trazer à colação, a título exemplificativo e não exaustivo, a proposta de CIDIP (Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado) VII[49] e o "Acordo sobre Direito Aplicável em matéria de Contratos Internacionais de Consumo" do Mercosul, que é de 21/12/2017 e não está ainda em vigor.

Esse Acordo estabelece, quanto ao direito aplicável, o que segue:

---

[47] A vulnerabilidade do consumidor é ainda referida no UNGCP em: IV 11. "a" (IV: princípios para boas práticas comerciais); V. F. 37; V. G. 42 e V. 77 (V: Diretrizes). O UNGCP foi primeiramente adotado pela Assembleia Geral da ONU com a Resolução 39/248 de 16 de abril de 1985; posteriormente foi ampliado pelo Conselho Econômico e Social da ONU com a Resolução 1999/7 de 26 de julho de 1999 e em 22 de dezembro de 2015, por meio da Resolução 70/186, foi revisado e adotado pela Assembleia Geral da ONU. *UNITED NATIONS GUIDELINES FOR CONSUMER PROTECTION*. UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development United Nations. Nova York/Genebra 2016. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_en.pdf. Acesso em 11 abr. 2021. *Vide*, a respeito, PEARSON, Gail. The UNGCP Guidelines: Some Comments. In MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (eds.) *Consumer Law and Socioeconomic Development*: national and international dimensions (eBook). Springer International Publishing, 2017, p. 39. *Vide* ainda, nessa mesma obra: CIPRIANO, ANA Cândida Muniz; SANTANA, Héctor Valverde. The UN Guidelines for Consumer Protection: review and next steps. In MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (eds.) *Consumer Law and Socioeconomic Development*: national and international dimensions (eBook). Springer International Publishing, 2017, p. 25-37.

[48] Igualmente proclamando o direito mais favorável ao consumidor enquanto princípio do DIPr, *vide ILA - INTERNATIONAL PROTECTION OF CONSUMERS*. International Law Association Reports of Conferences (Johannesburg Conference – *Final Report* – 2012/2016). 77, 2016, p. 340-386.

[49] Tratava-se de uma proposta brasileira, encabeçada pela profa. Claudia Lima MARQUES, de criação de uma Convenção Interamericana (CIDIP) de proteção ao consumidor (jurisdição, direito aplicável, ...). Seu Artigo 2º assim disciplinava: "Art. 2 – Proteção contratual geral §1º Os contratos e as transações envolvendo consumidores, especialmente os contratos à distância, por meios eletrônicos, de telecomunicações ou por telefone, estando o consumidor em seu país de domicílio, serão regidos pela lei deste país ou pela lei mais favorável ao consumidor, escolhida entre as partes, se lei do lugar da celebração do contrato, lei do lugar da execução do contrato, da prestação característica ou lei do domicílio ou sede do fornecedor de produtos e serviços" [grifo nosso]; *vide* MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* v. 21, março/2002, p. 98-99. *Vide* também ARAUJO, Nadia. Contratos internacionais de consumo nas Américas e no Mercosul: regulamentação atual e a proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII. In TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O Direito Internacional Contemporâneo:* estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 705-736.

CAPÍTULO SEGUNDO - DIREITO APLICÁVEL

Artigo 4° - Contratos celebrados pelo consumidor no Estado Parte de seu domicílio.

1 - Os contratos internacionais celebrados estando o consumidor no Estado Parte de seu domicílio, especialmente no caso de contratação à distância, regem-se pelo direito eleito pelas partes, as quais podem optar pelo direito do domicílio do consumidor, do local de celebração ou cumprimento do contrato ou da sede do fornecedor dos produtos ou serviços. O direito escolhido será aplicável desde que mais favorável ao consumidor. [grifou-se]

Vê-se assim, literalmente, no MERCOSUL, a concretização da determinação da aplicação do direito mais favorável ao consumidor.[50]

[50] Sobre esse Acordo, *vide* MARQUES, Claudia Lima. Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 (Most favorable law to consumers and the Mercosur Agreement on Applicable Law on International Consumer Contracts 2017). In *Revista de Direito do Consumidor,* vol. 121, ano 28, jan.-fev. 2019b, p. 419-456.

Já em âmbito nacional, a aplicação do direito mais benéfico está espelhada no Brasil nos Projetos de Leis (PLs) nº 3.514/2015[51] (oriundo do antigo Projeto de Lei do Senado 281/2012[52]), o PL nº 6.533/2016[53] e PL nº 1.038/2020[54].

Considerações Finais

As novas formas de contratação, mormente a digital, consumerista, à distância, majoram a vulnerabilidade do consumidor e trazem dificuldades aos elementos de conexões clássicos do DIPr, impondo-lhe um desafio.

O DIPr vivencia, no mundo, um processo cada vez mais acentuado, de humanização: abarca cada vez mais normas substantivas, protetoras do indivíduo nas relações jurídicas plurilocalizadas.

De todo o *supra* aludido depreende-se que a "aplicação do direito mais benéfico", já bem pavimentada no DIPr para o direito do trabalho e direito de

---

[51] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488. Acesso em 28 fev. 2021. Atualmente, esse PL está pronto para ser votado em plenário. Assim estabelece no seu Art. 9º-B. "O contrato internacional de consumo, entendido como aquele realizado entre um consumidor pessoa natural e um fornecedor de produtos e serviços cujo estabelecimento esteja situado em país distinto daquele de domicílio do consumidor, reger-se-á pela lei do lugar de celebração ou, se executado no Brasil, pela lei brasileira, desde que mais favorável ao consumidor". [grifou-se]

[52] Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768#:~:text=Ementa%3A,dispor%20sobre%20o%20com%C3%A9rcio%20eletr%C3%B4nico. Também disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4181391&disposition=inline. Acesso em 28 fev. 2021. Esse PLS nº281/2012 tem a seguinte Ementa: "Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico." Disponível em: https://www25.senado.leg.br/widget/web/atividade/materias/-/materia/106768. Acesso em 28 fev. 2021. Para uma análise do PL 281/2012, *vide* ARAUJO, Nadia. A necessária mudança do Artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In CARVALHO RAMOS, André de (org). Direito Internacional Privado: questões controvertidas. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 299 e ss.

