

Direitos fundamentais em tempos de pandemia II

image not found or type unknown



O desastre causado pela crise sanitária, econômica e social em curso diante da disseminação do assim designado coronavírus tem impactado o Direito de modo praticamente sem precedentes desde a devastadora “gripe espanhola”, de 1918, não considerando-se aqui as sequelas das duas grandes Guerras Mundiais e de outros conflitos armados e desastres naturais.

À vista disso, a exemplo de outros Países, no Brasil também foi decretada um estado de calamidade pública, mediante o Decreto Legislativo nº 6, de 20.03.2020, com vigência prevista até 31.12.2020, na esteira da edição da Lei nº 13.979, de 06.02.2020. Além disso, tem sido muitas as medidas tomadas nas três esferas da federação, incluindo-se a decretação do estado de calamidade em muitos estados e municípios.

A exemplo do que se verifica quando decretados os estados de defesa e de sítio, embora as diferenças substanciais no concernente aos requisitos constitucionais (formais e materiais) dos dois últimos, no estado de calamidade (assim como no estado de emergência), é permitida a flexibilização dos limites orçamentários (tal como prevê também a LC 101, de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, no seu artigo 65), além de serem legitimadas juridicamente medidas urgentes e provisórias destinadas a viabilizar o controle e superação, com eficácia, dos efeitos da situação que deu azo a tais providências¹.

O Estado de Calamidade, portanto, consiste em um dos instrumentos juridicamente legítimos para que o Estado (e a sociedade civil) possam, pese as medidas excepcionais tomadas, enfrentar o problema, sem descuidar da manutenção da higidez da ordem constitucional e do primado Democracia, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

Nesse meio tempo, cresceram, em escala geométrica – paralelamente ao rápido avanço da pandemia -, não apenas as medidas instauradas por todos os atores estatais por todo o Brasil, mas também as publicações, em toda sorte de mídias, relativas ao tema, destacando-se, para efeitos desta coluna, a seara do Direito.

Em caráter meramente ilustrativo, refere-se aqui a [análise](#) dos aspectos econômicos, financeiros e tributários por Fernando Facury Scaff, bem como a [coluna](#) do **ConJur**, de 23 de março, onde se tratou da importância de frear quaisquer medidas que ameacem a democracia e tendencialmente levem à ruptura com as instituições democráticas.

No tocante as medidas adotadas pela União relativas à esfera da organização e do procedimento, é de se sublinhar, desde logo, a inclusão de uma alínea C no artigo 6º, da Lei 13.979, dispondo que “[n]ão correrão os prazos processuais em desfavor dos acusados e entes privados processados em processos administrativos enquanto perdurar o estado de calamidade de que trata o Decreto Legislativo nº 6, de 2020”.

Além disso, a teor do parágrafo único do citado diploma legal, “*fica suspenso o transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 1990, na Lei nº 9.873, de 1999, na Lei nº 12.846, de 2013, e nas demais normas aplicáveis a empregados públicos*”.

Dentre tantos outros exemplos que visibilizam o impacto das mudanças estabelecidas em virtude do estado de calamidade pública, é o caso de aqui focar na assim chamada dimensão organizatória-procedimental dos direitos fundamentais, representada pelo problema da suspensão dos prazos processuais, nos casos em que reconhecido o Estado de Calamidade (art. 222, § 2º do CPC).²

A questão da suspensão dos prazos processuais demanda juízo de ponderação e preocupação ao mesmo tempo com a efetividade e a segurança jurídica, um binômio em permanente tensão e equilíbrio no direito processual. Afinal, também o processo é direito constitucional aplicado.³

Além disso, é possível entender que, diante da pandemia da Covid-19, o Decreto Legislativo que reconhece o Estado de Calamidade tem efeitos jurídicos também no âmbito processual.

Nesse contexto, situa-se a resolução 313/2019, de 19.03.2020, do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que determinou, em todo o País a suspensão dos prazos processuais até 30.04.20. O tema, aliás, [já enfrentado](#) na **ConJur**.

A Resolução cria um regime de plantão extraordinário no Poder Judiciário Nacional. A finalidade da Resolução é uniformizar a suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias de todo país. Advogados, partes, membros do Ministério Público e interessados deverão ter disponibilizado atendimento remoto pelos meios tecnológicos disponíveis.

A medida foi muito importante, considerando que a existência de critérios conflitantes quanto à suspensão do expediente forense gera insegurança jurídica e potenciais prejuízos à tutela de direitos fundamentais. Atos normativos prevendo suspensão de prazo também foram [exarados](#) por Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e por Tribunais Superiores, mas é importante perceber o papel representado pela Resolução 313 do CNJ, evitando a insegurança jurídica.

Na prática, contudo, com a decretação do Estado de Calamidade, a suspensão pode ser estendida para além de dois meses (art. 222, § 2º, CPC), existindo aí mais uma razão para que a tensão entre segurança jurídica e efetividade seja equilibrada para permitir que atos processuais, que não ensejem prejuízo ao sistema de justiça e aos direitos individuais das partes, sejam praticados.

Analisemos as regras previstas pelo Código de Processo Civil. A suspensão do expediente forense equivale à feriado, para os fins da norma processual (art. 216, CPC), portanto, se aplica aqui todo o regramento processual na espécie. Com a suspensão os prazos processuais não correm, não fluem, e resta vedada a prática de atos processuais, salvo a citação, intimação e penhora e aqueles atos em que houver urgência (art. 214, CPC).

A razão pela qual o Código de Processo Civil permite a prática de ato processual urgente e a reação da parte contrária reside na paridade de armas e decorre da necessidade de tutela adequada, tempestiva e

efetiva como mandamento constitucional (art. 5º, I, CF e 7º, CPC).

A doutrina costuma afirmar que não se permite, contudo, avançar no procedimento. Por exemplo, o prazo para resposta do demandado só começará a ser contado a partir do primeiro dia útil subsequente ao final da suspensão.⁴ Significa dizer, a suspensão resulta na retomada do prazo a partir do momento em que ele voltou a correr, considerando-se os dias já computados, até o termo final. É exatamente nisto que a suspensão difere da interrupção, que implicaria a retomada do prazo desde o termo inicial. Finda a suspensão o prazo volta a fluir do ponto em que parou (art. 221, CPC).

O tema tem sido discutido por muitos processualistas desde a edição da Resolução 313/2020, dentre outros, Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr., Heitor Sica, Eduardo Talamini, Marco Antonio Rodrigues, Leonardo Carneiro da Cunha, que tem alertado sobre possíveis problemas interpretativos. Assim, há quem entenda que nenhum ato processual, salvo aqueles absolutamente imperativos, pelo caráter de urgência, devem ser praticados.

Por outro lado, não faltam os que defendem a prática telepresencial de atos no processo civil, especialmente o proferimento e publicação de decisões, atos executivos como a penhora eletrônica, audiências com advogados por videoconferência e a apresentação de peças processuais deve ser admitida.

Há, ainda, aqueles que limitam a interpretação do Código de Processo Civil para permitir apenas atos relacionados à citação, intimação e penhora e à tutela de urgência. Por fim, existem aqueles que defendem terem os Juízes poderes para decidir, no caso concreto, sobre a suspensão ou restituição de prazo a cada processo individual.

Muito embora não se trate de um efeito direto relativamente aos prazos, a especificidade do processo de se desenvolver no tempo pode resultar, ainda, no reconhecimento de efeitos jurídicos da Covid-19 para as situações anteriores, constituindo, modificando ou extinguidos direitos.

Nessa linha, o art. 493 do CPC, prevê que os fatos supervenientes à propositura da ação sejam levados em consideração quando produzirem efeitos jurídicos. A pandemia e suas consequências podem, portanto, acarretar sua incidência. É bom lembrar, outrossim, que também aqui deve ser respeitado o contraditório prévio e a vedação da decisão-surpresa, o que se revela ainda mais problemático nas relações jurídicas de trato sucessivo, podendo até mesmo acarretar a revisão da sentença diante da alteração do quadro fático-jurídico (art. 505, I, CPC).

O que se postula como imperativo, é que a consistência jurídica das medidas tomadas é de ser analisada à luz do marco normativo constitucional, em especial na perspectiva de uma dogmática constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais.

Neste sentido, do ponto de vista do acesso à justiça e à efetividade, a Res. 313, CNJ não impede decisões, especialmente sentenças e acórdãos em processos já instruídos, sessões de julgamento online, e todos os atos processuais visando dar duração razoável e efetividade ao procedimento, incluída aí a homologação da autocomposição entre às partes.⁵

No caso das sentenças, a intimação será realizada durante a suspensão e o prazo somente começara a

fluir a partir do dia útil subsequente ao término da suspensão. Isso já tem ocorrido por todo o país, juízes continuam proferindo suas decisões normalmente.

O reconhecimento do regime excepcional não significa um *lockdown* do sistema de justiça. Este regime excepcional deve ser adequado às necessidades do caso. Os atos que puderem ser praticados sem prejuízo da urgência e da concentração dos esforços do sistema de justiça no combate à Covid-19 não estão vedados.

Portanto, uma interpretação conforme dos dispositivos do Código de Processo Civil, nos termos do seu art. 1º, segundo o qual o Código deve ser disciplinado, interpretado e aplicado conforme os valores e normas fundamentais previstos na Constituição, implica em reconhecer a possibilidade de praticar todos os atos processuais que não conflitem com o objetivo da suspensão, tais como: a) as videoconferências, observada a norma geral que autoriza a videoconferência (art. 236, § 3º, CPC);⁶ b) demais atos processuais a depender das condições fáticas para a sua realização, desde que sem prejuízo da atuação de advogados e partes, preferencialmente de forma consensual.

O que se percebe, nesse contexto, é uma migração ainda maior para o sistema do processo virtual (digital/eletrônico), exigência do direito do direito fundamental à organização e ao procedimento e dos correspondentes deveres estatais de proteção.

Uma leitura atenta do Código, portanto, mostra o quanto tudo nele está direcionado para a passagem para o processo eletrônico, sem prejuízo da qualidade do acesso à justiça, desde os deveres do advogado de informar o endereço eletrônico na petição inicial, até a intimação para o cumprimento de sentença e a penhora (arts. 513, III e 837, CPC). Mais, a própria Resolução 313 do CNJ expressamente reconheceu, nos termos do Código, que a suspensão não impede os atos relacionados a pedidos de alvarás, levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, requisições de pequeno valor e expedição de guias de depósito (art. 4º, VI, Res. 313/2020). O arco processual está integralmente compreendido, da petição inicial à satisfação.⁷

Evidentemente, algumas precauções devem ser tomadas, assim como devem ser respeitados os avanços já realizados por cada tribunal, no concernente à migração para o processo eletrônico, visto que nem todos os tribunais brasileiros estão no mesmo patamar relativamente a este tópico.

Note-se que o CPC prevê, inclusive, a possibilidade de ser configurada a justa causa quando ocorrer problema técnico, erro ou omissão (art. 197, parágrafo único). Além disso, regra da justa causa se aplicará em todas as hipóteses que a calamidade impedir a prática dos atos, permitindo às partes a prática do ato em momento futuro (art. 223, CPC), o CPC prevê, ainda, a restituição do prazo recursal expressamente em casos de motivo de força maior (art. 1.004).

Situações específicas como as previstas para o serviço público que impeçam o trabalho remoto justificam que advogados que trabalham sozinhos não possam ser obrigados a praticar atos processuais neste período. Assim, nos parece correto dizer que, para avançar no procedimento, a consensualidade é a chave para evitar discussões sobre nulidade e ineficácia dos atos processuais no Estado de Calamidade.

A consensualidade é a aceitação da prática desses atos pelas partes e seus procuradores, assim como pelo juiz. Neste caso, os acordos, negócios ou convenções processuais são adequados para impedir futuras alegações de nulidade ou ineficácia dos atos por dificuldades de participação das partes e seus advogados (art. 190, CPC). Há espaço inclusive para a calendarização processual (art. 191). Assim, muito embora o juiz possa realizar o gerenciamento dos seus processos de forma a garantir a efetividade e deva zelar pela duração razoável – o chamado *case management* judicial (gerenciamento de casos) – no caso de calamidades públicas como a Covid-19, a impossibilidade de praticar os atos processuais deve ser seriamente considerada, e pode ser alegada quando da ausência da busca do consenso entre as partes envolvidas nos procedimentos.

Assim, a melhor forma de prosseguir nos feitos pendentes para além dos atos urgentes e expressamente previstos na lei é através do *case management* consensual entre o juiz, as partes e seus advogados. Isso significa que os direitos fundamentais processuais são respeitados e protegidos em sua maior amplitude, tais como o direito de acesso à justiça e à efetividade da jurisdição, o direito à segurança jurídica e o autogerenciamento da vontade no processo.

Gostaríamos, aqui, de retomar a ideia central da presente coluna tecendo duas considerações à guisa de encerramento.

A primeira diz respeito aos *direitos fundamentais à organização e ao procedimento*, vinculados ao *status activus processualis* de Peter Häberle, na sua famosa releitura da teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek.

Nessa senda, é possível afirmar que os deveres constitucionais de proteção estatais, concernentes à efetiva fruição dos direitos fundamentais, podem justificar a legitimidade jurídico-constitucional de determinadas restrições a direitos e garantias processuais decorrentes do estado de calamidade, observados, à evidência, as exigências da proporcionalidade e da salvaguarda de seu núcleo essencial. Eficazes, portanto, salvo demonstração específica em sentido contrário, as sentenças e os acórdãos proferidos nesse período, assim como válida e eficaz a autocomposição e todos os atos finalísticos praticados com a concordância das partes, que não precisem ser interrompidos em razão da pandemia.

Dito de outro modo, os deveres de proteção estatais e sua concretização mediante organização e procedimento, devem ser compreendidos de modo a assegurar aos direitos fundamentais a sua máxima efetividade possível.

Uma segunda reflexão, por sua vez, vai no sentido da necessidade da observância do *contraditório ampliado para o juiz*, ou, como passou a ser denominado, na incidência do *princípio da vedação da decisão surpresa* (art. 10, CPC).

O julgador, quando da prática dos atos processuais, pretenda aplicar de ofício norma (e argumentos) que não tenha sido ventilada e discutida previamente nos autos, a respeito do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar, deverá intimá-las para que se posicionem previamente.

Ainda que isso possa representar uma suspensão temporária do processo durante a pandemia, tal medida

atende à segurança jurídica, inclusive quando se tratar de uma ampliação do *thema in decidendum* por fato superveniente, em virtude precisamente dos efeitos da pandemia (art. 493, CPC).

O que parece possível sustentar, ao fim e ao cabo, é que mediante a compreensão constitucionalmente adequada dos princípios, direitos e regras processuais, o sistema de justiça poderá priorizar o combate à pandemia, focando nas situações emergenciais, sem descuidar do direito fundamental à uma prestação judiciária efetiva.

1 Nada obstante não seja o caso de aqui aprofundar o tema, é de extrema relevância pontuar que tanto os estados de calamidade pública e de emergência, que também podem ser decretados em nível municipal e estadual, não se confundem com os dois estados de exceção expressamente positivados como tais e autonomamente regulados no texto constitucional, designadamente, os já mencionados estados de defesa e de sítio.

2 “Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. (...) § 2º Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido.”

3 Seguindo aqui a linha do formalismo-valorativo defendida na doutrina por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 332.

5 “Art. 205. Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. (...) § 2º A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei. § 3º Os despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos serão publicados no Diário de Justiça Eletrônico.” Cf., ainda, <https://www.cnj.jus.br/cnj-esclarece-obrigacoes-da-resolucao-313-2020/>. Mesmo nos locais onde não há a universalização do processo eletrônico a prática da assinatura digital e a publicação no Diário de Justiça Eletrônico são possíveis.

6 “Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. (...) § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.” Há inclusive norma que prevê a sustentação oral telepresencial ou outro recurso tecnológico, como a gravação de vídeo-memorial (art. 937, § 4º, CPC), muito embora limitada a advogados com domicílio profissional fora da sede do tribunal, o que por analogia, se aplica a situação em que vivemos de falta de acesso físico ao tribunal, assim como, a permissão de atos por videoconferência durante a realização da audiência de instrução e julgamento, tais como a oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal, pode ser estendida para a prática de toda a audiência caso interpretada de forma extensiva (arts. 385, § 3º e 453, § 1º, CPC).

7 A pandemia, portanto, provoca uma reflexão sobre a necessária virada completa da justiça brasileira para a facilitação do acesso à justiça através das novas tecnologias. Mecanismos de ODR (online dispute resolution) como a plataforma consumidor.gov do Ministério da Justiça são um exemplo do que pode ser feito, inclusive em coordenação com o Poder Judiciário, para que o serviço público de justiça não fique totalmente paralisado neste período de crise, em prejuízo dos jurisdicionados e dos 1.190.72 advogados registrados na OAB: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

Date Created

05/04/2020