

## ORGANIZADORES

MICHAEL CÉSAR SILVA

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETA

SABRINA TORRES LAGE PEIXOTO DE MELO

VALÉRIA EDITH CARVALHO DE OLIVEIRA

# IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO

DIÁLOGOS, REFLEXÕES E  
PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS

VOLUME II

Editora  
**Newton**

**ORGANIZADORES**

MICHAEL CÉSAR SILVA

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETA

SABRINA TORRES LAGE PEIXOTO DE MELO

VALÉRIA EDITH CARVALHO DE OLIVEIRA

# IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO

DIÁLOGOS, REFLEXÕES E  
PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS

VOLUME II



## ESTRUTURA INSTITUCIONAL

Antônio Roberto Beldi  
Presidente da mantenedora

Camila Romeiro  
Reitora

Patrícia da Silva Klahr  
Pró-Reitoria Acadêmica da Newton

Ana Paula Matias  
Procuradora Institucional

Marcelo Maduell Guimarães  
Coordenação da Escola de Direito

Michael César Silva  
Coordenador do Programa de Pesquisa  
da Escola de Direito (PPED)

Michael César Silva  
Cynthia Teixeira Pereira Carneiro Lafeta  
Sabrina Torres Lage Peixoto de Melo  
Valéria Edith Carvalho de Oliveira  
Organizadores

ISBN 978-65-87392-18-9

I34

**Impactos do coronavírus no Direito: diálogos, reflexões e perspectivas contemporâneas: volume II / Organização Michael César Silva... [et.al.] – Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2022.  
1185 p.**

ISBN 978-65-87392-18-9

1. Direito. 2. Direito Privado. 3. COVID-19. I. Silva, Michael César. II. Título

CDU 347:614

(Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Centro Universitário Newton)

Ariane Lopes

Responsável pelo Núcleo de Publicações Acadêmicas do Centro Universitário Newton Paiva



SETOR DE MARKETING E COMUNICAÇÃO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Av. Presidente Carlos Luz, 650 - Caiçara  
Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil





# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Mafalda Miranda Barbosa..... 11-17

## PARTE I

### REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NO DIREITO PRIVADO

#### SEÇÃO I

#### **CORONAVÍRUS E A PROTEÇÃO HUMANA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS: INTERCONEXÃO ENTRE AUTONOMIA E VULNERABILIDADES**

##### COVID-19, VIOLÊNCIA DE GÊNERO E RELAÇÕES FAMILIARES

Maria Cristina De Cicco..... 20-34

##### EL COVID-19 Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA PERUANA

Carlos Antonio Agurto Gonzáles e María-Pía Guadalupe Díaz Díaz..... 35-50

##### O DIREITO AO SEPULTAMENTO E AS MUDANÇAS ADVINDAS DA COVID-19 EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Maria Vital da Rocha, Mariana Caroline Pereira Félix e Larissa Rocha de Paula Pessoa..... 51-66

##### O DIREITO DE DIZER ADEUS: FATICIDADE E JURIDICIDADE

Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá..... 67-79

##### A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS SUBJETIVOS

Maria Cláudia Cachapuz..... 80-92

##### VULNERABILIDADE DIGITAL DA PESSOA IDOSA

Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria Carla Moutinho Nery..... 93-104

##### INCURSÕES HISTÓRICAS ENTRE VULNERABILIDADES FEMININAS, AUTONOMIA E A CAÇA ÀS BRUXAS NA PANDEMIA DE COVID-19

Maria Lúcia Porto Silvas Nogueira, Roberto Henrique Pôrto Nogueira e  
Karine Lemos Gomes Ribeiro..... 105-122

##### A VULNERABILIDADE FEMININA LEVADA À TÔNICA PELA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: A TERCEIRA ONDA DO FEMINISMO EM PAUTA

Alexandre Antônio Bruno da Silva, Stéfani Clara da Silva Bezerra e  
Raphaella Prado Aragão de Sousa..... 123-140

##### SAÚDE MENTAL E SUICÍDIO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19:

##### NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PSQUIATRAS E PSICÓLOGOS

Vitor Almeida..... 141-153

**SEÇÃO II**  
**BIOÉTICA E SAÚDE EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS:**  
**REFLEXÕES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE**

LA GESTIÓN DE SOPORTES VITALES ESCASOS EN CONTEXTOS DE PANDEMIA  
Carlos María Romeo Casabona e Asier Urruela Mora..... 155-164

BIOÉTICA Y SALUD EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS: REFLEXIONES  
EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE MÉDICOS Y PACIENTES  
Emilssen González de Cancino..... 165-179

TELECONSULTA EN PERÚ DURANTE EL COVID-19: REFLEXIONES ACERCA DE SU IMPACTO  
EN LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE  
Rosa Teresa Meza Vásquez e Giancarlo Jiménez Bazán..... 180-195

AS FACETAS DO DIREITO À INFORMAÇÃO NO CONTEXTO DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19  
Igor de Lucena Mascarenhas, Luciana Dadalto e Adriano Marteleto Godinho..... 196-211

**SEÇÃO III**  
**DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO CORONAVÍRUS**

WHO KILLED HIPPOCRATES? HEALTH CARE SYSTEMS, DUTIES AND LIABILITY'S RULES  
AT THE TIME OF THE PANDEMIC  
Virginia Zambrano..... 213-231

OS FUNDOS COMO FERRAMENTA DE COMPENSAÇÃO NA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19  
Francesca Benatti..... 232-244

VACUNA POR COVID-19 Y RIESGOS DE DESARROLLO  
Erika Isler Soto..... 245-256

EM BUSCA DE UMA RESPONSABILIDADE RAZOÁVEL, SOLIDÁRIA E PROPORCIONAL DO ESTADO  
EM TEMPOS DE COVID-19  
Eugênio Facchini Neto..... 257-277

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MATERIAIS NA PANDEMIA DA COVID-19  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Romualdo Baptista dos Santos..... 278-294

IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL  
Alexandre Bonna e João Vitor Penna..... 295-312

DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DA PANDEMIA: A RESPONSABILIDADE DOS  
PAIS PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS NA "RUA" DA SOCIEDADE ATUAL  
Karine Moura Pinheiro e Pastora do Socorro Teixeira Leal..... 313-325

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E SUA CONJUNTURA EM ÉPOCA DE PANDEMIA  
Miguel Kfoury Neto, Eduardo Dantas e Rafaella Nogaroli..... 326-343

IMPACTOS DA COVID-19 NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO  
Tula Wesendonck..... 344-362

UM DIÁLOGO ENTRE SAÚDE PÚBLICA E RESPONSABILIDADE CIVIL: O PARADIGMA DO TABACO  
NA ANÁLISE DA COVID-19  
Renata Domingues Balbino Munhoz Soares..... 363-374

CORONAVÍRUS E DEVERES ESTATAIS: O PERFIL DOS NOVOS TEMPOS Felipe Braga Netto.....	375-386
IMPUTAÇÃO OBJETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL: REFLEXÕES SOBRE A PANDEMIA DE COVID-19 Maria de Fátima Moretti Dias e Wagner Inácio Freitas Dias.....	387-397
<b>SEÇÃO IV</b>	
<b>CORONAVÍRUS E DIREITO CONTRATUAL: TRANSFORMAÇÕES, REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO</b>	
REFLEXIONES ACERCA DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL Y LA SITUACIÓN PRODUCIDA POR EL COVID-19 Manuel Ortiz Fernández.....	399-410
EL AUGE DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA: NUEVO ROL DEL ABOGADO Y DEL NOTARIO Mauricio Boretto.....	411-429
LA POSIBILIDAD DE REVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN TIEMPO DEL COVID-19: LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS María José Reyes López.....	430-451
NOTAS SOBRE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES TRAS LA PANDEMIA DEL COVID-19 (VENEZUELA) María Candelaria Domínguez Guillén.....	452-469
INADIMPLEMENTO CONTRACTUAL EM TEMPOS DE COVID-19 Marcos Bernardes de Mello.....	470-486
ATIVIDADE ECONÔMICA, PANDEMIA E INADIMPLEMENTO CONTRACTUAL Rachel Sztajn.....	487-495
NOTAS SOBRE A IMPOSSIBILIDADE TEMPORÁRIA NO CÓDIGO CIVIL Judith Martins-Costa.....	496-513
A CRISE DA COVID-19 E O DEVER DE RENEGOCIAR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS Rosalice Fidalgo Pinheiro e José Roberto Della Tonia Trautwein.....	514-528
POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE ALUGUERES LOCATÍCIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID 19: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS POR ACÓRDÃOS DO TJDF E O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL CONTRACTUAL Pablo Malheiros da Cunha Frota.....	529-548
AS RELAÇÕES LOCATÍCIAS IMOBILIÁRIAS URBANAS EM TEMPOS DE CORONA VÍRUS: ALGUMAS OBSERVAÇÕES RELEVANTES Carlyle Popp.....	549-559
A MORATÓRIA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO E A COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEI DO REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO (RJET) Marcelo Sampaio Siqueira, Natércia Sampaio Siqueira e Álisson José Maia Melo.....	560-581

## **SEÇÃO V**

### **DIREITO DIGITAL, NOVAS TECNOLOGIAS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: IMPACTOS TECNOLÓGICOS DEMANDADOS PELO CORONAVÍRUS**

E QUANDO O ALGORITMO ERRA? REFLEXÃO A PROPÓSITO DA PANDEMIA DE COVID-19 Mafalda Miranda Barbosa.....	583-602
O CONFINAMENTO SANITÁRIO E A EMERGÊNCIA DE UM DIREITO UNIVERSAL DE ACESSO LIVRE À SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO Pedro Dias Venâncio.....	603-613
PROCESSING OF PERSONAL DATA CONCERNING THE DATA SUBJECT IN THE FIELD OF PUBLIC HEALTH Juan Francisco Rodríguez Ayuso e Elena Atienza Macías.....	614-626
INTELIGENCIA ARTIFICIAL: PERSONA, COSA O COMPONENTE HUMANO, EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA FRENTE AL CORONAVIRUS Gustavo Adolfo Amoni Reverón.....	627-642
O MARKETING ALGORÍTMICO E O DIREITO AO SOSSEGO NA INTERNET: PERSPECTIVAS PARA O APRIMORAMENTO DA REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA Guilherme Magalhães Martins e Arthur Pinheiro Basan.....	643-663
IMPACTOS JURÍDICOS DO USO DE ALGORITMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O MAPEAMENTO DE AGLOMERAÇÕES DURANTE A PANDEMIA José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Guilherme Spillari Costa.....	664-684
ANÁLISE CRÍTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DURANTE O PERÍODO DE CONTINGÊNCIA DA COVID-19 Victor Auilo Haikal.....	685-705
DIAGNÓSTICO PARA COVID-19 COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVOS DESAFIOS SOBRE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA Paulo Nalin e Rafaella Nogaroli.....	706-722
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS Caio César do Nascimento Barbosa, Glayder Daywerth Pereira Guimarães e Michael César Silva .....	723-740

## **SEÇÃO VI**

### **REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DO CORONAVÍRUS**

REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR PERANTE AS SUBVERSÕES APORTADAS PELO CORONAVÍRUS Mário Frota.....	742-763
EL CONSUMIDOR FRENTE AL DESAFÍO DE UNA VIDA DIGITAL Germán Esteban Müller.....	777-798
A CONFIANÇA NAS CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS E O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-19 Antônio Carlos Efing e Bruno Fediuk de Castro.....	799-811
REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DO CORONAVÍRUS EM RELAÇÃO A INTERRUPTÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS Plínio Lacerda Martins.....	812-824

REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS (COVID-19) Cristiano Heineck Schmitt e Camila Possan de Oliveira.....	825-840
REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS JURÍDICOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL Adalberto de Souza Pasqualotto e Bernardo Franke Dahinten.....	841-857
A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR E A LEI Nº 14.046/2020 Marcos Ehrhardt Júnior, Eduardo Henrique Costa e Natália Tenório Fireman Camelo.....	858-873
O ACESSO A INTERNET COMO SERVIÇO ESSENCIAL PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE Oscar Ivan Prux.....	874-893
REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E O SUPERENDIVIDAMENTO DE MULHERES NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS Carolina Silvino de Sá Palmeira e Fabiana Rodrigues Barletta.....	894-909
<b>SEÇÃO VII</b>	
<b>PERSPECTIVAS DOS DIREITOS REAIS FRENTE AO CORONAVÍRUS</b>	
OS DIREITOS REAIS EM MOVIMENTO: A TIPICIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A PANDEMIA Eroulths Cortiano Junior e Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto.....	911-925
A FUNCIONALIZAÇÃO DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA INDIVIDUAL NO PERÍODO EXTRAORDINÁRIO Valéria Edith Carvalho de Oliveira e Hugo Rios Bretas.....	926-944
<b>SEÇÃO VIII</b>	
<b>IMPLICAÇÕES DO CORONAVÍRUS NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES</b>	
O IMPACTO DO CORONAVÍRUS DE 2019 (COVID-19) NO DIREITO DA FAMÍLIA PORTUGUÊS DE 2020 Jorge Duarte Pinheiro.....	946-957
PROCEDIMIENTO ESPECIAL Y SUMARIO EN MATERIA DE FAMILIA COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS SANITARIA POR EL COVID-19 Leticia Fontestad Portalés.....	958-970
A REVISÃO DE ALIMENTOS PÓS PANDEMIA E O ÔNUS DE PROVA DO DEVEDOR: NÃO HÁ PRESUNÇÃO DE PERDA OU REDUÇÃO DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA PELA CRISE ECONÔMICA Cristiano Chaves de Farias.....	971-974
FUNDO ESPECIAL DE GARANTIA ALIMENTÍCIA ADOTADO EM PORTUGAL E A ADEQUAÇÃO DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO EM TEMPO DE PANDEMIA DA COVID-19 Dayse Braga Martins e Marcos Cavalcante Maia Junior.....	975-992
A VIRTUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA: REPERCUSSÕES NO DIREITO DAS FAMÍLIAS Daniela Braga Paiano e Gustavo Gabriel Danieli Santos.....	993-1012

## **SEÇÃO IX**

### **DIREITO EMPRESARIAL E OS DESAFIOS DO CORONAVÍRUS**

IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: REAPRESENTAÇÃO E ADITAMENTOS AOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL Marlon Tomazette.....	1014-1026
CONTROLE DE PREÇOS ABUSIVOS DURANTE A PANDEMIA: UMA ARBITRARIEDADE JURÍDICA EM PREJUÍZO DA ECONOMIA Eduardo Caruso Cunha.....	1027-1044
OS EMPRESÁRIOS E SEUS STAKEHOLDERS EM TEMPOS DE PANDEMIA José Barros Correia Junior.....	1045-1056
CROWDFUNDING E A PANDEMIA DE CORONA VÍRUS: UMA ALTERNATIVA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS Eduardo Goulart Pimenta e Wallace Fabrício Paiva Souza.....	1057-1071

## **PARTE II**

### **REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO**

O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA: DOS “CORONATION CASES” AOS “CORONAVÍRUS CASES” Nelson Rosendal.....	1073-1079
IMPACT OF CORONAVIRUS GLOBAL HEALTH EMERGENCY ON SPORTS LAW. SPECIAL REFERENCE TO THE CANCELLATION OF TOKYO 2020 OLYMPIC GAMES Elena Atienza Macías e Juan Francisco Rodríguez Ayuso.....	1080-1089
LEGAL SYSTEM OF EPIDEMIC PREVENTION AND CONTROL IN CHINA Yifei Chen e Mingsun Yang.....	1090-1102
JUS COVID 19, SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVA Y AMBIENTAL EN ARGENTINA Juan Claudio Morel.....	1103-1122
DERECHO A LA EDUCACIÓN EN COLOMBIA: LOS RETOS DE LA POLÍTICA EDUCATIVA DE CARA A LA PANDEMIA Walter Pérez Niño e Andrea Gutiérrez Simbaqueva.....	1123-1139
RENTA BÁSICA, EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y SU POSIBLE ADOPCIÓN EN COLOMBIA PARA AFRONTAR LA CRISIS ECONÓMICA GENERADA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19 Luis Carlos Álvarez.....	1140-1153
LEGISLACIÓN EN ECUADOR EN TIEMPOS DEL COVID-19 Juan Falconi Puig.....	1154-1171
O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NO DIREITO E NO ESTADO José Luiz Quadros de Magalhães.....	1172-1183

# APRESENTAÇÃO

# COVID-19: ALGUMAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

**Mafalda Miranda Barbosa**

Doutora em Direito pela Universidade de Direito de Coimbra, Portugal.  
Univ. Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.  
University of Coimbra, Institute for Legal Reserch, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.  
Professora Associada.

Surgido na China, em finais de dezembro de 2019<sup>1</sup>, rapidamente se percebeu que, fruto da globalização, o novo coronavírus seria exportado para o resto do mundo. Os infetados iam-se multiplicando um pouco por toda a parte, ao ponto de, repentinamente, a entrada de nacionais de determinados países que houvessem viajado para certos destinos configurar um risco com que as autoridades de saúde haveriam de ter de lidar. Porém, a estratégia inicial dos responsáveis pela área nunca passou por uma política de contenção severa, com imposição de formas de quarentena obrigatória. Por outro lado, mesmo conscientes da existência de um período de incubação, as autoridades sanitárias não foram pródigas em aconselhar o distanciamento social, levando, em alguns casos, pessoas que estavam infetadas a trabalhar em ambientes partilhados por muitas pessoas (escolas, fábricas, etc.).

A proliferação dos surtos epidémicos, associada aos relatos do dramatismo do caso italiano, inverteu o cenário. Um pouco por todo o lado, foram decretados estados de emergência e impostas formas de confinamento mais ou menos rigoroso. A necessidade de conter a progressão de um vírus novo, do qual pouco se conhecia e se conhece, aliada ao medo que se instalou nas sociedades, determinou que fossem adotadas muitas medidas, algumas das quais com impacto direto nos direitos fundamentais dos cidadãos.

Seja pela necessidade de os poderes públicos (governamentais, policiais, sanitários ou outros) ou de entidades privadas (por indicação daquelas) adotarem medidas precaucionais; seja como consequência dos novos hábitos que foram sendo adotados para satisfazer necessidades primordiais da população confinada (maioritariamente) ao seu domicílio, emergiu – não se sabe se de forma transitória ou não – uma nova forma de construção societária.

Lentamente, instalou-se nas sociedades contemporâneas um cenário orwelliano que ainda há pouco tempo predizíamos como impossível: utilização de *drones* para vigilância dos obrigados à quarentena; recolha e partilha de dados relativos à saúde dos cidadãos; utilização de aplicações de telemóvel que, com base em dados de geolocalização e biométricos ou com base em metadados, permitem controlar eventuais deslocações e sintomas das pessoas e alertar as restantes, sempre que tenham estado em contacto com algum infetado ou suspeito de infeção; controlo e registo de temperaturas; colocação de *micro-chips* debaixo da pele para controlo das condições médicas dos cidadãos; aceleração do teletrabalho; proliferação da utilização de plataformas de *streaming*.

Apar da digitalização – e consequente desumanização – das relações pessoais, familiares, afetivas, culturais, laborais, a implicar, por si só, problemas complexos em sede de proteção

---

<sup>1</sup> Estudos mais recentes apontam, contudo, para a possibilidade de existência de casos desde março de 2019, facto de, comunicando a natureza endémica do vírus, altera a ponderação valorativa da realidade que agora se vive.



de dados pessoais, assistiu-se a uma restrição de inúmeros direitos de personalidade, tidos como direitos fundamentais: direito à integridade física (ou mesmo à vida), direito à liberdade de circulação, direito à liberdade de exercício da profissão, direito à liberdade religiosa, direito à igualdade, entre muitos outros.

Ao mesmo tempo que a sociedade se via, autónoma ou heteronomamente confinada, os diversos Estados sentiram a necessidade de reagir. A par de medidas sanitárias reclamadas, adotadas um pouco por todo o mundo para conter a progressão da doença, tornou-se imperioso lidar com as consequências económicas e sociais da pandemia, dando-se origem a um quadro normativo transitório com implicações nos mais variados domínios da juridicidade.

As alterações legislativas não foram, contudo, capazes de conter todas as consequências que a pandemia de covid-19 gerou. Ao mesmo tempo que se foi assistindo a modificações pontuais e transitórias nos diversos ordenamentos jurídicos, os problemas juridicamente relevantes agigantaram-se a um ritmo avassalador.

Nenhum ramo do direito ficou incólume.

Os desafios colocaram-se e colocam-se, desde logo, no plano do direito constitucional: os estados de emergência e/ou de calamidade que foram sendo decretados em diversas latitudes, a implicar restrições fortíssimas a direitos fundamentais, trouxeram à luz do dia problemas complexos da doutrina constitucionalista. O debate passou a centrar-se não só na delimitação do âmbito de relevância de alguns desses direitos fundamentais, como também aos princípios que não poderiam deixar de ser respeitados. Algumas ideias assomam como nucleares: excecionalidade; necessidade; adequação e proporcionalidade passam a ser critérios principiológicos para aferir da legitimidade das diversas intervenções estaduais.

De facto, as medidas que abstratamente consideramos devem afigurar-se excecionais, ou seja, devem assumir uma duração limitada no tempo, não podendo superar os estados de emergência e/ou de calamidade que tenham sido decretados. Por outro lado, devem, e, concreto, mostrar-se necessárias e adequadas. Esta necessidade – atentos os valores em causa – não pode equivaler à mera aptidão das medidas para lidar com o surto epidémico. Ao invés, deverá ser entendida no sentido de ser imperioso adotar os procedimentos em questão, por não existirem outros que, sendo menos gravosos, cumpram o mesmo desiderato. *In fine*, as medidas têm de se revelar proporcionais, isto é, as restrições impostas devem limitar-se ao que é cientificamente razoável para conter a expansão do vírus.

Estes dados assumem particular importância no quadro dos diversos ordenamentos jurídicos. Um domínio onde, ao nível europeu, se tem dado eco às ideias de necessidade e proporcionalidade é exatamente o referente à proteção de dados pessoais, talvez fruto da imposição pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados. Os desafios que a este nível se colocam são inúmeros. As potencialidades intrusivas na privacidade incrementam-se a cada passo com a utilização de novas tecnologias; por outro lado, o alastrar do medo fez com que, paulatinamente, as pessoas aceitassem prescindir da sua privacidade/liberdade em nome de uma segurança (muitas vezes falsamente) alcançada. É exatamente este ponto que nos leva a questionar se não estaremos a assistir ao surgimento de uma nova ordem, a determinar uma alteração do modo de ser do jurídico. Dito de outro modo, estaremos diante de ações ao serviço do direito, naquilo que ele tem de especificamente jurídico, ou, pelo contrário, estaremos diante da negação de direitos fundamentais, a implicar a negação do próprio direito e a antecipar a emergência de uma nova ordem jurídica. Na verdade, aquilo a que se assiste é a um facto sanitário de gravidade incontestável que legitima formalmente legislação que nem sempre se inibe a ultrapassar os limites que se demarcam aos direitos fundamentais. De certo modo, é a *raison d'Etat* que surge como justificação para o quadro de medidas adotadas, em nome de uma ideia de segurança e felicidade de toda a humanidade. Mas aquilo a que se assiste, também, é, por um lado, à inexistência de uma barreira temporal de referenciação das medidas – já que ninguém sabe quanto tempo durará a epidemia, por quantas ondas se refratará e com que proporções se afirmará –, e, por outro, como

decorrência deste dado, a uma habituação do homem a uma nova forma de relacionamento, fazendo-nos lembrar o brocardo “primeiro estranha-se, depois entranha-se”. Com o que se pergunta se o próprio homem não se estará a desumanizar e a perder o referencial de sentido que fundamenta a juridicidade. A resposta a esta questão leva implicado o sentido do direito, donde a problematização de alguns aspetos constitucionais garante a ponte para a reflexão no plano da própria filosofia do direito.

Não é esta, porém, a única ponte que, a partir da ponderação dos direitos fundamentais e das limitações que lhes são impostas, pode ser estabelecida. O próprio direito internacional é chamado a depor em domínios como o que respeita à liberdade religiosa e liberdade de culto, em ordenamentos jurídicos como o português. Na verdade, para além dos evidentes problemas constitucionais suscitados pela inadmissível supressão da liberdade de culto, a Concordata firmada entre Portugal e a Santa Sé torna de muito duvidosa legalidade a ingerência das autoridades sanitárias na organização do culto, uma vez levantadas as restrições a que aludimos.

Mas são também o direito administrativo – com os problemas suscitados, por exemplo, no âmbito da contratação pública, mas também com os aspetos referentes ao direito contraordenacional – e o direito fiscal que, por um lado, são chamados a depor em tempos de pandemia e que, por outro lado, são objeto de alterações várias, de modo a dar resposta às necessidades suscitadas pela nova realidade. Com não menos importância, entra igualmente em cena o direito da segurança social, também ele direito público, ordenado à satisfação de necessidades primárias de muitos que se viram privados de empregos e casas como consequência do surto epidémico, bem como o direito penal e o direito penitenciário, atenta a necessidade de garantir a salvaguarda dos bens jurídicos essenciais, a possível tipificação de novos comportamentos penalmente relevantes e a salvaguarda dos condenados em relação aos riscos de contágio.

Do ponto de vista do direito privado, as repercussões da covid-19 não são menores. Desde logo, colocam-se problema ao nível do direito contratual.

A, médico dentista, contratou com o banco um financiamento para aquisição de material para o seu consultório. Em virtude da crise pandémica, viu-se impossibilitado de exercer a sua profissão e deixa de ter possibilidade para pagar as prestações do mútuo. B, arrendatário de um apartamento pertencente a C, tendo ficado impossibilitado de exercer a sua atividade profissional, que vinha desempenhando em regime de recibos verdes/prestação de serviço, vê-se a braços com grandes dificuldades para pagar as rendas a que se obrigou; D, comerciante e arrendatário de uma loja, encontra-se em grande dificuldade para pagar a renda do locado, tendo em conta a impossibilidade de abertura do seu estabelecimento comercial. E, proprietário de um ginásio, vê-se impossibilitado de receber os alunos e atletas que habitualmente o frequentam, do mesmo modo que F, proprietário de uma creche, se vê impossibilitado de receber as crianças que ali são deixadas diariamente pelos pais; G, diretor de uma escola, determina que o ensino passe a ser feito à distância, através de plataformas de *streaming*, para evitar o contágio dos professores, mesmo depois do levantamento do estado de emergência. H, advogado, tendo sido contaminado com o novo vírus, deixa de poder cumprir o mandato forense em relação a I, seu cliente. J, artesão, deixa de poder cumprir uma encomenda, por falta de matérias primas.

Muitos outros exemplos poderiam ser cogitados, na sequência da pandemia de covid-19 e das medidas de contenção que foram sendo adotadas pelas autoridades políticas e sanitárias. Estes exemplos não pretendem, portanto, funcionar como um elenco taxativo de problemas, sendo apresentados com uma intencionalidade meramente ilustrativa. Mas servem, ainda, um outro propósito: é que, não obstante apresentarem notas de similitude entre si, escondem diferenças de não pequena monta. Na verdade, a doutrina tem vindo a separar dogmaticamente as hipóteses de mera dificuldade de prestação (*difficultas praestandi*), nas quais a execução da prestação, envolvendo um maior esforço para o devedor e tornando-se

mais onerosa, continua a ser formal e factualmente possível, das situações de impossibilidade em sentido estrito, nas quais um facto imprevisível e/ou inevitável impede a sua realização<sup>2</sup>. E se à impossibilidade fáctica e legal se associam as formas de impossibilidade prática e moral, oferecidas diretamente pelo direito germânico, às quais podemos aceder pelo funcionamento do princípio da boa-fé, não é menos certo que o problema da distinção entre a impossibilidade e a excessiva onerosidade ou da dificuldade de prestação – a implicar, agora, uma ideia de impossibilidade económica – passa a assumir importância vital no contexto do impacto que a pandemia de covid-19 tem no mundo contratual. O problema da alteração superveniente das circunstâncias ganha relevância a este nível e exige do jurista um diálogo atento com muitas das medidas adotadas pelos legisladores: é que a mobilização do regime (em Portugal, consagrado no artigo 437.º do CC) não é automática, implicando, pelo contrário, a ponderação dos critérios plasmados pelo legislador e concretizados por anos de labor doutrinal, por um lado, e, por outro lado, a análise da repartição do risco prevista pelo legislador, através de algumas das soluções que, afastando-se da pureza dos mecanismos contratuais, visam encontrar formas de salvaguarda da economia familiar e empresarial.

Do ponto de vista delitual, os problemas não se atenuam. A pandemia de covid-19 gerou, aos mais diversos níveis, profundos prejuízos. Ultrapassada a primeira fase de propagação da doença, começam agora a suscitar-se problemas relativos aos danos experimentados, quer tenham sido provocados direta ou indiretamente pela contaminação, quer tenham sido causados pelas medidas de contenção aprovadas para sustentar a epidemia. Se não é difícil imaginar (ou mesmo constatar) os danos que podem emergir numa situação de contágio ou de suspeita de contágio, a necessária conjugação de diversos pressupostos da responsabilidade civil pode determinar maiores problemas. O fundamental será, então, tentar perceber quais as diversas possibilidades de surgimento de uma pretensão indemnizatória ao nível delitual.

Desde logo, aventa-se a possibilidade de responsabilização do Estado e outros entes públicos. Pode ou não o Estado ser responsabilizado pela lesão da saúde e/ou da vida de uma pessoa contagiada? Pode ou não o Estado ser responsabilizado pelas perdas patrimoniais sofridas por uma sociedade comercial que, fruto desse mesmo contágio, teve de suspender a produção de uma unidade fabril de que é proprietária? A questão da responsabilização pode ocorrer também por referência a uma pessoa singular. A contágia B com o covid-19. Poderá ser por isso responsabilizado? A resposta não é inequívoca. Tudo depende das especificidades do caso concreto. Problemas referentes à ilicitude, à culpa, ao dano e à imputação objetiva, outrora conhecida como causalidade, cindida agora em causalidade fundamentadora da responsabilidade e em causalidade preenchedora da responsabilidade, desafiam o pensamento jurídico.

Por outro lado, poderá haver situações danosas que não resultam diretamente da covid-19, mas da reação que a mesma conhece. Na verdade, tendo sido decretado o estado de emergência, em muitas outras partes do globo, importará indagar em que medida, ultrapassados que sejam os limites impostos pela proporcionalidade e pela necessidade, podem os Estados ser responsáveis pela lesão grave e danosa de inúmeros direitos (direito à vida, direito à saúde, direito à liberdade religiosa, direito à integridade moral, direito à tranquilidade e à paz, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, direito à igualdade, direito à liberdade de iniciativa económica). O *Landgericht* Heilbronn<sup>3</sup>, numa decisão de 29 de abril de 2020, pronunciou-se sobre um caso enquadrável neste âmbito, sem que, contudo,

---

2 Cf., a este propósito, VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, II, 7 ed., Coimbra: Almedina, 1997, p.67 s.; ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das obrigações*, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1966, p.407; SERRA, A. Vaz “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 46, 1955, p.45 s. Acerca da questão da impossibilidade, v., igualmente, CANARIS, C.-W., “Zur Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen”, *Die Schuldrechtsreform vor der Hintergrund des Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, 2001, p.43 s.

3 LG Heilbronn, Urt. v.29.4.2020, Az.: I 4 O 82/20, Disponível em: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Heilbronn&Datum=2020-04-29&Aktenzeichen=4%200%2082/20>. Também publicado na *Revista de Direito da Responsabilidade* (na secção de recolha de jurisprudência – dia 19.6.2020)

a solução predisposta pela jurisprudência germânica possa ser transposta sem mais para os restantes ordenamentos jurídicos, mormente o ordenamento jurídico português. A realidade oferece alguns exemplos de possíveis casos de responsabilização. A saber: a) situações em que um determinado sujeito fica privado de cuidados de saúde, vindo agravar a sua situação de base ou procrastinando um diagnóstico, com diminuição de chances de cura, por o plano de contingência estabelecido por um determinado hospital suspenderem cuidados primários de saúde; b) situações em que, contra aquilo que a CRP impõe, mesmo sendo declarado o estado de emergência, um sujeito fica privado da possibilidade de exercer culto, vindo limitada a sua liberdade religiosa de que aquele faz parte incindível; c) situações em que o Estado decreta a proibição de encerramento de determinados estabelecimentos com as mesmas características de outros e na mesma área de retalho, com base em critérios arbitrários e não justificados cientificamente; d) situações de tratamento desnecessário de dados pessoais.

Repare-se que, por referência a muitas situações com as enunciadas, pode não estar em causa exclusivamente a responsabilidade do ente público, mas de particulares que, na concretização dos planos de contingência recomendados pelas autoridades, ultrapassam os limites que devem ser estabelecidos em nome da exigível concordância prática entre direitos. Pense-se, por exemplo, num médico que recusa um tratamento ou adia um diagnóstico de outra doença com medo de eventuais contágios.

Isto leva-nos a colocar o problema da eventual responsabilidade de outros sujeitos que não o Estado ou os particulares que diretamente contribuíram para o contágio. As diversas constelações que a este propósito surjam (ou possam surgir) suscitam problemas dogmáticos diferenciados, podendo convocar, inclusivamente, disciplinas jurídicas diversas. Pense-se, por exemplo, na eventual responsabilidade do médico que aplica um método terapêutico não adequado; na eventual responsabilidade do produtor de máscaras ou outro equipamento de proteção que, tendo sido fabricado de forma defeituosa, não impediu o contágio de profissionais de saúde ou de cidadãos em geral, a convocar a disciplina da responsabilidade do produtor; na eventual responsabilidade do produtor de testes de despiste da infeção que, sendo mal produzidos, ditam o contágio de uma pessoa ou, não o ditando, geram falsos positivos ou falsos negativos; na eventual responsabilidade do sujeito que elaborou estudos científicos que se vieram a revelar errados, com base nos quais se alicerçaram as medidas adotadas pelos Estados.

Por outro lado, a responsabilidade parece decair se as autoridades sanitárias ou os governos tiverem decretado ou omitido medidas de contenção em função de projeções oferecidas pelos especialistas médicos e matemáticos. Ainda que as medidas se afigurem desproporcionais, no momento em que foram adotadas, os dados disponíveis para a tomada de decisão podiam permitir que fossem assumidas como adequadas. Num outro cenário, os dados disponibilizados pelos especialistas podem ter subestimado o perigo, levando a que não se decretassem medidas que, afinal, se afigurariam essenciais. Não interessando entrar na discussão que divide negacionistas e catastrofistas, importa mostrar que, nesse caso, poderá ser difícil descortinar a culpa por parte do pretense lesante. E é aí que surge a questão: *e quando o algoritmo erra?* E se os dados preditivos – que influenciaram decisões num sentido ou no outro – tiverem sido produzidos por um *software* que, simplesmente, errou? A inteligência artificial e os problemas por ela patenteados conflui com a nova realidade surgida no contexto pandémico e coloca novos e ainda mais desafiantes problemas ao jurista.