[53] Esse PL contém três artigos e destina-se a determinar "a aplicação de lei mais favorável ao consumidor, nos casos que especifica." Assim consigna no seu Art. 1º: "Art. 1º Esta lei determina a aplicação de lei mais favorável ao consumidor, nos casos de transações internacionais". Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118045. Acesso em 11 mai. 2021.

[54] Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141234. Acesso em 28 fev. 2021. Assim estatui no seu Artigo 9º-A. "Os contratos internacionais de consumo, entendidos como aqueles realizados entre um consumidor, pessoa física, com fornecedor de produtos e serviços cujo domicílio ou estabelecimento envolvido na contratação esteja situado em um país distinto do domicílio do consumidor, regem-se pela lei do domicílio do consumidor ou pela lei do lugar da celebração, aplicando-se sempre a lei que for mais favorável ao consumidor" [grifou-se].

família, está consolidada na área do direito do consumidor, calcada em múltiplos fundamentos.

Enquanto não forem aprovados no Brasil os projetos de leis que explicitamente adotam o critério do direito mais benéfico, há que serem utilizados, em defesa da aplicação desse critério, esses demais fundamentos aqui desenvolvidos: a imperatividade da aplicação do direito mais benéfico ao vulnerável enquanto um princípio jurídico do DIPr, um elemento de conexão, de caráter substancial (norma de conexão substancial) de matriz principiológica (defesa da vulnerabilidade), uma corrente metodológica, uma teoria defendia por alguns autores, uma técnica, um critério para orientar o julgador, etc.

A aplicação do direito mais benéfico pode ser definida como uma norma de conexão substancial, já que é estabelecida em razão dos fins: a defesa da vulnerabilidade; ou seja, não é meramente localizadora da lei aplicável, mas sim delimitadora de um leque de alternativas que tem por *standard* mínimo de proteção, as normas imperativas do foro.

Diante desse quadro, podemos nos referir à "aplicação do direito mais benéfico", genericamente, como um critério do DIPr, critério esse que colima identificar o direito a ser aplicado, quando estivermos diante de uma relação jurídica com um sujeito em situação de vulnerabilidade.

Em outras palavras, diante de uma relação jurídica plurilocalizada, cujo suporte fático contenha elementos bem específicos, como, *v. g.* uma determinada pessoa em situação de vulnerabilidade, surge a aplicação do direito mais favorável em socorro a esse vulnerável que há que ser protegido de forma peculiar.

Ato contínuo, poder-se-ia perguntar i) quais são essas relações jurídicas plurilocalizadas detentoras desses elementos fáticos característicos e ii) quais direitos materiais hão de ser comparados para, dessa forma, encontrar-se o direito que as regerá.

No nosso entendimento, a resposta à questão "i" seria, conforme visto *supra*, qualquer relação jurídica na qual haja um sujeito em situação de vulnerabilidade[55] e para a resposta à questão "ii", devem ser comparados os direitos envolvidos nessa relação jurídica plurilocalizada, estabelecidos, para tanto, pelo legislador, numa lista fechada, em prol da segurança jurídica.

Caso não haja essa previsão legal, há que se fazer valer a aplicação do direito mais favorável ao consumidor, conforme visto, com base nos demais

[55] *Vide* rol exemplificativo da nota 470 *in fine*, que menciona, dentre outros: *favor negotii, favor matrimonii*, *favor testamenti*, defesa de certas categoria de herdeiros (direito sucessório), *favor infans* (defesa do interesse superior do menor), proteção de adultos desamparados, *favor laesi* (proteção à vítima nos atos ilícitos), trabalhador (princípio *pro operario* ou *pro trabajador*), consumidor, titular dos dados pessoais, etc. A aplicação do direito mais benéfico é um princípio geral do direito justamente por entrar em cena sempre que haja um sujeito em situação de vulnerabilidade.

fundamentos aqui levantados, extraindo os direitos a serem comparados, dos elementos de conexão existentes no DIPr pertinentes à matéria, a saber, a título exemplificativo, para o direito dos contratos: local da constituição da obrigação, cumulado com o local da execução da obrigação, cumulado com o domicílio/nacionalidade/residência habitual do vulnerável, local do estabelecimento comercial, etc.

TÍTULO
Desafios do Direito no Século XXI - Diálogos Luso-Brasileiros
Governação e COVID-19

COMISSÃO CIENTÍFICA
Isabel Celeste M. Fonseca | Vera Lúcia Viegas Liquidato

COMISSÃO EXECUTIVA
João Vilas Boas Pinto | Larissa A. Coelho

AUTORES
Alexandre Cunha Filho / Alexandre G. N. Liquidato / Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian/ Ana Rita Carneiro / Carmen Silvia Lima de Arruda / Fernanda Calixto / Isabel Celeste M. Fonseca/ João Vilas Boas Pinto / Joel A. Alves / Lilian Regina Gabriel Moreira Pires / Luís Renato Vedovato / Paulo Borba Casella / Vera Lúcia Viegas Liquidato

EDIÇÃO
Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM)
Centro de Investigação em Justiça e Governação (JUSGOV)

DATA
Novembro de 2021

ISBN
978-989-53342-0-9

University of Minho
School of Law

JusGov
RESEARCH CENTRE FOR JUSTICE AND GOVERNANCE

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia