

ESTUDOS ACERCA DO COVID-19 NO BRASIL:

CONTRIBUIÇÃO DOS DOCENTES EM
DIREITO DA UNIJORGE-BA



ORGANIZADORES

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH
RODRIGO ANDRADE

ORGANIZADORES:

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH
RODRIGO ANDRADE

ESTUDOS ACERCA DO COVID-19 NO BRASIL:

CONTRIBUIÇÃO DOS DOCENTES EM DIREITO DA UNIJORGE-BA

Editora Direito Levado a Sério
Salvador, 2020

Editora Direito Levado a Sério
Salvador, Bahia | direitolevadoaserio@gmail.com

Capa

Carla Conchita Pacheco Bouças

Editores

Rodrigo Andrade

Conselho Editorial

Prof. Anderson Pereira

Prof. Dr. Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

Prof. Dr. Daniel da Fonseca Lins Junior

Prof. Dr. Fábio Periandro de A. Hirsch

Profa. Dra. Flora Augusta Varela Aranha

Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto

Prof. Me. José Marcello Monteiro Gurgel

Prof. Dr. José Rômulo Magalhães

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha

Prof. Me. Rodrigo Andrade de Almeida

ISBN 978-65-87020-13-6

Dados Internacionais de Catalogação na Câmara Brasileira do Livro

H1e HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida (Organizador)

ESTUDOS ACERCA DO COVID-19 NO BRASIL : contribuição dos docentes
em Direito da UNIJORGE-BA / Fábio Periandro de Almeida HIRSCH. – 2020.

68p.

1. DIREITO. 2. PUBLICO. 3. CONSTITUCIONAL. I. Título.

CDD 340

Data do fechamento desta edição: 29/08/2020

Esta publicação poderá ser reproduzida e distribuída livremente, desde que em sua integralidade e de maneira gratuita, sendo vedada qualquer forma de comercialização, bem como modificação, edição, redução ou fragmentação, sem a prévia e expressa autorização da Editora Direito Levado a Sério.

A violação dos direitos autorais é crime, tipificado na Lei nº 9.610/1998 e punido na forma do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

APRESENTAÇÃO

O ano de 2020, dentre tantos aprendizados, deixar-nos-á uma certeza: a de que uma radical mudança das circunstâncias é capaz de fazer implodirem todas as certezas.

Em pleno Século XXI, quando os cursos de graduação em direito no Brasil viram progressivamente as costas, em suas matrizes curriculares, para as disciplinas fundamentais, especialmente a história do direito, filosofia do direito e hermenêutica jurídica, é seu conhecimento que tem guiado o caminho dos juristas, na tentativa de encontrar respostas jurídicas para os inúmeros desafios que a pandemia do coronavírus e a resposta estatal à proliferação da Covid-19 se nos têm apresentado.

Com efeito, desde a edição da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, seguida por uma miríade de decretos de prefeitos e governadores de todas as partes do país, inúmeras questões jurídicas que, dos pontos de vista doutrinário e jurisprudencial, estavam pacificadas há tempos, voltaram aos holofotes, na forma de incertezas pululantes.

A quem compete definir quais sejam as atividades essenciais? Quem tem autoridade constitucional para determinar o fechamento do comércio, a suspensão das aulas em escolas e faculdades, ou exigir a concessão de descontos em mensalidades ou mesmo a suspensão do pagamento de aluguéis, durante a pandemia? Como ficam os contratos vigentes, ante a impossibilidade de cumprimento, em razão das políticas de distanciamento social? É possível invocar a excludente de responsabilidade do art. 393 do Código Civil (caso fortuito ou força maior), ou seria o caso de aplicar a cláusula *rebus sic stantibus* (CC, art. 317) e pleitear a resolução por onerosidade excessiva (CC, art. 478)? Como ficam as relações de trabalho? O que pode o empregador fazer, para conter custos e não quebrar? O que pode o empregado exigir, em regime de teletrabalho? Afinal, sair sem máscara configura ilícito penal? Em qual tipo?

Essas são algumas das questões que os briosos professores do curso de direito da Unijorge, instituição privada de ensino superior de Salvador/BA, enfrentam neste opúsculo, produzido em momento em que o número de mortos em decorrência da

Covid-19 ainda cresce ao milhar a cada dia, e a vacina contra o coronavírus ainda não passa de uma esperançosa promessa.

Esperamos que o leitor possa compreender um pouco melhor o momento histórico que estamos vivendo, e que possamos, juntos, construir as pontes necessárias para que saíamos desta batalha vitoriosos.

Sapere aude!

Salvador, 29 de agosto de 2020
Rodrigo Andrade de Almeida

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| APRESENTAÇÃO | 2 |
| SUMÁRIO | 2 |
| JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS USOS DAS MÁSCARAS | 2 |
| 1. INTRODUÇÃO..... | 2 |
| 2. BREVE PANORAMA SOBRE O USO DE MÁSCARAS DIANTE DA PANDEMIA DO COVID-19 | 3 |
| 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER DE POLÍCIA E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E MATERIAL DO ENTES FEDERATIVOS | 5 |
| 4. CONCLUSÃO..... | 13 |
| REFERÊNCIAS..... | 13 |
| A CRISE DO CORONAVIRUS E O COMPLIANCE: INSTRUMENTO PARA MITIGAR OS RISCOS DE FRAUDE DECORRENTE DO TRABALHO EM CASA..... | 2 |
| INTRODUÇÃO | 2 |
| 1. A CRISE DA COVID-19..... | 3 |
| 2. O COMPLIANCE..... | 6 |
| 4. INSTRUMENTOS DO COMPLIANCE APLICADOS AO TRABALHO FORA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL..... | 9 |
| 5. CONCLUSÕES..... | 11 |
| REFERÊNCIAS..... | 12 |
| DIREITO PENAL E COVID-19: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O USO DO DIREITO PENAL DIANTE DA PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS | 2 |
| 1 INTRODUÇÃO..... | 2 |
| 2 TIPOS PENAIIS APLICÁVEIS A PRIORI: BREVE ANÁLISE ACERCA DA RATIO ESSENDI E ABRANGÊNCIA DAS NORMAS DISCUTIDAS NA SITUAÇÃO DA PANDEMIA..... | 3 |
| 3 A PORTARIA INTERMINISTERIAL N. 05 DE 2020: COMPULSORIEDADE DE MEDIDAS DE EMERGÊNCIA X ALCANCE DO ARTIGO 268 DO CÓDIGO PENAL..... | 8 |
| 4 DIREITO PENAL DE ULTIMA RATIO COMO FORMA PRIMÁRIA DE CONTROLE SOCIAL? | 14 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 16 |
| REFERÊNCIAS..... | 17 |
| O IMPACTO DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS AMBIENTAIS: TEORIA DO <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> | 2 |
| INTRODUÇÃO | 2 |

| | |
|---|----|
| ORIGEM E DEFINIÇÃO DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> E APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO | 3 |
| CONTRATOS AMBIENTAIS DIANTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS | 6 |
| APLICAÇÃO DA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> NOS CONTRATOS AMBIENTAIS FRENTE AO NOVO CORONAVÍRUS | 8 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 13 |
| REFERÊNCIAS | 14 |

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE SOBRE A UTILIZAÇÃO DOS USOS DAS MÁSCARAS

Fábio Periandro¹

Frederico Pinho²

1. INTRODUÇÃO

A situação excepcional de fato, causada pela pandemia do COVID-19, tem desafiado os poderes constituídos na elaboração de políticas públicas com a finalidade de amenizar os severos impactos que o vírus tem causado no tecido social. As consequências podem ser avaliadas na esfera econômica, da saúde, segurança e também na esfera jurídica.

Especificamente na órbita do direito, a implementação de políticas públicas reclama a adoção de medidas concretas que, invariavelmente, podem causar restrição de direitos e liberdades. Em uma situação de pandemia com consequências imensuráveis, a normatização e a implementação de medidas restritivas aparecem como um imperativo de interesse público.

A título de concretização de políticas públicas para a prevenção e combate ao COVID-19, diversos Estados e Municípios têm editados leis e decretos que limitam a circulação de bens e pessoas, distanciamento social, bem como limitam o exercício da

¹ Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Membro fundador do Instituto de Direito Constitucional da Bahia (IDCB). Pesquisador Líder do Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais no Brasil - SPDDF, grupo certificado no DGP do CNPQ. Advogado e Árbitro.

² Mestre pela Universidade Católica do Salvador em Políticas Sociais e Cidadania. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Salvador. Graduado em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa. Atualmente é advogado no Sarmiento e Silva. Professor do Centro Universitário Jorge Amado (Unijorge). Professor substituto de Prática Cível da UFBA de 2018-2019. Professor colaborador da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - PPGD/UFBA em convênio com a Fundação Faculdade de Direito da Bahia entre 2011 a 2013. Professor convidado da Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade Salvador (Unifacs), da Universidade Católica do Salvador (Ucsal) e da Escola Superior de Advocacia - ESA/BA.

atividade econômica. Dentre as medidas implementadas, destaca-se a obrigação do uso de máscaras e, alguns casos, há a imposição de multa.

Este breve estudo tem por objetivo fazer uma análise crítica da imposição do uso de máscaras com base no poder de polícia e a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário para a tutela de direitos fundamentais.

2. BREVE PANORAMA SOBRE O USO DE MÁSCARAS DIANTE DA PANDEMIA DO COVID-19

Diante do quadro de pandemia, o Ministério da Saúde orienta a utilização de máscaras caseiras como forma de prevenção, conforme notícia veiculada no site do respectivo ministério em 02.04.2020, com o seguinte conteúdo: “Para proteger você e sua família, o Ministério da Saúde orienta a produção de modelos simples, de pano, que também funcionam como barreiras na propagação da doença”.³

A Sociedade Brasileira de Infectologia emitiu uma nota técnica recomendado o uso de máscara individual. Nesse sentido, em relação as pessoas que precisam sair de casa para locais públicos ou estabelecimentos privados, o uso da máscara de tecido deve ser individual e funciona como uma forma de barreira mecânica, sem prejuízo da importância da manutenção das outras medidas preventivas já recomendadas, tais como, higienizar as mãos com água e sabonete ou álcool gel 70%, adoção distanciamento social, além de evitar o contato com os olhos, nariz e boca. A máscara de pano, como dito, pelas autoridades sobre o tema, tem aptidão para diminuir a propagação do vírus por pessoas assintomáticas ou pré-sintomáticas.⁴

O jornal El País publicou uma notícia informando que, quando o vice-presidente da Cruz Vermelha da China, Yang Huichuan, chegou à Itália para auxiliar o país na luta contra o coronavírus, disse que: “O transporte público continua funcionando, tem muita

³ <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46645-mascaras-caseiras-podem-ajudar-na-prevencao-contr-o-coronavirus>. Acesso em 12.05.2020. Consta em nota técnica do Ministério da Saúde: “O uso de máscaras caseiras passa a ser um fenômeno internacional no enfrentamento do COVID-19 visando minimizar o aumento de casos. As pesquisas têm apontado que a sua utilização impede a disseminação de gotículas expelidas do nariz ou da boca do usuário no ambiente, garantindo uma barreira física que vem auxiliando na mudança de comportamento da população e diminuição de casos”.

⁴ <https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/125/2020/04/315bbca2eb7a3b1279d82292bfb22c71f80ff4d2bb8ee385156359b10fedf392.pdf>. Acesso em 12.05.2020

gente nas ruas e ainda há jantares e festas nos hotéis. Além disso, na área mais atingida pelo vírus as pessoas não usam máscaras”.⁵

Diversos entes federativos têm editados leis e decretos com a finalidade de enfrentar a situação de emergência de saúde pública de proporção mundial. A título de exemplo, o Governador do Estado do Mato Grosso editou o decreto 462 que prevê a necessidade do uso de máscaras de proteção facial por todas as pessoas que circular dentro no território do respectivo estado. No Estado do Mato Grosso foi promulgado a Lei Estadual 11.110 de 22 de abril 2020 e, de forma análoga ao decreto acima referido, prevê que a circulação de pessoas no território mato-grossense somente será permitida mediante a utilização de máscara facial, ainda que artesanal ou caseira.

O art. 2º, §1º, traz em seu conteúdo normativo a previsão de multa no R\$ 80,00 (oitenta reais) ao estabelecimento privado por pessoa sem máscara, sem prejuízo da apuração de ilícitos criminais eventualmente praticados pelas pessoas físicas ou representantes legais da pessoa jurídica decorrentes de infração à medida sanitária preventiva, se acaso houver o descumprimento da medida estabelecida.

Cabe destacar, ainda, que o parágrafo único do artigo 1º consta a previsão que as máscaras faciais serão distribuídas gratuitamente pela Secretaria de Estado de Saúde para todas as famílias com renda familiar de até 1,5 (um e meio) salário mínimo e para os servidores públicos, enquanto vigente o estado de calamidade pública.

Medida similar foi adotada pelo Prefeito de São Paulo – Bruno Covas – por meio do Decreto Municipal de n. 59.396/2020, que, por sua vez, prevê a obrigatoriedade de uso de máscara nos espaços e logradouros públicos.

O Prefeito de Santos editou o Decreto de n. 8.944/2020 que, entre outras coisas, considera obrigatório o uso de máscara facial não profissional durante o deslocamento de pessoas pelos bens públicos do respectivo município e para o atendimento em estabelecimentos comerciais e prevê uma multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais) para pessoa física e R\$ 3.000,00 (três mil reais) no caso de pessoa jurídica, por deixar de

⁵ <https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-04-03/mascaras-contra-o-coronavirus-sim-ou-nao-mandetta-defende-ate-as-caseiras-feitas-de-pano.html>. Acesso em 12.05.2020

executar a obrigação prevista no decreto, dificultar ou opor-se à execução das medidas que tenham por finalidade a proteção e manutenção da saúde e das vidas humanas.

Diante do panorama normativo acima descrito, é possível verificar que o Poder Público, dos mais diversos locais, tem de algum modo adotado as orientações de acordo com as recomendações técnicas. Nesse sentido, a melhor posição a ser adotada é que qualquer medida, legislativa ou administrativa, ainda que com algum aspecto diferenciador entre elas, não podem contrariar os estudos e análises técnicas formuladas e desenvolvidas por médicos e cientistas, pois o Estado-Administração tem o dever de zelar pelo interesse público e, no caso da pandemia causada pelo COVID-19, o âmbito de discricionariedade para atuação fica bastante reduzido.