Não se ficam, contudo, por aqui os problemas com que o direito privado tem de lidar. Outros ramos de direito privado especiais são provocados pela abertura da realidade. Entre eles destaca-se o direito do consumo, a clamar pela necessidade de medidas protetivas da parte mais fraca da relação em domínios como os serviços públicos essenciais, o crédito ao consumo ou o crédito à habitação; o direito do trabalho, a exigir respostas para

garantir a tutela do trabalhador, sem desconsiderar a posição do empregador; o direito do arrendamento, com a mesma lógica protecionista do arrendatário, atentos os interesses subjacentes, designadamente quando em causa esteja um arrendamento para habitação, sem poder ignorar – numa tentativa de equilíbrio contratual materialmente considerado – a posição do senhorio; o direito da família, nomeadamente no que diz respeito ao cumprimento do regime de visitas e à proteção de menores em situações vulneráveis; o direito comercial, societário e insolvencial (ainda que este último apresente uma dimensão publicista); o direito bancário; o direito dos seguros; o direito médico e farmacêutico.

Em termos gerais, os direitos de personalidade – a coincidir em muitos casos com os direitos fundamentais – são igualmente questionados: direito à liberdade de movimentos; direito à liberdade religiosa e direito ao culto; direito à tutela dos sentimentos, incluindo o sentimento de piedade pelos mortos; direito à afetividade; direito à liberdade de iniciativa económica; direito à privacidade; direito ao livre desenvolvimento da personalidade (que não se pode alcançar sem ser no seio da comunidade: afetividade, partilha, contacto pessoal, entrega, dimensão cultural, dimensão desportiva). Repare-se que estes direitos não podem ser compreendidos no isolamento solipsista do seu titular. Pelo contrário, ao reconhecermos que a fundamentação do direito na personalidade implica um salto do patamar da ontologia para o patamar da axiologia, somos forçados a reconhecer que a mobilização que se faça de cada um destes direitos não pode deixar de ter como limite o sentido da responsabilidade pessoal (pelo outro e por si mesmo). Isto significa que o sujeito não pode invocar o direito para atentar contra si próprio, por um lado, e, por outro lado, que não pode invocar o direito abdicando de uma relação de cuidado com o próximo. Do ponto de vista prático, isto implica que não seja possível invocar um direito de personalidade, tido como direito fundamental, se e quando tal implique necessariamente a lesão do nosso semelhante. Mas implica, também, que a limitação aos referidos direitos deve ser proporcional e excepcional, de tal modo que na era pós-pandémica não será possível perpetuar um *status quo* que possa pôr em causa dimensões essenciais da personalidade. E, nessa medida, a digitalização do mundo que se acelera com a covid-19 não pode ir ao ponto de desumanizar o ser humano, privando-o das suas dimensões essenciais.

Nestes tempos complexos e perigosamente desumanizadores, os juristas são chamados a depor, refletindo sobre estes e outros problemas juridicamente relevantes que a realidade apresenta. Na obra que se apresenta, procura-se, através do contributo de diversos autores, dar a conhecer algumas das reflexões que os primeiros meses da pandemia permitiram e suscitaram. Torna-se, por isso, uma referência.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel de. *Teoria Geral das obrigações*, 3 ed., Coimbra: Almedina, 1966.

CANARIS, C.-W.. “Zur Bedeutung der Kategorie der Unmöglichkeit für das Recht der Leistungsstörungen”, *Die Schuldrechtsreform vor der Hintergrund des Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, 2001.

SERRA, A. Vaz. “Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor”. *Boletim do Ministério da Justiça*, 46, 1955.

VARELA, J. Antunes. *Das obrigações em geral*. II. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 1997.

# PARTE I

## REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NO DIREITO PRIVADO

# **SEÇÃO I**

## **CORONAVÍRUS E A PROTEÇÃO HUMANA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS: INTERCONEXÃO ENTRE AUTONOMIA E VULNERABILIDADES**



# COVID-19, VIOLÊNCIA DE GÊNERO E RELAÇÕES FAMILIARES<sup>1</sup>

**Maria Cristina De Cicco**

Doutora em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Itália. Professora Associada de Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade de Camerino, Itália. Professora na Escola de Especialização de Direito Civil e Componente do Colegiado do Doutorado em Direito Civil na Legalidade Constitucional da Universidade de Camerino, Itália. Coordenadora da Cátedra Ítalo-brasileira de Direitos da Pessoa da Universidade de Camerino, Itália. Membro da Sociedade Italiana de Estudos em Direito Civil (SISDiC). Membro da Sociedade Italiana de Pesquisa em Direito Comparado (SIRD). Membro do IBDFam.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Momento atual; 3 Pandemia e violência de gênero; 4 Pandemia e relações familiares; 5 Emergência sanitária e compressão da bigenitorialidade; 6 As diferentes intervenções regulatórias e jurisprudenciais; 7 Pronunciamentos subsequentes; 8 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Algumas das ideias aqui apresentadas retomam e abordam aspectos desenvolvidos em outros trabalhos: Maria Cristina De Cicco. Responsabilidade genitorial e violência: o dever constitucional de educar. In: Marco Antonio Marques da Silva (Org.). *Sociedade, educação e violência*, São Paulo: Quartier Latin, 2020; Maria Cristina De Cicco. Responsabilidade parental e dever de educar na experiência italiana. In: *Liber Amicorum*: Estudos de responsabilidade civil em homenagem à Professora Teresa Ancona Lopez. São Paulo: Almedina, 2020; Maria Cristina De Cicco. Il danno sociale come nuova tipologia di danno risarcibile. In: Studi in onore di Antonio Flamini, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.



## 1 INTRODUÇÃO

No final do século XX, houve muita discussão sobre os desafios do direito, em particular do direito civil, no século XXI, mas acho correto pensar que não passou pela cabeça de ninguém que um evento global, como a pandemia resultante do vírus Covid-19, poderia perturbar a vida de todos nós, obrigando-nos a mudar radicalmente e inadvertidamente a vida diária, ritmos e hábitos. O mundo parou repentinamente na medida em que a propagação do vírus levou quase todos os Estados a introduzir medidas restritivas aos direitos individuais, consideradas indispensáveis para conter a propagação da pandemia. A situação inusitada gerou, também no plano do direito, interrogativos e reflexões, e obrigou os juristas a repensar os institutos tradicionais à luz do novo e chocante evento.

Os dilemas que emergem da atual pandemia são transversais<sup>2</sup>, envolvendo questões de direito, economia, medicina, todos ligados pelo fio comum da filosofia e da ética. E é justamente a questão da ética do comportamento que se torna o fundamento, do ponto de vista moral (no sentido laico), dos problemas relacionados aos dois binômios inseparáveis necessariamente presentes em toda sociedade democrática - deveres/direitos e liberdade/responsabilidade - porque, o não cumprimento dos deveres determina um prejuízo irremediável para com as necessidades de solidariedade social, com grave violação do art. 2 e 3 da Constituição, causando danos à sociedade<sup>3</sup>.

Pode-se afirmar como justificativa della asserção, que o Estado não deve e não pode ignorar o objetivo primordial que é o de garantir uma existência digna para cada pessoa, sem esquecer que a dignidade tout court não é suficiente, visto que a dignidade é um valor que deve ser associado à liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade<sup>4</sup>. Dignidade que, como valor ético universal, deve ser vista como um instrumento de promoção da pessoa e não como uma arma de discriminação e arbitrariedade.

De fato, o ordenamento jurídico italiano se baseia na correspondência entre a exigibilidade dos direitos e dos deveres de solidariedade<sup>5</sup> e, portanto, na responsabilização e plena realização da pessoa. Na verdade, enquanto o individualismo consiste apenas na atribuição de direitos, o personalismo envolve um conjunto de direitos e deveres<sup>6</sup> porquanto a liberdade é sempre fonte de responsabilidade. Neste contexto, o primado dos direitos da pessoa é afirmado pelo princípio personalista na medida em que o princípio da solidariedade<sup>7</sup> impõe a obrigatoriedade dos deveres que pesam sobre todos os consociados e visam garantir o desenvolvimento pleno e harmonioso dos indivíduos. Só assim o valor da igualdade será plenamente concretizado, permitindo a realização do projeto constitucional de proteção dos vulneráveis.

2 Para uma análise da situação brasileira, v. DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Em busca das virtudes em tempos de pandemia: reflexos jurídico e ético no distanciamento social, confinamento e quarentena domiciliar. In: *Coronavirus e responsabilidade civil a cura di MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 213 ss.

3 Cfr. VIOLANTE, Luciano. *Il dovere di avere doveri*. Torino: Einaudi Editori, 2014, p.99, para quem, na perspectiva de uma nova ética da cidadania, a evasão aos deveres mina a dignidade das pessoas, corrói os laços sociais e contribui para o aumento do cinismo em relação ao processo civilizatório do país, levando inexoravelmente à perda da democracia. Para a configuração do dano social no ordenamento brasileiro, v. DE CICCO, Maria Cristina. *Il danno sociale come nuova tipologia di danno risarcibile*. In: *Studi in onore di Antonio Flamini*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

4 V. RODOTÀ, Stefano. *La rivoluzione della dignità*. Napoli: La scuola di Pitagora editrice, 2013.

5 Sobre a ligação entre direitos e deveres, v. D'ALESSANDRO, Daniele. *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2004, p.107 ss.

6 Cf. sobre esse ponto a interessante reflexão de VIOLANTE, Luciano. *Il dovere di avere doveri*, Torino: Einaudi Editori, *passim*; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritti per forza*, Torino: Einaudi, 2017, espec. p.93 ss.; PERLINGIERI, Pietro *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli: Jovene, 1972.

7 Sobre a relação de essencialidade entre solidariedade e democracia, v. RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Bari: Laterza 2014, p.10, para quem «Somente a presença efetiva dos sinais de solidariedade nos permite continuar a definir um sistema político como 'democrático'. A experiência histórica nos mostra que se os tempos de solidariedade se tornam difíceis, tornam-se difíceis também para a democracia».

## 2 MOMENTO ATUAL

Diante de uma emergência sanitária, tão inesperada quanto difícil de administrar, o governo implementou medidas restritivas<sup>8</sup> que contribuíram inequivocamente para a redução das infecções<sup>9</sup>. As regras impostas pelo governo sobre o distanciamento social e a obrigatoriedade do uso de dispositivos de proteção revelaram-se, portanto, fundamentais e em consonância com os valores máximos do ordenamento jurídico que privilegia o ser sobre o ter. As consequências da atual pandemia, de proporções anormais, ainda não foram totalmente reveladas mas talvez, pretendendo fazer um primeiro balanço, não parece arriscado dizer que ajudou a desmascarar os equívocos do *homo economicus*<sup>10</sup> e a confirmar a centralidade da pessoa e da dignidade como fundamento de uma sociedade livre e democrática<sup>11</sup>. Nessa perspectiva, outro aspecto positivo da pandemia foi a emersão do princípio da responsabilidade coletiva<sup>12</sup> que em uma sociedade democrática todos devem ter para com os outros<sup>13</sup>, confirmando que os inseparáveis binômios deveres/direitos e liberdade/responsabilidade constituem a base de qualquer democracia.

Sem as medidas drásticas adotadas, que certamente de alguma forma comprimiram alguns direitos e liberdades, ainda que fundamentais<sup>14</sup>, o número de infectados e de mortes teria sido catastrófico<sup>15</sup>.

Ressalte-se que a redução da sociabilidade imposta pela perseguida contenção da propagação do vírus poderia, em tese, contrastar com o valor da sociabilidade privilegiada na cláusula geral de proteção à pessoa a que se refere o art. 2 da Constituição. Porém, a partir de uma análise mais cuidadosa, pode-se verificar que o conjunto de medidas de contenção, se por um lado comprimiu liberdades e direitos fundamentais, por outro encontrou um justo equilíbrio em conciliação com os arts. 2, 3, par. 2, e 32 da Constituição, concretizando o princípio da igualdade substancial na medida em que contribuiu para garantir oportunidades iguais de cuidados adequados a todos os cidadãos, em particular àqueles que, devido às

---

8 V., em ordem cronológica, principalmente l'ord. del Ministro della salute 30 de janeiro de 2020; delibera Consiglio dei Ministri. 31 de janeiro de 2020; d.l. 23 de fevereiro de 2020, n. 6, que dispõe sobre *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*; i d.PC. 23 de fevereiro de, 25 febbraio, 1° de março; d.l. 2 de março de 2020, n. 9; i d.PC. 4, 8, 9 e 11 de março de 2020; d.l. 9 de março 2020, n. 14, todos com uma especial atenção ao balanceamento dos bens constitucionalmente garantidos e ao equilíbrio dos valores envolvidos. A essas medidas seguiram-se e seguem outras até o presente momento.

9 Para uma primeira análise crítica da situação emergencial e relativas consequências, v. PRISCO Salvatore; Fulvia ABAMONTE. I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo. In: *Focus- Osservatorio emergenza Covid-19* n.1, 13 marzo 2020, disponível em [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

10 RUIZ, Castor Bartolomé. *Covid-19 e as falácias do homo economicus*. In: <https://leonardoboff.org/2020/04/20/covid-19-e-as-falacias-do-homo-economicuscastor-bartolome-ruiz/>.

11 V., por todos, PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell'ordinamento giuridico (1972). In: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p.5 ss.

12 Responsabilidade coletiva que, respeitando o princípio soberano da solidariedade, imporia uma conduta mais virtuosa a quem está concretamente apto a cumprir eficazmente as medidas de contenção do vírus em relação a quem, infelizmente, não tem condições de manter o isolamento ou distanciamento social ou de poder cumprir as regras. Basta pensar às pessoas que vivem nas ruas, nas favelas ou mesmo nas periferias das grandes cidades, que nem sempre têm água, esgoto ou leitos em quantidade adequada.

13 Così RUIZ, Castor Bartolomé. *Covid-19 e as falácias do homo economicus*. In: <https://leonardoboff.org/2020/04/20/covid-19-e-as-falacias-do-homo-economicuscastor-bartolome-ruiz/>.

14 A referência é, em especial, à liberdade de circulação (art. 16 cost.), de reunião (art. 17 cost.), de exercício de cultos religiosos (art. 19 cost.), de ensino (art. 33 cost.), liberdade de iniciativa econômica privada (art. 41), direito à instrução (art. 34 cost.), que todavia não são absolutos posto que podem ser limitados por motivos de saúde ou de segurança e de incolumidade pública.

15 Cf. MORELLI, Alessandro Il re del piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello Stato di emergenza. In: *dirittiregionali.it*, 4 aprile 2020, p. 532, para quem se bem todas as liberdades constitucionais tenham igual reconhecimento e garantia, as medidas altamente restritivas de outros direitos fundamentais justificam-se, nesta fase, pela magnitude do perigo que paira sobre a saúde e a própria vida.

condições socioeconômicas, se encontram em situação de desvantagem desde o início<sup>16</sup>. Uma confirmação se há no fato de que a Constituição consagra, no art. 2 a passagem do indivíduo abstrato à pessoa concreta e comunitariamente situada, tanto é verdade que requer o adimplemento inderrogável dos deveres de solidariedade política, econômica e social.

Apesar das dúvidas que acarretaram a compressão das liberdades<sup>17</sup>, sustenta-se a sua legitimidade<sup>18</sup> em razão da necessidade de proteger a saúde, nos termos do art. 32, par. 1, Const., como um direito fundamental do indivíduo e no interesse da comunidade e mais do que isso, para proteger a vida<sup>19</sup>. O direito à saúde, portanto, se cruza e se solda ao princípio da solidariedade a que se refere o art. 2 da Constituição, em virtude do qual cada indivíduo é chamado a zelar também pela saúde dos outros, evitando causar uma lesão com o próprio comportamento<sup>20</sup>.

Porém, nem todos estão plenamente conscientes e convictos disso, de modo que inúmeros são os casos de desobediência por parte de pessoas físicas e jurídicas que colocam em risco a saúde e a vida de outras pessoas, configurando-se, assim, um dano social. O valor negativo inerente a este comportamento é confirmado pelo regime de sanções previsto nas várias medidas editadas neste período de apoio à contenção do vírus<sup>21</sup>.

Mesmo que as situações não sejam iguais, os princípios que se formaram no passado sobre o tema HIV e AIDS ajudam nesse sentido, onde os complexos problemas enfrentados pelo legislador e a jurisprudência sobre o assunto derivam em parte do conflito entre a proteção da saúde do indivíduo e a proteção da saúde da comunidade e, portanto, da oposição entre o bem individual e o bem social. Ambas as situações estão centradas no fenômeno epidêmico cujo cerne está na incontabilidade da disseminação e na indeterminação dos possíveis sujeitos infectados<sup>22</sup>, principal característica da Covid-19. Desse ponto de vista, não se pode negar que o descumprimento de medidas de contenção acarreta insegurança nos associados, contribuindo para a rebaixamento do nível de qualidade de vida, além de afetar aspectos da saúde pública, como se tem tentado de demonstrar. Nesse sentido, a *Corte di Cassazione*<sup>23</sup> identificou o elemento essencial do crime epidêmico “na capacidade do agente de maior expansão e fácil propagação”, capaz de produzir “o perigo de contaminar uma parcela ainda maior da população”.

### 3 PANDEMIA E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

As medidas de distanciamento social e coexistência forçada implementadas pelos governos para combater a emergência sanitária COVID-19 têm submetido as mulheres

16 Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado, 25. ed. São Paulo; Saraiva 2005, p.309, para quem a ideia de democracia exige a superação de uma concepção mecânica e estratificada de igualdade que hoje deve ser vista como um direito convertido em possibilidade.

17 Cf. CUOCOLO, Lorenzo *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*. In: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/969/943>, com rica bibliografia.

18 Não faltou quem comparasse a situação emergencial que vivemos à justificativa penal do estado de necessidade «que torna até mesmo fatos muito graves não puníveis se ocorridos em razão da necessidade de salvar a si mesmo ou a outrem do perigo atual de graves danos à pessoa, 'não evitável de outra forma, desde que o fato seja proporcional ao perigo'». Assim LATTANZI, Giorgio. *A pandemia aggredisce anche il diritto?* In: <https://www.giustiziainsieme.it>.

19 Cf. LATTANZI, Giorgio *A pandemia aggredisce anche il diritto?*. In: DE STEFANO, Franco. *Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*, o qual sustenta que se o vírus COVID-19 determinasse «somente uma doença, mesmo que grave, sem os desfechos letais que se demonstrou ter, poderiam ser consideradas excessivas e, portanto, não justificadas, algumas das medidas adotadas para prevenir sua propagação» (<https://www.giustiziainsieme.it>).

20 Para uma visão conjunta dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, v., CHESSA, Omar. *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?* In: *laCostituzione.info*, 12 de abril de 2020.

21 Cf. BERNARDI, Alessandro. *Il diritto penale alla prova della Covid-19*. In: *Diritto penale e processo*, n.4/2020, p.441 ss.

22 V., por todos, ARDIZZONE, Salvatore. *verbete Epidemia*. In: *Digesto delle Discipline Penalistiche.*, IV, Torino: UTET, 1990, p. 254.

23 *Cassazione*, sez. I, 26 de novembro de 2016, n. 48014, que com base nessa argumentação excluiu a configuração do crime de epidemia no comportamento do acusado que havia conscientemente transmitido o vírus da HIV a vários partners, em consideração das modalidades de transmissão individual, não integrante um “fenômeno epidêmico”.

vítimas de violência a enormes riscos, por serem obrigadas a permanecer confinadas em casa com seu opressor. Na verdade, a quarentena trouxe à tona problemas já existentes, mas que surgiram com maior força neste período.

A violência contra as mulheres assumiu uma tal dimensão que se tornou essencial abordar seriamente o problema para eliminar ou pelo menos reduzir os efeitos negativos produzidos por esse tipo de violência, que devem ser punidos não apenas quando se apresenta nas formas mais brutais e desumanas, mas também quando assume o aspecto de assédio psicológico, chantagem econômica, ameaças, chantagem moral, violência psicológica e perseguição de vários tipos. A violência contra as mulheres, em todas as suas formas, não é um fenômeno de emergência, mas, sim, um fenômeno estrutural de natureza cultural, na medida em que se baseia sobre gênero e a manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre os sexos<sup>24</sup> que têm levado à discriminação contra as mulheres pelos homens e impedido sua emancipação plena. É um fenômeno que afeta todas as classes sociais e níveis de educação, de modo que uma resposta ao problema poderá ser encontrada somente atacando as causas desde a origem, mediante uma educação ao respeito e ao sentimento, ou seja, é necessário agir desde a infância para difundir a cultura do respeito por si mesmo e pelos outros<sup>25</sup>.

O respeito por si mesmo é fundamental para criar, nas mulheres, a consciência do papel fundamental que ela desenvolve na sociedade. É importante também para reforçar a sua autoestima e autodeterminação, evitando, assim, que ela abdique da própria dignidade e se torne vítima de uma situação imposta por uma cultura que (ainda) a quer subjugada. É imperativo para que a mulher se torne protagonista de seu próprio futuro.

A emergência sanitária e o distanciamento social para prevenir a propagação do vírus tiveram um impacto significativo no aumento da violência doméstica e online. Além disso, se por um lado a coabitação e o confinamento forçaram as situações de violência já existentes na família, por outro, a pandemia global reduziu consideravelmente a possibilidade das mulheres formularem pedidos concretos de ajuda. Os centros, instituições e serviços específicos de combate à violência são chamados a repensar as novas práticas e medidas a serem adotadas para prevenir os riscos, para continuar garantindo o apoio às mulheres e manter uma rede de apoio ao combate à violência de gênero. Deve buscar incluir a perspectiva de gênero no desenvolvimento e implementação de estratégias de combate à pandemia COVID-19, garantindo a continuidade dos serviços de apoio às vítimas de violência.

Se de um lado o atual quadro normativo na Itália (mas também no Brasil) pode-se dizer consolidado: da reforma do direito de família à Convenção de Istanbul<sup>26</sup>, ao crime de stalking de 2009<sup>27</sup>, da lei de 2013<sup>28</sup> à lei sobre órfãos de feminicídio<sup>29</sup> e ao mais recente «Código

24 É significativo, nesse sentido, a forma como ainda se usa fazer referência à mulher vítima de violência como “saco de pancadas”.

25 Para uma abordagem do problema do ponto de vista do dever constitucionale de educação a cargo dos genitores, v. DE CICCIO, Maria Cristina. Responsabilidade genitorial e violência: o dever constitucional de educar. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). Sociedade, educação e violência, São Paulo: Quartier Latin, 2020.

26 A Convenção do Conselho da Europa para Prevenir e Combater a Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, chamada Convenção de Istanbul, aberta à assinatura em 11 de maio de 2011, é considerada o tratado internacional mais abrangente para lidar e combater o fenômeno. O aspecto mais inovador da Convenção é, sem dúvida, o reconhecimento da violência contra a mulher como uma violação dos direitos humanos e uma forma de discriminação.

27 Lei n. 38 de 23 de abril de 2009. Para a configuração do crime de stalking, v. Cass. Pen., seção V, n. 61 de 2 de janeiro de 2009, segundo a qual não é necessário um encontro físico entre ofensor e vítima, sendo suficientes poucas mensagens via WhatsApp, um telefona em tons ameaçadores que levem a vítima a modificar os próprios hábitos de vida.

28 Lei n. 119, del 15 ottobre del 2013 de conversão do Decreto-Lei n. 93, de 14 de agosto de 2013, que contém novas regras para contrastar a violência de gênero visando prevenir o feminicídio e proteger as vítimas. As principais mudanças dizem respeito ao relacionamento emocional: relevante do ponto de vista penal passa a ser o relacionamento entre duas pessoas, independentemente da coabitação ou do casamento (atual ou anterior). Quanto à circunstância agravante pela perseguição (stalking) cometida pelo cônjuge, elimina-se a condição de separação legal ou divórcio.

29 Legge n. 4 de 11 de janeiro de 2018, que reconhece tutelas processuais e econômicas aos filhos menores e maiores de idade economicamente não autossuficientes da vítima de um homicídio cometido pelo cônjuge, ainda que separado legalmente ou divorciado; pelo partner de uma união civil; por uma pessoa que é ou foi ligada por uma relação afetiva e convivência estável com a vítima.

Vermelho»<sup>30</sup>, por outro lado, ainda há muito a ser feito em termos de educação e formação, até que se consiga alcançar o objetivo de construir um verdadeiro sistema multinível que comece de toda sorte com a educação ao respeito e com a superação dos estereótipos<sup>31</sup> que caracterizam uma sociedade infelizmente ainda improntada ao machismo.

No entanto, é lógico que apenas as leis não são suficientes para resolver esse grande problema social, que não é exclusivo dos países pobres ou em desenvolvimento. Precisamos também de uma mudança de abordagem e mentalidade em relação à questão, porque se o princípio democrático impõe uma eficácia total da dignidade humana - valor máximo dos modernos sistemas normativos - o corolário lógico é a ilegitimidade daquelas formações sociais que não permitem a plena realização da pessoa e que pretendem se subtrair do controle social.

Para evitar que o problema da violência contra as mulheres permaneça à margem da sociedade e mudar as representações que os homens têm de si mesmos e das mulheres, é necessário recorrer à prevenção. É um passo muito importante para resgatar a cidadania plena das mulheres em uma sociedade, ainda e apesar de tudo, fundamentalmente dominada por homens.

O fenômeno deve ser colocado dentro de um contexto social e cultural, a fim de prosseguir, em nível educacional, na construção de novos modelos culturais, a partir do âmbito familiar. As bases para que os filhos se tornem pessoas-cidadãs devem ser dadas de forma clara e concreta pelos genitores desde a infância, porque é certo que um homem criado em conformidade com as regras, satisfazendo a própria autonomia e reconhecendo as razões dos outros, dificilmente no futuro será violento com uma mulher. E será seguramente um homem melhor.

É notório que a falta de respeito para com os outros geralmente resulta em violência, ainda que verbal, psicológica, mas não por isso menos prejudicial. Educar para o respeito também significa conscientizar-se disso. De fato, a menos que se queira cair na malha da hipocrisia, uma ordem baseada no respeito à pessoa, na dignidade da pessoa humana não pode admitir democracia nas ruas e intolerância na vida privada. A violência não é, ou não é mais, um assunto privado, mas afeta todos nós<sup>32</sup>. Em uma ordem fundada na pessoa e em sua dignidade, a vigência e o respeito à regra social predominante nas sociedades patriarcais<sup>33</sup> de «sofrer em silêncio» que pairava sobre as esposas abusadas não são mais admissíveis<sup>34</sup>.

---

30 Lei n. 69 de 19 de julho de 2019, que contém «Emendas ao código penal, ao código de processo penal e outras disposições relacionadas à proteção das vítimas de violência doméstica e de gênero»

31 O compromisso com a prevenção e a necessária mudança de paradigma deve assumido também pelos operadores da informação, porque é inconcebível que se continue falando nas crônicas de «drama do ciúme», «raptus de loucura», «amor doentio», porque a linguagem é expressão da cultura dominante em uma sociedade. Nesse sentido, é importante lembrar que de um ponto de vista antropológico, por cultura entende-se o complexo de elementos não biológicos através dos quais os grupos humanos se adaptam ao meio ambiente e organizam sua vida social, podendo-se citar como exemplo, instituições sociais, formas de parentesco, linguagem e formas de comunicação, conhecimento, valores e crenças, gestos etc.. DEI, Fabio. *Antropologia culturale*, Bologna: Il Mulino, 2. ed., 2016.

32 Cf. DE CICCO, Maria Cristina. Riflessione su democrazia e dignità umana. In: *Cátedra Unesco y Cátedra Infancia. Derechos humanos y políticas públicas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p.17 ss.

33 Afirma-se com frequência que conhecer o passado ajuda entender o presente e a prevenir o futuro. Nesse contexto, no âmbito das relações familiares, mostra-se útil a leitura de GINSBORG, Paul. *Famiglia novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature*, Torino: Einaudi, 2013.

34 Sobre esse ponto, v. as reflexões densas e interessantes de Stefano Rodotà sobre o direito ao amor, para quem, embora o sofrimento seja da natureza humana, «a ninguém pode ser imposto o sofrimento», nem mesmo «por um poder externo» que possa «graduar sua intensidade e acima de tudo a sua duração» (RODOTÀ, Stefano. *Diritto d'amore*, Bari: Laterza, 2015, p.53). Substancialmente, no mesmo sentido manifestou-se o STF, ao decidir no sentido da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, afirmou que ela «retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar, e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça» (STF, 9 de fevereiro 2012, ADC 19, rel. Min. Marco Aurélio).



Portanto, não podemos permanecer calados diante da violência, ainda mais agora, seja qual for a forma que ela assuma, porque nosso silêncio, por um lado, contribui para ratificar comportamentos indignos e, por outro lado, em um aspecto coletivo, favorece o nascimento e a força vital da sociedade violenta em que vivemos<sup>35</sup>.

No atual quadro emergencial que vivemos, é importante destacar que a pandemia trouxe à tona com vigor não só o problema da violência doméstica como também outro tipo de violência contra as mulheres, a violência praticada pelos governos e pela sociedade. Ainda hoje o homem é o ser humano predefinido e com base nesse parâmetro são feitos os estudos clínicos, o que não é aceitável já que a mulher não é minoria, mas representa uma parte relevante da população. Do ponto de vista da coleta e da análise dos dados as mulheres ainda são praticamente ignoradas<sup>36</sup>. A falta de disponibilidade de dados de gênero se presta a dados com resultados enganosos, com reflexo seja do ponto de vista terapêutico seja do ponto de vista da determinação da elaboração de estratégias normativas miradas que sejam eficientes.

A falta de dados, assim, cria um impacto significativo em relação ao direito à saúde da mulher, mormente diante da atual pandemia, em relação à limitação de alguns direitos concernentes a temas sensíveis como, por exemplo, a interrupção da gravidez, tratamentos para a fertilidade e a contracepção. Houve mesmo uma instrumentalização da pandemia em relação à liberdade de escolha e de cura bem como ao acesso concreto aos tratamentos. A partir da pandemia assistimos em diferentes realidades de uma série de intervenções restritivas de direitos da mulher respeito à autodeterminação na cura e no acesso à cura. Essas intervenções restritivas foram justificadas pela exigência de conter de qualquer modo o contágio, mas nem sempre ficou demonstrado o nexo de causalidade entre a restrição desses direitos e um efetivo melhoramento, em potencial, da segurança respeito à possibilidade de contágio<sup>37</sup>.

Para limitar-se à experiência italiana<sup>38</sup>, que prevê a possibilidade de interrupção da gravidez<sup>39</sup> nos primeiros noventa dias, assinala-se que a Circular do Ministério da Saúde emanada durante a pandemia a incluiu entre os serviços essenciais e inadiáveis. De um ponto de vista formal, portanto, a situação estava resolvida. Na prática, porém, houve uma dificuldade efetiva no acesso, não somente em relação ao apoio psicológico, mas também material, que gravou sobretudo sobre as mulheres, sob diversos pontos de vista, vulneráveis. Uma situação que não se conseguiu administrar com eficiência porque houve uma dificuldade de contato entre as mulheres em situação precária e as estruturas que normalmente oferecem apoio nessas circunstâncias. Os operadores do setor pediram uma série de intervenções específicas ao Governo como a potencialização da possibilidade de aborto farmacológico

---

35 Assim, já em DE CICCIO, Maria Cristina. *Le contribuzioni della Cattedra UNESCO «Diritti umani e violenza»*, In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *A efetividade da dignidade Humana na Sociedade Globalizada*, São Paulo: Quartier Latin, 2017, p.165 ss., esp. p.168 s.

36 V. o interessante trabalho de CRIADO-PEREZ, Caroline *Invisibili. Come il nostro mondo ignora le donne in ogni campo. Dati alla mano*. Torino: Einaudi Editori, 2020, que demonstra “como a lacuna de dados de gênero criou um preconceito generalizado e latente que tem uma profunda reverberação, às vezes até fatal, na vida das mulheres”.

37 Sobre a situação na Europa, v. o documento apresentado por Amnesty International, Women’s Link Worldwide e la International Planned Parenthood Federation *A Guide for Europe: Protecting the rights of women and girls in times of the Covid-19 pandemic and its aftermath*.

38 É noto, porém, o caso da Argentina que esperava fortemente a aprovação do projeto de lei que previa a liberalização do aborto, todavia respinto no Senado e adiado a data a ser destinada em razão da pandemia. A Human Rights Watch documentou “casos de mulheres e meninas que, desde então, encontraram uma série de barreiras para acessar o aborto legal e seguro, bem como a assistência pós aborto necessária. As barreiras incluem limites gestacionais impostos arbitrariamente, falta de acesso e disponibilidade de métodos de aborto, medo de processo, estigmatização e maus-tratos por profissionais de saúde”. De acordo com o diretor para as Américas do Human Rights Watch, “a pandemia Covid-19 e o subsequente bloqueio apenas exacerbaram o acesso limitado aos serviços de saúde reprodutiva, tornando a legalização do aborto mais urgente do que nunca” Mais informações em <https://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-umani/2020/09/01/news/argentina-265990606/>.

39 Lei n. 194 de 22 de maio de 1978 - *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*.

também fora da hospitalização, recorrendo, por exemplo, à telemedicina.

A mesma dificuldade ocorreu em relação ao acesso aos tratamentos e à cura da fertilidade e à contracepção, porquanto no período de pandemia a pista preferencial no setor sanitário era toda para a Covid-19, sem contar com a proibição de locomoção, perigo de infecção, entre outros problemas. A tragédia da pandemia se soma assim à tragédia pessoal de mulheres e famílias que nesta crise não puderam exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, mas também tiveram que renunciar à segurança pessoal e ao trabalho digno, com as devidas proteções.

#### **4 PANDEMIA E RELAÇÕES FAMILIARES**

O momento atual, que obriga a todos a uma convivência forçada dentro da própria casa, apresenta-se como um banco de provas sobre a relação entre direitos e deveres como instrumento de efetividade da solidariedade nas relações familiares. Não é ainda possível uma visão global das consequências dessa reviravolta na vida de cada um e da sociedade. Alguns dados relativos às relações familiares que transparecem, todavia, não são de bom auspício. A referência é ao aumento vertiginoso do número de divórcios na China e ao aumento, em diversos países, inclusive a Itália e o Brasil, da violência doméstica, não somente contra as mulheres, mas também, não podemos esquecer, contra os filhos. Violência no sentido mais amplo do termo que inclui, em relação aos filhos, a violência assistida e a violência psicológica, a mais insidiosa porque os atos que a caracterizam não são perceptíveis como tal.

A violência infelizmente está se tornando um fenômeno cada vez mais difundido no âmbito da família e da sociedade, concentrando-se, nas relações familiares, principalmente sobre as mulheres e os filhos. Uma violência que assume diversas formas, além daquela física, mais facilmente perceptível. Um exemplo, para contextualizar no momento atual, é o comportamento dos genitores separados ou divorciados em relação ao direito de visita do genitor não colocatário, como veremos mais adiante. A quarentena está sendo usada, em muitos casos como desculpa para impedir ou dificultar o exercício do direito ao convívio físico (ou mesmo virtual) entre o genitor não colocatário e os filhos. Soluções existem ao problema e devem ser procuradas tendo em consideração o melhor interesse da criança/adolescente, de forma a garantir a continuidade da guarda compartilhada ou alternada dos filhos. Na Itália, o próprio Governo apresentou a solução ao prever o direito ao convívio como uma justificação expressa aos deslocamentos da própria residência ou domicílio, sempre no respeito da segurança, normas de higiene e do distanciamento social<sup>40</sup>.

As relações familiares são, hoje, fundadas na responsabilidade e na solidariedade familiar sendo que o exercício da responsabilidade parental é concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho, com a finalidade de satisfazer não as suas vontades, mas, sim, suas necessidades e o desenvolvimento de sua autonomia. Na atual família constitucionalizada ou democrática<sup>41</sup>, para usar a expressão de Giddens<sup>41</sup>, o respeito por si e pelos outros adquire um valor central, como fundamento da dignidade de cada um de seus membros.

---

40 <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4224>.

41 Sobre a democratização da família a literatura é interminável. V., entre muitos, PERLINGIERI, Pietro. *Famiglia e diritti fondamentali della persona* (1986), In: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli: ESI, 2005, p. 367 ss.; GIDDENS, Anthony. *Cogliere l'occasione. Le sfide di un mondo che cambia*, Roma: Carocci editore, 2000 (trad. italiana da *The Third Way and its Critics*, Polity Press in association with Blackwell Publishers Ltd., 2000); MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.1043 ss.; ROSSI, Stefano. Lungo il percorso di costituzionalizzazione della persona. Riflessioni sull'opera di Stefano Rodotà, In: *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018, p.164, para quem «Não há dúvida de que as repercussões mais imediatas da constitucionalização da pessoa encontram expressão na evolução da família, dentro da qual a dificuldade de equilibrar a esfera do indivíduo com a da instituição em que ocorre parte essencial do processo de existência de todos, manifestou-se desde sempre, justamente pela forte ambivalência que caracteriza esse relacionamento»

É dever dos genitores educar os filhos, o que significa guiá-los do ponto de vista físico, psicológico, cultural e espiritual, em sua trajetória de formação para a plena inserção na sociedade. A função socioeducativa pode ser resumida na responsabilidade do núcleo familiar de transmitir um sistema de valores, formas de agir e condutas corretas para incentivar a inserção dos filhos na sociedade<sup>42</sup>.

As crianças e os adolescentes, hoje, são o centro da atenção e da proteção do ordenamento, daí o princípio do melhor interesse da criança. Um princípio que não pode ser separado de um outro princípio, o da dignidade, que não deve ser vista como uma supernorma, para evitar de se esvaziar o princípio de seu conteúdo. Dignidade é a confluência dos princípios de liberdade, da igualdade e da solidariedade<sup>43</sup>. A dignidade se configura como um complexo de direitos e de deveres<sup>44</sup>. Toda pessoa tem uma dignidade, ou melhor, a pessoa é ela mesma dignidade e disso não podemos esquecer, principalmente quando nos referimos às crianças e adolescentes. Aplicar o princípio do melhor interesse da criança significa reconhecer e respeitar a sua dignidade.

As crianças e os adolescentes, hoje, gozam de muitos direitos, sabem disso e pretendem o respeito desses direitos. Mas, frequentemente, esquecem que ao lado desses direitos são previstos também deveres. E, o mais preocupante, é que também os genitores não se dão conta de que seus filhos, para serem respeitados, também devem respeitar os outros. Não só, muitos genitores também não se dão conta de terem deveres, em geral, não só o dever de educar, instruir e manter seus filhos. Os filhos aprendem principalmente com exemplos. Por isso se usa dizer que a educação começa dentro de casa<sup>45</sup>.

Nesse sentido, a pandemia apresenta-se como um banco de teste também da educação que os genitores deram aos próprios filhos, da capacidade de resistência mesmo da família. Com o isolamento, o que nos foi pedido foi responsabilidade *tout court* e responsabilidade para com a coletividade, respeito para consigo e para com os outros, empatia.

Isso posto, serão apresentados exemplos de como a jurisprudência está enfrentando a questão do direito de visitas do genitor não colocatário. Para tanto acredito ser necessário especificar que, na minha opinião, a bigenitorialidade não é um direito, ou de toda sorte, mesmo querendo considerá-la como um direito, não seria um direito absoluto<sup>46</sup>. Parto do pressuposto que pode ser considerado direito somente aquele que pode ser garantido e tutelado contra a sua violação, o resto é interesse ou pretensão.

42 Cf. DE CICCIO, Maria Cristina. Responsabilidade parental e dever de educar na experiência italiana. In: *Liber Amicorum*: Estudos de responsabilidade civil em homenagem à Professora Teresa Ancona Lopez. São Paulo: Almedina, 2020.

43 Cf. RODOTÀ, Stefano. *La dignità della persona*, p. 5 s., disponível online, que esclarece como a escolha de abrir a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com a declaração de inviolabilidade da dignidade humana representasse a consciência amadurecida de que agora a pessoa não poderia jamais ser separada da sua dignità. Sobre a confluência dos princípios de liberdade, integridade psico-física, igualdade e solidariedade na configuração mesma da dignidade da pessoa humana. v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.81 ss., esp. p.86 ss.

44 O tema foi objeto de um Congresso que se realizou na Universidade de Camerino, Itália, em novembro de 2019, com o título *I doveri nell'era dei diritti fra etica e mercato*, cujas palestras foram reunidas no livro em edição bilingue italiano e português, DE CICCIO, Maria Cristina (Org.). *I doveri nell'era dei diritti fra etica e mercato/Os deveres na era dos direitos entre ética e mercado*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020.

45 Obrigatória a referência a, WINNICOTT, Donald W. *Tudo começa em casa*. São Paulo: Martins Fontes, 1999; GARCIA, Roseana Moraes. *A ética do cuidado e a sociedade democrática*. Winnicott e-prints [online], 2011, vol.6, n.1, p.79-87, In: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679432X2011000100006&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679432X2011000100006&lng=pt&nrm=iso).

46 Em nome do rigor espositivo, deve-se assinalar de toda sorte que o chamado princípio da bigenitorialidade é um princípio geral que tem suas raízes na Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova York em 20 de novembro de 1989 e ratificada na Itália com l. 176/1991. Sua base constitucional encontra-se no art. 30 da Constituição e, a nível europeu, no art. 8 CEDH. Conforme reconhecido pela Suprema Corte italiana, o princípio da bigenitorialidade deve ser entendido “como a presença comum dos genitores na vida do filho, idônea para lhe garantir um hábito de vida estável e fortes relações afetivas com ambos, assim como no dever dos genitores de cooperar na assistência, na educação e educação da criança” (*Corte di Cassazione* n. 9764 de 8 de abril de 2019, que evoca os precedentes n. 11412 de 22 de maio de 2014 e n. 18817 de 23 de setembro de 2015). Dessa orientação dos Juízes de legitimidade, pode-se extrair que a bigenitorialidade não é absoluta, no sentido indicado no texto.



Considerar a bigenitorialidade como princípio ou como direito comporta como consequência admitir também a possibilidade de uma pessoa cuja mãe optou por conceber um filho mediante uma relação ocasional ou inseminação artificial possa pedir um ressarcimento de danos por violação ao seu direito a ter uma dupla figura genitorial. O ordenamento na realidade, nunca interferiu nessa escolha da mulher que decide de ter um filho sozinha e nem mesmo condena a monogenitorialidade na medida em que, no Brasil, por exemplo, admite-se a adoção de crianças e adolescentes por solteiros (em sentido amplo). A Itália admite somente em casos tidos como excepcionais.

Essa especificação era necessária porque é minha convicção que o pretense direito à bigenitorialidade não possa constituir o principal argumento em pedidos e em decisões que dizem respeito às crianças e adolescentes. O principal argumento deveria ser sempre o melhor interesse da criança/adolescente, principalmente no momento atual que obriga a todos ao isolamento e ao distanciamento social. Uma criança muito pequena não entende isso. Não entende por qual motivo, de repente, não pode mais se encontrar com o pai, a mãe ou os avós. É preciso levar em consideração a sua pessoa. É minha convicção também que o melhor remédio para superar esse momento tem nome e sobrenome, ou seja, “bom senso e responsabilidade”, porque a palavra-chave é solidariedade. Sempre.

## **5 EMERGÊNCIA SANITÁRIA E COMPRESSÃO DA BIGENITORIALIDADE**

A emergência sanitária parece comprimir o exercício de direitos constitucionalmente garantidos e não poupa os direitos dos menores, especialmente na hipótese de famílias separadas.

Uma das questões mais debatidas é a legitimidade do deslocamento de genitores separados com filhos menores e a possibilidade de garantir que ambos os pais possam frequentar os filhos, mesmo em tempos de Coronavírus.

A situação de incerteza, devido às dificuldades de interpretação das diversas intervenções regulatórias, levou, em alguns casos, a uma intensificação de situações já conflitantes, com recurso frequente aos Tribunais, forçados a pronunciar-se de forma urgente com disposições *inaudita altera parte*.

Além do risco da instrumentalização da epidemia, deve-se considerar o impacto no equilíbrio psicofísico de filhos menores, já expostos ao sacrifício e ao estresse contingente, privados do apoio de ambos os genitores em um momento tão dramático.

Se, de fato, a emergência de saúde pode ser invocada em alguns casos para justificar o não exercício do direito de visita do genitor não colocatário, é igualmente verdade que não pode nem mesmo constituir um pretexto para impedir que este último veja os filhos e isso acima de tudo na ausência de um provimento modificativo daquele já existente.

Há também a necessidade de proteger os próprios pais de possíveis sanções, em um quadro normativo que inicialmente pareceu incerto.

## **6 AS DIFERENTES INTERVENÇÕES REGULATÓRIAS E JURISPRUDENCIAIS**

A partir do *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri* (DPCM) de 9 de março de 2020, que estendeu as limitações anteriormente relacionadas às chamadas áreas vermelhas em todo o território nacional, os movimentos permitidos limitaram-se a necessidades comprovadas de trabalho, a situações de necessidade e a razões de saúde.

A dúvida sobre a legitimidade dos deslocamentos dos pais separados para exercer o direito de visitar, ou melhor, para garantir uma assistência adequada dos filhos aos dois genitores, foi imediatamente dissipada pelo primeiro esclarecimento expresso pelo governo

nas perguntas frequentes de 10 de março, ponto 13: “deslocar-se para alcançar filhos menores com o outro progenitor ou, em qualquer caso, com o cuidador, ou levá-los com ele, é permitido, em qualquer caso, de acordo com os métodos fornecidos pelo juiz com as medidas de separação ou divórcio”.

O esclarecimento do governo foi evocado pela decisão do Tribunal de Milão<sup>47</sup>, segundo a qual “nenhum” fechamento “de áreas regionais pode justificar violações, nesse sentido, de medidas tomadas em hipótese de separação ou divórcio”.

De toda sorte, permaneceu a dificuldade de regular e justificar os movimentos na ausência de uma ordem judicial, por exemplo, para os pais que aguardam a audiência ou no caso de o acordo de separação consensual ainda estar sendo finalizado, ou também no caso de genitores simplesmente conviventes.

A sucessão de intervenções de restrição levantou novamente problemas interpretativos: o DPCM de 22 de março de 2020, proibia viagens de cidade em cidade, limitando-as apenas ao trabalho, saúde e urgência absoluta, eliminando efetivamente “situações de necessidade”.

Com uma interpretação restritiva, transferências para fora do município para buscar ou trazer crianças de volta ou mesmo visitá-las com o pai ou mãe foram consideradas proibidas.

Nesse caso, no entanto, um óbvio paradoxo legal teria surgido devido à discriminação entre filhos de pais separados que residem no mesmo município e filhos de pais que residem em municípios diferentes, talvez apenas a alguns quilômetros de distância.

Foi feita uma tentativa de resolver e superar essa interpretação, considerando, à luz do prolongamento previsível da situação de emergência, que a frequência das crianças se enquadrava no quadro mais amplo de proteção do equilíbrio psicofísico do menor, portanto, atribuível às causas ligadas a “razões de saúde”.

Nessa situação um pouco incerta, as várias medidas adotadas pelos tribunais em todo o território nacional não foram uniformes.

No sul da Itália, registraram-se as decisões mais restritivas: o Tribunal de Nápoles<sup>48</sup> declarou que, no atual contexto de proibições de tráfego imposto pela legislação nacional e regional, a regulamentação das visitas não poderia mais prever os movimentos de menores de idade, nem, de fato, as frequências no domicílio do pai ou da mãe. Aceitando o pedido de suspensão feito pela mãe colocatária, o Tribunal napolitano ordenou que a frequência de pais e filhos fosse assegurada através de encontros remotos por videochamada.

No mesmo sentido, o Tribunal de Bari<sup>49</sup>, pronunciando-se, entre outras coisas, no caso de pais residentes em diferentes municípios, considerou o direito dos pais e filhos em se encontrar, como recessivo em relação às restrições à circulação de pessoas por razões de saúde. Nessa ocasião, ele aceitou o pedido de suspensão feito pela mãe colocatária, estabelecendo a suspensão das visitas paternas até o final de 3 de abril de 2020, deixando a videochamada como a única ferramenta.

A decisão do Tribunal de Bari é digna de nota também pela previsão de videochamadas frequentes que, em um estado de suspensão do direito de visita, tornam-se o meio alternativo de tutela da bigenitorialidade. Qualquer suspensão do direito de visita deve ser compensada por maiores contatos entre os pais / filhos e não deve ser entendida pelo outro genitor como uma suspensão “total” do direito de visita. De fato, as atitudes agressivas

---

47 Tribunal de Milano, 11 de março de 2020, Est. Gasparini

48 Tribunal de Napoli, com Decreto de 26 de março de 2020, Est. Imperiali,

49 Tribunal de Apelação de Bari, Seção Minori e Famiglia, 26 de março de 2020, Est. Labellarte.

e abusivas dos genitores que não pretendem manter um relacionamento equilibrado e contínuo com o outro genitor devem ser censuradas. A quarentena não pode ser usada para minar os fundamentos do relacionamento genitor/ filho. Essa atitude pode levar a um juízo de inadequação parental, incompatível com a escolha de genitor colocatário, se não, em alternativa, com a guarda compartilhada.

No mesmo sentido coloca-se o Tribunal de Terni, que com a decisão de 30 de março de 2020, fortaleceu esse conceito, estendendo-o também às chamadas “Visitas protegidas”, suspensas pelos serviços sociais até que a emergência de saúde continue. Também o Tribunal de Terni realizou uma ponderação de interesses de igual nível constitucional, o da proteção dos pais e da proteção da saúde, identificando um método de frequência entre pais e filhos que, embora assegurando contato constante, não põe em risco a saúde psicofísica dos menores.

Caberá aos serviços sociais organizar as visitas protegidas, evitando o deslocamento e o contato direto das partes e dos operadores, que poderão operar em modo de trabalho ágil ou remoto, já que as reuniões devem ser realizadas por videochamada com Skype ou Whatsapp ou com outros métodos compatíveis com o equipamento que as partes e os operadores possuem, tendo o cuidado de preparar adequadamente as crianças e garantir que seja o operador a colocar os pais em contato com cada uma delas, garantindo sua presença durante toda a duração da chamada.

A decisão do Tribunal de Verona<sup>50</sup> que, rejeitando o pedido de suspensão das visitas feito pela mãe não colocatária, residente em outro município, ordenou uma colocação alternada, limitando a frequência dos deslocamentos do filho; este permanecerá alternadamente por 15 dias com cada genitor, impondo ao pai o ônus de buscá-lo e levá-lo de volta, já que a mãe é desprovida de carteira de habilitação. Nos tempos de permanência com um dos genitores, o outro pode entrar em contato com o filho por videochamada. A decisão em questão destacou como uma alternância fragmentada demais não é compatível com a situação de emergência atual, propondo uma solução projetada para minimizar o risco, que de fato transforma uma guarda com um genitor colocatário (neste caso, o pai) em guarda conjunta.

Após os últimos esclarecimentos do governo, a legitimidade da viagem entre diferentes municípios ficou esclarecida, considerando o acordo entre os pais ou entre seus respectivos advogados também equivalente à decisão do Juiz.

Na realidade, um primeiro sinal nesse sentido já era compreensível com a inclusão no último modelo de autodeclaração, entre as várias razões para legitimar os movimentos, das “obrigações relativas à guarda de menores”.

## **7 PRONUNCIAMENTOS SUBSEQUENTES**

A decisão do Tribunal de Busto Arsizio, que, com um decreto de 3 de abril de 2020, reiterou que o direito de visitar os filhos de pais separados e divorciados não sofreu restrições após a legislação de emergência para lidar com o Coronavírus. Nesse caso, o Tribunal convidou o Serviço de Proteção Juvenil a denunciar a suspensão da frequência de pai/ filho: nesta disposição, destaca-se que tal suspensão não pode ser justificada em razão de problemas relacionados à pandemia.

Ao contrário, a decisão do Tribunal de Vasto<sup>51</sup>, insere-se no sulco já traçado pelos tribunais do sul da Itália: nesse caso, o direito do pai estava limitado ao uso de ferramentas tecnológicas, consideradas recessivas em relação às necessidades de segurança e a

---

50 Tribunal de Verona, em 27 de março de 2020, Est. Marzocca.

51 Tribunal de Vasto de 2 de abril de 2020, Est. Pasquale.

necessidade de limitar a livre circulação. No entanto, deve-se considerar e isso é destacado na disposição citada, que, no presente caso, o pai veio de Milão, uma área com alto risco epidemiológico, de modo que a dificuldade de verificar em termos concretos o risco à saúde do menor levou à uma suspensão de visitas.

Uma consideração semelhante, embora com um resultado oposto, também é encontrada no decreto do Tribunal de Roma<sup>52</sup>, segundo o qual a frequência com o pai não expõe o filho a riscos adicionais, desde que sejam adotadas todas as precauções previstas na regulamentação e nas medidas de higiene exigidas pela emergência sanitária. Nesse caso, deve-se dizer que o Tribunal destacou expressamente como Roma, cidade de residência do pai, deveria ser considerada área de menor risco em relação ao Trentino Alto Adige, onde o filho estava com sua mãe.

Pode-se notar que, para além da legitimidade geral mencionada nos esclarecimentos governamentais, que não podem prever claramente todas as especificidades do caso, a jurisprudência foi recentemente orientada a destacar as diferentes áreas de residência dos pais e o risco epidemiológico relacionado. Foram feitas ponderações entre os princípios em causa, levando sempre em consideração o melhor interesse da criança.

## 8 CONCLUSÃO

Conforme mencionado no início, a atual pandemia cria delicados equilíbrios entre direitos, liberdades e interesses envolvidos, que no momento de crise foram equilibrados com base no princípio da solidariedade<sup>53</sup>.

A velocidade de expansão do vírus obrigou os governos a tomar medidas extraordinárias para evitar o colapso do sistema de saúde, mas ao fazê-lo tiveram que levar ao fechamento de atividades produtivas e comerciais não consideradas essenciais, com graves repercussões na economia do país. Sem se adentrar neste discurso específico, há que se considerar ainda que embora as respostas do governo à emergência tenham justamente privilegiado o ser sobre o ter, as medidas extraordinárias tomadas naquele momento delicado devem permanecer extraordinárias para evitar que no final o medicamento não se mostre mais prejudicial do que a doença<sup>54</sup>. De fato, são vários os alertas sobre a necessidade de evitar que as necessidades significativas para o combate à pandemia levem à preterição das exigências econômicas, já bastante afetadas pelas medidas restritivas em vigor e sofrendo com o encerramento prolongado das atividades produtivas, se não à custa do fim do *welfare* e conseqüentemente também da saúde dos cidadãos.

Tempos muito críticos se aproximam, o que torna sempre atual o alerta de Rodotà de evitar que em momentos difíceis os direitos sejam restringidos ou mesmo cancelados ou que se tornem “um luxo incompatível com a crise econômica, com a diminuição dos recursos financeiros”<sup>55</sup>.

---

52 Tribunal de Roma de 7 de abril de 2020, Est. Di Giulio.

53 V. BARTOLI, Roberto. *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*. In: *Sistema penale*, 24 aprile 2020, disponível em <https://www.sistemapenale.it>, que alerta para os riscos do extremismo, afirmando que “é preciso evitar, (...), que aqueles que se manifestem a favor das medidas adotadas até agora sejam identificados como favoráveis ao combate ao coronavírus, mas contra a democracia e as garantias e os que se opõem às medidas sejam considerados a favor da democracia e das garantias, mas também um aliado do coronavírus”.

54 Nesse sentido, entre outros, Giorgio Lattanzi.

55 Sobre a centralidade dos direitos fundamentais na estreita ligação entre democracia e direitos, v. il testo di Stefano Rodotà. *Perché i diritti non sono un lusso in tempo di crisi*. In *La Repubblica* il 20.10.14, disponível em [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it). Cf. a orientação do Tribunal Constitucional no sentido de que as “exigências de finanças públicas não podem assumir, na balança do legislador, um peso preponderante a ponto de comprimir o cerne irredutível do direito à saúde protegido pela Constituição como um espaço inviolável da dignidade humana: entre outras, Corte cost. n. 309 de 21 de julho de 1999; n. 354 de 5 de novembro de 2008; n. 299 de 27 de outubro de 2010; n. 61 de 2 de março de 2011.

## REFERÊNCIAS

- Amnesty International, Women's Link Worldwide e International Planned Parenthood Federation. *A Guide for Europe: Protecting the rights of women and girls in times of the Covid-19 pandemic and its aftermath*.
- ARDIZZONE, Salvatore. verbete *Epidemia*. In: *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IV, Torino: UTET, 1990.
- BARTOLI, Roberto. Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive. In: *Sistema penale*, 24 aprile 2020, disponível em <https://www.sistemapenale.it>.
- BARTOLOMÉ, Ruiz Castor. *Covid-19 e as falácias do homo economicus*. In: <https://leonardoboff.org/2020/04/20/covid-19-e-as-falacias-do-homo-economicuscastor-bartolome-ruiz/>.
- BERNARDI, Alessandro. Il diritto penale alla prova della Covid-19. In: *Diritto penale e processo*, n. 4/2020.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (Org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CHESSA, Omar. *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?* In: *laCostituzione.info*, 12 aprile 2020.
- CRIADO-PEREZ, Caroline. *Invisibili. Come il nostro mondo ignora le donne in ogni campo. Dati alla mano*. Torino: Einaudi Editori, 2020.
- CUOCOLO, Lorenzo. *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*. In: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/969/943>.
- D'ALESSANDRO, Daniele. *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo; Saraiva 2005.
- DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Em busca das virtudes em tempos de pandemia: reflexos jurídico e ético no distanciamento social, confinamento e quarentena domiciliar. In: *Coronavirus e responsabilidade civil* a cura di MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. Indaiatuba, SP, 2020.
- DE CICCO, Maria Cristina (Org.). *I doveri nell'era dei diritti fra etica e mercato/Os deveres na era dos direitos entre ética e mercado*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2020
- DE CICCO, Maria Cristina. Il danno sociale come nuova tipologia di danno risarcibile. In: *Studi in onore di Antonio Flamini*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.
- DE CICCO, Maria Cristina. Le contribuzioni della Cattedra UNESCO «Diritti umani e violenza». In: Marco Antonio Marques da Silva (Org.), *A efetividade da dignidade Humana na Sociedade Globalizada*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- DE CICCO, Maria Cristina. *Riflessione su democrazia e dignità umana*, in *Cátedra Unesco y Cátedra Infancia. Derechos humanos y políticas públicas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- DEI, Fabio. *Antropologia culturale*, Bologna: Il Mulino, 2. ed., 2016.



GIDDENS, Anthony. *Cogliere l'occasione. Le sfide di un mondo che cambia*, Roma: Carocci editore, 2000 (trad. italiana da *The Third Way and its Critics*, Polity Press in association with Blackwell Publishers Ltd., 2000).

GINSBORG, Paul. *Famiglia novecento. Vita familiare, rivoluzione e dittature*. Torino: Einaudi, 2013.

LATTANZI, Giorgio. *A pandemia aggredisce anche il diritto?* In: DE STEFANO, Franco. *Intervista a Corrado Caruso, Giorgio Lattanzi, Gabriella Luccioli e Massimo Luciani*. In: <https://www.giustiziainsieme.it>

MORELLI, Alessandro. Il re del piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello Stato di emergenza. In: *dirittiregionali.it*, 4 aprile 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *Famiglia e diritti fondamentali della persona (1986)*. In: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli: Jovene, 1972.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. In: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PRISCO, Salvatore; ABAMONTE, Fulvia. I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo. In: *Focus-Osservatorio emergenza Covid-19* n. 1, 13 marzo 2020, disponível em [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

RODOTÀ, Stefano. *Diritto d'amore*. Bari: Laterza, 2015.

RODOTÀ, Stefano. *La dignità della persona*, p.5 s. disponível em: <https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2011/La%20dignita%20della%20persona%20-%20Rodota.pdf>.

RODOTÀ, Stefano. *La rivoluzione della dignità*. Napoli: La scuola di Pitagora editrice, 2013.

RODOTÀ, Stefano. Perché i diritti non sono un lusso in tempo di crisi. In: *La Repubblica*, 20.10.14, disponível em [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it).

RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà. Un'utopia necessaria*. Bari: Laterza 2014.

ROSSI, Stefano. Lungo il percorso di costituzionalizzazione della persona. Riflessioni sull'opera di Stefano Rodotà. In: *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2018.

VIOLANTE, Luciano. *Il dovere di avere doveri*. Torino: Einaudi Editori, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritti per forza*, Torino: Einaudi, 2017.

# EL COVID-19 Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA PERUANA

## Carlos Antonio Agurto Gonzáles

Doctorando en Derecho en la Universidad de Turín (Italia). Magíster por la Universidad de Bolonia. Visiting Scientist en la Universidad de Padua. Profesor de Derecho de Comercio Internacional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor del curso *Nuevas Tendencias de derecho de las Personas y Familia* en la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad de Huánuco. Ha sido secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial N° 183-2017-JUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

## María-Pía Guadalupe Díaz Díaz

Doctoranda en Derecho en la Universidad de Turín (Italia). Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla (España). Magíster en Estudios Interdisciplinarios de Género por la Universidad de Salamanca (España). Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia).

---

**Sumario:** 1 Introducción ; 2 La Concepción Jurídica Derecho a la Identidad Personal ; 3 La Influencia Italiana en la Construcción del Derecho a la Identidad Personal; 4 La Teoría de Carlos Fernández Sessarego: la Doble Vertiente de la Identidad Personal; 5 La Protección Jurídica de la Identidad Personal en el Ámbito del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional Peruano; 6 Las Medidas Adoptadas por el Estado Peruano durante la Pandemia del Covid-19 y su Impacto en el Derecho a la Identidad; 7 La Reacción de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos y Autoridades Nacionales; 8 La Postura del Poder Judicial Frente a los Casos de Reconocimiento de la Identidad de las Personas Trans; 9 Conclusiones; Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

La pandemia del coronavirus COVID-19 (acrónimo del inglés *coronavirus disease 2019*) representa uno de los principales desafíos que enfrenta la humanidad en las últimas décadas. La cantidad de personas infectadas, fallecidas, perjudicadas, ha puesto en jaque todo el sistema planetario, y que hace recordar épocas oscuras como la peste negra medieval o la gripe española. Los Estados intentan realizar medidas para frenar o aletargar los efectos nocivos de la enfermedad, no obstante, el enemigo invisible aún se resiste a frenar sus pasos.

Con la finalidad de evitar los contagios masivos de este virus y ante la inobservancia de la población sobre las recomendaciones brindadas para ello, el Estado peruano adoptó diversas estrategias sobre la marcha, una de ellas fue el Decreto Supremo N° 057-2020-PCM, de 2 de abril de 2020. A través de esta disposición se restringió la circulación de las personas por determinados días de la semana de forma diferenciada por sexos, es decir para hombres y mujeres, siguiendo, a primera lectura, un modelo estático sobre la identidad, que terminó afectando a las personas trans (transgénero y transexuales) en su aplicación. Si bien la referida norma fue dejada de lado por el ejecutivo, puso en el escenario el debate sobre los alcances del derecho fundamental a la identidad personal.

El presente ensayo tiene por objeto examinar este derecho a la luz de los desarrollos realizados a nivel de la doctrina jurídica, como su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú y la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para finalmente llamar la atención sobre la necesidad de una ley de identidad de género, que pueda tutelar plenamente este derecho existencial de la persona.

## 2 LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

La persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. En efecto, la persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es *ser libertad*.<sup>1</sup> La identidad personal supone ser *uno mismo* y no otro. La *identidad* del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica mediante un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de aspectos en que consiste la existencia, así como por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Es la "*verdad personal*", el derecho a ser uno mismo<sup>2</sup>. La identidad personal no es sino la síntesis de la historia vital de cada persona<sup>3</sup>, que permite reconocerse en el vivir comunitario. Es la exigencia de ser uno mismo<sup>4</sup>. No solo se constituye por los datos objetivos, sino también por la proyección social de la vida de la persona<sup>5</sup>.

El sujeto, la persona, libra una guerra civil consigo mismo para afirmar y reafirmar su identidad personal, dentro de la gama de las relaciones sociales-comunitarias. Es, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, padre de este derecho existencial en América Latina, un incesante combate, una lucha, con la finalidad que se le considere por los demás como tal, como verdaderamente es, sin desnaturalizaciones ni deformaciones<sup>6</sup>. La identidad

---

1 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Un nuovo modo di fare Diritto", en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza Genova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, p.231.

2 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.9.

3 ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. "Identità personale", en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, volumen IX, Utet, Turín, 1993, p.294.

4 DOGLIOTTI, Massimo. "I. Le persone fisiche", en: *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, 2. Persone e famiglia, Utet, segunda edición, Turín, 1999, p.146.

5 FINOCCHIARO, Giusella. "Identità personale (diritto alla)", en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Aggiornamento, Turín, 2010, p.725.

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "El derecho a la identidad personal", en: *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Cultura Cuzco S.A., Lima, 1990, p.61.



es una compleja y constante lucha para afirmar que soy yo y evitar caer en la multiplicidad de circunstancias y situaciones en las que cada persona tendría que expresar que *no soy yo mismo*, debido a que el ser humano no es una máquina, ni un autómatas, sino un ente que se hace, deviene en toda su existencia”.

Es, en palabras de uno de los juristas italianos que más ha estudiado este derecho, Adriano de Cupis, el derecho a ser uno mismo, con nuestras propias características y acciones, que se constituye en la verdad de la persona, que no puede, en sí y por sí, ser destruida: que la verdad, por ser precisamente así, no puede ser eliminada<sup>7</sup>. En esa línea, otro sector importante de la doctrina italiana (la experiencia jurídica en Europa donde más se ha ahondado sobre la materia), ha señalado que el derecho a la identidad personal es el derecho por el cual los aspectos del sujeto y de su vida sean tutelados en atención al principio de verdad, evitando sus distorsiones<sup>8</sup>. En tal sentido, la identidad personal consiste en ser *uno mismo* y no otro, pese a su integración social. Este perfil de la existencia, que es la *mismidad* del ser, se erige como un primordial interés personal que exige la protección jurídica, al lado y de la misma forma que sucede con otros intereses fundamentales de la persona, como son la vida o la libertad<sup>9</sup>. Tratar sobre el derecho a la identidad personal implica necesariamente hacer referencia de los desarrollos realizados por la cultura jurídica italiana, que fue la fuente de primordial para que Carlos Fernández Sessarego desarrollara su teoría sobre el referido derecho<sup>10</sup>, por lo que trataremos algunos de los aportes peninsulares sobre la materia.

### 3 LA INFLUENCIA ITALIANA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

El derecho a la identidad personal en la experiencia italiana ha sido considerado como emergente, un nuevo derecho fundamental del sujeto, el producto de la jurisprudencia madurada a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado<sup>11</sup>.

Se puede encontrar que, ya en los años cincuenta y sesenta, comienza a evidenciarse una tendencia a superar la visión restrictiva, estática de la identidad, a favor de una perspectiva más amplia<sup>12</sup>. En esta impronta se puede encontrar, como una de las figuras mayores, a Adriano de Cupis (fallecido el 21 de octubre de 2005). Para este jurista el derecho a la identidad personal tiene por objeto un bien que constituye una cualidad, el modo de ser de la persona: la forma de *ser uno mismo*, que comprende también su relación con la sociedad, la comunitaria, donde vive<sup>13</sup>.

De acuerdo al planteamiento de De Cupis, el centro de la identidad personal es el interés de la persona en aparecer, en el plano social, como realmente es, por lo que la tutela de la identidad personal se realiza a través de la atribución a la persona del derecho al uso exclusivo de ciertos signos distintivos (nombre, pseudónimo, por ejemplo)<sup>14</sup>, en forma de excluir posibles confusiones con otros miembros de la sociedad. Así el derecho a la identidad personal es un derecho subjetivo de la persona, esencial e innato, de alcance general, y que encuentra su aplicación particular en la imagen, nombre, seudónimo y el derecho de

7 DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982, p.399.

8 TORRENTE, Andrea y Schlesinger, Piero. *Manuale di diritto privato*, vigésima tercera edición, al cuidado de Franco Anelli y Carlo Granelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, p.148.

9 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El derecho a la identidad personal”, en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, p.148.

10 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, segunda edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 52.

11 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bolonia, 2003, p.35.

12 TRUCCO, Laura. *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, p. 208.

13 DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982, p.403.

14 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bolonia, 2003, p.35.

rectificación. El interés de este derecho no es solo la identificación *erga omnes* de la persona, sino también a la *representación social* del sujeto, el interés por el cual la expresión personal no sea cambiada mediante la atribución incorrecta de determinados hechos o situaciones relacionados con su vida<sup>15</sup>.

Dejando de lado posiciones de perplejidad sobre la existencia de este derecho<sup>16</sup>, la evolución de su concepción jurídica de la identidad personal en la cultura jurídica italiana se consolidó entre los fines de la década de los setenta y el inicio de los ochenta del siglo XX, como consecuencia de la evolución jurisprudencia. Como bien anota Giorgio Pino<sup>17</sup>, de la primigenia consideración de la identidad como suma de signos distintivos, y por ende como individualidad *física* de la persona en el ámbito de un determinado contexto social, la doctrina italiana arriba a la noción de identidad como *individualidad personal*, vale decir como imagen social que el sujeto proyecta de sí mismo respecto al conjunto de las ideas, de las convicciones, de las posiciones políticas y todo lo que constituya expresión externa del patrimonio del sujeto. Como es evidente, esto representa un salto de calidad, lo que llevó al profesor Pietro Rescigno a declarar que puede encontrar menores aversiones y desconfianzas y puede servir para proporcionar una respuesta positiva al problema que aquí ha emergido, de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad<sup>18</sup>.

Se ha considerado que la moderna perspectiva del derecho a la identidad personal inicia una nueva estación en la tutela jurídica de la persona<sup>19</sup>, diferenciándolo de sus manifestaciones particulares (especialmente el nombre).

A nivel jurisprudencial, fue la precursora sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de 1974, el acta bautismal del reconocimiento del derecho a la identidad personal en Italia<sup>20</sup>. En esta sentencia se llega a declarar que “el ordenamiento jurídico tutela el derecho de cada uno a no ser desconocida la paternidad de las propias acciones y, especialmente, no atribuirse la paternidad de actos no suyos, y no ser alterada la propia personalidad individual”<sup>21</sup>. En tal sentido, el derecho a la identidad personal es el derecho de cada persona a ser representada, en la realidad social y en sus relaciones personales, con su verdadera esencia, así como es conocida en el contexto en que vive y desarrolla su vida<sup>22</sup>. Por ello, anotaba magistralmente un jurista tan agudo como fue Stefano Rodotà<sup>23</sup>, que la identidad personal es un cuestión abierta en el tiempo.

Otro de los pasajes neurálgicos del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la identidad fue la sentencia n° 3769, emitida en la Corte de Casación del 22 de junio de 1985. En este pronunciamiento la suprema magistratura manifestó que:

Cada sujeto tiene interés, considerado generalmente merecedor de tutela jurídica, de ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, así como esta en el realidad social, general y particular, es conocida o podía ser conocida con los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva; es decir, tiene interés en no verse al exterior alterado, cambiado, en el contexto de su patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc.<sup>24</sup>

15 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.36.

16 FALZEA, Angelo. “Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità”, en: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Giuffrè editore, Milán, 1985, p. 88.

17 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.42.

18 RESCIGNO, Pietro. “Conclusioni”, en: ALPA, Guido; BESSONE, Mario y BONESCHI, Luca (al cuidado de), *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padua, 1981, p.189.

19 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.43.

20 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.65.

21 Citada por GAMBARO, Antonio. Diritti della personalità. en: *Rivista di Diritto Civile*, parte II, Cedam, Padua, 1981, p.519.

22 NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Diritto privato*. G. Giappichelli editore, quinta edición, Turín, 2019, p.171.

23 RODOTÀ, Stefano. *Diritto d'amore*. Editori Laterza, Bari, 2017, p.128.

24 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Il Mulino, Bologna, 2003, p.79.

También la Corte Constitucional de Italia, mediante sentencia n°13 del 3 de febrero de 1994 estableció que el derecho a la identidad personal constituye un bien por sí mismo, independientemente de la condición personal y social, de las virtudes y de los defectos del sujeto, por lo que se le reconoce el derecho a que su individualidad sea preservada<sup>25</sup>.

#### **4 LA TEORÍA DE CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: LA DOBLE VERTIENTE DE LA IDENTIDAD PERSONAL**

El derecho a la identidad personal era prácticamente desconocido tanto en el Perú como en el resto de países latinoamericanos a la década de los años ochenta del siglo XX. Es sólo en la última década del referido siglo donde aparecen los primeros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de este derecho que, junto con el derecho a la vida y el derecho a la libertad, constituye el núcleo de los derechos fundamentales de la persona. Es el libro del recordado maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (Callao, 06 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019) *Derecho a la identidad personal*, publicado por Astrea de Buenos Aires en 1992, el principal aporte doctrinario en América Latina sobre el tema.

Para Fernández Sessarego<sup>26</sup> la identidad personal se presenta como un primordial interés existencial que merece tutela jurídica. Es, por ende, una situación jurídica por la cual el sujeto tiene el derecho a ser representado fielmente en su protección social. Teniendo el sujeto el derecho a que se le conozca y defina de acuerdo a su *verdad personal*, tal como es, sin desfiguraciones, sin alteraciones, sin falseamientos, sin distorsiones o desnaturalizaciones de sus características, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser *el mismo* y no *otro*. Supone, por ende, este derecho la exigencia del respeto de la propia biografía.

La identidad personal de acuerdo a la teoría del jusfilósofo peruano posee dos tipos de componentes que integran una unidad inescindible. Surge como resultado de una información genética de base que es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son elementos que conforman la identidad estática en cuanto ella es invariable. No obstante, la identidad se complementa con un plexo de atributos, características y rasgos de la persona. Estos datos, a diferencia de los biológicos, pueden cambiar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la persona constituye el elemento dinámico de la identidad, que se encuentra compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del ser humano, entre otros. Este conjunto de características que individualizan a la persona se exteriorizan, proyectándose al mundo social y permiten a los demás identificar al sujeto en la comunidad. La identidad personal no se agota en los alcances conceptuales de lo que se suele definir como *identificación*, noción que no abarca los aspectos propios de la persona. La identidad personal, abarcando también la identidad sexual<sup>27</sup>, es una noción comprensiva de todas las calidades del ser humano.

Con la incorporación del derecho a la identidad personal en la Constitución peruana de 1993 se abre un nuevo capítulo en la constante evolución de los derechos de la persona en el Perú. No obstante, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, si bien no fue posible que el derecho a la identidad personal fuera regulado por el Código Civil de 1984, fue

---

25 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Il Mulino, Bologna, 2003, p.95.

26 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p.117.

27 Sobre el tema de la identidad sexual, en relación a la problemática del transexualismo, véase a PATTI, Salvatore. "Transsexualismo", en *Digesto*, volumen XIX, sezione civile, Utet, IV edizione, Turin, 1999, p.416. STANZIONE, Pasquale. "Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982", en: *Observatorio de Derecho Civil*, tomo IV: La persona, Motivensa editora Jurídica, Lima, 2010, p.213 y ss.

introducido dentro del numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993<sup>28</sup>, por influencia suya<sup>29</sup>.

## **5 LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD PERSONAL EN EL ÁMBITO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PERUANO**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la Convención Americana protege el derecho a la identidad, el cual se erige de la interpretación del derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad, de esta manera la ha definido como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”<sup>30</sup>. De igual manera, ha reconocido que de este derecho se desprende un derecho a la identidad de género el cual concibe como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”<sup>31</sup>. Así respecto al proceso de reconocimiento de la identidad de las personas trans, señala que los Estados deben considerar que:

(...) el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se debe someter a los solicitantes al sometimiento a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida u otros que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba, por tanto el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante<sup>32</sup>.

(...) los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología<sup>33</sup>.

(...) no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana<sup>34</sup>.

Aunado a ello, en anteriores pronunciamientos de naturaleza contenciosa como son los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), *Duque vs. Colombia* (2016) y *Flor Freire vs.*

28 Uno de los más notables civilistas peruanos, el Prof. Yuri Vega Mere señala que “el afán y la pasión que puso sobre este nuevo derecho Fernández Sessarego, desconocido hasta entonces en la doctrina latinoamericana, ha sido la razón por la cual la Constitución de 1993 ha recogido expresamente este valor fundamental del ser humano, en el inciso 1 del artículo 2. A él debemos la presencia de esta nueva situación jurídica subjetiva en nuestro ordenamiento, que es el primero que la acoge en su más amplia acepción [...]”: VEGA MERE, Yuri. “Personas naturales: nuevas propuestas”, en Walter Gutiérrez Camacho (ed.), *Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, t. i, Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p.54.

29 “La Constitución de 1993 tuvo también inspiraciones audaces. Por ejemplo, el moderno derecho a la identidad fue introducido por Carlos Torres y Torres Lara a iniciativa de Carlos Fernández Sessarego”: RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018, p.110.

30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Párr. 90.

31 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 94.

32 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 129.

33 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 130.

34 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 146.

Ecuador (2016), ha dejado claro que la orientación sexual y la identidad de género de las personas, son categorías protegidas por Convención.

En Perú actualmente no existe una ley específica de protección del derecho a la identidad de las personas trans, pero lo que sí existe es la protección constitucional. En efecto, la Constitución Política del Perú regula en su artículo 2 que: “Toda persona tiene derecho: 1. (...), a su identidad (...)”. Respecto a este derecho, el Tribunal Constitucional del Perú ha desplegado un desarrollo jurisprudencial bajo tres sentencias de gran relevancia para el análisis del tema.

Este desarrollo se dio inicio en 2006 con el caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, el cual consideramos el antecedente más importante en la materia, dado que, en atención a la correlación entre los derechos fundamentales y la dignidad humana, por primera vez se otorga un contenido al derecho a la identidad personal como elemento esencial para garantizar una vida digna<sup>35</sup>. En esta sentencia además se define al sexo del individuo, como aquel compuesto por diversos elementos, incluyendo el psicológico y social. En línea con ello agrega que “al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse.”<sup>36</sup> Define el derecho a la identidad como:

El derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)<sup>37</sup>.

Con esto se evidencia que el Tribunal Constitucional asume una postura sobre el sexo de las personas que va más allá del aspecto únicamente biológico, considerando también los elementos psicosociales en su composición y que éste se desarrolla a lo largo de la vida en línea con la personalidad de cada uno, aunque no llega a incluirlo en la clasificación como un componente subjetivo o dinámico de la identidad. Cabe señalar que en esta sentencia se admite el cambio de nombre de la demandante, en atención a que lo solicitado se restringió solo a ese extremo.

Seguidamente, en 2014 con el caso Pamela Estela Mendoza Moreno, el Tribunal Constitucional adopta una posición estrictamente biologicista sobre el sexo de las personas y sostiene que:

Para el Derecho entonces el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en la naturaleza de las cosas (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.<sup>38</sup>

Como podemos advertir, en esta sentencia se asume la doctrina de la indisponibilidad del sexo de las personas, considerando que este tiene un carácter objetivo dentro de la

---

35 Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente nro. 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 7.

36 Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente nro. 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 15.

37 Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente nro. 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 21.

38 Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente nro. 0139-2013-PA/TC de 18 de marzo de 2014, fundamento jurídico 5.



clasificación realizada en la sentencia anterior, en la cual no se llegó a establecer como un elemento dinámico. Nótese que al definir al sexo solo considera el elemento biológico, dejando de lado el componente psicosocial. Toma provecho entonces de la clasificación abierta que dejó la sentencia anterior y posiciona al sexo en el plano objetivo, debiendo quedar ello establecido en el registro civil como una exigencia constitucional. Esto trajo como consecuencia fatal, la vulneración del derecho de acceso a la justicia de las minorías trans, dado que se estableció que no procedía solicitar este tipo de reconocimiento. Recordemos que la identidad personal como un derecho fundamental basado en la dignidad de las personas, permite su exigencia de protección ante los órganos jurisdiccionales, sin embargo, a través de esta sentencia se cerró esta facultad, negando la posibilidad a las personas trans tener un documento de identidad que refleje su identidad sentida y vivida.

Finalmente, en 2016 con el caso Ana Romero Saldarriaga, el Tribunal Constitucional deja sin efecto la doctrina del fallo anterior para dar paso a una concepción mejor elaborada del derecho a la identidad en sus ambas vertientes. Señalando que:

La realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia [...] se caería en un determinismo biológico que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física y ello obviaría que el ser humano es un ser también psíquico y social.<sup>39</sup>

Partiendo de ello, se reconoce la existencia de un derecho a la identidad de género, como aquel que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal, y que define como ese

(...) conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano y que le permite distinguir de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer”, es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad<sup>40</sup>.

Como consecuencia de este último fallo constitucional, el reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans viene siendo atendido por la judicatura ordinaria a través del proceso sumarísimo. Máxime que también exhorta al Estado peruano a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para asegurar a estas minorías el goce y ejercicio de su derecho a la identidad en condiciones de igualdad, lo que no se ha logrado hasta la fecha. Por ende, se continúa sometiendo a las personas trans a un proceso judicial para el reconocimiento de su identidad, que si bien se desarrolla en la vía sumarísima, de todas maneras implica un tiempo de espera considerando la carga procesal, la decadencia del sistema judicial peruano y sobre todo un corto conocimiento de nuestros jueces en materia de diversidad. Asimismo, dada la actividad probatoria de todo proceso judicial y la falta de claridad de la sentencia constitucional, en cuanto a los requisitos para su reconocimiento o la viabilidad de enmarcarlo en el principio de la autodeterminación, puede poner en peligro otros

---

39 Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente nro. 6040-2015-PA/TC de 21 de octubre de 2016, fundamento jurídico 13.

40 Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente nro. 6040-2015-PA/TC de 21 de octubre de 2016, fundamento jurídico 14.

derechos fundamentales como la integridad física y la igualdad ante la ley.

Con esta última sentencia del Tribunal Constitucional peruano, vemos como el desarrollo de la jurisprudencia constitucional ha conducido al reconocimiento de un nuevo derecho, como consecuencia de una interpretación evolutiva de la Constitución y en amparo del artículo 3 de la misma. Esto con la finalidad de proteger los derechos constitucionales de aquellos grupos minoritarios que no se encontraban en la mirada del debate del constituyente de 1993 y que también constituyen derechos humanos como ha sido reconocido por la Corte Interamericana. Por ello, la labor interpretativa del Tribunal Constitucional ocupa una función de vital importancia para la protección de los derechos, en atención a que la Constitución es una norma de mínimos. En ese sentido, consideramos que el avance en la materia es neto, en donde hemos pasado de un criterio constitucional estrictamente biologicista a uno centrado en la diversidad de la persona como ser psíquico y social.

Podemos señalar que la problemática peruana actual ya no se centra en lograr el reconocimiento del derecho sino en la forma y alcances de este reconocimiento. La sentencia señalada no llega a elaborar una doctrina completa basada en la autodeterminación, por lo que quedan dudas al momento de su aplicación a los casos concretos, es decir, si se trata de un modelo constitucional basado en la autodeterminación o la heteroasignación. Criterio que será de vital importancia tener claro en atención a los efectos que pueden recaer sobre las personas trans en uno u otro caso. Considerando que por la autodeterminación primará la decisión libre e informada de la persona solicitante, mientras que por la heteroasignación la decisión de la persona deberá estar acompañada de pruebas sobre su identidad (diagnósticos médicos, modificaciones corporales, entre otros). Siendo tarea de los jueces ordinarios su interpretación, la que consideramos deberá realizarse también a las luces del criterio interpretativo adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la reciente Opinión Consultiva OC-24/17.

De esta manera, es necesario entender la importancia del oportuno reconocimiento de la identidad de las personas trans sin que se presenten obstáculos para ello, en tanto que, recordemos se trata de una población minoritaria históricamente discriminada, que para incluirse en la sociedad trata de *invisibilizar* su apariencia trans a través de cambios físicos que afectan su salud. Se ven obligados, muchas veces, a ir en contra de sus más profundos deseos de cómo llevar su propio cuerpo, sometiéndose a tratamientos médicos e incluso operaciones que deben solventar ellos mismos para *encajar* en las categorías binarias mujer/hombre y poder ser aceptados en una sociedad que rechaza lo diverso. Pese a todo ello, la gran mayoría no logrará esa aceptación anhelada, de ahí que vean dificultada su inclusión y el efectivo ejercicio de sus derechos como personas. La discriminación se presenta como barrera para que este grupo minoritario pueda ejercer en igualdad de oportunidades sus derechos. El acceso a la salud o al mercado formal de trabajo como principales derechos negados a este grupo que los reduce a condiciones precarias de vida, cuya supervivencia en su mayoría sobretodo de las mujeres trans se asienta en el ejercicio de la prostitución y con ello padecer un doble rechazo social en todos los ámbitos. Esto se confirma con la reciente encuesta sobre colectivo LGBT aplicada en Perú<sup>41</sup>, por la cual 4 de cada 10 encuestados respondieron que no estarían dispuestos a contratar a una persona trans, asimismo los resultados mostraron que la población LGBT es una de las más discriminadas en el Perú.

En ese sentido, el reconocimiento del derecho a la identidad de género se muestra

---

41 II Encuesta nacional de Derechos Humanos: Población LGBT, aplicada en noviembre de 2019.



como un logro sustancial, en tanto que constituye el reconocimiento constitucional de este grupo minoritario, su existencia, y que obliga su atención por parte de los poderes públicos, a través de políticas y normativa que logre su inclusión social y el efectivo ejercicio de sus derechos. Por otro lado, poder tener en las manos un documento de identidad que refleje su identidad sentida y vivida, refuerza el poder ejercitar los derechos y exigir también su respeto conforme a su condición. Siendo necesario y consideramos es una tarea pendiente del Tribunal Constitucional o de la legislación que se elabore, el establecer el criterio del reconocimiento, el cual debe considerar la autodeterminación de la persona en su diversidad, sin la exigencia de requisitos abusivos que vulneren derechos, perpetúen su patologización u obstaculicen su oportuno reconocimiento.

## **6 LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO PERUANO DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD**

El pasado 2 de abril, en el marco de las medidas implementadas por el gobierno peruano para la lucha contra el Covid-19, se publicó el Decreto Supremo N° 057-2020-PCM por el cual se incorporó el numeral 3.8 al artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM sobre Prórroga del Estado de Emergencia Nacional. Disponiendo, respecto a la medida de inmovilización social obligatoria, que:

Para la adquisición de víveres o productos farmacéuticos, solo está permitido el desplazamiento de una persona por núcleo familiar. Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día. Para la aplicación y control de la presente disposición, queda prohibido cualquier tipo de discriminación.

Esta disposición de tránsito nos llevó a preguntarnos ¿qué pasa con las personas trans? Como hemos visto en el desarrollo jurisprudencial en Perú hemos llegado al reconocimiento del derecho a la identidad de género y que esto se vea reflejado en el documento nacional de identidad, sin embargo queda pendiente aún definir la forma y alcances de dicho reconocimiento, por lo que su aplicación práctica todavía presenta muchas deficiencias, producto de ello es que gran parte de estas minorías trans aún no vea reconocido de manera oficial su sexo sentido y vivido en el documento de identidad y, por ende, no reciban un trato jurídico como el género con el que se identifican, sin estigmatizarlos, discriminarlos o sancionarlos por ello.

La referida disposición contenía en la parte final del primer párrafo: “queda prohibido cualquier tipo de discriminación”, a la que se sumó la declaración del Presidente de la República, así como las declaraciones de algunos ministros que respaldaron la posición estatal, de que no se verificaría el sexo que figura en el documento nacional de identidad sino mediante la apariencia de la persona, lo que expresa su verdad existencial. Sin embargo, la realidad nos mostró la otra cara de la moneda y a partir de la puesta en marcha de esta medida y durante los 8 días de su vigencia fuimos testigos, a través de los noticieros y redes sociales, de los abusos cometidos por la Policía Nacional. En los cuales se les detenía a las personas trans en la calle para solicitarles el documento de identidad y se les juzgaba por el sexo ahí consignado pese a que su apariencia indicaba lo contrario, también la imposición de castigos como ponerlos a realizar ejercicios físicos, pronunciar frases como “quiero ser hombre” hacia

las mujeres trans, entre otras vejaciones seguidas de burlas en un claro atentado a su dignidad humana. Estos actos de discriminación representan una violación a los derechos humanos, que vulneraban el derecho al libre tránsito, incluso dentro de los días que podían hacerlo de acuerdo a su apariencia, ocasionándoles intimidación, un claro obstáculo en el ejercicio de sus derechos.

Esta medida fue dejada sin efecto a través del Decreto Supremo 064-2020-PCM, publicado el 10 de abril de 2020. No obstante, los hechos nos revelan que en la sociedad peruana y en las propias autoridades existe un alto rechazo a las minorías trans, lo que se traduce en la desigualdad y discriminación que ya venían sufriendo a lo largo de la historia y que se acentúan en situaciones de emergencia con la restricción de derechos fundamentales.

## **7 LA REACCIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y AUTORIDADES NACIONALES**

Sobre los diferentes hechos de violación de derechos humanos que se vienen suscitando en los Estados, los organismos internacionales de Derechos Humanos emitieron una serie de pronunciamientos en pro del respeto de los Derechos Humanos de los grupos de especial vulnerabilidad como son la población LGBTI. Tal es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la declaración 1/20, de 9 de abril, instó a los Estados a abordar la problemática de la pandemia con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Resolución 1/2020 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, de 10 de abril, señala la necesidad de prestar atención al impacto que tienen las medidas de emergencia frente a la pandemia, en los derechos humanos de grupos históricamente discriminados, como es el caso de las personas trans.

En la misma línea, la Comisión emitió el Comunicado de Prensa de 20 de abril de 2020, donde manifestó su preocupación en razón de que estas medidas puedan conllevar riesgos para los derechos de las personas LGBTI y derivar en actos de discriminación y violencia, poniendo de ejemplo el caso peruano y panameño. En atención a que la policía y otras fuerzas de seguridad de los Estados de la región comparten las mismas actitudes y prejuicios contra personas LGTBI que prevalecen en la sociedad en general. Llamando a los Estados a adoptar políticas de sensibilización dirigidas a las fuerzas del orden público y a las autoridades judiciales en materia de identidad y expresión de género, que tomen en cuenta que las personas trans y de género diverso, frecuentemente, no cuentan con un documento de identificación personal que refleje de manera adecuada su identidad y/o expresión de género.

Es importante agregar también que a través de la Sentencia del caso Azul Rojas Marín vs. Perú, recientemente se ha condenado al Estado peruano por violación de los derechos a la libertad e integridad personal, a la vida privada, a no ser sometido a tortura, a las garantías judiciales y a la protección judicial. Azul Rojas Marín es una mujer trans, que el 25 de febrero de 2008 durante la noche, se dirigía a su casa cuando fue detenida arbitrariamente por agentes de la Policía Nacional, quienes la obligaron a subir al vehículo policial bajo golpes e insultos, posteriormente en la Comisaría fue desnudada forzosamente, golpeada, torturada y finalmente violada sexualmente por vía anal con una vara policial. En esta sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que:

En la sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGBTI, que en algunos casos llevan a la violencia [...] La violencia en algunas ocasiones es cometida por agentes estatales,

incluyendo efectivos de la policía nacional y del serenazgo, tal como se alega que ocurrió en el presente caso<sup>42</sup>.

Efectivamente, lo concluido en esta reciente sentencia es un claro reflejo de la realidad que viven día a día las personas trans y en general la población LGBTI en el Perú y que muchas veces suele quedar invisibilizada. Con ello también se corrobora los hechos sucedidos durante el periodo de vigencia del Decreto Supremo 057-2020-PCM de 2 de abril, con los abusos y la discriminación perpetrada por la Policía Nacional. Siendo necesaria la urgente implementación de las medidas impuestas al Estado peruano, dentro de las cuales se destaca:

[...] adoptar un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia; crear e implementar un plan de capacitación y sensibilización sobre violencia contra las personas LGBTI a los agentes estatales; diseñar e implementar un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI; eliminar el indicador de erradicación de homosexuales y travestis de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú.<sup>43</sup>

Esta problemática también fue advertida por la Defensoría del Pueblo, a través del Informe 12-2020-DP, de 9 de abril, sobre situación de personas de especial protección a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria, en el cual menciona cómo estas medidas adoptadas han ocasionado afectaciones a los derechos a la integridad e identidad de las personas LGBTI. Tal es así que reitera la recomendación realizada al Congreso de la República referida a la aprobación de una ley específica en la materia y la realización de capacitaciones del personal de la Policía Nacional, en temas de igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de las personas LGBTI. Cabe señalar que la Defensoría del Pueblo ha venido recomendando estas medidas desde el 2016, a través del Informe Defensorial nro. 175 y del Informe de Adjuntía 007-2018-DP/ADHPD.

## **8 LA POSTURA DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LOS CASOS DE RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS**

De acuerdo al último fallo del Tribunal Constitucional peruano, como se señaló líneas arriba, el conocimiento de las causas sobre reconocimiento de la identidad de las personas trans se encuentra a cargo de los jueces ordinarios a través del proceso sumarísimo. Siendo que recientemente el Poder Judicial peruano a través de su máximo ente el Consejo Ejecutivo, demostró que dentro de esta institución que tiene a cargo uno de los procesos más importantes para el reconocimiento como sujetos de derecho de las personas trans, existe todavía una postura discriminatoria sobre este grupo minoritario y en general sobre la población LGTBI.

Se trata de la actualización de las Reglas de Brasilia, que se dieron como consecuencia de la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2018. Las Reglas de Brasilia se adoptaron por primera vez en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada del 4 al 6 de marzo de 2008 donde se aprobó el documento denominado Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad o también llamadas Reglas de Brasilia. Se adoptaron con la finalidad de garantizar y facilitar el acceso universal a la justicia sin distinción. En ese sentido, a través de su actualización en 2018, se incorporó dentro del concepto de personas

---

42 Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Párr. 51.

43 Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín vs. Perú. Puntos resolutivos nro. 13-16.

en situación de vulnerabilidad (regla 3), aquellas por razón de su orientación sexual e identidad de género. Asimismo, como causa de vulnerabilidad, la orientación sexual e identidad de género (regla 4).

En ese sentido, las Reglas de Brasilia, bajo esta actualización, considera a la orientación sexual e identidad de género una condición de vulnerabilidad para el acceso al sistema de justicia cuando por este motivo las personas se vean impedidas o restringidas de ejercer sus derechos ante dicho sistema. Sobre estas disposiciones, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, a través de las Resoluciones Administrativas nro. 11-2020-CE-PJ y 002-2020-CE-P, publicadas en el Diario El Peruano el 17 de julio pasado, consideró adherirse a la actualización con excepción de la regla 4 “en el extremo que constituye como causa de vulnerabilidad la orientación sexual e identidad de género”. Dentro de todo ello, una de las cuestiones más resaltantes fue el voto singular del Consejero y Juez Supremo Javier Arévalo Vela en la cual expresó que biológicamente solo es admisible la existencia del género masculino y femenino, y que la orientación sexual en condiciones normales solo puede ser heterosexual.

Posteriormente, la Presidenta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, solicitó la reconsideración de dicha decisión a los Consejeros del Poder Judicial el cual fue declarado fundado. Por lo que actualmente el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha dispuesto la aplicación, sin excepción alguna, de la actualización de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.

Como vemos, estos hechos son una clara muestra de cuál es el criterio que impera en los magistrados del órgano más importante del Poder Judicial, y así también se replica en diversos jueces a nivel nacional, un riesgo para que la población LGTBI no vea afectado su derecho de acceso a la justicia sin discriminación.

Una sentencia que es necesario resaltar, no solo por su reciente expedición sino también por su importante alcance en pro de la tutela de los derechos de la población LGTBI en el Perú, es la sentencia expedida por el juzgado especializado en lo constitucional de Lima<sup>44</sup>. A través de esta sentencia el magistrado ordenó al RENIEC<sup>45</sup> la elaboración de un procedimiento administrativo para el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans e intersex, con la finalidad de que estos casos ya no se ventilen en la vía judicial. Si bien este caso trata en el fondo sobre una persona intersex, nos demuestra cómo la población LGTBI alberga violaciones sistemáticas de derechos en común, como es el caso de las personas trans y las personas intersex en cuanto al derecho a la identidad.

El magistrado llega a señalar cuáles deben ser las exigencias máximas a requerir para poder realizar el trámite, el cual debe ser rápido y de preferencia gratuito, no debe exigir intervenciones quirúrgicas, tratamientos hormonales e incluso admitir una categoría adicional a masculino o femenino. De tal manera, que sea exigible únicamente el consentimiento libre e informado del solicitante, en una clara muestra de atención a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-24/17. Asimismo, otro punto importante a resaltar en este fallo es la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, específicamente una “omisión inconstitucional”, ante la inexistencia de un procedimiento que permita el cambio de nombres, sexo e imagen en el documento de identidad conforme a los parámetros señalados por la Corte Interamericana. Reconoce que, en virtud de ello, existe

---

44 Perú. Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima, en Proceso de amparo, de fecha 30 de julio de 2020.

45 Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, actúa como parte demandada en los procesos de cambio de la mención del sexo en los registros.

una vulneración sistemática al derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Esta sentencia es una muestra de que la justicia peruana está tomando conciencia sobre las necesidades de estas poblaciones minoritarias que recrudecen en periodos como los que estamos viviendo, una pandemia. Sin embargo, no se trata de una sentencia firme dado que ha sido apelada por el RENIEC, por lo que la causa será conocida por la Sala Superior de la Corte de Justicia de Lima. Pese a ello es importante reconocer que se trata de un avance importante en materia de derechos fundamentales de grupos minoritarios históricamente discriminados y que el criterio adoptado por los jueces no resulta ser del todo desolador.

## **9 CONCLUSIONES**

Es necesario reconocer que los derechos de las personas LGBTI son derechos humanos, que esta población históricamente discriminada también sufre las consecuencias del sistema sexo-género, a través de la cual son violentados u obstaculizados en el ejercicio de sus derechos por apartarse de los patrones socialmente construidos sobre la genitalidad de las personas. De no aceptar ni comprender que las personas son diversas, que son idénticas a sí mismas, que en atención a la libertad como seres con dignidad pueden proyectar su vida conforme a sus más profundas aspiraciones, entendiendo que la identidad es parte del proyecto de vida. El no reconocimiento de sus derechos humanos, es negarle su condición de seres con dignidad, de establecer diferencias por su identidad diversa, cuando la dignidad de las personas está por encima de las características que pueda tener cada persona. Recordemos que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos y que las constituciones políticas adoptan tanto como principio y como derecho subjetivo, en ese sentido los derechos fundamentales tienen un doble carácter siendo uno de ellos que impone a los poderes públicos el deber positivo de proteger ese derecho, lo que hasta ahora no se ha realizado respecto al derecho a la identidad personal.

Tampoco es suficiente la mera positivización del derecho, sino que esto debe involucrar también su efectivización en la realidad, para lograr la igualdad real y material, la que se traduce en la igualdad de oportunidades para su acceso y su disfrute por parte de todas las personas, a través de las disposiciones normativas y políticas públicas enfocadas en ello. Es momento de preocuparnos por esa parte tan importante que falta desarrollar que es la igualdad real y material, de lo contrario estaríamos admitiendo que los derechos solo pueden ser ejercidos por una parte y que la otra, por sus características, no pueden acceder a ellos, vulnerando el fin supremo de todos los derechos fundamentales que es el reconocimiento de la dignidad de las personas por el hecho de ser personas, independientemente de cualquier característica.

Los hechos ocurridos durante los 8 días de vigencia del Decreto Supremo 057-2020-PCM, son una muestra clara de cómo entiende y responde la sociedad peruana y las autoridades ante las personas trans: con violencia y discriminación. Hechos que durante mucho tiempo se han encontrado invisibilizados y que sigue siendo así en la mayoría de casos, pues son pocos quienes se atreven a denunciar, precisamente porque quienes deberían defenderlos también son quienes violan sus derechos, y aquí nos remitimos también al triste caso de Azul Rojas Marín. Esta problemática social se intensifica en tiempos de emergencia como en el que nos encontramos actualmente producto del Covid-19 con la limitación de algunos derechos fundamentales. Es por ello que antes de adoptar las medidas pertinentes para la contención del virus, se consideren las consecuencias y prevean los mecanismos necesarios para evitar un grave impacto no solo en los grupos LGBTI, sino también las mujeres, las personas con



discapacidad, y en general quienes integran los grupos con mayor vulnerabilidad. Esto es, como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aplicar un enfoque de derechos humanos.

En la misma línea, esta situación debe servir para replantearnos la necesidad de una ley específica en la materia, que les reconozca un proceso basado en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin la exigencia de requisitos invasivos y abusivos como certificaciones médicas o psicológicas, o de operaciones quirúrgicas o tratamientos hormonales que son contrarios a la integridad personal. La naturaleza del proceso de reconocimiento debe ser administrativo o notarial libre de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que lo solicita, como lo ha indicado el máximo tribunal de garantía de los derechos humanos en la región. La falta de desarrollo legislativo en la materia y mientras no se tenga reconocida la identidad sentida y vivida, constituye una negación al derecho a la identidad de las personas trans, estamos negando esta realidad, la existencia de estas minorías, que merecen la tutela oportuna de sus derechos. No olvidemos que las democracias no solo implican el gobierno de mayorías, sino el respeto por los derechos de las minorías.

## REFERENCIAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Azul Rojas Marín vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de marzo de 2020.

Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia del Tercer Juzgado Constitucional Transitorio de Lima, en Proceso de amparo, de fecha 30 de julio de 2020.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982.

DOGLIOTTI, Massimo. "I. Le persone fisiche", en: *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, 2. *Personae e famiglia*, Utet, segunda edición, Turín, 1999.

FALZEA, Angelo. "Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità", en: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Giuffrè editore, Milán, 1985.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Instituto Pacífico, segunda edición actualizada y ampliada, Lima, 2015.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "El derecho a la identidad personal", en: *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Cultura Cuzco S.A., Lima, 1990.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "El derecho a la identidad personal", en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Un nuovo modo di fare Diritto", en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza Genova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994.

FINOCCHIARO, Giusella. "Identità personale (diritto alla)", en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Aggiornamento, Turín, 2010.

- GAMBARO, Antonio. “Diritti della personalità”, en: *Rivista di Diritto Civile*, parte II, Cedam, Padua, 1981.
- NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo y SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Diritto privato*, G. Giappichelli editore, quinta edición, Turín, 2019.
- PATTI, Salvatore. *Transessualismo*, en: Digesto, volumen XIX, sezione civile, Utet, IV edizione, Turín, 1999.
- PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018.
- RESCIGNO, Pietro. “Conclusioni”, en: Alpa, Guido; Bessone, Mario y Boneschi, Luca (al cuidado de ), *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padua, 1981.
- RODOTÀ, Stefano. *Diritto d'amore*, Editori Laterza, Bari, 2017.
- STANZIONE, Pasquale. “Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982”, en: *Observatorio de Derecho Civil*, tomo IV: La persona, Motivensa editora Jurídica, Lima, 2010.
- TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*, Giuffrè Francis Lefebvre, vigésima tercera edición, al cuidado de Franco Anelli y Carlo Granelli, Milán, 2019.
- Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente nro. 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006.
- Tribunal Constitucional, Sentencia del expediente nro. 0139-2013-PA/TC, de 18 de marzo de 2014.
- Tribunal Constitucional, Sentencia del expediente nro. 6040-2015-PA/TC, de 21 de octubre de 2016.
- TRUCCO, Laura. *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004.
- VEGA MERE, Yuri. “Personas naturales: nuevas propuestas”, en Walter Gutiérrez Camacho (ed.), *Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 1995.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. “Identità personale”, en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, volumen IX, Utet, Turín, 1993.



# O DIREITO AO SEPULTAMENTO E AS MUDANÇAS ADVINDAS DA COVID-19 EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

## **Maria Vital da Rocha**

Pós-Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica). Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; “Perfezionamento” em Direito Romano na Universidade de Roma La Sapienza. Professora Adjunta de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, lecionando na graduação e no programa de pós-graduação stricto sensu. Professora Titular do Curso de Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), lecionando na graduação e no mestrado. Procuradora da Fazenda aposentada. E-mail: mavitalrocha@gmail.com.

## **Mariana Caroline Pereira Félix**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: marianapfelix@gmail.com.

## **Larissa Rocha de Paula Pessoa**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduanda em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: larissarch@globo.com.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Reflexões jurídicas: vida, saúde e morte; 3 Mudanças sociais advindas da covid-19; 4 Direito post mortem e respeito ao cadáver: colisão de direitos? 5 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade visam a proteção da pessoa humana, resguardando a vida, saúde, a integridade física e moral, a identidade, a privacidade, o próprio desenvolvimento da personalidade, ou seja, garantindo a verdadeira existência humana sem ofensas de natureza física e psíquica. São direitos inatos aos humanos, que são reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Evidencia-se que tais direitos personalíssimos também englobam a morte. Nesse aspecto, o direito atribuí aos familiares da pessoa falecida, o direito de prestar-lhe as últimas homenagens. Trata-se de uma despedida digna, isto é, a realização de velório, funeral e sepultamento do parente falecido.

Todavia, diante do novo cenário provocado pela pandemia da COVID-19, foram adotadas, ao nível interno e internacional, medidas de isolamento social e outras restrições que visam a redução da propagação do coronavírus. Essas medidas buscam resguardar o interesse público e o direito à saúde e à vida da coletividade, contudo, acabam por impactar em outras searas jurídicas, como o direito ao sepultamento e ao velório.

A presente pesquisa debruça-se sobre o direito *post mortem* e respeito ao cadáver nesse contexto de possível colisão de direitos coletivos e individuais. Investiga-se como as medidas de contenção da COVID-19 podem impactar no campo pessoal dos familiares, e do próprio falecido, a respeito do direito e da possibilidade de realização de funeral e outros ritos de passagem. Objetiva-se verificar a pertinência de tais providências e de ver até que ponto tais direitos podem ser relativizados sem que tenham seu núcleo essencial ferido ou anulado.

A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa, quanto ao tipo, é bibliográfica com um exame descritivo-analítico do tema, baseado em referências teóricas e legislações. A pesquisa é ainda exploratória, por buscar o aprimoramento de ideias do tema em questão. Quanto à abordagem e utilização de resultados, é qualitativa e pura, visando à expansão do conhecimento e sua interpretação sob o manto da ciência jurídica.

No primeiro capítulo, busca-se trazer conceitos iniciais sobre alguns direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, à saúde e à morte, e suas implicações dentro de um estudo dos direitos da personalidade.

No segundo capítulo, aborda-se a questão das mudanças sociais advindas da pandemia da COVID-19 e os impactos que tais mudanças causaram nos referidos direitos, bem como as mudanças legislativas necessárias para disciplinar esse novo cenário, especialmente no que tangencia o direito ao sepultamento e cerimônias de velório.

No terceiro capítulo, deseja-se compreender melhor o tema da morte e sua influência no comportamento humano, bem como a necessidade de relativização de alguns direitos assegurados em decorrência da preservação da saúde pública. Conclui-se com um estudo de caso, buscando aplicação prática da temática.

## 2 REFLEXÕES JURÍDICAS: VIDA, SAÚDE E MORTE

Instituir direitos pode ser entendido, dentre o leque de opções que o tema abrange, como o ato de atribuir a alguém alguma prerrogativa. Assim, direitos pressupõem um destinatário, que serão os seus titulares. O ser humano é o principal destinatário desses direitos de personalidade, sendo um atributo de quem recebe essa tutela, mas não exclusivamente.

Existem direitos que são atributos inerentes à condição de ser humano, são inatos, porque nascem com a pessoa, em uma visão jusnaturalista da origem desses direitos, onde

o homem é o centro. Canotilho<sup>1</sup> ressalta a indispensabilidade de uma base antropológica à Constituição como parte estruturante do Estado de Direito. No mesmo sentido, Piovesan explicita o sentido antropológico por meio do “[...] compromisso de proteção ao ser humano e de seus valores coletivos, em suas várias possibilidades”<sup>2</sup>.

O direito à vida, em especial, à vida digna, é um direito da personalidade que se inicia na concepção, se fortalece pelo nascimento com vida, se prolonga no desenvolvimento humano com saúde, integridade física e psíquica e se encerra com a morte digna. Conforme Bittar<sup>3</sup>, a vida é o bem maior da esfera natural e jurídica, uma vez que todos os demais direitos gravitam ao seu redor.

Para Adriano De Cupis, o direito à vida se trata de um direito essencial entre os essenciais, porque tem por objeto os bens mais elevados e, assim sendo, poderia até ser dominado de direito essencialíssimo, pelo fato de nenhum outro bem poder ser concebido separado dele<sup>4</sup>.

Assim, o direito à vida é o mais importante de todos os direitos, sem a sua proteção incondicional, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam<sup>5</sup>.

A Constituição brasileira prevê a “inviolabilidade do direito à vida”<sup>6</sup>, o mais básico de todos os direitos, posto que surge como real “pré-requisito” à existência dos demais direitos<sup>7</sup>.

O Código Civil de 2002<sup>8</sup> estabelece que a personalidade civil se inicia pelo nascimento com vida, resguardado desde o momento da concepção, os direitos do nascituro<sup>9</sup>. Isso porque, os direitos da personalidade visam à proteção da vida, da integridade física, da integridade moral, da identidade, da privacidade, da autodeterminação informacional e outros direitos da pessoa humana em si mesma.

Considerando o direito à saúde como parte da manutenção do direito à vida, como subsistir ou sobreviver, conceitua-se a saúde sob a ótica de uma “política destinada à prevenção e ao tratamento dos males que afligem o corpo e a mente humanos, com a criação inclusive de um sistema organizado que atenda aos doentes”<sup>10</sup>. Uma das premissas desse direito é a generalidade indeterminável, gozando de uma plasticidade que vai além dos direitos individuais e estende-se no âmbito dos direitos difusos, de tutela coletiva.

Saúde é um direito de todos e dever do Estado, nos termos do art.196 da Constituição Federal. É dever da Administração Pública prover os meios para que esse direito seja concretizado e mantido de forma perene na sociedade. É imprescindível a atuação pública visando a redução do risco de doenças e outros agravos, promovendo um acesso universal e igualitário<sup>11</sup>.

Com o fim da vida, o direito reconhece a morte<sup>12</sup>, que é o fato jurídico que implica em diversas consequências, repercutindo em várias searas jurídicas, como direito tributário,

---

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.244.

2 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.550.

3 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.119.

4 DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Livraria Moraes Editora. Lisboa, 1961, p.64

5 BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 2014, p.542-543.

6 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

7 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.427.

8 BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002*.

9 Dispõe o CC/2002, em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

10 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.38.

11 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

12 BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm)>. Acesso em: 09 out. 2020.

penal, administrativo, além do direito civil e direito funerário, em eventos como, por exemplo, velório, sepultamento, e divisão de bens. Nesse aspecto, Bittar<sup>13</sup> diz que:

Realce-se, a propósito, que, por força de considerações de ordem religiosa, que inspiram a manutenção do culto e do respeito à memória dos mortos, o direito cerca o cadáver de mecanismos de proteção, referentes à dignidade da pessoa e à prática de realização cerimônias fúnebres, a par de disposições de ordem sanitárias, destacando-se nesse elenco a definição de crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos.

Pode-se também considerar as cerimônias fúnebres como uma vertente do direito à saúde, pelo aspecto dos parentes que ficaram vivos, tendo em vista a saúde mental e emocional destes familiares e a forma como os sentimentos de perda podem ser expressados. Nesse contexto, o direito à sepultura possui algumas dimensões, como o direito a ser sepultado, de permanecer sepultado, direito à sepultura e o direito de sepultar.<sup>14</sup> Tal direito irradia-se na família do falecido, que é legitimada para tomar decisões em prol de sua proteção. Caso os herdeiros sejam omissos, essa responsabilidade se transfere ao Poder Público.

Conforme o art. 2º da Resolução nº 355/03 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, sepultar ou inumar “é o ato de colocar pessoa falecida, membros amputados e restos mortais em local adequado”<sup>15</sup>. Salienta-se que o ato normativo prevê que o local para esse fim, seja adequado, no caso, o cemitério ou a cinerária ou a urna, recipientes a serem depositados os restos mortais. Via de regra, é a família que tem autonomia para escolher onde inumar os restos mortais de seus relativos, dentre as possibilidades existentes.

Nesse sentido, observa-se que “[...] o princípio do poder-dever das pessoas, em matéria de direito funerário, deve ser entendido como o direito/dever que todos têm de sepultar os corpos mortos. Não pode a autoridade administrativa, em hipótese alguma, negar tal direito, até porque também é um dever seu a prática das inumações”<sup>16</sup>.

Do ponto de vista sanitário, existe a necessidade de conferir, com a máxima brevidade possível, o destino normal daquele corpo, ou seja, a sepultura, com certos ritos civis, ante o processo natural de decomposição<sup>17</sup>.

Quanto ao tratamento jurídico da morte, o Código Civil prevê que a “existência da pessoa natural termina com a morte”, sendo morte presumida em relação aos ausentes, nos casos em que a lei possibilita a abertura sucessória definitiva<sup>18</sup>. A morte presumida poderá ser declarada, sem que haja a decretação de ausência, quando “for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida” e “se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra” mas, a declaração poderá ser solicitada apenas após o esgotamento das buscas e averiguações<sup>19</sup>.

13 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.149-150

14 IBAM. Instituto Brasileiro de Administração Municipal. *Parecer nº 3058/2017*. Disponível em: <[http://www.ibam.org.br/media/arquivos/pareceres/parecer\\_sepultamento.pdf](http://www.ibam.org.br/media/arquivos/pareceres/parecer_sepultamento.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2020.

15 BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução nº 335, de 03 de abril de 2003. Brasília - CONAMA, *Diário Oficial da União de 28/05/2003*. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doc\\_25986\\_RESOLUCAO\\_N\\_335\\_DE\\_3\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2003.aspx](http://www.lex.com.br/doc_25986_RESOLUCAO_N_335_DE_3_DE_ABRIL_DE_2003.aspx)>. Acesso em: 09 out. 2020.

16 SILVA, Justino. Adriano Farias da. *Tratado de direito funerário: Teoria geral e instituições de direito funerário*. Tomo II. São Paulo: Método Editora, 2000, p. 90.

17 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.150.

18 Dispõe o CC, 2002, art. 6º: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

19 Dispõe o CC, 2002, Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

A legislação brasileira entende que a disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, depois da morte, reflete a vontade de seu proprietário, titular do direito. O art. 14, CC/02, corrobora com esse entendimento ao validar a disposição gratuita do próprio corpo para fins altruísticos ou científico e que esse ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo. No mesmo sentido, Bittar<sup>20</sup> explica que:

Assim, considerando não ser cabível a legislação sobre utilização de cadáver não reclamado (Lei n. 8.501/92) nem legislação para transplantes (Lei n. 9.434/97), o dispositivo geral do Código Civil é suficiente para responder à polêmica, na inovação trazida na matéria pelo Código de 2002, *na medida em que permite a disposição sobre o destino do corpo após a morte recai sobre a vontade de seu titular* (grifo nosso).

Já na tutela penal, segundo Bittar, encontram-se estabelecidos nas tipificações do: “impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (art. 209 do CP), inclusive enterro; violação de sepultura (art. 210 do CP); destruição, subtração ou ocultação (art. 211 do CP); e vilipêndio a cadáver (art. 212 do CP), inclusive cinzas”<sup>21</sup>.

Isso posto, é possível afirmar que “O fim primeiro e último do poder público é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias”<sup>22</sup>. Os direitos fundamentais são direitos de ampla abrangência e alta prevalência diante de outros direitos, porém, nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida. Significa dizer que questões de saúde pública, calamidade, ou alto risco de contaminação de doenças são cruciais para o debate da colisão de direitos e como a lei pode relativizar certas instituições. Do mesmo modo que o ordenamento jurídico prevê a garantia de um direito, ele também disciplina a sua relativização sem que seja ferido seu núcleo essencial.

### **3 MUDANÇAS SOCIAIS ADVINDAS DA COVID-19**

Inúmeras mudanças na sociedade, nas mais diversas áreas, decorreram de um novo coronavírus (SARS-COV-2) que foi identificado, na China, como causa de doença respiratória aguda grave (COVID-19), provavelmente, em dezembro de 2019. Em janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o surto como uma “emergência de saúde pública de interesse internacional (ESPII)” e, em março de 2020, com a disseminação do vírus em diferentes países, o cenário foi declarado como uma pandemia<sup>23</sup>.

No Brasil, foi editada a Lei 13.979/2020, objetivando a proteção da coletividade, dispondo “sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (art. 1º.)

Dentre estas medidas mais praticadas, encontram-se o isolamento, que é a “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus” e a quarentena, ou “restrição de atividades ou separação de

---

20 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.152.

21 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.150.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, 1999. São Paulo: Malheiros, p. 125.

23 BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087614/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.



peças suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes”. São maneiras de evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus, medidas de prevenção ao contágio da doença.<sup>24</sup>

Mas, ainda assim, o número de óbitos em decorrência da COVID-19 é muito elevado, no mundo, com mais de 1 milhão de mortes confirmadas<sup>25</sup> e, no Brasil, com mais de 150 mil pessoas<sup>26</sup>. No Ceará<sup>27</sup>, estado das autoras, foram mais de 9 mil óbitos acumulados, desde o início da pandemia.

Sem dúvida, uma situação calamitosa, que afetou o mundo globalizado, e forçou a cada nação buscar meios para evitar um colapso maior.

Na China, onde tudo começou, o governo vedou funerais de vítimas do coronavírus, impondo um protocolo rigoroso, com a imediata cremação dos corpos infectados em funerárias perto do local onde os pacientes estavam internados<sup>28</sup>. Na Irlanda, a autoridade de saúde local aconselhou os funcionários de necrotérios a colocarem máscaras em cadáveres, visando diminuir até o risco de infecção<sup>29</sup>. Na Itália, uma lei nacional de emergência proibiu funerais para impedir a propagação do vírus, ou seja, sem a realização dos rituais fúnebres, agentes funerários italianos informam que apenas enviam a foto do caixão que está sendo usado aos familiares e em seguida enterram ou cremam o corpo<sup>30</sup>. Em Portugal, editou-se uma norma sobre cuidados *post-mortem* de pessoas infectadas pelo coronavírus, recomendando a cremação dos corpos e determinando, em caso de sepultamento, que a o caixão permaneça selado<sup>31</sup>. Na Cidade do México, as autoridades emitiram recomendações para não realizar funerais nem fazer autópsia, além de transferências do cadáver para fora da cidade<sup>32</sup>.

O vírus, por ser um parasita intracelular obrigatório, necessita de um hospedeiro para continuar ativo, se reproduzindo. Uma vez no organismo humano, ele pode ficar incubado por até duas semanas e pode permanecer de forma ativa no cadáver por vários dias. Enquanto a pessoa estiver viva, ela pode ser transmissora, uma vez que o contágio se dá por meio de contato pessoa-a-pessoa. Porém, o vírus pode permanecer viável em superfícies por 24h ou mais. Essa permanência da atividade implica na possibilidade de contaminação de familiares e profissionais da saúde envolvidos, mesmo após a morte da pessoa contaminada<sup>33</sup>.

Quanto aos velórios e funerais, o risco de transmissão está associado ao contato

24 BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial Da União*. Publicado em: 07/02/2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm)>. Acesso em: 08 out. 2020.

25 CORONAVÍRUS (COVID-19). *Google News*. Disponível em: <<https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>>. Acesso em: 09 out. 2020.

26 BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus Brasil*. COVID-19: Painel Coronavírus. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2020.

27 CEARÁ. Secretária da Saúde. *IntegraSUS*. Indicadores: Indicadores Coronavírus: Óbitos por COVID-19. Disponível em: <<https://indicadores.integrasus.saude.ce.gov.br/indicadores/indicadores-coronavirus/obitos-covid>>. Acesso em: 08 out. 2020.

28 CHINA proíbe funerais de vítimas do coronavírus e vai cremar corpos. *Correio Braziliense*. Agência Estado. 03 fev. 2020. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/02/03/interna\\_mundo,825300/china-proibe-funerais-de-vitimas-do-coronavirus-e-vai-cremar-corpos.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/02/03/interna_mundo,825300/china-proibe-funerais-de-vitimas-do-coronavirus-e-vai-cremar-corpos.shtml)>. Acesso em: 08 out. 2020.

29 REUTERS. Vítimas do coronavírus são enterradas sem funerais em todo o mundo. *Agência Brasil*. 19 mar. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/vitimas-do-coronavirus-sao-enterradas-sem-funerais-em-todo-o-mundo>>. Acesso em: 08 out. 2020.

30 BETTIZA, Sofia. Coronavírus: a dor das famílias proibidas de enterrar seus mortos na Itália. *BBC World Service*. 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-52025235>>. Acesso em: 08 out. 2020.

31 SIENA, David Pimentel Barbosa de. *Sobre os cuidados post mortem das vítimas da Covid-19: Uma análise jurídica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-22/david-siena-aspectos-juridicos-cuidados-vitimas-covid-19>>. Acesso em: 07 out. 2020.

32 CORONAVÍRUS: Corpos de mortos por covid-19 podem transmitir a doença? *BBC News Mundo*. 23 abr. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2020/04/23/coronavirus-corpos-de-mortos-por-covid-19-podem-transmitir-a-doenca.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 09 out. 2020.

33 BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087614/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

entre familiares e amigos, não sendo recomendado devido à aglomeração de pessoas em ambientes fechados. No manejo de corpos nesse contexto, os envolvidos necessitam estar protegidos de possível exposição a sangue e fluidos corporais infectados, objetos ou outras superfícies ambientais contaminadas<sup>34</sup>. Devido ao alto risco de contaminação, somente pessoas preparadas devem ter contato com o corpo contaminado, o que impede a realização dos ritos de despedida tradicionais.

A orientação é que o corpo seja embalado em três camadas compostas por lençóis, em seguida vestido por um saco impermeável próprio para impedir vazamento de fluidos corpóreos, e um segundo saco externo desinfetado, que conterá uma etiqueta com a identificação do falecido. O corpo deverá ser acomodado em urna a ser lacrada antes da entrega aos familiares/responsáveis, após ter toda a superfície higienizada com solução clorada. Em seguida, o serviço funerário/transporte deve ser informado de que se trata de vítima de COVID-19, agente biológico classe de risco 3, conforme o Ministério da Saúde<sup>35</sup>.

A orientação passada aos familiares e responsáveis é para não manipularem os corpos das vítimas e evitarem o contato direto, bem como desinfetar os ambientes e objetos que estiveram em contato com o falecido.

Os velórios e funerais de pacientes vítimas de COVID-19, não foram recomendados durante os períodos de isolamento social e quarentena. Caso fossem realizados, deveria ser evitado qualquer contato, toque ou beijo, no corpo do falecido em qualquer momento *post-mortem*. Recomenda-se pelo Ministério da Saúde que o enterro ocorra com, no máximo, 10 pessoas, não tanto pelo risco biológico do corpo, mas sim pela contraindicação de aglomerações, respeitando a distância mínima de, pelo menos, dois metros entre elas<sup>36</sup>.

Uma curiosidade, que demonstra interferência desses efeitos também no aspecto cultural, sabe-se que entre os povos indígenas do Alto do Xingu, quando alguém morre o corpo é pintado com símbolos ancestrais para que ele possa ir para o mundo dos mortos, com adornos e um caloroso ritual de despedida. Porém, no contexto da pandemia, esses rituais tiveram que ser suspensos para evitar maior contágio nos territórios. Essa medida está afetando diretamente a crença daquele povo, impactando na espiritualidade da comunidade que acredita que quem morre em tais circunstâncias passará o “[...] resto da vida no outro mundo com vergonha”<sup>37</sup>. A figura do luto nessas comunidades é importante tanto para quem morreu, como para quem ficou, para seguir em frente.

Note-se que a restrição ao enfrentamento das emoções, decorrentes da perda de um ente querido pode gerar sérios impactos à saúde mental das pessoas, advindas da insuficiência do luto, o que também vem aumentando a demanda por serviços de saúde. “Com a COVID-19, esses rituais, que tinham função apaziguadora, organizadora, não estão acontecendo, e isso representa um risco para o luto complicado após a morte, porque não foram feitas as despedidas” segundo a coordenadora do Laboratório de Estudos e Intervenções sobre Luto da PUC-SP, “[...] por não terem a oportunidade de se despedir, podem ficar com a expectativa de que aquela morte não aconteceu, porque não tiveram a concretude da morte que os rituais

34 BRASIL. BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087614/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

35 BRASIL. BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087614/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

36 BRASIL. BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087614/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

37 JUCÁ, Beatriz. “O coronavírus está quebrando a nossa crença”, o luto imposto aos povos indígenas na pandemia. *El País*. São Paulo, 11 jul. 2020. <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html>>. Acesso em: 08 out. 2020.



proporcionam”<sup>38</sup>. Por isso é importante que esse momento do luto aconteça.

A OMS estabelece diretrizes que devem ser seguidas, e dentre elas tem-se que dignidade dos mortos, suas tradições culturais e religiosas e suas famílias devem ser respeitadas e protegidas em todos os momentos. É fundamental que todas as medidas respeitem a dignidade dos mortos, incluindo evitar a eliminação precipitada do corpo de uma pessoa que morreu de COVID-19. Pressupõe ainda que as autoridades devem lidar com cada corpo no caso concreto, buscando sempre equilibrar os direitos da família, a necessidade de investigar a causa da morte e os riscos de exposição à infecção<sup>39</sup>.

No que tange à legislação pátria, destaca-se que o § 2º do art.77 da Lei de Registros Públicos<sup>40</sup> estabelece que a cremação do cadáver somente poderá ser feita se houver a manifestação da vontade em vida de ser incinerado ou no interesse da saúde pública, se o óbito houver sido firmado por dois médicos. Existe no ordenamento essa previsão legal da supremacia do interesse público, prevalecendo o direito à saúde da coletividade sobre o individual.

Por sua vez, a Portaria Interministerial nº 5/2020<sup>41</sup> dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei 13.979/2020, e que o descumprimento de tais medidas acarretarão em responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes infratores. O artigo 3º da referida Lei traz a previsão de exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, como medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública<sup>42</sup>.

A Portaria Conjunta nº 1, do CNJ, de 30 de março de 2020<sup>43</sup>, estabelece procedimentos excepcionais para sepultamento e cremação de corpos durante a pandemia do coronavírus. Nessa portaria, verifica-se a adoção de medidas capazes de identificação para auxiliar no reconhecimento futuro da pessoa falecida, que vão desde as cópias de eventuais documentos, como anotação das características pessoais (pele, vestimentas, sinais aparentes, idade presumida etc.), fotografia da face e a datiloscopia deverão ser anexados à Declaração de óbito e arquivados no estabelecimento de saúde.

Além disso, o art. 1º, §3º da referida portaria diz que diante da necessidade de posterior averiguação do local do sepultamento para que conste tal informação no registro civil de óbito. Ressalta-se que a portaria determina no art.3º, parágrafo único, que havendo morte por doença respiratória suspeita para covid-19, sem que os resultados dos exames tenham ficado prontos ao tempo do óbito, deverá constar na Certidão de óbito “provável para Covid-19” ou “suspeito para Covid-19”<sup>44</sup>.

38 SEPULTAMENTO em tempos de coronavírus exige mudança de rituais. *Agência Brasil*. Hoje em Dia. 26 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/sepultamento-em-tempos-de-coronav%C3%ADrus-exige-mudanca-de-rituais-1.784507>>. Acesso em: 08 out. 2020.

39 OMS. World Health Organization. *Infection prevention and control for the safe management of a dead body in the context of COVID-19*. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/infection-prevention-and-control-for-the-safe-management-of-a-dead-body-in-the-context-of-covid-19-interim-guidance>>. Acesso em: 09 out. 2020.

40 BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 09 out. 2020.

41 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020. *Diário Oficial da União*. Publicado em: 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 09 out. 2020.

42 BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)>. Acesso em: 08 out. 2020.

43 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria Conjunta nº 1, de 30 de março de 2020*. Estabelece procedimentos excepcionais para sepultamento e cremação de corpos durante a situação de pandemia do Coronavírus, com a utilização da Declaração de Óbito emitida pelas unidades de saúde, apenas nas hipóteses de ausência de familiares ou de pessoas conhecidas do obituado ou em razão de exigência de saúde pública, e dá outras providências. Corregedor Nacional de Justiça e Ministro de Estado da Saúde. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/PortariaConjunta-1\\_2020-CNJ\\_MS.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/PortariaConjunta-1_2020-CNJ_MS.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2020.

44 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria Conjunta nº 1, de 30 de março de 2020*. Estabelece procedimentos excepcionais para sepultamento e cremação de corpos durante a situação de pandemia do Coronavírus, com a utilização da Declaração de Óbito emitida pelas unidades de saúde, apenas nas hipóteses de ausência de familiares ou de pessoas conhecidas do obituado ou em razão de exigência de saúde pública, e dá outras providências. Corregedor Nacional de Justiça e Ministro de Estado da Saúde. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/PortariaConjunta-1\\_2020-CNJ\\_MS.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/PortariaConjunta-1_2020-CNJ_MS.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2020.

Diante desse novo cenário e em decorrência de tais mudanças legais e suas ingerências no contexto social, identifica-se uma colisão entre o direito à saúde da coletividade e o direito da família de despedida, o respeito ao cadáver e o direito ao sepultamento, que implica na necessária relativização de algum desses direitos, tema que será analisado na seção a seguir.

#### **4 DIREITO POST MORTEM E RESPEITO AO CADÁVER: COLISÃO DE DIREITOS?**

A morte é uma das certezas mais inerentes à natureza humana e a tudo o que está vivo. A perenidade não faz parte da natureza orgânica, pois na vida observa-se constantemente a movimentação em um ciclo, desde a concepção, nascimento, desenvolvimento e a conclusão com a morte. A vida é efêmera e frágil e por ser valiosa, é objeto da tutela jurídica, assim como o seu fim, o derradeiro momento de uma sucessão de comportamentos, que se traduzem na complexidade de uma existência.

A individualidade de cada ser humano pode ser resumida na vida pessoal de cada um. Entretanto, a vida é finita e poucos são os institutos que concebem o atributo de existência *ad aeternum*. Desde que o homem começou a perceber e a observar o meio em que está situado, buscando a construção do conhecimento, inicialmente através do empirismo, a qualidade da transitoriedade da vida nos ritos de passagem se sobressai nesse cenário.

Na peça de Sófocles<sup>45</sup>, *Antígona*, identifica-se uma disputa entre direito natural e direito positivo, bem como um conflito religioso e ético pelo enterro do cadáver de Polineice. Antígona desafia a prescrição legal de Creonte, com base na lei natural soberana, e realiza os ritos fúnebres do irmão, reconhecendo um direito ao sepultamento como algo elementar na interação social e respeito aos mortos, independente de seus atos realizados em vida.

Essa obra reflete os fundamentos iniciais de uma dignidade em um direito natural ao sepultamento, *jus sepulchri*, em respeito ao corpo e à vida representada daquele que se foi, como um direito inerente a todos pela simples condição de ser humano. Na tragédia grega, observa-se a ideia do sepultamento contornada de ideais morais, de crenças religiosas e manifestações afetivas, todas situadas em uma esfera pessoal. Reconhece-se a dignidade da pessoa humana ainda que no estado de morte.

O exercício dessa dignidade começa com a própria identificação dos corpos e sepultamento. A morte é um fato jurídico que tem repercussões desde o velório, que são os preparativos para o enterro, e que se estendem até após o sepultamento. A imposição legal para que os familiares enterrem urnas previamente lacradas para diminuir o risco de contaminação do vírus impossibilita a certeza visual daquele corpo, bem como a despedida do familiar.

Patriarca e Lima<sup>46</sup>, apoiadas na teoria do antropólogo Robert Hertz, evidenciam que as representações rituais da morte não se limitam à sua ideação como um fenômeno físico, e nem às mudanças biológicas acontecidas no corpo. Nesse sentido, “A emoção suscitada nos vivos, suas crenças, sentimentos e ritos sociais variam, dentre outros fatores, de acordo com o valor social do defunto”, revelando que há “formas diversas de lidar com a morte”, como, por exemplo, o caso de ser um chefe, de um estrangeiro, um escravo ou uma criança.

Por meio de um estudo comparativo entre povos, sob o ponto de vista etnográfico, Hertz sinaliza “[...] haver em todos eles obrigações morais e tabus em relação ao cuidado com a morte e com os mortos, que encontram tradução em práticas cujo objetivo principal é

---

45 SÓFOCLES. *Antígona*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

46 PATRIARCA, Letizia; LIMA, Luiza Ferreira. A representação coletiva da morte. In: *Enciclopédia de Antropologia*. São Paulo: USP, Departamento de Antropologia, 2015. Disponível em: <<http://ea.fflch.usp.br/obra/representação-coletiva-da-morte>>. Acesso em: 07 out. 2020.

o reequilíbrio social, abalado quando da perda de um membro do grupo”<sup>47</sup>.

Nesse sentido, Hertz expõe uma “correspondência direta entre os ritos que introduzem o morto no mundo dos ancestrais e os que restituem os sobreviventes ao convívio social, bem como a significação política que a morte ganha: a construção do mundo dos mortos reforça o mundo dos vivos”<sup>48</sup>. Essa correlação direta consolida ainda mais a importância desse momento aos familiares, no sentido de realizar os rituais do velório conforme suas crenças, buscando tranquilidade e dar início ao processo de sarar a dor da ausência figura familiar.

Adiciona-se uma complexa conjuntura de crenças, emoções e atividades ao evento da morte. Conforme a sociedade e os costumes se modificam, a forma de enfrentar e perceber a morte também muda. Com tantas mudanças advindas da pandemia fez-se necessário uma gama de normas que disciplinassem o novo momento, conforme demonstrado.

Se o vírus fica na superfície e nos fluidos do corpo falecido, é daí que se dá o risco de contágio pelo contato físico com o morto. Razão pela qual o corpo tem que ser envelopado e não se pode ter contato direto com o caixão até passar o tempo de contaminação da superfície e torne inativo o vírus ali incubado. Porém, até lá, o corpo já estaria em estado de necrose e putrefação, inviabilizando um velório em termos tradicionais, uma das consequências inerentes ao coronavírus.

Geralmente o enterro é precedido por um velório, um momento para a despedida da família. São diversas cerimônias que buscam resguardar esse direito da família e da integridade do cadáver. Quando se coordenam os costumes e a sociedade com a ordem e o Direito, segundo Foucault, “a ordem responde à peste; ela tem como função desfazer todas as confusões: a doença que se transmite quando os corpos se misturam; a do mal que se multiplica quando o medo e a morte desfazem as proibições”<sup>49</sup>.

Nesse cenário da pandemia do novo coronavírus, coloca-se em xeque o direito ao sepultamento e o direito à despedida do falecido pelos familiares vivos, isso porque há uma colisão entre o direito à saúde pública versus o direito ao sepultamento e velório.

Diante do exposto, vale citar o Agravo de Instrumento nº 0717834-08.2020.8.07.0000, da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sob a relatoria da Desembargadora Diva Lucy de Faria Pereira, julgado em 26 de junho de 2020 e publicado em 01 de julho de 2020, mas ainda em andamento processual<sup>50</sup>, que trata do caso de familiares de uma falecida que ingressaram com ação judicial, buscando a tutela cível dos direitos personalíssimos que dizem respeito à morte digna, tais como velório, sepultamento e identificação do corpo por exame de DNA, retratação pública e entre outros, durante o período da pandemia provocada pela COVID-19.

Verifica-se que, o juízo *a quo* deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência feito pelos autores parentes da pessoa falecida, determinando que o réu Distrito Federal providencie a exumação do corpo sepultado, bem como realize exames para reconhecimento do corpo da vítima (DNA) e a causa da morte. Inconformados, autores e réu agravaram da

---

47 PATRIARCA, Letizia; LIMA, Luiza Ferreira. A representação coletiva da morte. In: *Enciclopédia de Antropologia*. São Paulo: USP, Departamento de Antropologia, 2015. Disponível em: <<http://ea.fflch.usp.br/obra/representação-coletiva-da-morte>>. Acesso em: 07 out. 2020.

48 PATRIARCA, Letizia; LIMA, Luiza Ferreira. A representação coletiva da morte. In: *Enciclopédia de Antropologia*. São Paulo: USP, Departamento de Antropologia, 2015. Disponível em: <<http://ea.fflch.usp.br/obra/representação-coletiva-da-morte>>. Acesso em: 07 out. 2020.

49 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p.163.

50 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: *Agravo de Instrumento: 0717834-08.2020.8.07.0000*, Relator (a): Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aab713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e-8289ae3ae48790a&idProcesoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.

decisão, o caso foi designado para 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Os agravantes familiares da pessoa falecida, requereram que, além dos pedidos deferidos pelo juiz de primeiro grau, seja determinando a “[...] *realização de velório digno e o novo sepultamento com a presença dos familiares, às custas dos réus*”, bem como a “retratação pública do Distrito Federal para noticiar que a *falecida era portadora de doença cardíaca e não morreu em virtude de Covid-19, conforme revelado em exame cujo resultado saiu após a morte (Id. 63631381, dos autos de referência)*”<sup>51</sup>.

O Distrito Federal, por sua vez, defende que o magistrado não pode conceder em caráter liminar todo o objeto da ação, aduzindo que a determinação da exumação do cadáver e a realização dos exames esgotaria o objeto da lide, apresentando impossibilidade de reversão da medida, e que a ação administrativa se deu “estritamente dentro das determinações sanitárias para casos de suspeita de infecção por Covid-19”<sup>52</sup>.

Nesta decisão, foi deferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo formulado pelo Distrito Federal, bem como dado por prejudicado o pedido de tutela de urgência feito pelos autores. Desse modo, embora a ação esteja em andamento processual, deve-se destacar os fundamentos jurídicos utilizados no julgamento deste recurso.

Um dos argumentos utilizados no julgamento diz respeito ao risco de contaminação dos profissionais envolvidos no procedimento de exumação do cadáver, tendo em vista que a existência de dúvidas sobre a causa da morte<sup>53</sup>.

Outra justificativa, foi a edição do Decreto n. 40.583 de 1º/4/2020, que passou a disciplinar as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública provocada pelo coronavírus, determinando a suspensão, no território do Distrito Federal, até a data de 03/05/2020, de várias atividades com o fito de evitar aglomeração de pessoas, bem como modifica os atendimentos hospitalares e as restrições que dizem respeito aos velórios nos cemitérios locais, tanto para as vítimas de Covid-19 ou quanto para as pessoas falecidas por outras causas<sup>54</sup>.

A decisão diz que a falecida fora tratada, ainda em vida, como paciente com suspeita de COVID-19, utilizaram de forma adequada o protocolo de atuação, realizaram o exame para detectar o vírus, mas o resultado negativo saiu posterior a morte. Nesse caso, em razão da

51 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: *Agravo de Instrumento: 0717834-08.2020.8.07.0000*, Relator (a): Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e-8289ae3ae48790a&idProcesoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.

52 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: *Agravo de Instrumento: 0717834-08.2020.8.07.0000*, Relator (a): Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e-8289ae3ae48790a&idProcesoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.

53 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: *Agravo de Instrumento: 0717834-08.2020.8.07.0000*, Relator (a): Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e-8289ae3ae48790a&idProcesoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020. “[...] não há o que possa justificar a concessão liminar aos autores de tutela que submeterá, caso contaminado esteja o cadáver, a grave risco de transmissão os profissionais médicos legistas submetidos ao comando de exumar o cadáver e realizar os exames requeridos, especialmente porque, como demonstra a narrativa inicial, há um estado de incerteza quanto a ter sido a doença provocada pelo coronavírus uma das causas da morte da paciente com comorbidades. O fato de divergirem as informações postas no atestado e na certidão de óbito e a notícia dada como resultado de teste realizado para identificar contaminação por Covid-19 sugerem cautela, o que fragiliza a probabilidade do direito invocado pelos autores”

54 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: *Agravo de Instrumento: 0717834-08.2020.8.07.0000*, Relator (a): Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e-8289ae3ae48790a&idProcesoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.



dúvida no momento da morte, foram adotados os procedimentos de preparação do corpo para sepultamento designados para pessoas suspeitas e infectadas pelo coronavírus, ressaltando que, “[...] há evidências de que os procedimentos, tanto no atendimento da paciente, quanto no manejo do corpo, após o falecimento, foram adequadamente realizados de acordo com os protocolos firmados para a situação concreta”<sup>55</sup>.

Trata-se de um “*hard case*”<sup>56</sup>, onde, apesar do julgamento ser de cognição sumária, observa-se uma colisão de direitos fundamentais, pois de um lado está o direito fundamental à saúde pública, com adoção de protocolos, procedimentos e outras medidas de enfrentamento da pandemia da COVID-19, e do outro lado está o direito fundamental à morte digna, com a exumação do corpo para a realização de reconhecimento do falecido(a) (DNA) e da *causa mortis*, velório na presença de familiares e sepultamento, atrelado a isso, um pedido de retratação pública em razão do resultado negativo para COVID-19, que fora revelado em momento posterior ao enterro da falecida.

Na decisão, observa-se que prevaleceu o direito à saúde pública, buscando-se evitar uma exposição ao risco de contaminação da COVID-19 e em cumprimento das medidas estabelecidas pelas autoridades competentes.

Não se pretende discutir se a decisão foi ou não acertada, mas é fundamental questionar se enquanto perdurar a pandemia, tais restrições aos direitos da personalidade não estariam configurando violações ao direito à morte digna e à integridade moral dos familiares, decorrente de abalos psíquicos por não realizar o reconhecimento do familiar falecido, bem como a ritualística de despedida.

Segundo Bittar, “[...] é designada aos parentes o direito-dever de proceder aos funerais, prestando ao *de cuius* as últimas homenagens”<sup>57</sup>. Desse modo, é preciso refletir: Até que ponto a pandemia legitima tais restrições aos direitos de personalidade? Não seria possível buscar formas de conciliar os direitos envolvidos? Sem generalizar, não se pode deixar de notar que nos lugares com redução de contaminados e de mortes, é perceptível o retorno e/ou a adaptação das aulas, dos jogos, dos trabalhos, do funcionamento do comércio, dos shoppings centers e de outros locais abertos ao público, o que, conseqüente, fragiliza as restrições do poder público ao direito dos familiares de prestar as últimas homenagens.

Diante desse contexto atípico, e da necessária adaptação ao “novo normal” o modo como realizar funerais, velórios e sepultamentos deve ser conduzido pelas autoridades competentes com equilíbrio, criando soluções práticas no sentido de compatibilizar direitos que se chocam, tais como, limitação de tempo e de quantidade de pessoas no velório, uso obrigatório de máscaras de proteção e outros fatores que requerem estudo técnico aprofundado.

Dessa forma, a pandemia não possibilita que o Estado viole direitos fundamentais de forma a atingir o seu núcleo essencial. É preciso que as autoridades competentes planejem uma adaptação à essa nova realidade. Nesse aspecto, deve-se ressaltar que a factualidade histórica ensina que muitas ações estatais foram arbitrárias e violadoras de direitos da personalidade. A depender do caso concreto é possível que se configure dano moral aos familiares, ensejando, portanto, responsabilidade civil, com a respectiva reparação.

55 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: *Agravo de Instrumento*: 0717834-08.2020.8.07.0000, Relator (a): Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b-104d918ab07e8289ae3ae48790a&idProcessoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.

56 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

57 Bittar. Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.150.

Por fim, o resultado do sopesamento dos aludidos direitos, deve ser no sentido de que nenhum dos direitos, à saúde e às últimas homenagens ao falecido, sejam aniquilados. Nesse novo cenário da pandemia da COVID-19, o direito à saúde deve prevalecer e relativizar o direito dos familiares de prestar as últimas homenagens ao parente falecido, mas não ao ponto de atingir o seu núcleo essencial e, conseqüentemente, aniquilar o direito à despedida.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é um dos cinco pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito brasileiro como seu epicentro axiológico, nos termos do art. 1º da Constituição de 1988, devendo ser garantida em todas as situações de vida e, inclusive, na morte. Embora a personalidade jurídica não persista depois da morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado pelo ordenamento jurídico, o qual conserva “o cunho e o resíduo da pessoa viva”<sup>58</sup> e, por isso mesmo, deve “ser dado à paz da sepultura”.

Além disso, há de se considerar o direito à integridade moral dos familiares em relação ao sofrimento psicológico, quando estes são impedidos de enterrar o ente familiar, conforme as tradições locais.

Mas, durante a pandemia, foram emanadas do poder público, inúmeras medidas que implicam na restrição à liberdade, nas mais variadas searas.

Destaca-se que no contexto pandêmico, a necessidade coletiva prevalece sobre o interesse individual. A própria ideia de Estado pressupõe uma ordem superior a coordenar os interesses de toda a sociedade, modernamente pautado nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

O COVID-19 reverberou no mundo todo, com conseqüências muito mais sérias do que o inicialmente esperado. Devido ao alto índice de contágio e o crescente número de mortes causadas pelo vírus, bem como à manifestação da OMS, os Estados atingidos precisaram adotar um posicionamento mais severo quanto às medidas de segurança e de prevenção.

Existe uma série de recomendações a serem seguidas no intuito de proteger a população e os profissionais da área da saúde, especialmente contra os fluidos corporais e secreções do corpo contaminado com o vírus. Cuidados que, em um momento de intensa emoção de amigos e de familiares, correm o risco de não serem observados. Assim, aconteceram velórios à distância, e a obrigatoriedade de caixões serem lacrados. Em países mais duramente atingidos pelo coronavírus, foram proibidos todos os ritos fúnebres.

O fenômeno da morte não se restringe à ausência de vida no corpo, mas vai além, englobando costumes que remontam ao início da própria civilização humana, evoluindo com as diferentes crenças religiosas, propagando as mais variadas práticas e rituais de passagem.

As implicações no direito na defesa do direito à vida de uns, levaram à prática de algumas violações culturais, religiosas e até mesmo de humanidade, em situações em que familiares tiveram que lidar com a morte e com as emoções despertadas pela perda do ente e a impossibilidade de se despedir dignamente do mesmo.

O direito ao sepultamento continua resguardado no direito brasileiro, mas a forma de despedida da família teve que ser relativizada, em prol da manutenção da saúde coletiva, evitando os altos riscos de contágio do vírus através de superfícies contaminadas. Nesse sentido com esta finalidade, houve a violação de outros direitos, como a identificação do corpo falecido, a identificação da verdadeira causa da morte, ou ainda a forma como a família ia

---

58 DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Livraria Moraes Editora. Lisboa, 1961, p. 92.



destinar aquela matéria remanescente do corpo. São lesões óbvias, que implicam diretamente em violação à dignidade da pessoa humana, o que poderia ser objeto de reparação, em épocas não pandêmicas. Vale dizer que, ainda que o direito de sepultamento e de velório com despedida da família tenham sido relativizados, o núcleo essencial do direito à saúde coletiva deve prevalecer, uma vez que o bem maior é a vida, a qual deve ser sempre guardada. No entanto, diante das flexibilizações das restrições advindas da situação excepcional, com a abertura de várias atividades econômicas, é salutar que o poder público reflita sobre as limitações impostas às cerimônias fúnebres e, em nome do respeito aos mortos, permita que as famílias possam se despedir dignamente dos seus ente queridos, com todas as cautelas necessárias para evitar a proliferação da COVID-19.

## REFERÊNCIAS

BETTIZA, Sofia. Coronavírus: a dor das famílias proibidas de enterrar seus mortos na Itália. *BBC World Service*. 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-52025235>>. Acesso em: 08 out. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002*.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Brasília – DF, 5 fev. 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm)>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Resolução nº 335, de 03 de abril de 2003. Brasília - CONAMA, *Diário Oficial da União, Brasília, 28/05/2003*. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doc\\_25986\\_RESOLUCAO\\_N\\_335\\_DE\\_3\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2003.aspx](http://www.lex.com.br/doc_25986_RESOLUCAO_N_335_DE_3_DE_ABRIL_DE_2003.aspx)>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087614/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. 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. *Diário Oficial Da União*. Publicado em: 07/02/2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm)>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus Brasil*. COVID-19: Painel Coronavírus. Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Brasília –DF, 31 dez. 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020. *Diário Oficial da União*. Publicado em: 17 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria Conjunta nº 1, de 30 de março de 2020*. Estabelece procedimentos excepcionais para sepultamento e cremação de corpos durante a situação de pandemia do Coronavírus, com a utilização da Declaração de Óbito emitida pelas unidades de saúde, apenas nas hipóteses de ausência de familiares ou de pessoas conhecidas do obituado ou em razão de exigência de saúde pública, e dá outras providências. Corregedor Nacional de Justiça e Ministro de Estado da Saúde. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/PortariaConjunta-1\\_2020-CNJ\\_MS.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/PortariaConjunta-1_2020-CNJ_MS.pdf)>. Acesso em: 11 out. 2020.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CEARÁ. Secretária da Saúde. *IntegraSUS*. Indicadores: Indicadores Coronavírus: Óbitos por COVID-19. Disponível em: <<https://indicadores.integrasus.saude.ce.gov.br/indicadores/indicadores-coronavirus/obitos-covid>>. Acesso em: 08 out. 2020.

CHINA proíbe funerais de vítimas do coronavírus e vai cremar corpos. *Correio Braziliense*. Agência Estado. 03 fev. 2020. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/02/03/interna\\_mundo,825300/china-proibe-funerais-de-vitimas-do-coronavirus-e-vai-cremar-corpos.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2020/02/03/interna_mundo,825300/china-proibe-funerais-de-vitimas-do-coronavirus-e-vai-cremar-corpos.shtml)>. Acesso em: 08 out. 2020.

CORONAVÍRUS (COVID-19). *Google News*. Disponível em: <<https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>>. Acesso em: 09 out. 2020.

CORONAVÍRUS: Corpos de mortos por covid-19 podem transmitir a doença? *BBC News Mundo*. 23 abr. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/bbc/2020/04/23/coronavirus-corpos-de-mortos-por-covid-19-podem-transmitir-a-doenca.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 09 out. 2020.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Livraria Moraes Editora. Lisboa, 1961.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Processo: *Agravo de Instrumento: 0717834-08.2020.8.07.0000*. Relator (a): Diva Lucy de Faria Pereira, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e8289ae3ae48790a&idProcesso-Doc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

IBAM. Instituto Brasileiro de Administração Municipal. *Parecer nº 3058/2017*. Disponível em: <[http://www.ibam.org.br/media/arquivos/pareceres/parecer\\_sepultamento.pdf](http://www.ibam.org.br/media/arquivos/pareceres/parecer_sepultamento.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2020.

JUCÁ, Beatriz. “O coronavírus está quebrando a nossa crença”, o luto imposto aos povos indígenas na pandemia. *El País*. São Paulo, 11 jul. 2020. <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html>>. Acesso em: 08 out. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a 'Personalização' do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, 1999, São Paulo: Malheiros, p.125.

OMS. World Health Organization. *Infection prevention and control for the safe management of a dead body in the context of COVID-19*. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/infection-prevention-and-control-for-the-safe-management-of-a-dead-body-in-the-context-of-covid-19-interim-guidance>>. Acesso em: 09 out. 2020.

PATRIARCA, Letizia; LIMA, Luiza Ferreira. A representação coletiva da morte. In: *Enciclopédia de Antropologia*. São Paulo: USP, Departamento de Antropologia, 2015. Disponível em: <<http://ea.fflch.usp.br/obra/representação-coletiva-da-morte>>. Acesso em: 07 out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REUTERS. Vítimas do coronavírus são enterradas sem funerais em todo o mundo. *Agência Brasil*. 19 mar. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.etc.com.br/internacional/noticia/2020-03/vitimas-do-coronavirus-sao-enterradas-sem-funerais-em-todo-o-mundo>>. Acesso em: 08 out. 2020.

SEPULTAMENTO em tempos de coronavírus exige mudança de rituais. *Agência Brasil*. Hoje em Dia. 26 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/sepultamento-em-tempos-de-coronav%C3%ADrus-exige-mudança-de-rituais-1.784507>>. Acesso em: 08 out. 2020.

SIENA, David Pimentel Barbosa de. *Sobre os cuidados post mortem das vítimas da Covid-19: Uma análise jurídica*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-22/david-siena-aspectos-juridicos-cuidados-vitimas-covid-19>>. Acesso em: 07 out. 2020.

SILVA, Justino. Adriano Farias da. *Tratado de direito funerário: Teoria geral e instituições de direito funerário*. Tomo II. São Paulo: Método Editora, 2000.

SÓFOCLES. *Antígona*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em: 08 out. 2020.

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

# O DIREITO DE DIZER ADEUS: FATICIDADE E JURIDICIDADE

## **Taisa Maria Macena de Lima**

Doutora e Mestre em Direito pela UFMG. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito na PUC Minas. Ex-bolsista do DAAD. Conselheira do KAAD. Desembargadora do Trabalho.

## **Maria de Fátima Freire de Sá**

Doutora (UFMG) e Mestre (PUC Minas) em Direito. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) em Direito na PUC Minas. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética no IEC/PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID). Advogada.

*[...] Somos muitos Severinos iguais em tudo na vida: na mesma cabeça grande que a custo é que se equilibra, no mesmo ventre crescido sobre as mesmas pernas finas, e iguais também porque o sangue que usamos tem pouca tinta. E se somos Severinos iguais em tudo na vida, morreremos de morte igual, mesma morte severina: que é a morte de que se morre de velhice antes dos trinta, de emboscada antes dos vinte, de fome um pouco por dia [...].<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 As categorias de direitos voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana; 3 O direito de dizer adeus: um novo direito da personalidade?; 4 Do fato à norma: a difícil concretização do direito de dizer adeus em face do direito social à saúde; 5 Considerações finais; Referências.

---

<sup>1</sup> MELO NETO, João Cabral. *Morte e Vida Severina e outros poemas*. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.74.

## 1 INTRODUÇÃO

O psiquiatra inglês, Colin Murray Parkes,<sup>2</sup> um dos maiores especialistas em luto no mundo, escreveu que “o luto é o preço do amor”. Trata-se de uma experiência dolorosa, diretamente proporcional ao amor vivido, ou seja, quanto maior é o amor, maior é a dor.

Quem experimenta uma queda livre sabe que é possível uma mão se estender no abismo. Rituais, com a presença de amigos e familiares trazem sensação de paz e quietude. Aliás, rituais ajudam no cuidado das feridas. Mas, como viver o luto em tempos de pandemia, quando não se pode preparar os corpos ou velar os mortos como a cultura determina?

Os rituais nos ajudam a “domesticar a morte”. Ao escrever sobre o tema, Mary Del Priore<sup>3</sup> noticia que a cabeça de iniciados no candomblé precisa de ritos específicos depois da morte. Afirma que, pela cultura yanomami, se os mortos não passarem por determinados rituais, seu espírito vai e volta, sem descanso. Diz que, para muitas comunidades quilombolas, é essencial que as pessoas sejam enterradas naquele chão. Também segundo Del Priore, rituais fúnebres são cerimônias importantes na África, tanto assim que o enterro dura três dias e, três meses mais tarde, há nova cerimônia de mais três dias e, seis meses depois, outra cerimônia.

Há pouco tempo, os meios de comunicação noticiaram que, em Gana, os funerais são eventos culturais importantes. A profissão do carregador de caixão é comum no país. Homens de terno preto, dançando animadamente, balançam o caixão que carregam sobre os ombros. Essas festas são comuns quando se trata da morte de uma pessoa mais idosa, já que a expectativa de vida lá é inferior a sessenta e três anos.

No Brasil, no Alto do Xingu, quando alguém do povo indígena Kuikuro morre, seu corpo é preparado para entrar no mundo dos mortos. No ritual, há que se abraçar o morto, adorná-lo e pintar seu corpo com desenhos ancestrais. A solenidade da despedida é necessária para que quem partiu continue sendo respeitado na outra vida. A não realização do ato tem, como consequência, uma vida de vergonha no outro mundo. No Estado do Mato Grosso, é costume do povo Xavante da Aldeia Guadalupe abrir o caixão por diversas vezes e tocar o corpo morto. Trata-se de demonstração de respeito e dor pela partida.<sup>4</sup>

Quantas tradições apareceram na tentativa de superar o luto, mas também no intuito de manter a memória... Tribos antigas costumavam enterrar flores com seus mortos... A solução vem da dor. Caminhamos, contando nossas histórias, na tentativa de manter conosco as pessoas que tanto amamos e que se foram de perto de nós.

A pandemia, se não elimina totalmente, mitiga, em muito, rituais de despedida, e a morte fica ainda mais difícil, para quem vai e para quem fica. Em tempos de normalidade a retirada do paciente do seu meio social e familiar, por si só, já é traumática, como ressalta Elizabeth Kübler-Ross:

Morrer se torna um ato solitário e impessoal porque o paciente não raro é removido de seu ambiente familiar e levado às pressas para uma sala de emergência. Qualquer um que tenha estado muito doente e necessitado de

---

2 PARKES, Colin Murray. *Luto: estudos sobre a perda na vida adulta*. São Paulo: Summus, 1998, p.22-23.

3 DEL PRIORI, Mary. Morte e fronteiras culturais: passagens, rituais e práticas funerárias entre ancestrais africanos (outra lógica sobre a finitude). In: RODRIGUES, Cláudia; LOPES, Fábio Henrique (Orgs.). *Sentidos da morte e do morrer na Ibero-América*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014, p.133-150.

4 JUCÁ, Beatriz. O coronavírus está quebrando a nossa crença, o luto imposto aos povos indígenas na pandemia. *EL PAÍS*. São Paulo. 11 jul. de 2020. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html?ssm=TW\\_BR\\_CM](https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html?ssm=TW_BR_CM). Acesso em: 11 jul. 2020.

repouso e conforto se lembrará de ter sido posto numa maca sob o som estridente da sirene, e da corrida desenfreada até se abrirem os portões do hospital. [...] É provável também que devêssemos dar mais atenção ao paciente sob os lençóis e cobertores, pôr talvez um ponto final em nossa bem intencionada eficiência e correr para segurar a mão do paciente, sorrir ou prestar atenção numa pergunta. O caminho do hospital é aqui o primeiro capítulo da morte como, de fato, acontece com muitos. É verdade que exagero um pouco na comparação com o doente que fica em casa, não querendo dizer com isso que não devemos salvar vidas se puderem ser salvas mediante hospitalização, mas querendo evidenciar a experiência do paciente, suas necessidades e reações.<sup>5</sup>

Foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação o testemunho de uma médica italiana sobre uma senhora, internada com Covid-19, que pediu para ver a neta pela última vez. Sensível aos apelos da paciente, a Dra. Francesca Cortellaro pegou o telefone e conectou avó e neta, em uma chamada de vídeo. Foi assim que nasceu, na Itália, a campanha para que pacientes infectados pelo vírus, em fase de terminalidade, pudessem se despedir dos seus entes queridos.<sup>6</sup>

Sem a solenidade da despedida, resta-nos trazer aqui uma expressão muito trabalhada pelos estoicos: *Memento mori*. Lembremos de que somos mortais, lembremos de que vamos morrer, lembremo-nos da morte. Nesse novo tempo tão exigente, o desafio é ressignificar a morte, repensá-la e elaborá-la, na busca de maneiras de nos conectarmos com os nossos mortos, honrando-os, ainda que sem os ritos da despedida.

## **2 AS CATEGORIAS DE DIREITOS VOLTADAS À PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Despedidas e rituais fúnebres são um direito? Ao levantar essa questão, não podemos deixar de mencionar *Antígona*,<sup>7</sup> obra clássica de Sófocles, que traz o embate entre direito natural e direito positivo. *Antígona*, filha incestuosa de Édipo e Jocasta, enfrenta a tirania, opondo-se às razões do Estado, ao cuidar dos despojos do irmão, apesar da determinação do rei Creonte, que proibiu que lhe fosse dada sepultura. Ela diz:

[...] Além disso, eu não acreditava que os éditos humanos tivessem força suficiente para conferirem a um mortal a faculdade de violar as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são imutáveis. Não é de hoje nem de ontem que elas vivem: são eternas e ninguém sabe determinar o tempo que foram promulgadas.

Na contemporaneidade, não é necessário invocar normas prescritas por imortais aos mortais para justificar direitos tão ligados ao fim da existência humana. Nos últimos séculos, a função do direito natural se esvaiu com as declarações dos direitos humanos, a positivação e a constitucionalização desses direitos e, por fim, a construção da categoria dos direitos da personalidade.

Como categoria jurídica, os direitos da personalidade emergem da elaboração doutrinária francesa e alemã, no contexto do jusracionalismo dos séculos XVIII e XIX.

Muitos argumentos contrários aos direitos da personalidade tiveram que ser enfrentados,

---

5 KÜBLER-ROSS, Elizabeth. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.12.

6 A campanha na Itália para que pacientes terminais com coronavírus possam dizer adeus a familiares. *BBC NEWS BRASIL*. 23 março 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52005958>. Acesso em: 18 jul. 2020.

7 SÓFOCLES. *A trilogia tebana*: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona. Trad. Mario da Gama Kury. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2011.



para que a tese negativista ficasse no passado, apenas como reminiscência histórica, e triunfasse a tese positivista, que entende serem os direitos da personalidade situações jurídicas subjetivas, cujo objeto é constituído pelo conjunto de atributos e projeções da própria pessoa. Sua particularidade – que os diferencia das demais situações jurídicas subjetivas – é que o objeto do direito é parte do próprio sujeito-titular. Abandonou-se, assim, a ideia de que o objeto é, necessariamente, algo externo ao titular, que sobre ele exerce dominação.

O direito de dizer adeus – que ganha destaque em tempos da pandemia da Covid-19 – seria simultaneamente, direito humano, direito fundamental e direito da personalidade? Os conceitos expressos nessas expressões jurídicas são coincidentes?

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá<sup>8</sup> reúnem em três grupos as diferenças entre tais categorias, partindo dos seguintes critérios: fontes; âmbito e legitimação.

Pelo critério das fontes, as declarações de direitos humanos, por si sós, não constituem normas jurídicas, com força vinculante, mas desempenharam papel relevante na evolução dos direitos, à medida em que exerceram profunda influência nos direitos fundamentais, estes sim, insertos em norma estatal. Assim, as declarações de direitos, enquanto orientações, enunciam princípios políticos - e não princípios jurídicos.

Diferentemente dos direitos humanos, os direitos fundamentais e os da personalidade encontram-se abrigados em norma jurídica (leis, tratados, constituições e códigos). Os direitos ditos fundamentais emanam da própria norma constitucional ao passo que os direitos da personalidade têm sua regulação pelos códigos e demais normas infraconstitucionais. Tal distinção de fontes tornou-se uma referência histórica:

Assim, historicamente, as fontes nomogénicas foram instrumentos diferenciadores entre as categorias. E, apesar de tentador, não se pode relacionar de forma *estricta* a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo, aos direitos da personalidade, embora haja uma relação *ampla* entre eles, já que em muitos dispositivos estatua-se proteção para vários aspectos do indivíduo.<sup>9</sup>

Antes de focar na distinção quanto ao âmbito, impõe-se frisar que as três categorias de direito buscam resguardar a dignidade da pessoa humana.

Sob o ponto de vista histórico, as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” eram utilizadas apenas na perspectiva de direito público. Já os “direitos da personalidade” concernem à relação entre sujeitos privados. Reporta-se aqui à época na qual o Direito experimentava o abismo entre o público e o privado.

O âmbito dos três direitos é delineado no seguinte texto:

Diferentemente dos direitos da personalidade, os direitos humanos atingem uma gama maior de bens jurídicos, protegendo não apenas a pessoa considerada em si mesma, mas também sua posição de partícipe político e cultural de dada sociedade. Assim, abrange direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, podendo mesmo referir-se à proteção de grupos e comunidades. Já sob a categoria dos “direitos fundamentais” também são reunidos vários direitos, de direitos individuais a direitos coletivos. Todavia, enquanto os direitos humanos historicamente voltaram-se mais para a esfera

---

8 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p.11-17.

9 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p.12.

internacional, adquirindo até meios próprios de proteção, como os tribunais e cortes internacionais, os direitos fundamentais voltam-se à seara interna, sendo estabelecidos constitucionalmente a partir de opções que definem a própria identidade do Estado.<sup>10</sup>

Hodiernamente, essa rígida delimitação do âmbito dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade não mais se sustenta. Em vários casos, a dicotomia público/privado perde a força, quando, por exemplo, o sujeito privado pode opor ao próprio ente público o respeito a seus direitos da personalidade ou quando ocorre o fenômeno da eficácia direta dos direitos fundamentais, a incidir nas relações privadas, sem necessidade de norma infraconstitucional para regulamentá-los.

No entanto, nem os direitos humanos nem os direitos fundamentais são expressão da personalidade do sujeito. Só a categoria dos direitos da personalidade apresenta essa característica.

O último critério, o da legitimação, centra-se nas diferenças entre autonomia privada e autonomia pública, como determinantes da fundamentação jurídica de cada uma das categorias de direitos, ora analisadas (humano, fundamental e da personalidade); é a dicotomia autonomia privada/autonomia pública que legitima a conformação das três categorias de direitos que, sendo tão próximas, ainda assim atuam sobre agentes distintos e permitem liberdades de ação diferenciadas. É o que se visualiza facilmente na saúde, que tanto é objeto de um direito da personalidade (autonomia privada) e um direito fundamental (autonomia pública). Em síntese, os direitos da personalidade são expressões da autonomia privada, enquanto possibilidades de autodeterminação, ao passo que os direitos fundamentais partem da noção de autonomia pública, perpassando pela ideia de soberania popular.

Numa sociedade que se pretende democrática, a realização da autonomia privada depende da autonomia pública, assim como a autonomia pública depende da autonomia privada. São codependentes, como ensina Jürgen Habermas:

Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais.<sup>11</sup>

De todo o exposto, as diferenciações acima apontadas revelam a evolução histórica das categorias de direitos voltadas para proteção da dignidade humana; no entanto, na contemporaneidade, o diálogo das fontes enfraquece as distinções e fortalece as correlações. Ainda que não tenha havido a fusão de todas as categorias de direitos numa só, é possível dizer que o âmbito de abrangência dos direitos da personalidade é mais restrito que o âmbito das duas outras categorias.

### **3 O DIREITO DE DIZER ADEUS: UM NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE?**

Podemos conceituar direitos da personalidade como aqueles que têm, por objeto, diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna.

---

10 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p.13-14.

11 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.164.

O Código Civil de 2002 foi a primeira norma legal brasileira a disciplinar explicitamente os direitos da personalidade, dedicando-lhes os arts. de 11 a 21. Isso não significou a introdução dessa categoria de direitos subjetivos na ordem jurídica nacional, porquanto já reconhecida a categoria a partir da principiologia civilística e constitucional e, ainda, mediante leis esparsas.

Antes mesmo da recodificação do direito privado nacional, a Constituição Federal, ao inscrever a dignidade da pessoa humana<sup>12</sup> entre os fundamentos da República (art. 1º, inciso III), já conferia proteção aos atributos da personalidade, mediante cláusula geral de tutela.

Necessário salientar, nesse momento, que os direitos da personalidade desempenham função de instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais no direito privado. Nas lições de Paulo Mota Pinto:<sup>13</sup>

Na verdade, os direitos de personalidade desempenham uma função, de instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais no direito privado, que deste modo (para utilizar a metáfora já comum) “irradiam” através deles para a ordem jurídico-privada. Tal não significa que a sua previsão seja inútil, ou redundante, perante aqueles – e mesmo numa perspectiva segundo a qual o direito civil, como todos os ramos do direito, é necessariamente também “direito constitucional concretizado” –, ou que seja consumida pela previsão dos direitos fundamentais em nível constitucional. Na verdade, a imposição de níveis de proteção adequados às exigências dos direitos fundamentais, também no direito privado, conjugada com a rejeição da rigidificação e da inflexibilidade da vida jurídico-privada, que resultaria de uma “substituição do direito civil pelo direito constitucional”, tornam hoje inaceitáveis, a meu ver, seja as posições de equiparação da actuação dos particulares no direito privado à das entidades públicas, seja aquelas que vêem os direitos fundamentais como dirigidos apenas aos entes públicos, requerendo antes soluções diferenciadoras.

Assim, a inovação do Código Civil é a consagração de uma evolução jurisprudencial à luz de princípios constitucionais e do reconhecimento do valor intrínseco da pessoa humana.

Esse novo olhar para a pessoa, enquanto ser concreto remete a uma compreensão da trajetória do ser humano e instiga a refletir sobre a terminalidade da vida em tempos de pandemia.

Quando se relaciona os direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, não se pode pensar no ser humano em si, desatrelado do seu contexto social e do seu universo particular. A dignificação do ser humano é um processo e não um simples reconhecimento da lei, mesmo a Lei Constitucional. Nas palavras de Hasso Hofmann:<sup>14</sup> “Pode-se depreender que a dignidade não pode ser pensada desvinculada de uma comunidade concreta de reconhecimento e significação.”

O Código Civil de 2002<sup>15</sup>, ao destinar um capítulo específico para os direitos da personalidade, de maneira alguma, pretendeu esgotar os diversos aspectos de proteção da

---

12 Sobre a superação do abismo entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade na proteção do ser humano, leitura obrigatória é: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

13 MOTA PINTO, Paulo. Direitos de personalidade no Código Civil Português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 51, n.314, p. 10-11, 2003.

14 HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, serie 4, anno 76, p. 625, out./dez 1999.

15 Sobre os arts. 11 a 21 do Código Civil ler: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. vol.1, parte geral e obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.29-63. Também o clássico: CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950.

personalidade. Os direitos subjetivos especificamente mencionados não constituem *numerus clausus*, mas apenas situações que, por serem mais corriqueiras na vida da pessoa, já haviam ensejado uma construção jurídica mais consistente na doutrina e na jurisprudência que, naturalmente, inspirou o legislador.

Vale mencionar duas construções teóricas distintas acerca da natureza dessa categoria de situação subjetiva. A teoria monista, inspirada na Lei Fundamental de Bonn, afirma a existência de uma única situação jurídica de personalidade: um direito geral de personalidade que seria suficiente para abrigar todos os atributos porventura violados. A adoção da teoria monista torna desnecessária a tipificação de situações de vulneração da pessoa, porquanto qualquer uma delas possui proteção jurídica. Por negar a multiplicidade de direitos da personalidade, a teoria monista é, também, conhecida como Teoria do Direito Geral de Personalidade.

A teoria pluralista afirma que há tantos direitos da personalidade quantas são as projeções e os atributos da pessoa. Implica, portanto, na existência e na tipificação de múltiplos direitos subjetivos. À evidência, o Código Civil brasileiro orientou-se pela pluralidade e não pelo monismo sem, contudo, ater-se à tipificação fechada dos direitos da personalidade. A técnica utilizada pelo legislador brasileiro também está presente na tipificação dos contratos, porquanto a existência de tipos legais não exclui a criação de novos tipos contratuais pela vontade das partes. Do mesmo modo, a tipificação de direitos da personalidade não exclui o reconhecimento de outras situações jurídicas subjetivas, nascidas de normas gerais de proteção à pessoa, constitucionais e infraconstitucionais.

Não se pode ignorar que a interpretação desse Código parte da premissa de que a ordem jurídica é um sistema aberto de normas, podendo abarcar novas construções jurídicas de proteção à pessoa.

Seria interessante indagar se uma teoria é superior ou mais importante que a outra. Na realidade elas embasam técnicas legislativas distintas, mas que podem levar à mesma eficácia social.

A escolha da teoria monista, pela Lei Fundamental de Bonn, naquela época, é perfeitamente compreensível e justificada. Não havia uma construção jurídica anterior de respeito à pessoa humana a ser consagrada pelo legislador. Havia, sim, uma necessidade de a Alemanha reconquistar a credibilidade internacional e curar as feridas do seu próprio povo com o compromisso de respeito à humanidade em qualquer situação. E é exatamente isso que a Teoria Geral do Direito da Personalidade viabiliza ao proteger todos os aspectos da pessoa, independentemente de previsões específicas.

Por outro lado, é perfeitamente compreensível e justificada a escolha do legislador brasileiro pela teoria pluralista que teve, no entanto, o cuidado de afastar a tipicidade fechada, harmonizando-se com o disposto no art. 1º, inciso III da Constituição da República. Adotar a tipicidade fechada de direitos da personalidade em lei ordinária resultaria em disposição eivada de inconstitucionalidade.

A construção doutrinária dos direitos da personalidade se antecipou à sua positivação no Código Civil de 2002. No entanto, não há uniformidade entre os juristas na tarefa de classificá-los. Dentre tantas, aqui foram destacadas algumas, que podem sedimentar o caminho para a construção do direito de dizer adeus como um novo direito da personalidade.

Adriano De Cupis<sup>16</sup> assim classificou: direito à vida e à integridade física: às partes

---

16 DE CUPIS, Adriano. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

separadas do corpo e ao cadáver; à liberdade; à honra e respeito ao resguardo; ao segredo; à identidade pessoal: ao título, sinal figurativo, ao nome; e o direito moral do autor.

Orlando Gomes<sup>17</sup> agrupou-os segundo dois aspectos fundamentais: o direito à integridade física, nele estando compreendido o direito à vida, direito sobre o próprio corpo, que se divide, por sua vez, em direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas do corpo; e o direito ao cadáver. O segundo aspecto trata do direito à integridade moral, ou seja, direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e direito moral do autor.

Antônio Chaves<sup>18</sup> assim relacionou-os: a) direito à honra; b) direito ao nome; c) direito à liberdade de manifestação de pensamento; d) direito à liberdade de consciência e de religião; e) direito à reserva sobre a própria imagem; f) direito ao segredo e g) direito moral do autor.

Pontes de Miranda<sup>19</sup> classificou-os em: a) o direito à vida; b) o direito à integridade física; c) o direito à integridade psíquica; d) o direito à liberdade; e) o direito à verdade; f) o direito à igualdade formal (isonomia); g) o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter nome e o direito ao nome, aquele inato e esse nato; i) o direito à honra; j) o direito autoral de personalidade.

Finalmente, para Francisco Amaral,<sup>20</sup> os direitos da personalidade devem ser classificados considerando-se aspectos fundamentais da personalidade, quais sejam, o físico, o intelectual e o moral. O primeiro compreende a proteção da vida, ao próprio corpo (também as partes separadas dele), ao cadáver e ainda o direito de não se submeter a tratamento ou exame médico. O direito a integridade moral visa a proteção da honra, liberdade, intimidade, nome e imagem. O último, direito intelectual, protege o direito do autor.

As classificações<sup>21</sup> não exaurem as possibilidades de reconhecimento de novos direitos da personalidade. Quando um fato novo é capaz de impactar a vida do ser humano, de modo a atingir sua dignidade, o direito reage para alargar as possibilidades de tutela, abrindo novos direitos da personalidade.

O distanciamento social – medida não medicamentosa de enfrentamento à pandemia – criou obstáculos à legítima expectativa de dizer adeus aos mortos e, também, àqueles que se encontram em fase de terminalidade pela Covid-19.

Mas essa expectativa é conteúdo de um direito da personalidade?

Na introdução desse texto, foram relatadas várias experiências que revelam quão importante são, para diferentes épocas, lugares e culturas, as cerimônias e os ritos para sepultamento.

Nas classificações apontadas, o direito de dizer adeus encontra eco.

Adriano De Cupis, Orlando Gomes e Francisco Amaral expressamente incluem, nas suas classificações, o direito ao cadáver; Antônio Chaves menciona o direito à liberdade de consciência e de religião e Pontes de Miranda afirma o direito à integridade psíquica como direito da personalidade.<sup>22</sup>

Quando frustrado o direito de dizer adeus, é desrespeitado o direito ao cadáver, que não foi velado, segundo a cultura e religião familiar; o exercício do direito à liberdade de consciência e de religião é mitigado e, por fim, o não viver o luto pode trazer sérias consequências para a

---

17 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

18 CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

19 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

20 AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

21 Sobre o tema: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

22 Cf. DE CUPIS, Adriano. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: Parte Geral*. v.1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.



integridade psíquica dos que ficaram.

Há um direito de dizer adeus, sim. Mas, como compatibilizar esse direito com a necessidade de observar as prescrições de proteção à saúde pública? É possível esta compatibilização?

#### **4 DO FATO À NORMA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE DIZER ADEUS EM FACE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

Retomando a análise da distinção entre as categorias de direito voltadas para a proteção da dignidade humana, observamos que a saúde é objeto de um direito da personalidade e, também, é objeto de um direito fundamental, este último qualificado como direito social.

A pandemia do novo coronavírus instalou situação de medo e insegurança diante da falta de vacina e de soluções medicamentosas testadas. As mortes vêm crescendo de forma vertiginosa e a contaminação acelera a cada dia alcançando grupos vulneráveis – idosos, indígenas, pessoas com comorbidades, gestantes, lactantes e outros – e mesmo aqueles que não integram a população de risco.

Nessa situação excepcional e anômala, espera-se a implementação de políticas públicas de combate à pandemia, tendentes a concretizar o direito social à saúde, do qual todos são titulares e o Estado é o sujeito em face do qual nós lançamos nossas expectativas de cuidado e proteção.

Durante muito tempo o sepultamento era visto como questão religiosa, familiar e cultural. Hoje é, sobretudo, uma questão sanitária, que justifica a edição de normas pelo Estado.

Diante do elevado número de funerais nessa época de pandemia, o Ministério da Saúde elaborou Protocolo denominado Manejo de Corpos no Contexto do Novo Coronavírus – COVID-19, contendo as recomendações de como devem ser realizados os funerais, o manuseio do cadáver nos hospitais, em domicílio e em espaço público, com o objetivo específico de orientar as equipes de saúde de medicina legal e funerárias.

As pessoas que falecem em decorrência da covid-19 podem ser enterradas ou cremadas, mas há restrições relativas aos velórios e funerais de pacientes, confirmados ou suspeitos da doença. São elas: durante todo o velório o caixão deverá permanecer lacrado para evitar qualquer contato com o corpo; a cerimônia de sepultamento deverá ocorrer em lugares ventilados e, preferencialmente, abertos; somente poderão permanecer na cerimônia fúnebre no máximo dez pessoas, respeitando a distância mínima de, pelo menos, dois metros entre elas, assim como outras medidas de isolamento social e de etiqueta respiratória; deverá ser evitada a permanência de pessoas que pertençam ao grupo de risco, quais sejam: idade igual ou superior a sessenta anos, gestantes, lactantes, portadores de doenças crônicas e imunodeprimidos.

Em caso de ocorrer na própria residência o falecimento de pessoa, com diagnóstico confirmado ou simples suspeita de infecção pelo novo coronavírus, é necessário comunicar a morte imediatamente ao serviço de saúde, como ao Corpo de Bombeiros ou ao Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192), ou mesmo ao médico de confiança da família, que não deve ter contato com o corpo. Sua retirada deve ser feita por uma equipe de saúde, observando as medidas de precaução individual, como o uso dos EPIs. Ademais, aqueles que residiam com o falecido deverão receber orientações de desinfecção dos ambientes e objetos, usando água sanitária.

O mesmo Protocolo<sup>23</sup> recomenda aos profissionais de saúde que lidam com pacientes

---

23 BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2020.



infectados com o novo coronavírus:

Remover os tubos, drenos e cateteres do corpo com cuidado, devido a possibilidade de contato com os fluidos corporais. O descarte de todo o material e roupa deve ser feito imediatamente e em local adequado; Higienizar e tapar/bloquear os orifícios de drenagem de feridas e punção de cateter com cobertura impermeável; Limpar as secreções nos orifícios orais e nasais com compressas; Tapar/bloquear orifícios naturais (boca, nariz, ouvido, ânus) para evitar extravasamento de fluidos corporais; Limitar o reconhecimento do corpo a um único familiar/responsável. Sugere-se que não haja contato direto entre o familiar/responsável e o corpo, mantendo uma distância de dois metros entre eles; Quando houver necessidade de aproximação, o familiar/responsável deverá fazer uso de máscara cirúrgica, luvas e aventais de proteção; Sugere-se, ainda, que, a depender da estrutura existente, o reconhecimento do corpo possa ser por meio de fotografias, evitando contato ou exposição. Durante a embalagem, que deve ocorrer no local de ocorrência do óbito, manipular o corpo o mínimo possível, evitando procedimentos que gerem gases ou extravasamento de fluidos corpóreos; Preferencialmente, identificar o corpo com nome, número do prontuário, número do Cartão Nacional de Saúde (CNS), data de nascimento, nome da mãe e CPF, utilizando esparadrapo, com letras legíveis, fixado na região torácica; É essencial descrever no prontuário dados acerca de todos os sinais externos e marcas de nascença/tatuagens, órteses, próteses que possam identificar o corpo; NÃO é recomendado realizar tanatopraxia (formolização e embalsamamento); Quando possível, a embalagem do corpo deve seguir três camadas: 1ª: enrolar o corpo com lençóis; 2ª: colocar o corpo em saco impermeável próprio (esse deve impedir que haja vazamento de fluidos corpóreos); 3ª: colocar o corpo em um segundo saco (externo) e desinfetar com álcool a 70%, solução clorada 0,5% a 1% ou outro saneante regularizado pela Anvisa, compatível com o material do saco. Colocar etiqueta com identificação do falecido. Identificar o saco externo de transporte com informação relativa ao risco biológico: COVID-19, agente biológico classe de risco 3; Recomenda-se usar a maca de transporte do corpo apenas para esse fim. Em caso de reutilização de maca, deve-se desinfetá-la com álcool a 70%, solução clorada 0,5% a 1% ou outro saneante regularizado pela Anvisa; Na chegada ao necrotério, alocar o corpo em compartimento refrigerado e sinalizado como COVID-19, agente biológico classe de risco 3; O corpo deve ser acomodado em urna a ser lacrada antes da entrega aos familiares/ responsáveis; Deve-se limpar a superfície da urna lacrada com solução clorada 0,5%; Após lacrada, a urna não deverá ser aberta; Os profissionais que atuam no transporte, guarda e alocação do corpo no caixão também devem adotar as medidas de precaução, aqui expostas, até o fechamento do caixão; O serviço funerário/transporte deve ser informado de que se trata de vítima de COVID-19, agente biológico classe de risco 3; Após a manipulação do corpo, retirar e descartar luvas, máscara, avental (se descartável) em lixo infectante; Higienizar as mãos antes e após o preparo do corpo, com água e sabão; Não é necessário veículo especial para transporte do corpo; Não há necessidade de uso de EPI por parte dos motoristas dos veículos que transportarão o caixão com o corpo. O mesmo se aplica aos familiares que acompanharão o traslado, considerando que eles não manusearão o corpo. Caso o motorista venha a manusear o corpo, devem ser observados todos os cuidados apontados anteriormente.

Em tempo de pandemia, a saúde pública tem prioridade e limitações são legítimas.

No entanto, dói saber que não será possível aproximar-se do corpo para reconhecer a morte da pessoa querida; que, muitas vezes, esse reconhecimento será feito por fotografia;

que não será possível vestir o falecido com a roupa escolhida ou fazer com que o morto seja sepultado com objetos que lhe eram significativos. Ao invés, há que se conformar em ver o corpo morto daquele que tanto se ama ser envolto em um plástico e o seu caixão lacrado. No imaginário coletivo, o corpo limpo e maquiado volta à vida para a despedida, antes que a travessia aconteça.

Ao iniciar esse texto, relatamos uma história de cuidado vivida pela médica italiana que utilizou a tecnologia para conectar avó e neta, propiciando a ambas a oportunidade de dizer adeus.

Para além do cuidado biológico, os profissionais da saúde podem ser instrumentos para o conforto emocional dos pacientes e seus familiares, viabilizando, por exemplo, chamadas de vídeo, chamadas de áudio e leitura de cartas. Trata-se de um amparo psicológico necessário, de modo a minimizar a dureza das normas que criam óbices ao direito de dizer adeus.

Para os povos indígenas<sup>24</sup>, os rituais ancestrais para a despedida são muito mais difíceis de serem compatibilizados com as exigências sanitárias. Tomemos o exemplo do povo Yanomami: o morto nunca deve ser colocado sob a terra. Os rituais de despedida se prolongam por meses nas aldeias e têm por objetivo dar ao falecido tempo e força para que possa morrer para a comunidade e, em outro mundo, levar uma vida sem males. Durante um mês, o corpo deve ficar isolado para ser purificado e, depois, cremado. As cinzas são guardadas até que se faça nova celebração para lembrar a vida e as virtudes da pessoa que se foi. Posteriormente, as cinzas são diluídas em um mingau de banana para serem compartilhadas e, assim, o morto é esquecido e sua alma liberta. Os que ficam podem seguir em frente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Partida é um longa-metragem japonês, dirigido por Yojiro Takita, vencedor do Oscar de melhor filme estrangeiro em 2012, que tem como protagonista Daigo Kobayashi (Masahiro Motoki), um violoncelista profissional, que enfrenta dificuldade de firmar-se na carreira. Daigo retorna para a sua cidade natal com a esposa Mika em busca de emprego.

Ao ler o jornal de sua cidade, Daigo se depara com uma possibilidade de emprego em agência que *cuida de partidas*. Ele imaginou que se tratava de uma agência de turismo, mas na verdade era uma funerária.

No Japão, o preparador de corpos é incumbido da limpeza, da vestimenta, da maquiagem e da acomodação do corpo na urna. Não se trata de trabalho mecânico, mas de uma atividade executada com atenção, cuidado, suavidade e muito respeito.

Se, de início, Daigo tem rejeição pela nova atividade, aceitando o trabalho de preparador de corpos apenas pela necessidade de sobrevivência, ao longo do tempo, ele compreende o significado e a delicadeza do ritual de despedida digna.

Cada sociedade constrói rituais de passagem para despedida dos mortos. Muitos nascem da esperança de que, sendo observados, será possível reencontrar pessoas queridas em algum dia em outro mundo; outras nascem da pura necessidade de aceitar a

---

24 JUCÁ, Beatriz. O coronavírus está quebrando a nossa crença, o luto imposto aos povos indígenas na pandemia. EL PAÍS. São Paulo. 11 jul. de 2020. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html?ssm=TW\\_BR\\_CM](https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html?ssm=TW_BR_CM). Acesso em: 11 jul. 2020.

perda definitiva. Sejam quais forem as causas que determinam ou inspiraram, os ritos são relevantes para entender a morte como o desaguar natural da vida. Nesse processo de aceitação, o luto tem que ser vivido e respeitado.<sup>25</sup>

Ao longo do texto, defendemos a tese de que o direito de dizer adeus, enquanto direito voltado para a proteção da dignidade da pessoa humana, é um direito da personalidade. Mas como direito, o dizer adeus deve conformar-se com a ordem jurídica, concorrendo com outros, sobretudo aqueles que, como ele, visam a dignificar o ser humano.

Essa reflexão lançada, em meio a pandemia da covid-19, busca uma solução possível e adequada a partir do panorama que nos é ofertado, mas que está sempre aberta à revisitação. Como intérpretes que somos, entendemos que, em que pesem todos os sabores e as dores psíquicas das famílias, não há como dar adeus aos mortos nos moldes culturalmente construídos. Por absoluta necessidade de proteção à saúde da população, é imprescindível buscar meios alternativos de elaborar o luto. Afinal, todos são os titulares do direito social à saúde e as normas que mitigam o direito de dizer adeus revelam, sobretudo, o compromisso com a alteridade.

## REFERÊNCIAS

A campanha na Itália para que pacientes terminais com coronavírus possam dizer adeus a familiares. *BBC NEWS BRASIL*. 23 março 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52005958>. Acesso em: 18 jul. 2020.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19*. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf>. Acesso em: 07 de jul. 2020.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950.

DE CUPIS, Adriano. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

DEL PRIORI, Mary. Morte e fronteiras culturais: passagens, rituais e práticas funerárias entre ancestrais africanos (outra lógica sobre a finitude). In: RODRIGUES, Cláudia; LOPES, Fábio Henrique (Orgs.). *Sentidos da morte e do morrer na Ibero-América*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

---

25 Sobre o luto, discorre Elizabeth Kübler-Ross: “O que estou querendo recomendar novamente aqui é o seguinte: deixem o parente falar, chorar ou gritar, se necessário. Deixem que participe, converse, mas fiquem à disposição. É longo o período de luto que tem pela frente, quando tiverem sido resolvidos os problemas com o falecido. E necessita de ajuda e assistência desde a confirmação de um chamado “mau diagnóstico”, até os meses posteriores à morte de um membro da família. Naturalmente, não entendo por ajuda apenas conselhos profissionais de qualquer espécie; aliás, muitos não precisam, nem suportam isso. Mas necessitam de um ser humano, de um amigo, médico, enfermeira, capelão, pouco importa.” (KÜBLER-ROSS, Elizabeth. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.184-185).

HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, serie 4, anno 76, p. 625, out./dez. 1999.

JUCÁ, Beatriz. O coronavírus está quebrando a nossa crença, o luto imposto aos povos indígenas na pandemia. *EL PAÍS*. São Paulo. 11 jul. de 2020. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html?ssm=TW\\_BR\\_CM](https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html?ssm=TW_BR_CM). Acesso em: 11 jul. 2020.

KÜBLER-ROSS, Elizabeth. *Sobre a morte e o morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELO NETO, João Cabral. *Morte e Vida Severina e outros poemas*. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

MOTA PINTO, Paulo. Direitos de personalidade no Código Civil Português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 51, n.314, 2003.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PARKES, Colin Murray. *Luto: estudos sobre a perda na vida adulta*. São Paulo: Summus, 1998.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÓFOCLES. *A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona*. Trad. Mario da Gama Kury. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. vol.1, parte geral e obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

# A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS SUBJETIVOS

**Maria Cláudia Cachapuz**

Doutora em Direito pela UFRGS. Professora de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Magistrada do TJRS.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Sobre fontes e restrições subjetivas; 3 As restrições normativas e a ponderação para o caso; 4 Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Interpretar e aplicar corretamente as normas jurídicas a uma determinada realidade fática imposta em sociedade é das atividades mais complexas reservadas ao operador do Direito na prática jurídica. Quando isso é proposto em período de excepcionalidade histórica, política, sanitária e também jurídica – porque existente um estado de pandemia em termos universais -, a tarefa se afigura ainda mais tormentosa ao intérprete. É que não se trata do estabelecimento de relações de interpretação puramente lógicas ou fundadas em suficiente pré-compreensão quanto a categorias e institutos que possam ser observados, de forma segura, ao estabelecimento de um marco de significados ao texto<sup>1</sup> do qual se parte à interpretação. Há, desde logo, incertezas fáticas e jurídicas a serem consideradas frente aos desafios de aplicação impostos e, em regra, uma ausência significativa de espaço e tempo para a organização e construção de juízos deontológicos seguros. Portanto, decidir em tempos de pandemia é uma atividade de risco considerável.

Isso, no entanto, não autoriza o intérprete a abandonar o compromisso de busca de uma solução jurídica com pretensão de correção em nome de uma discricionariedade oportuna. Também não é momento para que o enfrentamento dos problemas com repercussões jurídicas seja feito de forma meramente retórica. Como refere Atienza, não pode se tratar da pretensão de simples persuasão a um auditório<sup>2</sup> de forma a convencê-lo, a partir de determinadas variáveis, acerca de uma determinada realidade. Deve antes traduzir o compromisso de construção racional a partir de determinadas condições explícitas de enfoque, apontando quais elementos e quais critérios se tornam relevantes para identificar aquilo que é próprio à interpretação do caso e aquilo que adquire relevância para o estudo que se pretende desenvolver – inclusive numa perspectiva temporal e em caráter precário. Até porque, toda a argumentação efetuada, mesmo que justificada por uma urgência específica, vincula para futuro e, como bem apontado por Habermas, passa a condicionar o alcance de novas “margens de decisão”<sup>3</sup> a partir da experiência concreta.

O desafio de interpretar-se em tempos de pandemia, por consequência, exige do intérprete que tenha claro que as funções típicas aos enunciados dogmáticos devem ser testadas exaustivamente, seja para a construção da realidade normativa nova, seja para a aplicação distintiva feita à situação excepcional proposta a exame. Assim, quando se contrapõe uma situação de progresso do argumento frente ao que se tem por estável pelo ordenamento jurídico, é necessário que o intérprete compreenda que o avanço desse argumento – que pode significar, inclusive, situação de retrocesso a liberdades ou a situações de igualdade no plano jurídico -, em termos gerais, condiciona para futuro as decisões que venham a ser tomadas para casos assemelhados, exigindo, em caso de retorno à normalidade, um trabalho de descarga argumentativa suficiente para a reconstrução da situação de estabilidade jurídica antes existente. Ou seja, toda a argumentação adotada, para fins de interpretação, a uma realidade excepcional nova acaba por dificultar, conforme a passagem do tempo, o próprio retorno ao que se tinha como estável em termos jurídicos antes da situação de excepcionalidade e pode, em realidade, comprometer a própria coerência do sistema jurídico para futuro.

---

1 GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

2 ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 111.

3 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 18.



## 2 SOBRE FONTES E RESTRIÇÕES SUBJETIVAS

Não por outra razão é fundamental que se tenha como claro que o sistema jurídico não se constrói para situações de instabilidade jurídica. Todo o esqueleto de observação à legitimação do Direito, a partir de fontes normativas, tem por escopo gerar segurança jurídica, e não o contrário. Moreso e Vilajosana, ao tratarem de distinguir e classificar as diversas concepções do Direito, apontam que descabe se compreender que toda a discussão quanto a modelos de fontes jurídicas vise apenas ao estabelecimento de determinadas etiquetas fundadas em disputas filosóficas. Antes disso, deve se traduzir como “análisis crítico de los argumentos que son usados en la defensa de las respectivas tesis”<sup>4</sup>.

Em termos mais amplos, corresponde ao que Gottlieb Fichte referiu ser a gênese crítica em relação à origem da linguagem e ao desenvolvimento de uma capacidade linguística ao ser humano. Para o autor, quando se pretende estudar sobre a origem de uma língua formal, não se pode recorrer a simples hipóteses ou a ilações discricionárias a partir do que se poderia, sob circunstâncias especiais, ter como fonte originária de uma determinada língua. Principalmente, quando existente, nessa pretensão de análise, a extração de probabilidades investigativas a respeito de propriedades específicas de um determinado fenômeno social: “Hay que deducir de la naturaleza de la razón humana la necesidad de este descubrimiento”<sup>5</sup>.

Daí a lógica construída por Aguiló quando destaca que, na perspectiva da interpretação, a ideia das fontes “está en el centro del problema de la identificación del derecho”<sup>6</sup>, na medida em que permite identificar não apenas aquilo que é característico ao Direito, como aquilo que diz respeito à sua forma especial de tornar distinto o que é jurídico. Reconhece que há perspectivas diferenciadas de onde parte o intérprete para compreender o fenômeno jurídico – inclusive para momentos de excepcionalidade –, seja porque valora de forma distinta o que é fonte jurídica, seja porque nem mesmo identifica como existente um caráter definitivo ao que efetivamente se caracterize como elemento distintivo da juridicidade do fenômeno social. Por isso, ao buscar um esquema distintivo das fontes, Aguiló refere que a origem do Direito corresponde, no mínimo, a três tipos de discursos ou enfoques diferentes:

El primero es un discurso do tipo explicativo que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del derecho en el sentido de las `causas sociales` que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo es un discurso de tipo justificativo donde por origen se entiende no las causas que explican, sino los `fundamentos de la obligatoriedad` del derecho: por qué obliga el derecho? De donde proviene su obligatoriedad? Aquí el derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo de discurso, que podríamos llamar sistemático, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, ha venido a sostener el origen jurídico de los fenómenos jurídicos. Según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas<sup>7</sup>.

4 MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J.M.. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p.192.

5 FICHTE, J.G. *Sobre la capacidad lingüística y el origen de la lengua*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 11.

6 AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 151.

7 AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 150.

Isto representa observar, como explicitado por Aguiló, que tem razão Alf Ross ao afirmar que, dentre as fontes do Direito, deve se agregar a compreensão de que é também fonte o “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que este basa su decisión”<sup>8</sup>. E se isso é igualmente possível, não há dúvida de que se poderia questionar quanto a um evidente relativismo em relação à unidade do sistema jurídico e à própria identificação autônoma do Direito como Ciência Jurídica – o que torna ainda mais complexa a relação de interpretação em tempos de pandemia.

O debate proposto quanto a uma relativização das fontes, todavia, não afasta a unidade do sistema jurídico ou o seu sentido de integração, mas antes o confirma numa medida distinta. Ou seja, permite que se confirme, por meio da justificação racional oferecida a cada teste proposto pela situação de estudo do caso – e sempre numa dimensão prática, voltada ao caso –, a própria razão de ser do sistema jurídico em termos ideais. Quando se tratar da análise de um caso considerado fácil, o sistema das fontes jurídicas confirma a solução numa atividade coordenada pelo exercício da subsunção, oferecendo uma resposta potente desde logo. Quando a perspectiva de análise é a partir da proposta de um caso considerado difícil ou complexo - próprio a uma situação distintiva de excepcionalidade e a título precário, como em situações de pandemia - o sistema, aparentemente insuficiente para dar respostas, deve ser confirmado pela racionalidade apresentada pelo intérprete a partir de mecanismos de controle internos e externos que autorizem a escolha de uma resposta correta entre tantas que se apresentem para o caso. Portanto, confirma a própria segurança de aplicação do sistema jurídico por meio de um modelo de fontes: “Pues las fuentes son, en este sentido, las razones relevantes que quien decide puede alegar en favor de la decisión considerada correcta”<sup>9</sup>. A questão que segue em aberto, por consequência, é relativa à atividade de saber como construir esta racionalidade em tempos de pandemia ou de excepcionalidade e em que medida ela se configura no próprio sistema ou com o auxílio de elementos externos. E, sendo esta a hipótese, saber que elementos são esses e a forma como o intérprete, ao identificá-los, posiciona-se, racionalmente, para garantir correção à escolha de uma solução jurídica para o caso concreto, confirmando a própria unidade e integração do sistema jurídico.

Para se chegar a tal compreensão, não basta, contudo, apenas reconhecer a aproximação do direito à moral por meio da fundamentação de decisões práticas. Como aponta Alexy, “se podría opinar que si bien quien entra en discusiones sobre la corrección de sus expresiones plantea esta pretensión, se puede sin embargo perfectamente expresar opiniones morales sin esta pretensión”<sup>10</sup>. Fundamentos de ordem moral por si só, conforme determinadas condições, não necessariamente traduzirem a escolha racional correta. É necessário que, para além da adoção de um enfoque justificativo, como destacado em Aguiló<sup>11</sup>, haja um esclarecimento quanto à forma como de dará essa justificação em termos pragmáticos – o que, no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive se faz exigido na hipótese de reconhecimento de equivocidade por colisão de normas, observado o texto do enunciado normativo do parágrafo 2º do art. 489 do Código de Processo Civil.

O tema, em linhas gerais, é destacado por Jürgen Habermas<sup>12</sup> quando trata de esclarecer as distinções para a construção de um enfoque justificativo com base num discurso

---

8 ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. México D.F.: Fontamara, 2014, p. 75.

9 AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 155.

10 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p.133.

11 AGUILÓ REGLA, Josep. *Fuentes del derecho*. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 151.

12 HABERMAS, Jürgen. *Comentarios a ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

racional pragmático. Três seriam as matrizes filosóficas de fundo diferenciadoras à construção de tal discurso. A primeira, uma corrente de tradição aristotélica, em que pressuposta a ideia de que a faculdade do juízo teria de tomar o lugar da razão prática para integrar, desde logo, o conceito que se expõe à análise. Exige que a justificação racional se movimente dentro de um horizonte e de uma forma de vida aceites a partir de um contexto valorativo - um valor extraído tanto das motivações dos envolvidos, como da realidade fática e das questões normativas pertinentes à situação de análise. O valor do que é “bom”, do que “prudente”, pressupondo um catálogo de virtudes, alcança um significado essencial. A busca do intérprete dirige-se ao exaurimento, *a priori*, do conteúdo de cada conceito, de forma que o fato jurídico possa ser analisado em referência a um universo desde logo conhecido, de forma abstrata e material, submetendo-se o particular a um contexto universal esgotado, ainda que externo ao sistema jurídico. E isto porque, segundo Sandel<sup>13</sup>, a justa distribuição dos bens encontra-se fundada em determinado *télos* ou propósito honorífico<sup>14</sup>.

Tal realidade é traduzida tanto numa pretensão de construção normativa, quanto na forma especial de interpretar-se o fenómeno jurídico. Como referido por Alexy, “no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido”<sup>15</sup>. Partindo-se de posições definitivas desde logo, pelo reconhecimento de que há limites suficientemente identificados quando da constituição de um conceito jurídico, o discurso aristotélico adota uma teoria interna de justificação racional, misturando o suporte fático normativo com a sua própria restrição. Assim, o que deveria ser reconhecido como possibilidade de restrição passa a ser compreendido como limite<sup>16</sup>. Não seria possível, conforme o enunciado normativo, restringir qualquer exercício de uma liberdade humana, tendo em vista o livre desenvolvimento da personalidade, quando não violados direitos de terceiros ou inexistente qualquer atentado à ordem constitucional ou à moral a partir de uma ótica aristotélica. Portanto, o que justificaria, com base numa teoria interna, uma restrição de liberdade não é o pressuposto da restrição a uma posição jurídica determinada, mas apenas a restrição aos bens que sejam objeto de proteção jurídica<sup>17</sup>.

A questão é diversa, seguindo-se o modelo de Habermas<sup>18</sup>, quando se parte de uma perspectiva de conhecimento do problema por uma compreensão filosófica de matriz kantiana. Por este enfoque, a razão prática coincide com a moralidade. Somente por meio de um conceito de autonomia a razão se une à vontade, como uma espécie de causalidade - decorrente do fato da razão em si -, em que a liberdade “qualifica esta causalidade como capacidade de agir, independentemente de causas estranhas que a determinem”<sup>19</sup>. Isto representa inferir que a liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis. O próprio contraste, segundo Sandel<sup>20</sup>, evidenciado entre *autonomia* e *heteronomia* em Kant. O que torna a construção de uma razão prática como um exercício não arbitrário - e, portanto, consistente a uma justificação racional -, é justamente a circunstância de que a moral impõe que se escolham máximas que - quando testadas de forma pragmática - possam, ao mesmo tempo, valer como universais.

13 SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.235.

14 SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.233.

15 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

16 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

17 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 271.

18 HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

19 DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas. A reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 42.

20 SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.141.

É uma racionalidade, por consequência, que se ocupa com a promoção de um sentido de reconhecimento de autonomia permanente ao ser humano. E, aqui, no sentido de Habermas, algo que é distinto do conceito de liberdade. Enquanto a liberdade é sempre subjetiva, porque fundada nas peculiaridades do indivíduo - suas “máximas de prudência, pelas preferências ou motivos racionais”<sup>21</sup> -, a autonomia é um conceito que pressupõe intersubjetividade, determinado por máximas aprovadas pelo teste da universalização.

Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar da liberdade e outras não, ou que algumas pessoas possam ser mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A ideia que quero sublinhar é a seguinte: com sua noção de autonomia Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista<sup>22</sup>.

Esta nota de intersubjetividade é que, segundo Alexy, deve estar na base de compreensão de uma regulação jurídica dos comportamentos sociais partindo-se de posições não definitivas, mas apenas *prima facie*. Por isso a possibilidade de se afirmar que a polêmica entre a adoção de uma teoria interna ou externa de restrição a direitos subjetivos não é apenas relativa a uma questão teórica que importe à construção do conceito jurídico. De forma muito clara em relação ao problema da interpretação jurídica, Alexy refere existir estreitas conexões entre as teorias de restrições a direitos e os suportes normativos gerais do Direito: “Quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membrecía en una comunidad, tenderá a la teoría interna”<sup>23</sup>.

Tal flexibilidade, desde que bem compreendida pela tarefa da interpretação, é a conduta esperada do intérprete para efeito de aplicação de uma fundamentação racional na perspectiva de análise pragmática a um caso concreto. Algo que não se esgote no sistema e que, ao mesmo tempo, não se justifique em uma moralidade determinada por um universo previamente estabelecido e externo ao ordenamento jurídico. Portanto, não se falaria em racionalidade a decisões fundadas em concepções estritamente jusnaturalistas no Direito. O que sustenta a pretensão de correção pelo discurso é justamente a possibilidade de compatibilização entre a simultânea proteção de liberdades ou de posições jurídicas de igualdade e a garantia de segurança jurídica pela escolha racional de uma solução correta a todo o caso empírico proposto a uma análise jurídica.

Mas é ainda necessário e adequado que se distinga, dentre os discursos justificativos, aqueles fundados numa matriz de tradição empírica ou funcionalista. Ou seja, quando a razão prática é assimilada na sua porção estritamente pragmática e estratégica, reduzindo-se, no extremo, a interpretação jurídica ao exercício exclusivamente teleológico da atividade racional. Tal discurso teria como preocupação exclusiva a reprodução de uma visão estritamente funcionalista, permitindo espaço amplo para que se decida, no particular, de acordo com o fim da conduta em si - um determinado projeto estratégico de vida, por exemplo -, e não pelo teste das condições universais da premissa empírica proposta à discussão. Em tal tipo de discurso justificativo, a racionalidade não se apresenta desafiada

---

21 HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12.

22 HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.

23 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

por máximas universais desde logo e, portanto, se submete a uma discussão eminentemente pragmática sobre os fins pretendidos e o menor custo de alcance aos mesmos em face de um bem-estar previamente estabelecido.

Aqui, o problema em relação às fontes é ainda mais complexo que em relação a um discurso jusnaturalista, na medida em que a perspectiva da universalização nem é um objeto de teste específico *a priori*. Na base de uma teoria funcionalista, na melhor expectativa, estaria a pretensão de lidar com a “complexidade adequada” do sistema jurídico<sup>24</sup> a partir de uma perspectiva de superação de dificuldades - o que pode ser típico de um raciocínio, sob pressões empíricas diversas, em época de pandemia -, em que o foco do intérprete não aparece voltado a uma correção interna de decisões ou normas, e sim à análise das possibilidades oferecidas para enfrentamento das premissas estabelecidas em termos pragmáticos. A dimensão moral se vê acolhida pelo Direito não a partir de máximas universalizáveis, senão que a partir de máximas empíricas ponderadas por meio de um critério de utilidade.

A questão de fundo para o problema das fontes jurídicas, pela perspectiva de racionalização por um discurso de justificativa funcionalista, portanto, não diz respeito a um pressuposto de origem. Nem mesmo há um raciocínio de base voltado a isso. Na medida em que não há ao intérprete uma preocupação de regulação ideal - por critérios de verdade, fundamentação e justiça -, o sistema ocupa-se unicamente em esgotar-se dentro de sua própria dinâmica formal-pragmática, a partir de uma lógica de utilidade ao que é oferecido: “Puede trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso”<sup>25</sup>.

Com tais distinções em relação às formas dos discursos justificativos possíveis à construção do sistema jurídico, é preciso identificar em que medida os elementos de conhecimento definitivo *a priori* e de otimização de resultados empíricos podem ter relevância em relação às condições jurídicas e fáticas do caso. Assim, por exemplo, quando reconhecida a possibilidade de enfrentamento do tema de colisão de princípios quando se está à frente da necessidade de restrição de liberdades em tempos de pandemia, porque estabelecida uma situação extraordinária de normatização para o caso. E, de regra, para situações emergenciais.

Quando se trata do estabelecimento de um modelo de fontes jurídicas a partir de uma visão discursiva do Direito, o enfoque justificativo e pragmático atinge um patamar distinto: Exige que se reconheça a necessidade de maior controle à construção da decisão judicial de forma que não reste a interpretação refém da discricionariedade da autoridade competente. Tal se observa, porque a atividade de interpretar impõe, paralelamente a uma justificação racional interna à decisão, um teste condicionado, de forma externa, a elementos de interpretação conectados à moral. É por isso que Alexy, com certa insistência, busca relacionar a questão das fontes jurídicas aos grupos de regras e formas de justificação externa à decisão judicial, de modo que, juntamente com as regras de direito positivo e com os enunciados empíricos, possa se reconhecer a relevância normativa de outras premissas que não são nem enunciados empíricos, nem regras de direito positivo<sup>26</sup>.

Partindo-se de um conceito de dogmática jurídica, como em Alexy, que relaciona o trabalho aplicado e dinâmico de justificação no Direito ao caráter estático e institucional de formação do sistema jurídico, é possível reconhecer funções bem específicas à Ciência Jurídica, condicionando o trabalho do intérprete a “(1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en

---

24 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 131.

25 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 131.

26 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 222.



la fundamentación de las decisiones jurídicas”<sup>27</sup>. O que se reconhece, ao conectar-se dogmática e interpretação na perspectiva das fontes jurídicas, é de que, na descrição do fenômeno jurídico como tal, não existe uma dissociação - mas antes, idêntica razão de interdependência - entre universalidade e particularidade. Ou seja, ao mesmo tempo em que se busca, abstratamente, universalizar, para fins institucionais, a experiência jurídica, conectando-a ao sistema jurídico como um todo, particulariza-se o que é próprio ao caso, recebendo-se a experiência concreta como elemento de correção a um ideal de conduta. Um exercício de interligação que não pode ser desprezado nem mesmo para situações excepcionais de análise interpretativa.