Deve ser acrescentado ainda que é possível a criação de um comitê gestor de crise composto por especialistas de diversas áreas com o intuito de elaborar notas técnicas e, do mesmo modo, embasar os atos normativos e administrativos que serão editados e concretizados pelo Estado-Administração.

Não sendo criados tais comitês, essa tarefa pode ser da competência da secretaria de saúde e de vigilância sanitária.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODES DE POLÍCIA E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E MATERIAL DO ENTES FEDERATIVOS

O exercício do poder de polícia, como amplamente consagrado na doutrina, deve estar calcado na consecução de uma finalidade pública. A ação da administração pública está legitimada quando fundamenta seus atos no interesse público. O Estado-Administração para intervir na esfera concretizando uma restrição ou limitação de direitos deve atuar em conformidade com o direito posto, de modo que deve existir uma lei ou ato normativo que legitime a atuação do ente público.

Não à toa, o Professor José Carvalho dos Santos Filho faz a pertinente observação no sentido de que o exercício da atividade administrativa que configure o poder de polícia deve ter um lastro constitucional.⁶

Nessa ordem de ideias, Odete Medauar ensina que “em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites a direitos e liberdades”⁷. Portanto, este poder tem por objetivo restringir e adequar direitos e liberdades visando atingir o interesse público. Trata-se, pois, de uma importante prerrogativa do Estado-Administração que, com respaldo no ordenamento jurídico, atua em favor da coletividade.⁸

Cabe destacar, por importante, em que pese a controvérsia acerca do tema, que o exercício do poder de polícia não decorre do poder discricionário, eis que este se caracteriza pela “abertura da norma legal à Administração, de maior liberdade de atuação, permitindo-lhe que, em grande número de hipóteses, escolha seus próprios caminhos de atuar, na oportunidade que lhe convenha, pelos motivos que tender relevantes e, mesmo, autorizando-a abster-se de agir”⁹

Este ponto foi percebido pelo professor Bruno Miragem que, com fundamento nas ideias de Celso Antônio Bandeira de Mello, descreve “a discricionariedade não é atributo do poder de polícia em si, mas de uma qualidade de atos administrativos que podem ou não se traduzir na manifestação exterior deste poder”.¹⁰ Portanto, a concretização do poder de polícia pode ocorrer com base em atos vinculados ou, então, através de atos discricionários.

Fixadas essas premissas, é possível avançar no tema objeto deste estudo. Com efeito, Estados e Municípios têm, como demonstrado, no âmbito da sua competência legislativa concorrente, editados decretos e leis regulando medidas de prevenção e combate ao COVID-19. É necessário enfatizar que o Supremo Tribunal Federal na ADPF

⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 80.

⁷ MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 199. Rio de Janeiro: Renovar, jan-mar. 1995. p. 89.

⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. cit.*, p. 79.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 72.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo*. 3. ed. Ed. RT, 2017. p. 164.

672, através do voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, interpretando o art. 24, XII, da Constituição Federal, decidiu que situa-se no âmbito da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre proteção e defesa da saúde e, com fundamento no artigo 30, inciso II, também da Constituição Federal, afirmou que cabe aos Municípios a possibilidade de complementar a legislação federal e estadual no que couber quando presente o interesse local.

O Ministro Marco Aurélio, no bojo da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF, também ratificou a competência concorrente entre os entes federativos. Desse modo, não há dúvidas que o Poder Público pode editar atos visando prevenir e reduzir os riscos de transmissão do COVID-19.

Dentre estes atos, existem leis e decretos que instituíram o uso obrigatório da máscara caseira como forma de evitar a propagação do vírus e, em alguns casos, como visto, há a previsão de multa em razão de eventual descumprimento.

Pode-se discutir se há ou não necessidade de uma advertência ou medidas de orientação antes da aplicação de multa. De qualquer modo, tais medidas devem ficar sob a competência do gestor público. Por exemplo, em um dado município onde esteja caracterizado um grande número de pessoas infectadas com lotação em hospitais e com falta de leito, a multa sem uma prévia advertência se revela como uma medida mais adequada. Todavia, dada uma situação de estabilidade, sem uma superlotação em hospital ou com poucos casos registrados, certamente uma medida prévia de advertência e de caráter educativa se revele mais proporcional.

Houve um caso que foi objeto de intervenção do Poder Judiciário. No processo de n. 1007171-56.2020.8.26.0562, em curso da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santos – SP, um determinado cidadão impetrou um mandado de segurança alegando que, diante do atual cenário de pandemia, o município de Santos, através do Decreto 8.944 de 23 de abril de 2020, determinou o uso de máscara facial não profissional durante o deslocamento de pessoas pelo território do município e, como consequência impôs multa de R\$ 100,00, de modo que requereu em caráter liminar que o Poder Público se abstinhasse de obrigar o uso da máscara facial nos limites territoriais do Município.

O magistrado ao analisar a medida concedeu em parte a tutela provisória requerida para suspender a “obrigatoriedade de uso de máscara facial não profissional durante o deslocamento pelos bens públicos de uso comum do povo deste município, tais como estradas, logradouros, ruas, avenidas e praças, bem como no uso do transporte privado”.

A decisão interlocutória, ora referida, descreve que o Decreto Municipal extrapolou os limites das leis federais 13.979/2020 e 12.608/2020, de modo que não compete ao gestor público impor regra de conduta aos cidadãos com cominação de multa, eis que as leis federais não contêm tal previsão.¹¹

O ente municipal interpôs agravo de instrumento que foi distribuído para a 13ª Câmara de Direito Público sob o n. 2080659-64.2020.8.26.0000. A relatora deu provimento ao recurso consignando, em seu voto, que a utilização de máscara facial não profissional é medida que está adequada com as diretrizes e recomendações dos especialistas e autoridades e que, em tempos de pandemia, é recomendável a preponderância da medida que melhor protege os interesses públicos.

A rigor, foi dito no voto que “Nesse ponto, o uso de máscara facial não profissional é medida que está em conformidade com as recomendações dos especialistas e autoridades, especialmente do Ministério da Saúde que orienta o uso de máscara de proteção facial para a população em geral como medida adicional ao distanciamento social, para preparação e resposta durante o intervalo de aceleração epidêmica”.

Ora, como pode ser analisado no trecho acima transcrito ou da leitura do inteiro teor do ato decisório, percebe-se que não são tecidas considerações sobre a competência legislativa e material do ente municipal ou sobre a constitucionalidade do ato municipal impugnado, bem como não foi destacada considerações acerca do poder de polícia. O que ficou evidente na decisão foi a predominância do interesse público

¹¹ Eis o que consta no ato decisório: “o versado decreto local n. 8.944/2020, para não apresentar cariz de ato normativo autônomo – e assim alforriar-se de vistosa inconstitucionalidade -, parece ter por escopo regulamentar as leis federais n. 13.979/2020 e 12.608/2020, diplomas legais referidos nos considerando do aludido decreto. Sem embargo, não identifica nos aludidos textos legislativos, ao menos *primo ictu oculi*, permissivo para o chefe do executivo municipal, por mais louvável que a sua intenção possa ser, impor regra de conduta aos cidadãos, normalizar o modo de circulação em espaços públicos e, para além disso estabelecer norma de direito administrativo sancionatório, com cominação de multa aos infratores”.

que, como visto, constitui a finalidade para o exercício legítimo do poder de polícia pelo Estado-Administração.

Algumas considerações devem ser feitas sobre o caso em apreço. A decisão proferida em primeiro grau de jurisdição dispôs que há uma inconstitucionalidade formal em razão do decreto municipal exorbitar da sua função regulamentadora. Houve, a rigor, um equívoco na decisão acima referida, eis que a Lei Federal 13.979/2020 traça as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus que deverão ser adotadas, sem prejuízo de outros atos que se mostrem necessários.

Ou seja, o artigo 3º e seus incisos da Lei 13.979/2020 traz em seu bojo um rol exemplificativo e cabe a cada ente federativo ditar as regras jurídicas e implementar os atos administrativos que se adequem melhor à realidade da população.

Deve ser observado que todo e qualquer ato normativo ou administrativo que tenha por objeto a prevenção e combate ao COVID-19 somente poderão ser determinados com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, tal como prevê o §1º do art. 3º da Lei Federal 13.979/2020.¹²

À luz de tais considerações, é certo afirmar que os Municípios têm autonomia para ditar regras e condutas em caráter local com o objetivo de proteger a saúde e a vida da população, sempre pautada em recomendações técnicas.

Vê-se, pois, que no exercício do poder de polícia, o Estado-Administração pode atuar ora editando atos normativos com conteúdo genérico, abstrato e impessoal, ora pode criar atos concretos visando restringir direitos e liberdades de pessoas específicas. Pertinentes são as lições do publicista José dos Santos carvalho Filho¹³:

No exercício da atividade de polícia, pode a Administração atuar de duas maneiras.

Em primeiro lugar, pode editar atos normativos, que têm como característica o seu conteúdo genérico, abstrato e impessoal, qualificando-

¹² Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, **dentre outras**, as seguintes medidas (...). § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

¹³ FILHO, José dos Santos Carvalho. Op. cit., p. 87.

se, por conseguinte, como atos dotados de amplo círculo de abrangência. Nesse caso as restrições são perpetradas por meio de decretos, regulamentos, portarias, resoluções, instruções e outros de idêntico conteúdo.

Além desses, pode criar também atos concretos, estes preordenados a determinados indivíduos plenamente identificados, como são, por exemplo, os veiculados por atos sancionatórios, como a multa, e por atos de consentimentos, como as licenças e autorizações”.

A multa, como visto, está situada no âmbito dos atos concretos que visam sancionar aqueles que descumpram um determinado ato normativo ou lei. Pode-se dizer que, em regra, as medidas adotadas pelo Poder Público no que tange ao combate do COVID-19 através do uso das máscaras está embasa em estudos técnicos cuja finalidade é preservar a vida e a saúde coletiva. Basta ver, por exemplo, as diversas recomendações e orientações – decorrentes de estudos técnicos – emanadas da Organização Mundial da Saúde (OMS), Conselho Federal de Medicina e do Ministério da Saúde.

Nessa ordem de ideias, cabe ao administrador público zelar pela proteção das pessoas e implementar medidas administrativas e legais que concretizem os mais abalizados estudos, pois, deste modo, estará protegendo – de modo justificado e transparente – o interesse público, aqui vislumbrado sob a perspectiva do direito à vida e à saúde pública.

A título de exemplo, do mesmo modo que o juiz não pode desconsiderar uma prova pericial produzida sem motivação específica e idônea para formar o seu convencimento em um puro subjetivismo, no caso da pandemia, todos atos abstratos e concretos da administração pública como forma de frear o avanço do vírus devem estar amparados em estudos técnicos e eventual medida contrária deve estar devidamente e amplamente justificada.

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pela autoridade competente para permitir que os cidadãos descumpram regras jurídicas que estejam embasadas em estudos referendados pelas autoridades científicas. Sobre este ponto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através de decisão do seu Presidente, no âmbito do pedido de Suspensão de tutela de n. 2054679-18.2020.8.26.0000 ressaltou corretamente que:

Em tema de segurança e eficiência na prestação de serviços públicos na área da saúde, oportuno destacar o sentido discricionário técnico de decisão acerca de circulação de pessoas, veículos, transportes em geral. Essas razões pelas quais decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em termos de crise e calamidade, porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica.

A rigor, se os entes federativos se veem numa situação que a atuação conjunta, cooperativa e equilibrada é fundamental para a concretização de políticas públicas eficazes contra o COVID-19, logo, a intervenção do Poder Judiciário desautorizando as medidas previstas em leis ou em decretos podem gerar danos coletivos irreparáveis e, de um certo modo, pode comprometer o federalismo cooperativo que pode ser vislumbrado em diversos atos normativos dos entes políticos.

Por óbvio, qualquer lesão ou ameaça de lesão pode e deve ser levada ao crivo do Estado-Juiz em observância ao direito fundamental de acesso à justiça. É dever de todo juiz, em qualquer tipo de processo, conceder uma resposta ao jurisdicionado e, sendo procedente a pretensão deduzida. Do mesmo modo, caberá ao órgão julgador afastar leis ou atos normativos que violem o texto constitucional.

À vista de tais aspectos, não se pode afirmar que há uma blindagem para análise de eventuais ilegalidades sobre as medidas de prevenção e combate ao COVID-19 editados pelo Estado-Administração. Por exemplo, não seria proporcional impor ao cidadão a utilização de máscaras profissionais, ou, então, seria possível discutir o valor da multa prevista em um determinado decreto municipal. O que deve ficar claro é que os entes políticos – especialmente os Estados e Municípios – detém autonomia para fixar medidas visando concretizar políticas públicas de saúde coletiva em relação à pandemia. Sob esse aspecto, há um poder-dever dos Estados ou dos Municípios de editar medidas para prevenção e combate do COVID-19, com especial destaque aos atos que impliquem no exercício do poder de polícia.

É possível dizer, portanto, que não há qualquer margem de discricionariedade quanto à necessidade de adoção de medidas para proteção da vida e da saúde coletiva. Todavia, o tipo de medida específica e os atos de prevenção e repressão deve ser objeto de deliberação que vise atender de forma eficaz as peculiaridades territoriais sob a qual

incide a competência administrativa do governador ou prefeito. Há, nesse aspecto, um espaço para a edição de atos pautados em um juízo de conveniência e oportunidade.

Sob esse aspecto, em que o Brasil e o mundo se depara com um vírus letal e de fácil contágio, a necessidade de adoção de medidas de cooperação e homogêneas dentro do nosso federalismo é vital. Cabe lembrar que a vigente Constituição Federal, na formação dos arranjos próprios do Estado brasileiro, privilegiou a ideia de federalismo cooperativo, eis que a aspiração do texto constitucional trouxe um sistema de competências que dá ênfase aos laços entre os diversos entes da federação.¹⁴ Sobre este aspecto, lembra o professor Thiago Magalhães Pires:

A cooperação se apresenta, assim, como um elemento indispensável do pacto federativo, devendo as esferas políticas se tratarem como parceiras. A própria análise econômica destaca a importância dessa coordenação, que evita políticas contraditórias e a duplicação de esforços, entre outros problemas. Só um federalismo flexível é capaz de lidar com a dinâmica e a sobreposição inerentes à multiplicação de entes autônomos.¹⁵

Portanto, o panorama atual reclama, mais do que nunca, um quadro de cooperação entre todas as esferas do Poder Público, a fim de respeitar diretrizes básicas embasadas em estudos técnicos e também na implementação de medidas legislativa e administrativas para combate do COVID-19. Nesse aspecto, o Poder Judiciário tem um papel primordial que ora pode ser impondo obrigações aos gestores públicos no sentido de que adotem medidas minimamente adequadas em caso de absoluta inércia, ou então, que proteja e legitime as práticas e orientações consubstanciadas em leis, decretos ou em atos administrativos editados visando a proteção da vida e da saúde.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 145-146.

¹⁵ PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, ago. 2017. Cabe transcrever, também, as reflexões do Professor André Ramos Tavares sobre o federalismo cooperativo: “Em seu lugar, pois, aparece o que se convencionou denominar de federalismo cooperativo, no qual, ao contrário do federalismo dual, não se encontra uma separação precisa ou bem definida na distribuição das atribuições e competências de cada ente federativo. Pretende-se, com esse modelo de margens difusas, justamente promover uma proximidade (forçada), e, assim uma cooperação, entre União e unidades federadas. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 822.

4. CONCLUSÃO

Os Estados e especialmente os Municípios, no exercício da sua competência constitucional, possuem autonomia para fixar medidas visando concretizar políticas públicas de saúde coletiva em relação à pandemia.

Em relação aos entes municipais, a competência legislativa tem caráter suplementar em matéria de saúde e estão autorizados a editar atos abstratos ou concretos para efeito de combate ao COVID-19.

Para tanto, todos os atos devem estar pautados e chancelados pelos órgãos técnicos locais, tais como as secretarias de saúde ou por um comitê multidisciplinar especialmente criado para o combate à pandemia.

As medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus pautadas na Lei Federal 13.979/2020 traz um rol exemplificativo, de modo que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, outras medidas que atendam o interesse público.

Sob esse aspecto, há um poder-dever dos Estados ou dos Municípios para editar medidas para prevenção e combate do COVID-19, com especial destaque aos atos que impliquem no exercício do poder de polícia. O exercício desse poder no atual estado de pandemia torna-se fundamental para a concretização de políticas públicas eficazes.

O Poder Judiciário tem papel primordial para proteger e legitimar as orientações, práticas, condutas e atos normativos ou administrativos formuladas pelos entes políticos na sua esfera de competência.

REFERÊNCIAS

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 80.

MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 199. Rio de Janeiro: Renovar, jan-mar. 1995.

MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado: a nova administração pública e o direito administrativo*. 3. ed. Ed. RT, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 125-154, ago. 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A CRISE DO CORONAVIRUS E O COMPLIANCE: INSTRUMENTO PARA MITIGAR OS RISCOS DE FRAUDE DECORRENTE DO TRABALHO EM CASA

Nadialice Francischini¹⁶

INTRODUÇÃO

O ano de 2020 foi marcado pela pandemia do coronavírus que provocou uma crise econômica sem precedentes no Brasil e no mundo. A crise é tamanha que é comparada à grande depressão de 1929, como ponderou a diretora-gerente do FMI, Kristalina Georgieva¹⁷.

Ela afirmou que a crise deverá atingir “especialmente os mercados emergentes e os países em desenvolvimento”, mas também as economias avançadas. E frisou que “Esta crise não conhece fronteiras. Todo mundo sofrerá.”¹⁸

A fim de conter a expansão do vírus, muitos países, inclusive o Brasil, adotaram medidas restritivas à circulação de pessoas, determinando o isolamento e quarentena. Apesar de necessárias, essas medidas tiveram como consequência o fechamento do comércio, indústria, paralisação da prestação de serviço e desencadearam demissão, falência e a migração do trabalho presencial no estabelecimento empresarial para o trabalho na casa dos funcionários.

O home office e o trabalho remoto foram a solução encontrada para manter a produtividade e faturamento das empresas, em um momento que era necessário o isolamento social. Entretanto, junto com essas modalidades de trabalho, o risco de fraudes não previstas anteriormente também aumentaram, principalmente

¹⁶ Advogada. Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito, e Pós-Graduada em Direito Empresarial, pela Universidade Federal da Bahia. Docente na Pós-Graduação do Cejas, na Graduação do Centro Universitário Jorge Amado e na Uninassau - Universidade Maurício de Nassau.

¹⁷ VALOR. Coronavírus é pior crise econômica desde Grande Depressão, diz diretora do FMI. Disponível em: <<https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/04/09/coronavirus-e-pior-crise-economica-desde-grande-depressao-diz-diretora-do-fmi.ghtml>>. Acesso em 20 maio 2020.

¹⁸ Ibidem.

relacionadas com vazamento de dados, não cumprimento das normas internas de atendimento a clientes ou de jornada de trabalho.

Nesse contexto o compliance surge como um instrumento para zerar ou mitigar os riscos. Ele é um conjunto de medidas, processos e ações que tem como finalidade assegurar que as empresas e todas as pessoas que estejam nela envolvidos sejam cumpridoras das normas, reduzindo, primeiramente, as fraudes e a corrupção.

Apresentar quais as ações de compliance que devem ser tomadas a fim de assegurar que não ocorram fraudes dentro dessa nova estrutura de trabalho, provocada pela crise do coronavirus, é o propósito do presente artigo.

Para tanto, ele está estruturado em três capítulos de conteúdo, sendo o primeiro onde será analisado a questão da crise e seus indicadores. No segundo capítulo será estudado o compliance, seus fundamentos e estrutura e, no último capítulo de conteúdo, serão apresentadas as medidas do compliance para a superação da crise e a mitigação aos riscos decorrentes do trabalho exercido à distancia.

1. A CRISE DA COVID-19

A crise do coronavirus que se instalou no mundo todo tem como pilares a quantidade de mortes que a Covid-19, a quantidade de infectados e a necessidade da adoção de medidas de isolamento social e fechamento do comércio, tendo momentos inclusive de lockdown. Essas medidas geraram impactos diretos na atividade empresarial que, do dia para a noite, não puderam mais abrir seus estabelecimentos, tendo que tomar medidas de trabalho remoto ou simplesmente encerrar as atividades e demitir funcionários.

O desemprego é um indicador direto da crise, pois os empresários, passando por dificuldade e vendo um futuro não tão agradável à frente, tende a reduzir despesas, entre elas com a redução da folha salarial. Tanto é que, segundo o IBGE, através do PNAD-COVID, a taxa de desocupação populacional passou de 10,5%, na primeira semana de maio, para 12,4%, na segunda semana de junho de 2020¹⁹.

¹⁹ IBGE. PNAD-COVID. Disponível em: <<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>>. Acesso em 07 jul. 2020.

Outro indicador que deve ser observado é a quantidade de pedidos de recuperação judicial e de falência depois de iniciada as medidas de contenção do coronavírus. Até maio de 2020, os pedidos de recuperação judicial no Brasil já tinham aumentado em 69% e os de falência em 30%. Esse levantamento feito por Tiago Angelo, com base nos em informações colhidas no Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC), oriunda de fóruns, varas de falência e Diários Oficiais e da Justiça dos Estados.²⁰

E, à medida em que o PIB diminui, há a previsão de que a quantidade de pedidos de recuperação judicial e falência aumentem. Segundo Talita Moreira, divulgando informações da consultoria Pantalica Partners, estima-se que a quantidade chegue a “3 mil as companhias que deverão pedir recuperação judicial, se confirmada uma queda de 6% do PIB neste ano. O número é muito superior ao recorde de 1.863 empresas que solicitaram proteção contra credores na Justiça na recessão de 2016.”²¹

As empresas que não demitiram ou não encerraram as suas atividades estão funcionando remotamente, com seus funcionários em casa. Especificamente sobre o trabalho remoto, segundo dados do IBGE, através da PNAD COVID, em 13.06.2020, eram 8,5 milhões de brasileiros trabalhando remotamente para seus empregadores²². E isso não são no setor privado, mas no público também. Segundo dados divulgados em 1º de julho, pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal (SGP), já somam “162.710 servidores públicos federais civis (considerando os das instituições de ensino) estão trabalhando em casa, o que representa 59% da força de trabalho”²³.

A maioria dos números oficiais são referentes ao ano de 2020 até maio e junho, o que faz com que alguns analistas, a exemplo de Victor Irajá e Larissa Quintino, pontuarem que, no início de julho de 2020, a pior parte da crise já havia passado e que

²⁰ ANGELO, Tiago. Pedidos de falência sobem 30% em maio; de recuperação judicial, 69%. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/pedidos-recuperacao-judicial-sobem-69-maio-boa-vista>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

²¹ MOREIRA, Talita. Pedidos de recuperação judicial disparam em maio. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/06/05/pedidos-de-recuperacao-judicial-disparam-em-maio.ghtml>>. Acesso em: 07 jul.2020.

²² IBGE. Op Cit.

²³ BATISTA, Vera. Coronavírus: governo registra 1.565 casos entre servidores públicos federais. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/07/07/interna_politica,1163560/governo-registra-1-565-casos-entre-servidores-publicos-federais.shtml>. Acesso em: 07 jul. 2020.

economia começa a ser superada. Isso com base em índices de confiança dos empresários e outros indicadores econômicos, no Brasil.²⁴

Apesar da retomada da economia e das atividades em muitos locais do mundo e do Brasil, ainda há muito o que se fazer para a recuperação e essa deve ser demorada, principalmente com o retorno a ‘normalidade’. O diretor da OMS afirmou no final de junho que “O novo normal será conviver com o vírus. Nos próximos meses, precisaremos de ainda mais resiliência, paciência e generosidade”²⁵.

Apesar das mortes com o vírus ser o preocupante para a sociedade em geral, quando se olha para a empresa em funcionamento e o seu cotidiano, o trabalho remoto hoje é um dos mais preocupantes. Imagine

por hipótese um colaborador em home office. Sua produtividade, dedicação, cumprimento das regras e respeito à confidencialidade das informações serão decisivos para conferir um resultado valoroso ou trágico para a organização. De certo, cada um irá agir de acordo com o seu caráter e princípios, todavia, a existência ou não de treinamentos, comunicação e exemplos positivos dos superiores farão uma diferença significativa.²⁶

A proteção dos dados das empresas, dos seus colaboradores e consumidores, entre informações sigilosas é outro fator que merece atenção. Marcílio Guedes Drummond pondera que “O trabalho remoto expõe os dados pessoais tratados pela empresa a uma diversidade de dados distinta daquela existente no ambiente corporativo”²⁷.

Marcílio Guedes Drummond também levanta o problema que envolve a documentação física: “os funcionários podem levar para casa os registros em papel?”. E exemplifica os documentos que podem estar envolvidos nesses risco, como curriculuns,

²⁴ IRAJÁ, Victor; QUINTINO, Larissa. Na crise econômica do coronavírus, o pior ficou para trás. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/na-crise-economica-do-coronavirus-o-pior-ficou-para-tras/>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

²⁵ AGÊNCIA ANSA. Pior da pandemia de Covid-19 está por vir, alerta OMS. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2020/06/pior-da-pandemia-de-covid-19-esta-por-vir-alerta-oms.html>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

²⁶ GIOVANINI, Wagner. Compliance e o Covid-19 – A importância do Mecanismo de Integridade nesse momento. Disponível em: <<https://www.compliancetotal.com.br/artigos/detalhe/79/compliance-e-o-covid-19-a-importancia-do-mecanismo-de-integridade-nesse-momento>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

²⁷ DRUMMOND, Marcílio Guedes. Segurança da informação e proteção de dados no home office. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319235/seguranca-da-informacao-e-protecao-de-dados-no-home-office>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

faturas, relatórios de avaliação ou financeiro, além de outros arquivos que contenham informações sigilosas.²⁸

Merece atenção, ainda, a forma como o funcionário se apresenta e se comporta nas reuniões virtuais. Tem sido comum notícias de pessoas com comportamento duvidosos, como cheirando calcinha²⁹; com roupas não condizente, algumas até sem roupas, como pelado³⁰; ou mesmo familiares atravessando vídeos ao fundo em atitudes não condizentes com o horário de trabalho³¹.

A fim de zerar ou mitigar esses e outros problemas decorrentes do trabalho remoto e do home office, as práticas de compliance devem ser utilizadas como instrumentos para a melhora da economia e a retomada da atividade empresarial, com confiança e credibilidade é o compliance, principalmente no que toca ao trabalho remoto.

2. O COMPLIANCE

A origem do termo compliance, derivada da expressão inglesa '*to comply*', cujo significado é cumprir, executar, está em conformidade com as normas, com as regras, é bastante difundido e praticamente unânime entre os estudiosos sobre o tema. Há um pouco de dificuldade na delimitação do seu conceito, quando traduzido, quando verificado a sua aplicação prática.

Segundo João Roberto Peres e Nilson Brizoti³², a compliance, na prática, representa um conjunto de atos, processos e ações que devem ser tomadas e executadas pelas empresas para garantir que sejam aplicadas as normas de regulação e

²⁸ Ibidem.

²⁹ G1. Vereador é flagrado cheirando calcinha durante sessão em Bragança Paulista. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2020/06/25/vereador-e-flagrado-cheirando-calcinha-durante-sessao-em-braganca-paulista-veja-video.ghtml>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

³⁰ IG. Empresário aparece pelado em teleconferência com Bolsonaro. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/empresas/2020-05-14/empresario-aparece-pelado-em-teleconferencia-com-bolsonaro.html>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

³¹ ISTOÉ GENTE. Esposa de Porchat aparece pelada em live do humorista com Boulos. Disponível em: <<https://istoe.com.br/esposa-de-fabio-porchat-aparece-pelada-em-live-do-humorista-com-guilherme-boulos/>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

³² PERES, João Roberto; BRIZOTI, Nilson. Guia COMPLIANCE – Fundamentos. 1. ed. EBOOK. 2016. Disponível em: <<https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/12/e-Book-1-COMPLIANCE-Fundamentos.pdf>>. 03 ago. 2019, p. 08.

cumpridas as leis. Entretanto, nesse processo não se deve perder a conexão com a missão e os valores internos da empresa, nem com as melhores práticas de mercado.

Nessa mesma linha de pensamento, Ilana Martins Luz³³ aponta que a noção de compliance deve estar relacionada ao “conjunto de medidas adotadas por uma sociedade empresarial com o fim de se ajustar às prescrições éticas e legais, evitando riscos reputacionais e jurídicos decorrentes da atividade empresarial”. Verifica-se, desta forma, que a compliance não é um mero cumprimento de regras legais e não legais, formais ou informais, mas um conjunto de medidas amplas dentro da empresa.

Desta forma, “Discutir compliance é compreender a natureza e a dinâmica da corrupção e fraude nas organizações, independentemente de seu ramo de atividade”³⁴. É buscar ações que impeçam ou dificultem ao máximo o uso das empresas para finalidade diversa daquela para a qual ela foi estruturada.

A finalidade de um programa de compliance deve ser assegurar que dentro de uma organização não tenha fraudes, corrupção, práticas ilícitas, mediante a adoção de uma série de medidas de autoregulação intraempresarial. Tudo com o intuito de que a confiança depositada no empresário pela sociedade, pelos funcionários e outros parceiros não seja rompida.

Para atingir esse objetivo, um bom programa de compliance deve ter como premissa a correta adequação de implementação, usando de instrumentos dentro da empresa, como por exemplo os Códigos de Conduta e Ética, Políticas de Brindes, documentação de processos, mas respeitando a sua estrutura societária, a extensão e capacidade, a missão e os valores do empresário, bem como o marco legal a que está vinculado³⁵. Isso significa que não há como importar programas de compliance e esses serem eficiente. O programa de compliance eficiente deve nascer dentro da

³³ LUZ, Ilana Martins. Esboço de uma teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/ilana-martins-esboco-elementos-compliance-eficaz>>. Acesso em 29 ago. 2019.

³⁴ SANTOS, Renato de Almeida dos. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. Dissertação de Mestrado em Administração – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2011. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/979/1/Renato%20de%20Almeida%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2019, p. 33.

³⁵ LUZ. Op. Cit.

organização, deve ser montado para aquela empresa e empresário, levando em consideração a sua realidade dentro do mercado ao qual está inserido.

Todas as empresas e empresários deve ter um programa de compliance, uma série de medidas e ações a fim de evitar fraudes. A menor das fraudes, a menor das corrupções, gera impacto de imagem. Um pequeno suborno a um agente sanitário ou fiscal, o não pagamento de verbas trabalhistas, a confusão entre o patrimônio da empresa e do sócio, a ausência de liderança de forma ativa, tudo gera impacto na forma como os pares veem aquela organização e vai influenciar no seu crescimento direto e indireto.

Grandes ou pequenas empresas, todas devem estar preocupadas com a implantação de um sistema de compliance, pois os ganhos oriundos desta é a elevação da imagem e reputação da organização. Ademais, também tem como consequência a “redução de perdas invisíveis por desvios operacionais, erros involuntários, corrupção e fraudes ocupacionais, entre outros fatores que contribuem com a redução do desempenho dos negócios”³⁶.

Para uma efetiva implantação de um programa de compliance, esse deve está apoiado em quatro pilares:

Comprometimento: aqui se inclui o alinhamento estratégico da política de Compliance com os negócios da organização, o endosso do corpo diretivo, a identificação e avaliação das demandas referentes à gestão tributária;

Implementação: envolve toda a formação de equipes, alinhamento das responsabilidades e necessidades de resultados e fomento de comportamentos que favoreçam o Compliance;

Monitoramento e medição: avaliação, mensuração e report do programa;

Melhoria contínua: por fim, o programa é analisado criteriosamente, tendo em vista uma melhoria contínua dos processos de gestão tributária.³⁷

Transformando esses pilares em ações efetivas, a empresa deve ter um código de ética e condutas, delimitar as suas políticas internas e externas, fazer uma avaliação de

³⁶ PERES. Op. Cit, p. 11.

³⁷ OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de; SOUZA FILHO, Paschoal Naddeo de. O Compliance Tributário. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242766,101048-O+Compliance+Tributario>>. Acesso em: 01 set. 2019.

riscos, proporcionar treinamento para seus funcionários, ter um canal de comunicação, canal de denúncia, um sistema de investigação efetivo interno, *due diligence*, contratação de auditoria externa, entre outros. Entretanto, nada disso será efetivo se não houver comprometimento e suporte da alta administração.

Desta forma, a compliance é uma série de medidas e ações que devem ser adotadas pela empresa e empresário a fim de assegurar, ou minimizar os riscos, de fraude e corrupção. Com isso há a manutenção da credibilidade, imagem e confiança nas organizações e evita perdas de valores em desvios de operações.

4. INSTRUMENTOS DO COMPLIANCE APLICADOS AO TRABALHO FORA DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Com a pandemia do coronavírus, além da crise que se instaurou, uma nova realidade é vista ao redor do mundo. As medidas de distanciamento social, evitando aglomerações devem ser mantidas por muito tempo ainda e, a pior parte, é não saber qual vai ser esse período.

Márcio Monteiro Gea, Guilherme Traub e Daniel Seixas Gomide³⁸ refletem que,

Como consequência e resposta à severidade da crise, são adotadas medidas que visam a alteração em estruturas regulatórias e o advento de um inédito conjunto de normas para regular a atuação estatal em relação a agentes privados. E é mais que evidente que, no campo normativo ou negocial, a pandemia é assumida como um verdadeiro desafio imposto a muitas empresas, que deverão adequar seus negócios a este novo cenário econômico e jurídico, de modo a buscar a repactuação de contratos, o estabelecimento de novas relações de trabalho e o fortalecimento de parcerias.

A Comissão Jurídica da CCI França Brasil³⁹ aponta que houve um aumento do risco de irregularidade, decorrente de dois motivos:

³⁸ GEA, Márcio Monteiro; TRAUB, Guilherme; GOMIDE, Daniel Seixas. Medidas de compliance e governança em tempos de covid-19 e as normas societárias emergenciais de março e abril de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325121/medidas-de-compliance-e-governanca-em-tempos-de-covid-19-e-as-normas-societarias-emergenciais-de-marco-e-abril-de-2020>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

³⁹ **COMISSÃO JURÍDICA CCIFB-SP.** COVID-19 E RISCOS DE COMPLIANCE: COMO GARANTIR A CONFORMIDADE DA EMPRESA EM PERÍODO DE CRISE E NO DAY AFTER. Disponível em: <<https://www.ccfb.com.br/noticias/covid-19-e>

Primeiro, a crise cria oportunidades de irregularidades, seja diretamente, por exemplo em razão de necessidade de contratações emergenciais (públicas e privadas), seja indiretamente, aproveitando que as atenções estão voltadas à saúde e gestão da crise. Nesse sentido, vale destacar que 59% dos entrevistados por pesquisa mundial realizada pela PwC afirmaram que oportunidade é o principal fator que contribuiu para fraude. No Brasil, esse número aumenta para 65%.

Segundo, a crise gera uma grande pressão interna e externa significativa para os funcionários. Dentro da empresa, a pressão por performance pode ser facilmente traduzida em metas irreais. Fora da empresa, funcionários eventualmente afetados diretamente pela crise, por perdas financeiras na bolsa de valores, aumento de custos ou corte de remuneração, podem sofrer pressão para compensar as perdas sofridas.

Nesse cenário novo, a implantação e manutenção das políticas de compliance é essencial para assegurar a superação da crise e superar a instabilidade vivida. Muitas empresas estão adotando o trabalho remoto ou home office como forma de se manter ativa, além de incorporação de máscaras, luvas e outros EPIs como obrigatórios, em locais físicos, e o distanciamento entre as estações de trabalho, contratações emergenciais.

Wagner Giovani⁴⁰ destaca que “Em tempos de crise, muitos controles são negligenciados e regras e/ou procedimentos podem ser burlados e esquecidos, motivados pela urgência e necessidade de decisões ágeis, por vezes capazes de tornar vulneráveis diversos processos”.

Dessa forma, o primeiro passo que deve ser observado é a revisão da matriz de risco empresarial, pois a possibilidade da prática de ilícitos com os funcionários trabalhando em suas residências é distinta de que havia dentro do ambiente da empresa. Posteriormente, deve haver uma adequação do Código de Ética e Condutas, com novo treinamento para os funcionários.

Nesse sentido, Márcio Monteiro Gea, Guilherme Traub e Daniel Seixas Gomide destacam que em decorrência do trabalho remoto “é conveniente que as regras de compliance se façam presentes durante todo esse período, por meio de mensagens, disponibilidade de canais de denúncia e eventuais treinamentos online”⁴¹.

riscos-de-compliance-como-garantir-a-conformidade-da-empresa-em-periodo-de-cri-se-e-no-day-after/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

⁴⁰ GIOVANINI. Op. Cit.

⁴¹ GEA. Op. Cit.

Outro ponto que deve ser tratado com cautela e não pode ser mitigado é a segurança dos dados e informações, pois, como decorrência lógica do trabalho remoto e home office, há um maior fluxo de informações em ambiente não considerados seguros, maior troca de e-mail e interações pessoais diretas. Nesse ponto, a Comissão Jurídica da CCI França Brasil⁴² orienta que

Os funcionários devem ser instruídos a continuar utilizando os canais de comunicação corporativos, para que a empresa mantenha um registro fidedigno das atividades e discussões ocorridas neste período instável de pandemia. Eventualmente, esses registros poderão ser necessários em investigações internas futuras.

A revisão e reafirmação das práticas de compliance como a reafirmação de Códigos de Conduta e Ética, o reforço a utilização de canais seguros, proteção dos dados, revisão da matriz de risco e treinamento e conscientização constante dos funcionários são medidas necessárias para zerar ou mitigar as fraudes decorrentes do trabalho fora do estabelecimento empresarial nesse período. Isso proporcionará uma retomada mais acelerada dos processos empresariais e evitar demissões e falência.

5. CONCLUSÕES

O coronavírus causou uma crise sem precedentes no mundo e afetou muitas empresas, seja pela necessidade de encerramento das atividades, pelas demissões em grande quantidade ou pelo deslocamento do trabalho físico nas empresas e escritórios para a atuação desde a residência dos funcionários.

Esse descolamento das atividades para a casa, através do trabalho remoto ou do home office, acabou acarretando outras preocupações não antes previstas. Entre essas estão a forma como o funcionário se comporta em reuniões, o cumprimento da jornada de trabalho e a proteção dos dados e segredos da empresa.

A fim de manter a proteção da empresa, a atenção às normas internas e externas, além da proteção dos dados, medidas de compliance devem ser tomadas.

⁴² COMISSÃO JURÍDICA CCIFB-SP. Op. Cit.

O compliance são uma série de ações, protocolos e medidas que uma determinada empresa adota a fim de evitar ou minimizar o risco de fraudes e corrupção. Esse conjunto de instrumentos deve ser adotado desde a alta administração até o mais subalterno dos funcionários, devendo haver, inclusive, código para terceirizados e colaboradores eventuais.

Dentro do contexto da pandemia, a adoção, revisão e reforço da adoção das práticas de compliance zeram ou mitigam o risco de fraudes decorrentes do trabalho remoto ou home office. Entre essas práticas estão a revisão da matriz de risco, o reforço do Código de Condutas e Éticas, a utilização de canais seguros pelos funcionários e controle dos dados pela empresa, além de treinamento constante dos funcionários.

Com a adoção dessas práticas, o risco de fraudes é mínimo, o que deve impulsionar a empresa no processo de retomada da economia, vez que haverá maior credibilidade de confiança dos mercados investidores e consumidores.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ANSA. Pior da pandemia de Covid-19 está por vir, alerta OMS. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2020/06/pior-da-pandemia-de-covid-19-esta-por-vir-alerta-oms.html>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

ANGELO, Tiago. Pedidos de falência sobem 30% em maio; de recuperação judicial, 69%. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/pedidos-recuperacao-judicial-sobem-69-maio-boa-vista>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BATISTA, Vera. Coronavírus: governo registra 1.565 casos entre servidores públicos federais. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/07/07/interna_politica,1163560/governo-registra-1-565-casos-entre-servidores-publicos-federais.shtml>. Acesso em: 07 jul. 2020.

COMISSÃO JURÍDICA CCIFB-SP. COVID-19 E RISCOS DE COMPLIANCE: COMO GARANTIR A CONFORMIDADE DA EMPRESA EM PERÍODO DE CRISE E NO DAY AFTER. Disponível em: <<https://www.ccfb.com.br/noticias/covid-19-e-riscos-de-compliance-como-garantir-a-conformidade-da-empresa-em-periodo-de-crise-e-no-day-after/>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

DRUMMOND, Marcílio Guedes . Segurança da informação e proteção de dados no home office. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/319235/seguranca-da-informacao-e-protecao-de-dados-no-home-office>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

G1. Vereador é flagrado cheirando calcinha durante sessão em Bragança Paulista. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2020/06/25/vereador-e-flagrado-cheirando-calcinha-durante-sessao-em-braganca-paulista-veja-video.ghtml>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

GEA, Márcio Monteiro; TRAUB, Guilherme; GOMIDE, Daniel Seixas. Medidas de compliance e governança em tempos de covid-19 e as normas societárias emergenciais de março e abril de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325121/medidas-de-compliance-e-governanca-em-tempos-de-covid-19-e-as-normas-societarias-emergenciais-de-marco-e-abril-de-2020>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

GIOVANINI, Wagner. Compliance e o Covid-19 – A importância do Mecanismo de Integridade nesse momento. Disponível em: <<https://www.compliancetotal.com.br/artigos/detalhe/79/compliance-e-o-covid-19-a-importancia-do-mecanismo-de-integridade-nesse-momento>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

IBGE. PNAD-COVID. Disponível em: <<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>>. Acesso em 07 jul. 2020.

IG. Empresário aparece pelado em teleconferência com Bolsonaro. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/empresas/2020-05-14/empresario-aparece-pelado-em-teleconferencia-com-bolsonaro.html>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

IRAJÁ, Victor; QUINTINO, Larissa. Na crise econômica do coronavírus, o pior ficou para trás. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/na-crise-economica-do-coronavirus-o-pior-ficou-para-tras/>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

ISTOÉ GENTE. Esposa de Porchat aparece pelada em live do humorista com Boulos. Disponível em: <<https://istoe.com.br/esposa-de-fabio-porchat-aparece-pelada-em-live-do-humorista-com-guilherme-boulos/>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

LUZ, Ilana Martins. Esboço de uma teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/ilana-martins-esboco-elementos-compliance-eficaz>>. Acesso em 29 ago. 2019.

MOREIRA, Talita. Pedidos de recuperação judicial disparam em maio. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/06/05/pedidos-de-recuperacao-judicial-disparam-em-maio.ghtml>>. Acesso em: 07 jul.2020.

PERES, João Roberto; BRIZOTI, Nilson. Guia COMPLIANCE – Fundamentos. 1. ed. EBOOK. 2016. Disponível em: <<https://www.bibliotecadeseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/12/e-Book-1-COMPLIANCE-Fundamentos.pdf>>. 03 ago. 2019.

SANTOS, Renato de Almeida dos. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. Dissertação de Mestrado em Administração – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2011. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/979/1/Renato%20de%20Almeida%20dos%20OSantos.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2019.

OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de; SOUZA FILHO, Paschoal Naddeo de. O Compliance Tributário. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242766,101048-O+Compliance+Tributario>>. Acesso em: 01 set. 2019.

VALOR. Coronavírus é pior crise econômica desde Grande Depressão, diz diretora do FMI. Disponível em: <<https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/04/09/coronavirus-e-pior-crise-economica-desde-grande-depressao-diz-diretora-do-fmi.ghtml>>. Acesso em 20 maio 2020.

DIREITO PENAL E COVID-19: REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O USO DO DIREITO PENAL DIANTE DA PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS

Rafaela Alban⁴³

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que o cenário de “balbúrdia normativa”, há muito tempo vivenciado pelo Direito Penal brasileiro, dificulta a adequada compreensão do que é *proibido* e do que é *permitido*, especialmente num contexto de crise, em que, definitivamente, não há convergência de pronunciamentos e posturas entre as diversas unidades federativas.

A questão é que a situação de pandemia decorrente da propalação do coronavírus – que diariamente multiplica seu número de vítimas, divide opiniões populares e impõe a adoção de medidas de urgência pelas chefias executivas – fez ressurgir, nas discussões jurídicas, tipos penais até então quase esquecidos.

Com certeza, o arcabouço fático foi um grande estímulo para os debates, pois, constantemente, foram veiculadas notícias atípicas, a exemplo da situação do senhor que fugiu do hospital depois de negar-se a realizar exames e cumprir isolamento decorrente de diagnóstico positivo da sua esposa, da senhora sadia que foi presa no interior de São Paulo após descumprir isolamento social e andar na praça, do rico empresário contaminado que viajou no seu jato particular para participar de festa no interior da Bahia e, até mesmo, do Presidente da República que, mesmo diante da sua condição de caso suspeito de contaminação, estimulou manifestações populares e cumprimentou pessoas sem a adoção de qualquer das medidas preventivas orientadas pelo Ministério da Saúde.

Para completar, nos últimos meses, além de pronunciamentos e pedidos de demissão no mínimo inusitados, a população também se deparou com afirmações

⁴³ Doutora e Mestra em Direito Público (UFBA). Especialista em Ciências Criminais (UFBA), Direito Penal Econômico (Coimbra) e Teoria Jurídica do Delito (Salamanca). Professora de Direito Penal e Advogada Criminalista.

desesperadas e coativas de autoridades públicas no sentido de que pessoas que descumprissem recomendações de “isolamento” ou “quarentena” (Lei n. 13.979/20), de suspensão de atividades consideradas não essenciais ou, uma vez infectadas pelo COVID-19, colocassem outras em situação de perigo, poderiam ser “presas”.

De fato, diante de tantas “ameaças” de utilização deturpada de dispositivos penais e da existência das chamadas “normas penais em branco”, carregadas de elementos normativos, forçoso esclarecer a *ratio essendi* das normas penais aprioristicamente “aplicáveis” às situações vivenciadas, com o especial escopo de chamar atenção para a existência de uma verdadeira inversão de valores e da utilização inadequada no setor jurídico-penal, no afã de solucionar problemas de política pública.

2 TIPOS PENAIS APLICÁVEIS A *PRIORI*: BREVE ANÁLISE ACERCA DA *RATIO ESSENDI* E ABRANGÊNCIA DAS NORMAS DISCUTIDAS NA SITUAÇÃO DA PANDEMIA.

No Código Penal, há a previsão de alguns tipos penais incriminadores que, numa análise superficial, poderiam se subsumir aos casos associados às situações decorrentes da pandemia pelo coronavírus, especialmente aqueles arrolados nos capítulos dos crimes contra a periclitção da vida e da saúde e dos crimes contra a saúde pública, que, até então, por razões óbvias, não vinha contando com tanta atenção dos estudiosos do Direito Penal.

O primeiro tipo penal a ser analisado é o do art. 131 do Código Penal, que assim estabelece:

Perigo de contágio de moléstia grave

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Nesse caso, como se depreende da literalidade do dispositivo legal, estar-se diante de um crime próprio, que apenas pode ser praticado diretamente por uma pessoa contaminada, e que exige a presença de um elemento normativo, qual seja: a “moléstia grave”.

Segundo definição apresentada por Paulo Busato, moléstias graves podem ser entendidas como aquelas que “produzirem importantes perturbações da saúde”⁴⁴. Desse modo, alguns critérios poderiam ser utilizados para a identificação de uma “moléstia grave”: “a inexistência de cura, a possibilidade de sequelas ou o alto risco de morte”⁴⁵.

Logo, a questão fulcral para a análise de incidência do tipo penal supratranscrito é determinar se a COVID-19 poderia ser considerada como uma “moléstia grave” para preenchimento do elemento normativo exigido pelo art. 131 do Código Penal. Nesse sentido, a pergunta a ser feita é: deve-se observar a facilidade de contaminação, o grau de letalidade do vírus ou a incapacidade do setor de saúde pública de lidar com essa doença?

Diante dessa reflexão, necessária para o preenchimento do elemento normativo do art. 131 do Código Penal e, portanto, para a consideração da existência – ou não – de uma conduta formalmente típica, parece mais razoável afirmar que a mera facilidade de contágio e a incapacidade do setor público de lidar com a doença (diante do anunciado colapso do sistema de saúde) não culminam, tecnicamente, na inclusão da COVID-19 como uma “moléstia grave” para fins de incidência daquele dispositivo penal.

Isso porque, deve ser considerado o restrito grupo de risco e a existência de uma taxa de letalidade relativamente baixa, que, atualmente no Brasil, é de quase 6,8%, mesmo diante de uma realidade de realização restrita de testes para os casos mais graves, o que, logicamente, gera uma falsa percepção de majoração do grau de letalidade da doença, calculado na relação “casos confirmados x óbitos”.

Em verdade, o que se observa dos casos concretos é que o risco de vida nos infectados pela COVID-19 é gerado principalmente pela incapacidade operacional e superlotação dos centros de saúde e não pelo grau de letalidade específico da doença, o que, por si só, afasta a possibilidade de incidência do dispositivo do art. 131 do Código Penal, até mesmo porque, diante da ausência de estudos seguros relacionados às

⁴⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial, v.2. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.155.

⁴⁵ MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **Coronavírus**: um diagnóstico jurídico-penal. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

implicações da doença, a dúvida deve ser utilizada a favor do réu (princípio do *in dubio pro reo*).

Aliás, a especificidade do elemento normativo do crime de “perigo de contágio de moléstia grave” faz com que operadores do direito desviem seus olhares para a infração penal, expressamente subsidiária, insculpida no art. 132 do mesmo diploma legal, que, de modo mais genérico, assim dispõe:

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

No caso desse segundo tipo penal, apesar de não ser necessária a existência de uma qualidade especial do sujeito ativo, a sua condição de crime contra a vida ou saúde da pessoa – que o difere de um crime de perigo comum –, torna exigível a presença de uma pessoa determinada no polo passivo, de modo que simples condutas de “sair de casa”, de “desrespeitar a quarentena” ou de “transitar em via pública”, em afronta a uma recomendação administrativa, não são capazes de ensejar a incidência dessa infração penal.

A contrário senso, poderia ser essa a tipificação adequada para situações em que pessoas infectadas pelo COVID-19, deliberadamente, passam saliva ou excrementos em determinado local com o objetivo de transmitir a doença para pessoa(s) determinada(s), caso não existisse a possibilidade de incidência dos “crimes mais grave” de homicídio (art. 121) e de lesão corporal (art. 129), que vêm a exortar a aplicação do princípio da subsidiariedade na solução desses conflitos aparentes de normas.

De todo modo, insta destacar que, em definitivo, não há como determinar indistintamente – e sem nenhum elemento fático acessório – a prisão de transeuntes descumpridores da recomendação de isolamento social por conta da disposição legal do art. 132.

Ademais, o mesmo se pode afirmar no que tange ao constantemente discutido art. 267 do Código Penal, que estabelece o crime de “epidemia” nos termos que seguem:

Epidemia

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

§1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

Nesse aspecto, o que se nota é que a *ratio essendi* da norma acima transcrita é evitar a causa da epidemia e não a sua propagação secundária. Isso significa que “o sujeito tem que, em razão de uma conduta específica, poder ser responsabilizado pelo desenvolvimento da própria epidemia”⁴⁶.

Ora, como é de conhecimento público, no caso do COVID-19, a causa é preexistente ao problema de saúde pública experimentado no Brasil, já que se trata de uma “epidemia importada”, de uma causa exógena que, por circunstâncias claramente involuntárias, posteriormente assumiu uma condição de transmissão comunitária num número significativo de cidades brasileiras.

Noutras palavras, se a epidemia já é uma realidade nacional, não se pode ressignificar o núcleo do tipo para justificar a ocorrência de uma subsunção “fato-norma”, pois o tipo penal do art. 267 do Código Penal apenas poderia incidir se a causa da epidemia fosse a ação do agente (elemento primário) e qualquer interpretação mais ampla, para atingir ações secundárias, ampliando o escopo de proibição do tipo, representaria um desrespeito à vedação legal da utilização da analogia *in malam partem*.

No que tange ao crime do art. 268 do Código Penal, bastante utilizado nas discussões atuais, a conclusão é, de fato, um pouco diferente. Nesse caso, veja-se o que prevê o legislador:

Infração de medida sanitária preventiva

⁴⁶ MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **Coronavírus**: um diagnóstico jurídico-penal. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Como já é possível perceber, numa análise perfunctória, esse é um dos dispositivos penais que, aparentemente, mais se aproxima ao cenário atual, em que autoridades públicas, claramente, desejam utilizar o Direito Penal como forma de controle social primário na garantia de cumprimento de recomendações de isolamento social.

Ocorre, todavia, que uma adequada interpretação sistêmica do tipo penal em análise irá permitir uma conclusão em sentido diverso daquele que vem sendo empregado em muitas situações fáticas, uma vez que, mesmo sendo um crime de perigo abstrato, a conduta de “infringir” apenas poderá recair sobre uma *determinação obrigatória* e jamais sobre uma *mera recomendação*.

Concordando com o entendimento aqui apresentado, Leandro Nunes afirma que o crime do art. 268 do Código Penal só incide em caso de descumprimento de *imposição legal obrigatória* (p.ex. proibição de acesso a shoppings ou parques públicos) e “não em casos de *recomendações ou orientações* oriundas do poder público e/ou de profissionais de saúde” (p.ex. “ficar em casa”, “sair apenas para compras essenciais”)⁴⁷.

De fato, o que é recomendável não é necessariamente obrigatório. O “ficar em casa” é uma compreensão pessoal, uma forma de enxergar uma recomendação pública, que demonstra uma preocupação individual e voluntária pelo chamado “bem coletivo”. Ou seja, se não há uma *determinação obrigatória*, não pode haver a incidência do art. 268.

Entendimento similar, no sentido da limitação de alcance do tipo penal, deve ser adotado no caso do último crime a ser avaliado, aquele previsto no capítulo de crimes contra a administração pública, especificamente no art. 330 do Código Penal, nos termos que seguem:

⁴⁷ NUNES, Leandro Bastos. **Crimes relacionados à pandemia do coronavírus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80526/crimes-relacionados-a-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 25 abr. 2020

Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

No caso do crime de desobediência, o que se rechaça é a conduta de “desobedecer” uma “ordem legal”, o que impõe a existência de uma *ordem direta e concreta* de um agente público para um *destinatário específico*, afastando-se a incidência típica no caso de *ordens genéricas abstratamente dirigidas a todos os cidadãos*, por portaria ou medida provisória, diante da situação de calamidade pública decorrente do coronavírus.

Logo, se inexistente crime de “desobediência genérica”, a incidência do art. 330 somente passa a ser possível diante de situações fáticas acessórias à edição de medidas de emergência, assim como ocorre no caso do art. 268 do Código Penal.

Contudo, como, “no contexto de crimes envolvendo a epidemia, todos os casos de desobediência implicam necessariamente a infração prevista pelo art. 268 CP” (MONTENEGRO; VIANA, 2020) e no sistema jurídico-penal há vedação ao *bis in idem*, a discussão acerca do tipo penal do art. 330 acaba sendo esvaziada pela incidência do princípio da especialidade como forma de solução do conflito aparente de normas.

3 A PORTARIA INTERMINISTERIAL N. 05 DE 2020: COMPULSORIEDADE DE MEDIDAS DE EMERGÊNCIA X ALCANCE DO ARTIGO 268 DO CÓDIGO PENAL

Com os esclarecimentos jurídicos acima delineados, verifica-se que, em que pese todo o esforço coativo diante da “balbúrdia normativa” do Direito Penal brasileiro, o único tipo penal que, numa visão estritamente legalista, poderia vir a ser aplicado naquelas situações decorrentes do descumprimento de medidas de emergência de combate ao coronavírus, constantemente veiculadas pela imprensa, seria aquele que descreve o crime de “infração de medida sanitária preventiva” (art. 268 do Código Penal).

Não é por acaso, portanto, que, mesmo antes da publicação do Decreto de Calamidade Pública (Decreto n. 06, de 20 de março de 2020) e fazendo menção desnecessária ao art. 330 do Código Penal, foi editada a Portaria Interministerial nº 05,

de 17 de março de 2020, firmada pelos Ministros da Justiça e da Saúde, por meio da qual, “considerando que o descumprimento das medidas impostas pelos órgãos públicos com o escopo de evitar a disseminação do coronavírus (COVID-19) podem inserir o agente na prática dos crimes previstos nos artigos 268 e 330” do Código Penal, foi decretada a “compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional” (art. 1º).

Desta forma, ficou estabelecido, através de uma Portaria, que:

Art. 4º O descumprimento das medidas previstas no inciso I e nas alíneas “a”, “b” e “e” do inciso III do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020, poderá sujeitar os infratores às sanções penais previstas nos art. 268 e art. 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave.

§1º Nas hipóteses de isolamento, para configuração do descumprimento de que trata o caput, há necessidade de comunicação prévia à pessoa afetada sobre a compulsoriedade da medida, nos termos do § 7º do art. 3º da Portaria nº 356/GM/MS, de 11 de março de 2020.

§2º Para as hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b” e “e” do inciso III do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020, a compulsoriedade das medidas depende, nos termos do art. 6º da Portaria nº 356/GM/MS, de 2020, de indicação médica ou de profissional de saúde.

Art. 5º O descumprimento da medida de quarentena, prevista no inciso II do caput do art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020, poderá sujeitar os infratores às sanções penais previstas nos arts. 268 e 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave.

Como se observa, a “criação dos crimes relacionados ao combate à referida doença não é derivada do mencionado ato normativo, e **sim da lei penal, diante do princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal**”⁴⁸. **Entretanto, é necessário examinar a (in)constitucionalidade do ato normativo e o alcance dos dispositivos penais mencionados diante dos casos concretos já vivenciados, já que algumas questões precisam ser respondidas, até mesmo na prevenção de abusos: a) quais medidas foram consideradas compulsórias; b) quais as situações fáticas que efetivamente são alcançadas pelo mandado proibitivo; c) quais direitos individuais podem realmente ser suprimidos pela determinação legal**

⁴⁸ NUNES, Leandro Bastos. **Crimes relacionados à pandemia do coronavírus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80526/crimes-relacionados-a-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

diante do cenário político atual; d) se o Direito Penal seria o mecanismo adequado para esse controle social primário.

Numa leitura conjunta da Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, e da Portaria Interministerial n° 05, de 17 de março de 2020, observa-se que as medidas de emergência que, uma vez descumpridas, poderiam representar a prática de crimes, são aquelas em destaque no já alterado art. 3º da mencionada lei:

Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e

b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

Isso significa que, nos termos das leis e atos normativos federais vigentes, inclusive da Portaria n. 356 do Ministério da Saúde, são consideradas *determinações legais* (e não *meras recomendações*) no combate ao coronavírus: a) **isolamento**: separação de pessoas **doentes** ou **contaminadas**, assim como de objetos e meios de transporte afetados, com prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica; b) **quarentena**: restrição de atividades ou separação de pessoas **suspeitas de contaminação** das pessoas que não estejam doentes, assim como de objetos e meios de transporte suspeitos, o que exige ato administrativo formal e

devidamente motivado; c) **submissão a exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos**, “com indicação médica ou de profissional de saúde”.

Com efeito, é possível notar que, segundo os diplomas normativos analisados, apenas caracteriza *determinação legal* no caso do COVID-19 – e mesmo assim de forma condicionada – o isolamento absoluto do infectado, a restrição da liberdade de locomoção de pessoas suspeitas e a imposição de exames, testes e tratamentos por médico ou profissional de saúde competente.

No que tange às pessoas não infectadas, não suspeitas e que não apresentam sintomas decorrentes de uma possível infecção por coronavírus, a situação é um pouco mais complexa, porque o problema preexistente do “caos normativo” é agravado pelo “discurso político descoordenado” entre as diferentes unidades federativas, em nível federal, estadual, distrital e municipal.

Isso significa que, especialmente para aqueles não atingidos pela *determinação legal* federal – ou seja, para a grande maioria da população –, numa interpretação literal e imediatista, a orientação acabaria variando de acordo com a unidade federativa em que a pessoa se encontra, gerando uma compreensível insegurança quanto ao real alcance dos tipos penais aprioristicamente aplicáveis e indicados na Portaria Interministerial.

Nesse sentido, precisam ser esclarecidas duas questões simples que são consideradas essenciais: a) só há “infração de medida sanitária preventiva” (art. 268) se houver uma “*determinação obrigatória*”; b) só haveria crime de “desobediência” (art. 330) – cuja própria incidência está prejudicada nas situações da epidemia pela existência da norma anteriormente indicada – se fosse solicitado diretamente para pessoa determinada o cumprimento de uma “*ordem legal*” que viesse a ser desobedecida.

Com isso, verifica-se a existência de dois elementos normativos que, em razão de um colapso tão grave quanto o da saúde pública – o “colapso político” –, estão sendo absurdamente preenchidos de forma desigual dentro das diversas unidades federativas, sem qualquer atendimento aos ditames constitucionais e às diretrizes fundamentais do sistema jurídico-penal.

Explique-se: os tipos penais dos artigos 268 e 330 do Código Penal, como normas penais em branco, atribuem a adequada identificação da conduta proibida a outras

normas (“normas complementares”) e, graças a incompreensível dificuldade brasileira de enfrentamento uniforme de uma pandemia de caráter global, estão tendo uma moldura proibitiva diferente a depender da situação vivenciada em cada local.

Entretanto, na contramão de todo essa falta de coordenação, em razão do princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da CF e art. 1º do CP), especialmente do viés da taxatividade, é necessário chamar atenção que a afirmação de constitucionalidade de normas penais em branco está sujeita a existência de uma lei federal que permita a identificação da conduta proibida, haja vista que, como por demais sabido, condutas criminosas devem estar previamente definidas em lei.

Consequentemente, parece razoável afirmar que, **independentemente de erro/acerto ou da suficiência/insuficiência das decisões políticas e legislativas do âmbito nacional, com relação à pandemia do coronavírus, só há “determinação obrigatória”, capaz de justificar a incidência do crime do artigo 268 do Código Penal, nos casos associados às medidas de emergência insculpidas na Lei n. 13.979/2020, em conjunto com a Portaria nº 356/2020 e Portaria Interministerial nº 05/2020. Logo, a aplicabilidade desse tipo penal está restrita aos casos de pessoas infectadas ou suspeitas, em que estejam preenchidas as condicionantes impostas pelas portarias ministeriais.**

Em excelente explanação sobre o tema, assim sintetizam Lucas Montenegro e Eduardo Viana:

Com essa cascata de normas, o cidadão fica sabendo a conduta passível de punição: ele é obrigado a ficar em casa em isolamento, porque a prescrição médica (norma i) se baseia na Portaria nº 356 (norma ii), que regula a medida de isolamento definida na Lei nº 13.979 (norma iii), que, segundo a Portaria Interministerial nº 5 (norma iv), seria uma determinação do poder público destinada a impedir a propagação de doença contagiosa e, portanto, satisfaz o tipo penal do art. 268 CP (norma v)⁴⁹.

⁴⁹ MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

Com isso, chega-se a mais uma conclusão importante: no contexto do COVID-19, não pode haver crime de “infração de medida sanitária preventiva” (art. 268 do Código Penal) praticado pelo indivíduo sadio e não suspeito de contaminação.

Além disso, diante dos absurdos veiculados na mídia, não é demais registrar que o cenário político atual – de reconhecimento de estado de “calamidade pública” e recomendações estaduais de “isolamento social” horizontal – não se confunde com uma hipotética situação de decretação de “estado de sítio”, que, aliás, seria completamente incompatível com a própria postura de negação adotada pelo governo federal.

O estado de sítio é o instrumento que poderia ser lançado pelo Presidente da República, na condição de Chefe do Executivo, para, excepcional e temporariamente, diante da situação grave comoção pública de repercussão nacional, estabelecer a “obrigação de permanência em localidade determinada” (art. 137 da Constituição Federal), transformando a *mera recomendação* dos governadores numa *determinação obrigatória*.

Por isso, é indiscutível que, no cenário político atual, o direito constitucional de ir e vir do cidadão – a chamada liberdade de locomoção – não pode ser suprimido, especialmente através de Portarias e Medidas Provisórias. Isso não significa que não pode haver limitação associada a acessos públicos (a parques, shoppings, etc.), mas o “não ficar em casa”, o “andar na rua”, o “dirigir sem máscara”, claramente, não podem ser a razão para realizar ou decretar a prisão do cidadão sadio e não suspeito de contaminação.

Afirma-se, portanto, que, na forma como o sistema está estruturado hoje, **são irresponsáveis e infundadas todas as declarações políticas no sentido de que “pessoas que estão na rua serão presas”, caracterizando verdadeiro abuso de poder a efetivação de atos dessa natureza por agentes públicos, até mesmo porque o Direito Penal sequer parece ser o mecanismo adequado para esse tipo de controle social.**

Contudo, lamentavelmente, em face de tantas incertezas, outra espécie de “calamidade” foi realçada na crise atual: balbúrdia normativa, discursos políticos desconexos e atos administrativos inconsequentes vêm se mostrando tão graves quanto o problema de saúde pública atravessado pelos cidadãos e ainda mais preocupantes do que o próprio vírus.

4 DIREITO PENAL DE *ULTIMA RATIO* COMO FORMA PRIMÁRIA DE CONTROLE SOCIAL?

É inquestionável que estamos vivenciando uma crise de saúde pública e, independentemente de qualquer ideologia política, conhecimentos científicos já demonstraram que a postura adequada é de isolamento social para “achatar a curva de casos”, a fim de que o sistema de saúde consiga enfrentar o problema.

Entretanto, o que se deve questionar é se o Direito Penal pode ser equiparado a outros tipos de controles sociais para administrar a crise. É dizer, deve ser feita uma pergunta simples: é possível, diante de uma reconhecida situação de calamidade pública, colocar o Direito Penal na mesma esfera de outros controles sociais e não na esfera subsidiária inerente ao seu status de *ultima ratio*?

Como cediço, dentre os princípios de um Direito Penal democrático, está o princípio da intervenção mínima, que se ampara no art. 5º, §2º, da Constituição Federal e no art. 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos. Não é demais lembrar que a incidência do princípio da intervenção mínima indica que o Direito Penal só deve intervir na medida do que for estritamente necessário, já que a preocupação não está voltada para a busca da “máxima eficácia possível”, mas sim da “mínima intervenção imprescindível”.

Como desdobramentos do princípio da intervenção mínima, impõe-se ao Direito Penal um caráter *fragmentário* (só deve se preocupar com a proteção dos bens jurídicos mais importantes e necessários à vida social) e *subsidiário* (só deve intervir quando os demais ramos do direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens jurídicos de maior importância). Principiologicamente, destarte, o Direito Penal somente pode ser concebido como a *ultima ratio* do controle estatal e deve ser adotada cautela para não transformar a intervenção penal mínima numa intervenção penal máxima.

Em verdade, nada obstante todo o conhecimento sistêmico jurídico-penal, não é uma surpresa que o Direito Penal esteja sendo apresentado como “instrumento de administração da crise epidêmica irrevogavelmente instalada”, especialmente porque,

além de ser o mais severo instrumento coercitivo, a “responsabilidade penal – assim como o contágio – pode alcançar a todos indistintamente”⁵⁰.

Ocorre que não se pode pedir ou esperar dessa estrutura mais do que ele pode dar. Como bem ressaltaram Alaor Leite e Luís Greco, “a irrupção de epidemias, como a do Covid-19, precipita reações jurídico-penais. Legislador e intérprete são chamados a reagir com imediatez e criatividade”, quando a história demonstra que “a provisoriedade costuma ser má conselheira” e que “a emergência produz, inevitavelmente, instabilidade jurídica”⁵¹.

O recurso ao Direito Penal na situação de emergência não pode indicar o afastamento dos seus critérios interpretativos, dos seus princípios e categorias fundamentais. Exatamente por isso, concorda-se mais uma vez com o que fora afirmado por Alaor Leite e Luís Greco, em recente artigo científico: “o papel que incumbe às proibições de natureza penal deve ser, nesse contexto, relativamente limitado e secundário”⁵².

Por conseguinte, se a crise é de saúde pública, ela deve ser resolvida no âmbito administrativo, político e sanitário. O Direito Penal não pode ser convocado para o primeiro plano do controle social para resolver uma crise que não lhe pertence, sobrepujando os princípios que lhe são inerentes e abrindo espaço para perigosas exceções.

Aliás, a simples análise do sentido das Medidas Provisórias e demais atos normativos relativos ao COVID-19 – qual seja, evitar o contágio pelo coronavírus – já demonstra a necessidade de incidência do princípio da intervenção mínima. Isso porque, havendo uma situação fática de perigo presumido – e não de perigo concreto –, sequer há como invocar, através de inovações de molduras legislativas, a interferência do Direito Penal, havendo espaço, tão somente, para o Direito Administrativo.

Destarte, a síntese diante da necessidade de “organizar o caos” é clara: eventual insuficiência da situação jurídico-penal atual só pode ser corrigida no enfrentamento de

⁵⁰ LEITE, Alaor; GRECO, Luís. **Direito Penal, Saúde Pública e Epidemia**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

possíveis epidemias futuras e, nesse sistema, só poderá ser invocado o art. 268 do Código Penal para aquelas situações mais graves – não solucionáveis administrativamente – de afronta às medidas de urgência da Lei Federal n. 13.979/2020 por pessoas contaminadas ou suspeitas, o que reduz, teleologicamente, a incidência do referido dispositivo penal para garantir a observância de regras e diretrizes fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações apresentadas, só é possível concluir no sentido de que, realmente, precisamos entender que o Direito Penal é uma estrutura criada para *a posteriori*, que não foi estruturado para respostas instantâneas e, conseqüentemente, não pode ser utilizado para administrar uma crise na velocidade de uma pandemia.

Utilizar o Direito Penal como *prima ratio*, deturpar os seus princípios essenciais e as suas categorias fundamentais, aplicar interpretações extensivas em tipos penais “encontrados” na lei e transformar o Direito Penal num instrumento anunciado de imposição de controle desconexo é apenas uma tentativa de gerar um colapso a mais do que aquele que já vem sendo experimentado na saúde pública.

Precisamos apenas que as pessoas sejam humanas, que os chefes do executivo sejam exemplos e que as recomendações sejam seguidas por uma questão de educação e consciência coletiva. Se há dificuldade no cumprimento das medidas de urgência, o Direito Administrativo está disponível para isso. Não há sentido em lançar mão do Direito Penal para controlar uma pandemia, seja em razão do seu caráter de *ultima ratio*, seja pela reconhecida incompatibilidade dos seus dispositivos para a situação de emergência. De fato, utilizar o Direito Penal no mesmo patamar de outras espécies de controle, valendo-se de verdadeiras “cascatas normativas”, é deturpar as suas diretrizes essenciais.

Além do mais, não é possível finalizar essa reflexão sem deixar uma pergunta essencial para o leitor: qual o sentido de se valer do Direito Penal num momento em que, na esteira da Recomendação n. 62/2020 do CNJ, as cadeias devem ser esvaziadas? Realmente, nos mais variados aspectos, vivemos diante de um emaranhado de contradições.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial, v.2. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol.49, jul-ago, p. 89-147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEITE, Alaor; GRECO, Luís. **Direito Penal, Saúde Pública e Epidemia**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **Coronavírus**: um diagnóstico jurídico-penal. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

NUNES, Leandro Bastos. **Crimes relacionados à pandemia do coronavírus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80526/crimes-relacionados-a-pandemia-do-coronavirus>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

O IMPACTO DO NOVO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS AMBIENTAIS: TEORIA DO *REBUS SIC STANTIBUS*

Rubens Sérgio S. Vaz Junior⁵³

Thalita Matos da Silva⁵⁴

INTRODUÇÃO

A realidade contemporânea vem apresentando novos desafios político-sociais, econômicos e jurídicos, que precisam ser enfrentados, imediatamente, por toda a sociedade. A **pandemia** causada pelo novo **coronavírus** tem gerado imensuráveis efeitos jurídicos e uma consequente produção legislativa impressionante tanto em nível Federal como Estadual e Municipal.

O novo coronavírus, surto iniciado na China que se expandiu aceleradamente por todo o planeta, gerando incontáveis mortes e estagnando a economia dos países, não poderia deixar de produzir efeitos na área do Direito Ambiental, e em especial no que se refere à advocacia corporativa ambiental.

Na atual conjuntura de dubiedade trazida pelo Covid-19, é possível observar os impactos sociais e econômicos que os cidadãos e as empresas, nacionais e/ou estrangeiras, estão suportando sem que haja em nossa história recente qualquer precedente. Isto posto, a maioria dos estados brasileiros vêm adotando critérios restritivos visando a contenção da sobredita pandemia.

⁵³ Advogado especialista em Direito Ambiental Corporativo. Sócio do Escritório André Medeiros. Mestre em Planejamento Ambiental pela Universidade Católica de Salvador. Especialista em Processo Civil pela Universidade do Salvador. Especialista em Direito Público do Estado realizado em parceria entre o Instituto de Educação Superior – UNYAHNA de Salvador – IESUS e o Centro de Estudos Jurídicos de Salvador, CEJUS. Atualmente é professor titular do Centro Universitário Jorge Amado na graduação de Direito. Professor da Escola de Magistratura do Estado da Bahia - EMAB. Professor de Direito Ambiental do Centro de Estudos José Aras. Professor de Direito Ambiental do Brasil Jurídico; Professor de Direito Ambiental do Complexo de Ensino Renato Saraiva - CERS. Autor do livro: Responsabilidade Civil pela não inclusão de critérios ambientais nas licitações públicas; Participação nas obras coletâneas: MultiDireitos volumes 1,2,3,4, 5; Diálogos Jurídicos II, III e IV; Constituídos: Compartilhando direitos aos 30 anos a Carta Cidadã. Organizador e autor da obra Direito Ambiental: velhos problemas, novos desafios. E-mail: rsvaz@gmail.com.

⁵⁴ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Uninassau. Participação nas obras coletâneas: MultiDireitos volume 5 e 6 e Direito Ambiental: velhos problemas, novos desafios.

Entretanto, essas medidas abalam diretamente as relações contratuais, especialmente as de ordem ambiental, fazendo com que maior parte das empresas tenham adversidades, ou até mesmo estejam impossibilitadas, de cumprir com as suas obrigações contratuais, forçando-as, inclusive, a modificar o destino de seus negócios e delongar possíveis investimentos.

Trata-se de um cenário incomum, de extrema gravidade, que caracteriza por ser um acontecimento imprevisível e independente da vontade humana. A situação comporta a aplicação de excepcionalidades da lei e novas formas interpretativas das normas e dos contratos.

A sobredita questão que coloca-se, objetivamente, considera-se diante de uma calamidade pública reconhecida oficialmente, é plausível exigir o cumprimento de obrigações ambientais como não houvesse ocorrido nenhuma modificação no cenário, deixando inquestionada a responsabilidade civil ambiental ilimitada.

O presente artigo tem como objetivo basilar um estudo acerca do cumprimento ou não dos contratos ambientais com base na teoria da *rebus sic stantibus*, tendo em vista a pandemia do novo coronavírus. Assim, analisar-se-á a aplicação da teoria da imprevisão e a possibilidade de revisão ou até mesmo resolução contratual com base na pandemia visando a excepcionalidade que pode ser facilmente comprovada pelas necessárias políticas públicas ambientais para contenção da disseminação do vírus.

ORIGEM E DEFINIÇÃO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* E APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

A cláusula *rebus sic stantibus* (expressão em língua latina que pode ser traduzida como "estando assim as coisas")⁵⁵ alude que as partes de um contrato, tratado

⁵⁵ Disponível em: <https://www.sitesa.com.br/juridico/dicionarios/latim.html>. Acesso em: 21 maio.2020.

internacional ou, de forma mais geral, acordo, pactuaram levando em consideração a situação de fato existente no momento de sua celebração, podendo assim invocá-la como forma de rompimento caso transformações substanciais ocorram de forma extraordinária e imprevisíveis, que modificam o equilíbrio do acordo trazendo desvantagem a uma das partes.

No Brasil, a cláusula *rebus sic stantibus* iniciou sua abordagem nas décadas de 20 e 30 do século XX. Geraldo Serrano Neves, em criação editada no Brasil em 1956, resume bem a origem histórica da cláusula: Criação canonista, embora romanos a ela se referissem claramente, a latinamente bruta, mas conceituadamente enérgica cláusula *rebus sic stantibus*, teve origem no princípio de moral cristã que considerava injusto o lucro de alguém derivado da mudança ulterior das circunstâncias sob o império das quais as obrigações foram estipuladas.⁵⁶

Em razão à pandemia ocasionada pela rápida propagação do vírus, bem assim diante da necessidade de isolamento social para impedir ou atenuar o contágio entre a população, o mercado financeiro mundial já sente os fortes impactos da crise que avizinhou-se, de modo que todos se preparam para uma provável recessão após esse período.

O Poder Executivo, nos seus mais variados domínios e atuações, vem providenciando uma série de medidas no intuito de minorar a consequência da pandemia no mercado. Todavia, só crescem as previsões de perda econômica no Brasil, e aumentam as previsões e as expectativas de gastos dos agentes da economia para amortizar a retração da atividade que certamente virá, cresce também o debate sobre os benefícios da estratégia de isolamento social em comparação com as perdas resultantes.

A teoria da imprevisão, como autorizadora da modificação dos contratos ambientais, contempla a ocorrência de fatos da magnitude do novo coronavírus, que pode ser conceituado como caso fortuito ou de força maior, isto é, o fato cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

⁵⁶ NEVES, Geraldo Serrano. Teoria da imprevisão e cláusula *rebus sic stantibus*. 1 ed., 1956. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/teoriarebus.html>. Acesso em: 11 maio. 2020.

Sob o argumento da teoria da imprevisão decorre a verificação de que o contrato é celebrado para ser respeitado e cumprido (*pacta sunt servanda*), segundo as mesmas condições existentes no momento da celebração, pode ser alterado, excepcionalmente, se ocorrerem fatos supervenientes imprevisíveis que estabeleçam o desequilíbrio entre as partes, onerando sobremaneira uma delas, com proveito indevido da outra.

Assim, a cláusula *rebus sic stantibus* assegura os princípios sociais, pois obedece à boa-fé objetiva que deve existir em todas as relações contratuais, principalmente ambientais, ou nos casos de intervenção estatal na economia, procurando o equilíbrio entre as partes, revelando, desta forma, persecução da justiça.

A rigidez da pactuação, conforme recomendado pela *pacta sunt servanda* diverge frontalmente da realidade fenomênica, mormente, pelo acelerado processo de acontecimentos verificados nas relações intersubjetivas, notadamente nas comerciais e contratuais ambientais.

Portanto, a teoria da imprevisão tem cabimento nos contratos ambientais, desde que haja um fato imprevisto; ausência de estado moratório; dano em potencial (desequilíbrio contratual); e excessiva onerosidade de uma das partes e de extrema vantagem de outra.

Muitas empresas firmaram contratos ambientais (outorga de água, topografia, georreferenciamento, dentre outros) levando em conta um cenário econômico, contudo, esse cenário está mudando drasticamente e abalando sobremaneira as atividades empresariais o que está gerando uma situação de impossibilidade do cumprimento dos contratos nos moldes avençados.

Não há dúvidas que a pandemia ocasionada pelo novo coronavírus atua como fator de instabilidade contratual. Acrescenta-se a isso a existência de inúmeros contratos de adesão, com as cláusulas inteiramente elaboradas pelos contratantes, sem nenhuma possibilidade de alteração, a exibir cunho potestativo nítido.

Por outro lado, a aplicação da teoria da imprevisão não leva apenas à resolução do contrato, mas também a sua transformação equitativa para que assim se convalesça, de modo a autorizar a execução do pactuado em consonância com a ordem econômica e social vigente.

CONTRATOS AMBIENTAIS DIANTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

A força obrigatória dos contratos, nela introduzida a liberdade de contratar e a autonomia da vontade, que regem o direito privado, não é absoluta, ao menos após a promulgação da atual Constituição Federal e do Código Civil Brasileiro de 2002, cedendo em face dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como diante da chamada cláusula *rebus sic stantibus*.

O novo coronavírus, tecnicamente denominado de Covid-19, é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves.⁵⁷ Esse vírus resultou em uma pandemia de repercussões inimagináveis para todos, atingindo os contratos ambientais e demais negócios jurídicos. Desde o surgimento do vírus no Brasil, muito já produziu-se a respeito das repercussões contratuais ambientais. Por certo é que não só nos momentos de aguda crise, porém também depois que ela passar, enormes são e serão os desafios a superar no enfrentamento das questões dos contratos ambientais, objetivando revisar as cláusulas contratuais.

No plano do Direito Ambiental, as primeiras alterações instaladas referiram-se, essencialmente, ao funcionamento dos órgãos administrativos de controle ambiental. Nessa perspectiva, tanto na esfera federal, quanto estadual e municipal, as autoridades ambientais publicaram normas que determinaram novas formas de atendimento ao público, em face a necessidade de afastamento social, bem como, em alguns casos, suspensão de prazos em relação aos processos administrativos, sob o aspecto privado.

Desta forma, vale mencionar que a proteção ambiental existe para proteção do ser humano, sendo este o centro principal das atenções quanto a esse tema. Para isso há que se ponderar a necessidade de alcance do princípio do desenvolvimento sustentável que está alicerçado em três patamares essenciais que são: o ambiental o econômico e o social.

⁵⁷ O que é COVID-19. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 31 maio. 2020.

A pandemia do novo coronavírus provoca inúmeras situações nas quais, a despeito de o adimplemento ser possível, pereceu o propósito pelo qual uma das partes celebrou o contrato. Assim, considerando que o homem faz parte do meio ambiente, e faz-se necessário políticas públicas para a preservação da saúde, torna-se difícil ou até impossível o cumprimento dos contratos ambientais anteriormente acordados.

As circunstâncias podem ser das mais diversas, desde o impedimento físico para o cumprimento da obrigação até o acometimento de doença que inviabilize o cumprimento da obrigação *intuitu personae*.

Cabe destacar que a suspensão das atividades não se dá necessariamente em razão de um dano significativo, mas meramente da possibilidade de acontecimento desse dano, pois o que se leva em conta é a gravidade dos riscos, que no caso sob análise são riscos à saúde pública.

No caso do coronavírus em razão de determinações do Poder Público julgou-se necessário suspender todas as atividades ditas não essenciais. A propósito, o Decreto Federal 10.282/2020, que regulamentou a Lei 13.979/2020, sujeitou a lista de serviços públicos e atividades essenciais que podem funcionar normalmente dentro desse período de suspensão das atividades, cabendo destacar as atividades de saúde, de segurança, de infraestrutura, gerando assim impactos negativos nos contratos ambientais.

Além das normas gerais, é importante dizer que há regimentos específicos, como a do Decreto Federal 10.320/2020, que dispõe sobre os serviços públicos e atividades essenciais na área do Ministério de Minas e Energia, e a Portaria 116/2020 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que especifica produtos, serviços e atividades essenciais para garantir o pleno funcionamento das cadeias produtivas de alimentos, bebidas e insumos agropecuários.

É factível analisar um efeito imediato sobre certos compromissos ambientais, dentre as quais aquelas encaradas pelo empreendedor no âmbito de processos administrativos ambientais ou de Termos de Ajustamento de Conduta realizados junto ao Ministério Público ou à Defensoria Pública.

No que diz respeito aos acordos e decisões judiciais que possuam obrigações de cunho ambiental cujo cumprimento ficou difícil ou mesmo impossível de ser feito, seja

em sede de ação civil pública, ação popular ou qualquer outra modalidade de instrumento processual, os prazos foram suspensos pelo Conselho Nacional de Justiça.

De qualquer maneira, cabe ao advogado do empreendedor comunicar o Poder Judiciário sobre a dificuldade ou da impossibilidade do cumprimento de obrigações quando os prazos forem retomados, caso a dificuldade ainda continue.

Importante mencionar que, no que pertine às condicionantes de licenças ambientais e cláusulas de Termo de Compromisso e de Termo de Ajustamento de Conduta, o período de excepcionalidade deverá ser descontado do prazo geral de cumprimento da obrigação, já que a parte interessada não é responsável pelo desperdício do tempo, cabendo, inclusive, ao órgão ambiental fazer isso de ofício.

No caso de inexecução de suas cláusulas o Termo de Compromisso estará rescindido de pleno direito, de maneira que as multas e outras penalidades administrativas previstas poderão ser executadas imediatamente, somente se ressalvando o caso fortuito ou de força maior, o que é exatamente o caso da COVID-19, como já se verificou.

Chegou o momento das partes contratuais no Brasil deixarem de agir como adversários e passarem a proceder como legítimos parceiros. Não terá sentido uma disputa judicial por décadas, com contratos acabados e relações jurídicas extintas de maneira definitiva. Bom senso, boa-fé e solidariedade, esses mecanismos serão essenciais, no presente e no futuro, muitas vezes mais do que os remédios ou instrumentos jurídicos antes citados, sejam aqueles que geram a extinção ou a conservação dos negócios.

APLICAÇÃO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* NOS CONTRATOS AMBIENTAIS FRENTE AO NOVO CORONAVÍRUS

Conforme já mencionado previamente, a premissa básica para a aplicabilidade desta cláusula é a modificação de um fato que altere a relação econômico-financeira e prejudique uma das partes de forma plena. Caio Pereira deslinda um texto de Neratius, que preconiza: “*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro*

rebus sic stantibus intelliguntur".⁵⁸ Em outros termos, os contratos de execução futura devem interpretar-se segundo as circunstâncias presentes.

A pandemia do novo coronavírus tem causado profundas alterações no cotidiano de todo o mundo. A fim de evitar a disseminação do vírus os governos locais têm implantado períodos de isolamento social nos Municípios e Estados, por meio da edição de decretos ordenando o fechamento do comércio, a proibição e/ou suspensão de atividades classificadas como não essenciais e proibindo, em alguns casos, a circulação de pessoas.

Em relação a este assunto, merece destaque o comunicado 7.337.671/20 – GABIN, publicado pelo IBAMA no dia 3 de abril de 2020. Ele traz rumos quanto ao cumprimento das obrigações ambientais relativas ao licenciamento ambiental federal durante a pandemia causada pelo novo coronavírus.

De acordo com essas orientações, “as medidas ambientais ligadas de forma imediata e direta a níveis adequados de qualidade ambiental devem ser mantidas”, tais como tratamento de efluentes líquidos ou gasosos e de resíduos perigosos, garantia de estabilidade de solo, de controle de risco de acidentes e de pronta execução de planos de emergência, caso necessários.⁵⁹

Em outro sentido, o IBAMA, alerta ao novo cenário da pandemia, torna menos rígido o cumprimento dos outros compromissos legais perante o licenciamento ambiental, quando a realização alguma obrigação não for possível, as empresas devem buscar diminuir os efeitos e a duração desta não conformidade, documentando e justificando o fato ao IBAMA o mais rápido possível.

Apesar de os problemas relacionados à crise sanitária serem de conhecimento público e explícito, faz-se necessário que o empreendedor comunique formalmente ao órgão licenciador sobre a impossibilidade de cumprimento da obrigação ou das obrigações assumidas, não deixando de explicar as razões para tanto, pois isso servirá

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula *rebus sic stantibus*. In: Revista Forense, v. 92, dez. 1942, p.797.

⁵⁹ Efeitos práticos da epidemia de Covid-19 na advocacia ambiental. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ambiente-juridico-efeitos-praticos-covid-19-advocacia-ambiental>. Acesso em: 19 maio. 2020

para a empresa documentar e se prevenir diante de algum questionamento posterior por parte dos órgãos ambientais ou do próprio Ministério Público.

O resultado implacável dessa paralisação é a desaceleração da economia, haja vista que, sem o movimento comercial positivo e o desempenho de atividades autônomas e trabalhos informais, não há a natural geração de renda mensal à população.

Assim, frente a gigantesca crise causada pela pandemia do novo coronavírus, as partes devem buscar a renegociação como forma de satisfazer da melhor maneira possível os seus interesses e manter o contrato ambiental. Caso não seja possível o acordo, a parte lesada na relação contratual pode buscar judicialmente a sua revisão, inclusive com a redução equitativa de multas pactuadas ou a resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Contudo, se o impedimento for apenas provisório, o cumprimento da obrigação deverá, de início, ser suspenso, salvo se o atraso dele resultante justificar a rescisão do contrato ambiental. Entretanto, caso a proibição for de caráter permanente, o contrato, em regra, deverá ser rescindido, restabelecendo-se, sempre que possível, o *status quo ante*.

Provavelmente, a grande herança do novo coronavírus à Administração Pública Ambiental seja a intensificação e consolidação do fenômeno de informatização ou a virtualização dos processos administrativos ambientais, a exemplo do que ocorreu com o processo judicial no país, e isso exigirá uma maior organização do órgão ambiental, com a finalidade de garantir o acesso à informação ambiental e ainda para imprimir uma maior velocidade às suas ações.

Nesta linha, muito se tem discutido acerca da eficácia do direito em nível planetário a fim de harmonizar as políticas de gestão ambiental com o desenvolvimento. E, especificamente sobre a pandemia, Luigi Ferrajoli publicou: O coronavírus não conhece fronteiras. Ele já se espalhou para quase todo o mundo e certamente por toda a Europa. É uma emergência global que exigiria uma resposta global. Portanto, podemos tirar dois ensinamentos disso, que nos forcem a refletir sobre o nosso futuro.

O primeiro ensinamento diz respeito à fragilidade da humanidade e, ao mesmo tempo, à total interdependência do meio ambiente. Apesar das conquistas tecnológicas,

do crescimento das riquezas e da invenção de armas cada vez mais letais, continuamos todos, simplesmente como seres humanos a estar expostos às catástrofes, algumas provocadas por nós mesmos com a nossa poluição irresponsável, outras, como a atual pandemia, que consistem em calamidades naturais.

O segundo ensinamento diz respeito à necessidade de que, diante de emergências dessa natureza, sejam adotadas medidas eficazes e, sobretudo, homogêneas, a fim de evitar que a variedade dos procedimentos adotados, em muitos casos totalmente inadequados, acabe favorecendo o contágio e multiplicando os danos para todos.⁶⁰

É tempo de entender que a Terra é um corpo vivo com completa conexão em todos os ângulos. O colapso levado pelo novo coronavírus é, indubitavelmente, parcela da crise ambiental e nos leva a ponderar sobre os atos e ações perante ao meio ambiente. Todos precisam compreender a seriedade da situação, encontrar um método para equilibrar a vida e a economia, em busca de um meio ambiente verdadeiramente ecologicamente equilibrado.

Para o Direito, esperamos que formuladores da política ambiental reconheçam a importância ímpar para a proteção ambiental, em âmbito local e internacional, de forma a que se alcance um standard ecológico ambiental razoável a nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture uma responsabilidade global quanto às exigências de sustentabilidade ambiental.

A propagação do novo coronavírus envolve o planeta em uma perspectiva momentânea, mas que deixará heranças ásperas. Os resultados na saúde, na sociedade, na economia e no meio ambiente vão além de meses para recuperação e nos preparam para o início de um período difícil.

Em realidade como esta, o papel do direito é adaptar-se para atender às necessidades do momento, ajustando-se com a realidade e com as dificuldades sociais. Assegurar os direitos e exigir as obrigações, no entanto observando os prejuízos de cada um, invocando os institutos da boa-fé, da equidade, da dignidade da pessoa humana e sua efetiva conjugação com os direitos sociais garantidos constitucionalmente.

⁶⁰ O vírus põe a globalização de joelhos. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 19 maio. 2020.

As relações jurídicas e as obrigações oriundas destas dependem de reajustes para se manterem. Ademais, toda a legislação que está sendo adaptada e modificada, através de medidas provisórias, necessita de amparo jurídico para garantia da sua eficácia e validade

Para tanto, o direito disponibiliza alguns dispositivos, quais sejam o caso fortuito e de força maior, a cláusula *rebus sic stantibus*, a álea extraordinária, entre outros. Estas exceções do mundo jurídico são estudadas e sempre parecem muito distantes da realidade, uma vez que são exemplificadas com situações extremas, por exemplo, uma pandemia.

O novo coronavírus vem demonstrar uma situação extrema, que permite a realização de reajustes nos contratos ambientais, haja vista se tratar de um fato superveniente, inevitável e fora do alcance do poder humano.

Não obstante a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) que tem inclinação até para afastar a lei dispositiva, não se pode desprezar o fato de que os contratos ambientais são celebrados dentro de uma realidade e perspectiva, o que lhes confere uma relação de prestação e contraprestação, de reciprocidade, razão pela qual se diz que os contratos, de regra, são sinalagmáticos. Nulificada essa simetria, pode-se conjurar uma cláusula implícita em qualquer contrato dessa natureza, qual seja, a cláusula *rebus sic stantibus*.

O que significa que os contratos devem ser cumpridos tal como pactuados, enquanto o cenário perdurar tal como na época da sua celebração. Não é qualquer mudança de cenário que permite o rompimento ou modificação, entretanto, o absoluto isolamento social, por meses a fio, pode ensejar graves modificações no mundo dos negócios e até no gerenciamento do Estado.

O que importa, para a alteração ou resolução do contrato, é se houve onerosidade excessiva ou impedimento do cumprimento da obrigação contratual em razão de situações imprevisíveis. A resolução ou dissolução encontra amparo no art. 478 do Código Civil,⁶¹ o que também ampara fundamento no artigo 421-A, incluído mais recentemente pela Lei Federal 13.874/2019.

⁶¹ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos

Desta forma, em atendimento à função social dos contratos, as suas readaptações são possíveis e necessárias, uma vez que a pandemia do novo coronavírus adéqua-se sublimemente a cláusula *rebus sic stantibus*.

A consequência da aplicação da teoria da imprevisão a um contrato, tendo em vista a cláusula *rebus sic stantibus* é a probabilidade de sua resolução ou da revisão de seus termos, sendo que a revisão contratual como corolário do princípio da conservação dos negócios jurídicos, não somente com olhos na teoria da imprevisão, mas também na aplicação dos princípios da boa-fé, tendo em vista a cláusula *rebus sic stantibus*, e certamente é a melhor esfera para manutenção da estrutura econômica das empresas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os avanços tecnológicos e a globalização, a possibilidade de acontecimentos imprevisíveis é muito maior. Não que a aplicação das cláusulas contratuais ambientais deixe de ter importância, mas, indubitavelmente haverá novas mudanças de paradigmas. Os reflexos que determinados contratos ambientais têm sobre a sociedade faz com que ocorra maior interesse estatal em buscar soluções para as divergências que surjam; daí que de maior legalidade se reveste a mitigação e flexibilização dos contratos.

Como se observa, a alteração das circunstâncias e seu impacto nos contratos ambientais é tema intrincado, repleto de detalhes. Atentar-se às singularidades aqui discutidas é incumbência primordial, especialmente para informar o intérprete do melhor modo possível, a fim de alcançar a desejável uniformidade pretoriana, o quanto antes. Contudo, apenas o tempo permitirá compreender os verdadeiros impactos da pandemia e da crise econômica global.

O retorno a essa indagação depende da análise individual de cada contrato ambiental, a natureza da obrigação inadimplida, a conduta das partes, os impactos econômico-financeiros do inadimplemento das obrigações, eventual cláusula de excludente de responsabilidade, tendo em vista a execução das medidas mitigatórias

extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

que deve ser levada em consideração, juntamente com as circunstâncias do caso concreto.

Caso não tenha a mencionada cláusula no contrato ambiental, é possível a aplicação das disposições do Código Civil sobre onerosidade excessiva e reequilíbrio econômico-financeiro.

Em síntese, a pandemia do novo coronavírus pode ser apontada como fato imprevisível, em matéria de contratos, e dar oportunidade a teoria da imprevisão para resolver o contrato ou apenas suceder a sua revisão com a modificação equitativa, e nem há que argumentar que a revisão ou ajustamento de tais cláusulas ofenderia a segurança jurídica, posto que tal primado tem por objetivo precípua harmonizar as relações jurídicas.

Conclui-se, dessa forma, que o período de quarentena, com a paralisação das atividades mercantis e a interrupção na geração de renda mensal dos cidadãos pode alcançar as relações contratuais, provocando a rescisão ou a revisão dos contratos até então vigentes, cabendo ao Poder Judiciário tutelar esse direito na hipótese das partes não concordarem amigavelmente com a revisão ou resolução contratual.

A considerar, portanto, que a instabilidade gera efeito gravoso no meio social, de modo a impossibilitar o cumprimento de regras e condições estipuladas antes do seu evento, segue-se que a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão, que vem justamente no sentido de dar plena e integral aplicação ao princípio da segurança jurídica e certeza do direito.

Sob este prisma, o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação da saúde humana e ambiental necessariamente perpassa a abordagem da satisfação política governamental, legal e institucional. Devendo ser coibida e abolida toda ação anti-humanismo e as problemáticas que discrepam da atitude racional do bem-estar jurídico.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Herman. *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental*. In: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Lei nº10.406/2002 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado Federal, 1998.

BUSNELLO, Saul José. *Reparação do dano ambiental como obrigação propter rem*. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/reparacao-do-dano-ambiental-como-obrigacao-propter-rem/1538>. Acesso em 10 de maio de 2020.

CARVALHO, Délton Winter de. *A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/direito-pos-graduacao-natureza-juridica-pandemia-covid-19-desastre-biologico>. Acesso em: 18 maio.2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DECRETO Nº 10.282, DE 20 DE MARÇO DE 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.

DECRETO Nº 10.320, DE 9 DE ABRIL DE 2020. Institui o Programa para Aprimoramento das Licitações de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural e o seu Comitê Interministerial Executivo.

DICIONÁRIO LATIM. Disponível em: <https://www.sitesa.com.br/juridico/dicionarios/latim.html>. Acesso em: 21 maio.2020.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Talden. **Efeitos práticos da epidemia de Covid-19 na advocacia ambiental**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ambiente-juridico-efeitos-praticos-covid-19-advocacia-ambiental>. Acesso em: 19 maio. 2020.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª Ed. Saraiva, São Paulo: 2013.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1.958.

LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado.

LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 326/327.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública**. Revista de Processo, São Paulo, v. 38.

NEVES, Geraldo Serrano. **Teoria da imprevisão e cláusula rebus sic stantibus**. 1 ed., 1956. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/teoriarebus.html>. Acesso em: 11 maio. 2020.

O vírus põe a globalização de joelhos. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em: 19 maio. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Cláusula rebus sic stantibus**. In: Revista Forense, v. 92, dez. 1942.

PORTARIA Nº 116, DE 26 DE MARÇO DE 2020. Dispõe sobre os serviços, as atividades e os produtos considerados essenciais pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para o pleno funcionamento das cadeias produtivas de alimentos e bebidas, para assegurar o abastecimento e a segurança alimentar da população brasileira enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e jurisprudência**. 7. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 7ª. ed. rev., atual. e ampl. – Método, São Paulo: 2017.