Ou seja, na perspectiva do discurso jurídico, a dogmática como fonte normativa do Direito resguarda uma relação complementar à interpretação, em termos de construção científica e racional do sistema, porque apresenta foco na busca da universalidade ao julgar, tornando imprescindível ao intérprete o dever de traduzir, com correção, o enunciado dogmático. Não se trata, portanto, de apenas alcançar uma razão prática a cada situação concreta submetida à apreciação jurídica - mesmo que se trate de uma situação singular de análise -, mas antes de possibilitar que toda a tradução dos enunciados dogmáticos imponha uma pretensão de correção frente ao caso concreto inclusive em situações de pandemia, ainda que observadas determinadas particularidades do caso. Isto contribui de forma a não reduzir a dogmática ao conhecimento empírico e a permitir que, por meio da interpretação dos enunciados dogmáticos, alcance-se o consenso - orientado por premissas de segurança jurídica e de igualdade no espaço público - acerca do que venha a ser entendido pela doutrina como dogmático.

### 3 AS RESTRIÇÕES NORMATIVAS E A PONDERAÇÃO PARA O CASO

O caso ilustrativo para o momento de pandemia é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>28</sup> ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para afastar dois artigos de lei (3º e 4º) do Decreto Municipal nº 6.300, de 05.08.2020, do município de Pelotas. Neste, seguia ratificado o estado de calamidade pública em todo o território abrangido pela norma, mas determinava, de forma mais rígida que a prevista para o Estado membro, o fechamento total das atividades e a restrição de circulação (*lockdown*) de pessoas e veículos em quaisquer vias públicas do município.

No caso, restou apontada a plena possibilidade de autonomia do Município para regramento sobre a matéria, ainda que em caráter excepcional, ressaltadas as peculiaridades locais, estando a autoridade municipal legitimada a adotar medidas restritivas mais amplas que as indicadas pela União e pelo Estado, desde que mantida a coordenação e as diretrizes das medidas tomadas pelas outras unidades da federação mais abrangentes que o nível municipal, a fim de ver respeitado o âmbito da competência concorrente constitucional. No ponto, a ressalva à decisão proferida pelo STF na ADI nº 6.341/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, em face dos termos da Medida Provisória nº 926/2020<sup>29</sup>. O que,

27 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 243.

28 TJRS, ADI 2020.1332.011-9 – Plantão Jurisdicional de 2º grau, decisão monocrática da Presidência, em 09.08.2020. Acesso, em 13.09.2020, em <http://www.tjrs.jus.br/static/2020/08/liminar-de-pelotas.pdf>.

29 Consta na decisão do Plenário daquela Corte, que por maioria referendou medida cautelar em ação direta deferida pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator), a seguinte parte, ora em destaque, retirada do Informativo STF nº 973/2020: “(...) Ressaltou que as providências tomadas pela União não afastam atos a serem praticados por estados, o Distrito Federal e municípios considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da CF(3). E, por fim, rejeitou a alegação de necessidade de reserva de lei complementar. (...) A Corte enfatizou que a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do estado de direito democrático. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também para o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O estado de direito democrático garante também o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades públicas. Esses agentes públicos devem sempre justificar as suas ações, e é a luz dessas ações que o controle dessas próprias ações pode ser exercido pelos demais Poderes e, evidentemente, por toda a sociedade. (...)”.



no entanto, de uma forma específica, embasou o argumento apresentado pelo Ministério Público, para fins de caracterização de uma inconstitucionalidade dos artigos apontados no decreto municipal, foi o fato de que toda a restrição a direitos subjetivos - e, por consequência específica, de direitos fundamentais na origem - só se justifica quando necessariamente (i) guardar uma concordância prática com a unidade da Constituição Federal e (ii) apresentar razões sérias e suficientes que justifiquem uma restrição máxima, como no caso de *lockdown*. A discussão proposta, portanto, teve por base compreender se é possível o reconhecimento de uma violação constitucional em situação de ausência de observância desta harmonia de agir entre os poderes - inobstante a autonomia de competência regulatória identificada em concreto - e identificar se é possível reconhecer excesso à restrição de liberdade imposta a direitos fundamentais, ainda que sob o reconhecimento, para o caso, de uma perspectiva de proteção aos próprios indivíduos.

O argumento da concordância prática, sustentado na tomada de decisão em termos constitucionais, deve ser compreendido não apenas em seu sentido estritamente formal. Como apontado na decisão, uma vez identificada competência autônoma à autoridade pública, o problema da concordância prática entre as normas emanadas de entes federados - inclusive frente ao tema da unidade da Constituição, que é central para o reconhecimento de legitimidade - é um problema de restrição a direitos fundamentais. E, por consequência, serve como parâmetro de regulação para o reconhecimento de eventuais excessos nas restrições impostas, exigindo ponderação. Ou seja, a questão da concordância prática necessariamente deve estar alinhada com a ponderação em termos de colisão de liberdades, condicionando esta.

Isso representa dizer que é possível que a ponderação conduza a uma restrição máxima de liberdade, como pretendido pela autoridade municipal para uma situação considerada de emergência em época de pandemia. É o que decorre, de forma clara, da aplicação de um princípio de liberdade negativa em caráter amplo. Todavia, também é pressuposto de análise *jusfundamental* que essa restrição seja resultado de uma ponderação em que testadas, por razões sérias e suficientes, as condições fáticas e jurídicas do caso. Ou seja, só se legitima a ação da autoridade pública para situações máximas de restrição se - e somente se - as razões de restrição se justifiquem por uma ponderação suficiente que inclua, e resto, a própria observância à situação e concordância prática com as normas estabelecidas, de forma coordenada, para todo o sistema jurídico. Como acentuado em Alexy:

Una dogmática del Derecho es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo<sup>30</sup>.

Há, na definição de Alexy, o compromisso assumido pelo intérprete em relação à argumentação jurídica, de forma que toda e qualquer interpretação no Direito - seja pelo legislador, em abstrato; seja pelo juiz, para o caso - tenha um alcance institucional e, simultaneamente, uma preocupação de tornar possível a correção de rumos na adoção de soluções jurídicas que se apresentem necessárias à resolução de conflitos reais, mesmo para períodos de instabilidade jurídica. Algo que se desdobra em funções próprias do exercício da interpretação por meio da análise das funções de estabilização, progresso, descarga, técnica,

---

30 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 246.

controle e heurística da própria dogmática<sup>31</sup>. Tais considerações acerca do âmbito de atuação das configurações e restrições a direitos permitem, ademais, quando pressuposto o exame de um caso concreto, que se identifique que toda a solução extraída de uma ponderação realizada em face de um conflito de direitos fundamentais seja compreendida como o produto de uma restrição em concreto, e não como a consequência de uma subsunção à configuração, em abstrato, de um direito previamente definido em seu conteúdo. Disso se extrai, em termos interpretativos e com coerência suficiente à pretensão de reconhecimento de uma dimensão institucional ao sistema jurídico, a regra estabelecida para o caso. Esta, como resultado de uma ponderação efetuada de forma particular, não necessariamente configura enunciado dogmático suficiente para que seja utilizada genericamente como regra a toda e qualquer situação de conduta em termos análogos. Mas permite, pela própria analogia, que seja utilizada para o estabelecimento de um *par de comparação* em termos interpretativos, por meio de um exercício próprio de ponderação<sup>32</sup>. E, então, a responsabilidade da correta tomada de decisão, mesmo que estabelecida para situações de excepcionalidade jurídica, como na hipótese de estabelecimento de restrições em tempos de pandemia.

Não se despreza, ademais, a mesma racionalidade, para efeito de teste da universalidade, quando a restrição é proposta legislativamente - portanto, quando dirigida ao legislador, e não ao juiz. Mesmo comprometimento de descarga de argumentos em relação ao desafio da proteção de direitos gerais de liberdade e igualdade é exigido ao intérprete em abstrato, quando, na edição de lei infraconstitucional, reste evidenciada uma justa restrição - e, portanto, lícita - ao direito fundamental.

El criterio de no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción<sup>33</sup>.

Mas há ainda um pressuposto relevante para situações excepcionais a ser levado em consideração: O fato de que o caráter de razoabilidade ou mesmo de justiça acolhido para a edição de uma norma e para a tipificação de uma conduta - pelo estabelecimento de uma proibição, de um fazer obrigatório ou mesmo pelo estabelecimento de competências que atinjam o exercício de posições jurídico-civis, como no caso do município de Pelotas -, a partir do uso de argumentos *jusfundamentais*, não afasta a dimensão restritiva desta mesma norma, quando atinja um direito geral de liberdade ou de igualdade da pessoa<sup>34</sup>. A preocupação de Alexy, no ponto, é com a constatação de que qualquer limitação de um direito fundamental deve ser vista como parte da determinação de seu conteúdo. É que segundo Häberle, partindo de premissas distintas, “el legislador que limita los derechos fundamentales también los determina con ello en cuanto a su contenido y al revés”<sup>35</sup>.

A fragilidade de tal construção dogmática - ainda que limitada à perspectiva de análise

31 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 255.

32 Na referência de Alexy, a analogia não deve ser desconsiderada como forma de argumento. No entanto, como se baseia em princípios de universalidade e de igualdade, exige que seja enfrentada toda a dificuldade típica de aplicação de um princípio de igualdade: “El establecimiento de la semejanza jurídicamente relevante no puede surgir únicamente de semejante análisis, (...) presupone valoración. Para la fundamentación de esta valoración son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico” (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 269).

33 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 328.

34 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 324.

35 HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 167.

da interpretação pelo legislador - restou previamente apontada pela crítica oferecida por Alexy, no sentido de que, para a adoção de uma teoria interna de restrições a direitos fundamentais, restaria sempre necessário um condicionamento do exame de qualquer restrição à hipótese de abuso de um direito, porque pressuposto um determinado conteúdo conformador de um direito previamente pelo sistema jurídico. Tal situação, aparentemente, permite ao intérprete do caso aceitar, de forma mais flexível, uma relativização à concepção material de um direito quando se trata de analisar um caso concreto - ainda que o exercício de interpretação se torne bastante dificultado, pela necessidade, na mesma medida, de configuração prévia do próprio conceito de abuso de direito. Mas trata-se de uma situação de construção argumentativa extremamente dificultada quando o problema é de um suposto excesso por parte do legislador na configuração do tipo normativo, ao editar norma restritiva de um direito fundamental no âmbito infraconstitucional.

Quando se está frente a um conceito estreito de conformação e um conceito amplo de restrição de direitos, o equilíbrio, no exercício de argumentação, é alcançado pelo funcionamento do próprio sistema jurídico e das funções exigidas aos enunciados dogmáticos. Ou seja, aquilo que se vê configurado como um direito não necessita de justificação - como no caso das normas constitucionais. A restrição ao direito, de outra parte, tanto em abstrato como em concreto, exige argumentação necessária e suficiente para o desafio à garantia *jusfundamental*, ainda que seja para a edição de uma norma por via ordinária. É justamente a compreensão apontada por Carlos Bernal Pulido ao referir que, constitucionalmente, o Estado de Direito não pode se valer de quaisquer restrições a direitos fundamentais:

Sino sólo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los prejuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales.<sup>36</sup>

Na hipótese, as razões de consideração apresentadas no decreto municipal - ainda que estabelecido este para uma temporalidade breve e determinada - restaram acolhidas no texto normativo de forma muito ampla e genérica, não permitindo a identificação, de pronto, das razões suficientes para uma mudança drástica de regulação de comportamentos sociais. E, portanto, com potencial restritivo a direitos subjetivos pelo excesso. E, nisso, um argumento de coerência e consistência das razões restritivas adotadas, restou como essencial para o caso, ao ponto de determinar que houvesse a adoção de uma interpretação conforme a exigência de concordância prática com as demais normas dispostas por outras autoridades públicas no âmbito estadual e federal, afastando-se a constitucionalidade, por ponderação, para o caso.

#### **4 CONCLUSÕES**

Reconhece-se não ser tarefa fácil ao intérprete jurídico trabalhar com o tema das fontes do Direito conectado à hipótese de restrição de posições jurídicas, sem que seja capaz de conferir-se ao debate proposto uma dimensão interpretativa. Há, como inicialmente referido,

---

36 PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.82.

íntima conexão entre a adoção de um determinado modelo de fontes e a perspectiva de análise do intérprete acerca do sistema jurídico pressuposto. Daí a preocupação, a partir de um enfoque justificativo do Direito - portanto, pressupondo uma aproximação entre direito e moral -, com circunstâncias mais amplas de justificação do fenômeno jurídico que não esgotem a autonomia do Direito no simples reconhecimento de autoridade da lei.

A partir do discurso jurídico, que pressupõe argumentação e preocupação com o controle da construção do dever-ser por meio de uma pretensão de correção, as fontes jurídicas estão conectadas com o problema da fundamentação das decisões jurídicas, com as escolhas dos cânones de interpretação para o caso, com as cargas de argumentação adotadas em concreto e mesmo com as funções dos enunciados dogmáticos na medida em que estes possam interferir na estabilização ou no progresso do sistema jurídico. Falar em um modelo pragmático de fontes jurídicas é, necessariamente, falar em método jurídico fundado em premissas de racionalidade, em alcance dogmático pela interpretação, em equivocidade inerente ao sistema. É, portanto, reconhecer a permanente oportunidade de abertura do próprio modelo ao confronto entre o que é universal e particular, de forma a proporcionar-se o permanente desafio do estável pela situação nova e peculiar, desde que propostas razões suficientes para a construção de uma argumentação distinta.

Como no caso em análise, é estritamente relevante testar-se a normatividade descrita para o caso excepcional frente às peculiaridades das hipóteses de aplicação que se impõem em situação de pandemia. E o exemplo do texto do decreto municipal ora enfrentado bem espelha essa dificuldade interpretativa.

Volta-se, portanto, a dar razão a Aguiló<sup>37</sup> quando sustenta que o tema das fontes traduz-se por certa complexidade, a começar, porque tanto se refere ao problema da origem do ordenamento jurídico, vinculado ao conceito de direito, como se dirige à questão da origem das normas jurídicas, relacionada à produção normativa. É discussão que exige do aplicador do Direito exercício de interpretação, compreendendo que a descrição do fenômeno jurídico e de suas restrições encontra-se intimamente relacionada à descrição da estrutura do sistema jurídico - pelo seu reconhecimento como um saber autônomo - e à forma como o intérprete traduz o próprio Direito, mesmo em hipóteses distintas e excepcionais como as de pandemia.

## REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

DUTRA, Delamar Volpato. Kant e Habermas. *A reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

FICHTE, J.G. *Sobre la capacidad lingüística y el origen de la lengua*. Madrid: Tecnos, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

---

37 AGUILÓ REGLA, Josep. *Fuentes del derecho*. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 32.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M.. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. México D.F.: Fontamara, 2014.

SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

# VULNERABILIDADE DIGITAL DA PESSOA IDOSA

## **Ana Carolina Brochado Teixeira**

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil pela Escuela di Diritto Civile - Camerino, Itália. Professora do Centro Universitário UNA. Coordenadora editorial da Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil). Advogada.

## **Maria Carla Moutinho Nery**

Mestre em Direito pela UFPE. Professora da Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Assessora Jurídica do TJPE.

---

**Sumário:** 1 Introdução: pandemia e a população idosa; 2 O tratamento jurídico do idoso; 3 Vulnerabilidades do idoso; 4 A inclusão digital do idoso; 5 Conclusão: a necessidade de se implementar meios para o letramento digital; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO: PANDEMIA E A POPULAÇÃO IDOSA

A covid-19 veio trazer um grande aprendizado para toda a sociedade não só no campo afetivo como também na área econômica e tecnológica. Laços desfeitos foram reatados, a simplicidade dos gestos foi evidenciada e o valor a o que e a quem realmente importam se tornou questão de sobrevivência.

Diante deste contexto, os idosos passaram a ser alvo de maior preocupação durante a pandemia, pois a solidão, decorrente do isolamento social, o temor da contaminação e a proximidade da morte, assombraram esse grupo de risco<sup>1</sup>. O abraço, o cafuné e o beijinho dos netos deram vez às *videochamadas* e ao tchauzinho à distância, fazendo da saudade um poço sem fim e deprimindo boa parte dos avós.

A situação se agrava diante da constatação de preconceito velado ante a menor viabilidade de sobrevivência em relação à distribuição de leitos nos hospitais superlotados. A sofrida “escolha de Sofia” coloca os mais velhos no fim da fila das vagas dos leitos em UTIs, tendo sido muitos os esquecidos mortos em casas e asilos. Nesse contexto, Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida alertam a necessidade de proteção aos idosos, ante um possível retorno à gripe do “limpa-velhos”, apelido dado à gripe espanhola que, assim como a covid-19, vitimou os idosos em maior quantidade.

Segundo notícias amplamente divulgadas na mídia, na Itália, país mais afetado pela pandemia, o Departamento de Defesa Civil do Piemonte teria preparado um documento no qual recomendaria a negativa de atendimento para pacientes com mais de 80 anos ou que apresentassem más condições de saúde em unidades de terapia intensiva (UTIs). Itália, Espanha e França registram centenas de mortes de idosos em asilos. Em muitos casos, os corpos são descobertos dias depois do óbito por militares. Torna-se gravíssima a situação dos idosos em asilos em razão da rápida propagação do vírus e da maior taxa de letalidade entre eles. Relatos de solidão de pessoas idosas por causa das medidas de isolamento social se proliferam e o distanciamento dos familiares agrava ainda mais a situação de vulnerabilidade, ainda que vital para sua sobrevivência. No Rio de Janeiro, a Prefeitura tem oferecido quartos de hotéis para pessoas idosas saudáveis, mas que tiveram comorbidades no passado, que moram em comunidades com muita aglomeração. Os idosos recebem refeição no quarto com visita regulares de médicos e enfermeiros, mas sem acesso à rua e aos familiares. Talvez em razão da distância da família a procura tem sido baixa e a Prefeitura já cogita a alocação involuntária de pessoas idosas, o que afrontaria a sua autonomia e independência<sup>2</sup>.

Na ordem econômica, a paralisação do comércio fez do sistema *delivery* uma necessidade básica para o comércio e para a sociedade, dificultando a independência dos idosos na gerência autônoma das necessidades básicas de suas casas. As empresas

---

1 A Universidade Federal de Pernambuco realizou o projeto denominado “Memórias, afetos e imagens: promoção de saúde mental em tempos de COVID-19” para promover a saúde mental de idosos durante o período de isolamento social. O objetivo é de despertar nos idosos memórias de um tempo de gozo e felicidade por meio de fotografias tiradas na cidade do Recife. O instagram @orecifequeeuvi publicou todas as fotos com a narrativa da pessoa fotografada a respeito daquela fotografia, além de ter realizado lives, com o objetivo de dar evidência aos problemas vivenciados pelos idosos durante o período pandêmico.

2 BARBOZA, Heloísa Helena. ALMEIDA, Vitor. A proteção das pessoas idosas e a pandemia do covid-19: os riscos de uma política de “limpa-velhos”. *Migalhas*, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/324904/a-protecao-das-pessoas-idosas-e-a-pandemia-do-covid-19-os-riscos-de-uma-politica-de-limpa-velhos>. Acesso em: 7 set. 2020.

assumiram as plataformas de vendas *on line* para sobreviver no mercado com venda de todos os tipos de produtos e serviços. A vida passou a funcionar a partir de uma escolha *on line*.

Além disso, a tecnologia se fez ainda mais presente nas movimentações bancárias com o objetivo de dispensar ainda mais o comparecimento das pessoas nas agências bancárias. O mundo digital - que ainda estava em posição secundária na vida das pessoas - assumiu o caráter prioritário para se evitar sair de casa e respeitar o confinamento social. A vida assumiu novos contornos, abandonando-se a perspectiva analógica para proteção das próprias pessoas. No entanto, tudo isso aconteceu repentinamente, sem nenhuma preparação. Aqueles que têm dificuldades de transitar no ambiente virtual vêm enfrentando um grande desafio de navegar nesse novo mundo de forma segura. A exposição a antigos riscos, que agora apresentam novas roupagens, é um fator de preocupação para a família, Estado e sociedade, por ser necessário desenvolver meios de proteção àqueles que, por alguma razão, apresentam-se mais vulneráveis diante desse “novo universo digital” acelerado com a pandemia da covid-19.

A população idosa é um desses grupos de vulneráveis que, por não ter tanto acesso ou habilidade para interagir na *Internet*, acaba ficando mais suscetível a golpes e manipulações, sendo necessário meios de integrá-los nesse ambiente das redes. Em razão disto, o escopo desse artigo é, a partir da constatação dessa realidade, ponderar sobre meios de promover a redução dessa vulnerabilidade que, por repercutir no ambiente virtual, foi caracterizada como digital. Para tanto, é importante compreender qual o tipo de tutela jurídica utilizada pelo ordenamento para a pessoa idosa.

Importa refletir, portanto, em uma das fragilidades de maior destaque na contemporaneidade e que, nesse período de pandemia, tornou-se ainda mais evidente: a vulnerabilidade digital dos idosos. A distância do idoso em relação às tecnologias vem diminuindo, tornando a *Internet* cada dia mais presente em sua vida. No entanto, é necessário haver meios para operacionalizar sua inclusão digital de forma contínua, como acontece com a evolução tecnológica, crescente a passos largos.

## **2 O TRATAMENTO JURÍDICO DO IDOSO**

A tutela constitucional se verteu de maneira muito especial para alguns sujeitos vulneráveis. São aqueles detentores de fragilidade(s) que os coloca em posição jurídica de desigualdade material e, por isso, demandam uma intervenção reequilibradora.<sup>3</sup> Percebe-se essas vulnerabilidades em vários sujeitos de direito concretos, tais como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, mulheres e idosos. Para estes últimos, serão dirigidas as reflexões deste artigo, principalmente quanto ao ambiente digital, no qual, muitas vezes, essas vulnerabilidades são potencializadas, como já se ressaltou.

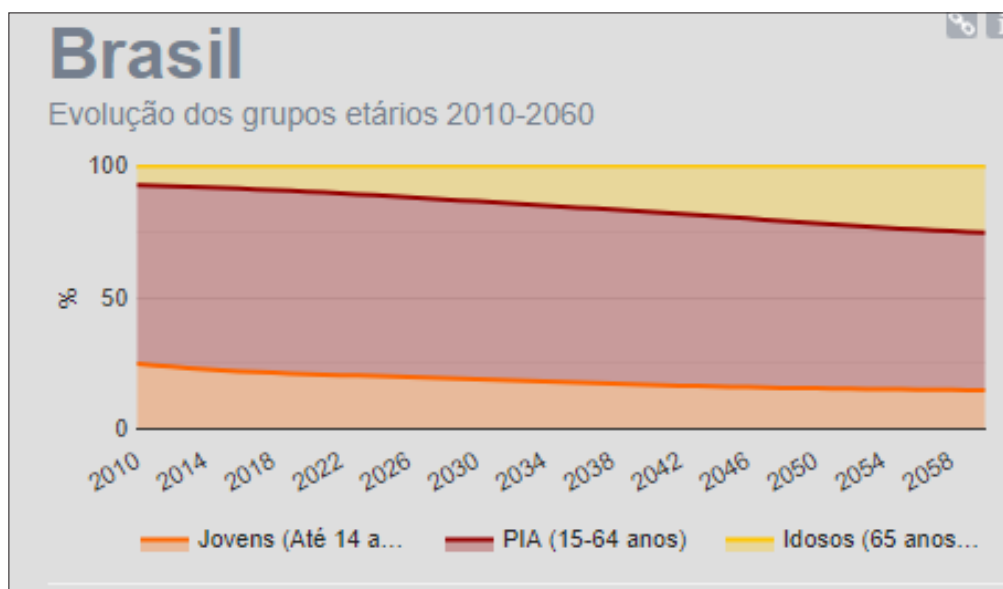
O art. 230 da Constituição Federal encarregou a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, protegendo-lhe a dignidade e o bem-estar, o direito à vida e à sua participação na comunidade. O Estatuto do Idoso estabelece a idade de 60 (sessenta) anos como marco etário segundo o qual a pessoa passa a ser idosa, pressupondo o início de

---

3 “O conceito de vulnerabilidade objetiva, portanto, compreender como certos grupos, em virtude de determinadas características, estão mais suscetíveis a determinados riscos.” (KONDER, Carlos Nelson de Paula; KONDER, Cintia Muniz de Souza. O conceito jurídico de hipervulnerabilidade é necessário para o Direito? In: BEZERRA, Joyceane Menezes de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coords.). *Gênero, autonomia e vulnerabilidade: repercussões jurídicas*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.92).

uma fase de fragilidade física e, por vezes, psíquica, natural do processo de envelhecimento. É exatamente este processo a ser protegido, para garantir a qualidade de vida e preservar seus direitos fundamentais.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) previu um aumento significativo no número de pessoas com idade superior a 60 anos, devendo chegar a 2 bilhões, até 2050,<sup>4</sup> razão pela qual aproximadamente um quinto da população mundial será formada por idosos em um curto prazo de 30 anos. Note-se o gráfico ilustrativo do aumento da população idosa no Brasil:<sup>5</sup>



A longevidade também é uma constatação. A terceira idade acabou se alongando e aumentando a expectativa de vida do brasileiro por inúmeros fatores, dentre eles, os tratamentos médicos disponíveis. “A expectativa de vida dos brasileiros aumentou em 3 meses e 4 dias, de 2017 para 2018, alcançando 76,3 anos. Desde 1940, já são 30,8 anos a mais que se espera que a população viva”.<sup>6</sup> Sublinha-se, por isso, a relevância de uma tutela real ao processo de envelhecimento, a fim de se proporcionar a igualdade material quando se constata efetiva fragilidade.

Para dar efetividade às diretrizes constitucionais previstas no art. 230 do Texto Constitucional, foi editada a Lei 8.842/1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cujos princípios são a garantia dos direitos de cidadania, avalizando sua autonomia e integração social, promoção do bem-estar e do direito à vida, por meio da atuação do Estado e da família. Além disso, o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, tem como objetivo ofertar uma proteção integral ao idoso, nos diversos aspectos da sua vida, tendo especial destaque para a absoluta prioridade na tutela dos seus direitos fundamentais pela família, comunidade,

4 Tal informação é anterior à pandemia, que acabou por atingir a população idosa de forma aguda. Dados atuais, provavelmente, poderão refletir informação diversa, o que não compromete as pesquisas desse artigo. Disponível em NAÇÕES UNIDAS. Mundo terá 2 bilhões de idosos em 2050; OMS diz que ‘envelhecer bem deve ser prioridade global’. *Nações Unidas*, 07 nov. 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-tera-2-bilhoes-de-idosos-em-2050-oms-diz-que-envelhecer-bem-deve-ser-prioridade-global/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

5 IBGE. Projeção da população do Brasil e das unidades da federação. *IBGE*, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

6 CRELIER, Cristiane. Expectativa de vida dos brasileiros aumenta para 76,3 anos em 2018. *Agência de notícias IBGE*, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018>. Acesso em: 28 ago. 2020.

sociedade e Poder Público (art. 3º).

O direito ao envelhecimento digno é personalíssimo e a sua tutela está na categoria dos direitos sociais (art. 8º), sendo essencial à vida e ao desenvolvimento humano, razão pela qual inclui, dentre outras incursões, o cuidado com a *vida de relações* da pessoa idosa e sua inserção no mundo. Nesse contexto, o Estatuto do Idoso prevê, no art. 10, §1º, V, que o direito à liberdade alcança a participação familiar e comunitária e o inciso VI, a participação na vida política. Já é ultrapassada a ideia de que o idoso não se adequa mais aos tempos contemporâneos, limitando-se às atividades domésticas, ao crochê ou ao xadrez. A pessoa idosa hoje busca muito mais e esses anseios são devidamente tutelados pelo Estatuto do Idoso, ao proteger-lhe a dignidade, a liberdade e o respeito (art. 10). Nessa esteira, o §3º do art. 10 determina que “todos devem defender a dignidade do idoso, para que esteja a salvo de qualquer tratamento desumano, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Em suma, o princípio do melhor interesse deve se harmonizar com o direito ao envelhecimento que se constrói a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do idoso e da necessidade de se lhe garantir o respeito a plena dignidade e o correto exercício dos direitos, a salvo de eventuais discriminações, abusos e restrições.<sup>7</sup>

A inserção do idoso nessa vida de relações deve considerar suas condições concretas em todos os sentidos, pois é natural uma progressiva diminuição na desenvoltura em certos aspectos, justificando a necessidade de maior presença de terceiros aptos e dispostos a apoiá-los, principalmente no âmbito da família. Pretende-se potencializar e viabilizar a contribuição social do idoso por meio de troca de experiências, com a sua bagagem de vida, apta a trazer toda uma diferença cultural, social e humana para a formação intergeracional, que são positivas tanto para os idosos quanto para as gerações mais jovens e acabam por ressignificar o envelhecimento. São estas vivências a serem valorizadas no idoso em detrimento da ideia capitalista de falta de adequação deles à sociedade em decorrência de uma eventual redução de produtividade.

### **3 VULNERABILIDADES DO IDOSO**

Como já mencionado, o envelhecimento é uma fase da vida permeado pelas vulnerabilidades surgidas durante este processo e que impactam a saúde e as habilidades da pessoa idosa; contrabalanceá-las é necessário para viabilizar uma vida de relações em um plano de igualdade material para o idoso. Por esse motivo, uma tutela diferenciada é exigida da família, da sociedade e do Estado, para, assim, atingir-se o equilíbrio das relações jurídicas e, com isso, suplantando a vulnerabilidade.

Pesquisa realizada em 2018 aponta o aumento do uso da *Internet* entre a população brasileira, ao constatar que ela chega a 74,9% dos domicílios no País. A proporção dos usuários idosos na *Internet* subiu de 24,7% (2016) para 31,1% (2017) e mostrou o maior aumento proporcional (25,9%) entre os grupos etários analisados pela pesquisa.<sup>8</sup> Essa mesma

---

7 MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conteúdo diferenciado do princípio do melhor interesse quando aplicável ao idoso. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coords.). *Gênero, autonomia e vulnerabilidade: repercussões jurídicas*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.330.

8 AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. *Agência de notícias IBGE*, 20 dez. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. Acesso em: 29 ago. 2020.

pesquisa revela que o acesso à *Internet* tem sido crescente por meio de telefone celular, forma mais comum de se estabelecer contatos – tanto em razão do custo quanto da usabilidade.<sup>9</sup>

Mireia Fernández-Ardèvol em análise da pesquisa realizada pelo [cetic.br/nic.br](http://cetic.br/nic.br) de 2018 – pesquisa anual que visa medir o uso das TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação) nos domicílios –, verificou que o uso da *Internet* e de uma maior variedade de aplicativos está estreitamente relacionado com o grau de instrução e a condição socioeconômica da pessoa idosa, ou seja, quanto mais instruída e com maior poder aquisitivo, mais facilidades ela tem no manejo da *Internet*, pois os fatores de vulnerabilidade (econômica e educacional) são reduzidos: “Por fim, a análise conjunta dos dados por grau de instrução e por classe social (Tabela 7) confirma o fato de que os diferentes eixos de desigualdade se interseccionam: os idosos *sêniores* sem instrução ou pertencentes às classes socioeconômicas mais baixas concentram seu uso do telefone celular em chamadas telefônicas”.<sup>10</sup> Uma outra constatação é o aumento da exclusão digital o passar da idade. A referida autora dividiu a sua pesquisa entre idosos jovens (60 e 74 anos) e idosos *sêniores* (a partir de 75 anos) e verificou um maior distanciamento em relação à tecnologias com o avanço da idade.<sup>11</sup>

A dificuldade do acesso e do uso da *Internet* acaba acentuado mais uma fragilidade da pessoa idosa, colocando no plano da visibilidade a necessidade de se pensar meios de reduzir sua vulnerabilidade digital, em um mundo globalizado cada vez mais digital. Se já existia uma tendência inegável da virtualização das relações sociais, a pandemia acelerou esse fenômeno substancialmente. As relações sociais passaram a ser digitais: as amizades, o convívio familiar, a celebração de negócios, as reuniões de trabalho e de amigos passaram a ser feitas por videoconferências, transações bancárias... trata-se de inúmeras atividades que se tornaram, definitivamente, virtuais. E, para quem não tem acesso à internet ou não sabe utilizá-la bem, fortaleceu-se uma nova forma de exclusão e, muitas vezes, de manipulação e discriminação.

Não se pode ignorar o padrão analógico decorrente da visão de mundo da maioria da população idosa, vivido durante a maior parte da sua vida. Por isso, há uma necessidade de constante aprendizado e educação digital, para, assim, viabilizar a inserção real dessa

---

9 “Em relação à usabilidade, os smartphones têm uma curva de aprendizado comparativamente menos acentuada que a de um computador. Estudos qualitativos conduzidos com pessoas idosas na Europa e na América Latina mostram que o smartphone tem se tornado um objeto de uso cotidiano, independentemente de experiência prévia com computadores (Fernández-Ardèvol, no prelo). Algumas pessoas que participaram desses estudos não se consideram usuárias de Internet, embora tenham o hábito de usar aplicativos móveis on-line – e, portanto, a Internet. Um exemplo disso é o WhatsApp: por ser um aplicativo, seu uso pode não ser entendido como “uso de Internet”. Nesses casos, o uso da Internet é limitado, pois está restrito a determinadas aplicações que não permitem um aproveitamento avançado dos recursos digitais.” (FERNÁNDEZ-ARDÈVOL, Mireia. Práticas digitais móveis das pessoas idosas. *Panorama setorial da Internet*, n. 1, a. 11, mar. 2019, p.5. Disponível em: [https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/1/panorama\\_estendido\\_mar\\_2019\\_online.pdf](https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/1/panorama_estendido_mar_2019_online.pdf). Acesso em: 29 ago. 2020).

10 FERNÁNDEZ-ARDÈVOL, Mireia. Práticas digitais móveis das pessoas idosas. *Panorama setorial da Internet*, n. 1, a. 11, mar. 2019, p.8. Disponível em: [https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/1/panorama\\_estendido\\_mar\\_2019\\_online.pdf](https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/1/panorama_estendido_mar_2019_online.pdf). Acesso em: 29 ago. 2020.

11 “[...] não somente as alterações de ordem fisiológica influenciam o processo interativo por parte do público idoso. Em paralelo ao crescente envelhecimento populacional, tem-se a constante evolução das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), as quais vêm se consolidando e mudando o perfil de comunicação entre os indivíduos, de modo que, para se manter incluído nos meios sociais, faz-se necessária a utilização e apropriação de objetos tecnológicos. O processo de envelhecimento tem como uma de suas características as dificuldades de adaptação ou de readaptação, que podem ser associadas à apropriação das TICs, por parte do público idoso. Desta maneira, entendendo essa realidade demográfica, é fundamental que as políticas públicas direcionem sua atenção para essa população e as mudanças que a acometem, a fim de promover possibilidades para que os idosos possam participar de forma ativa na sociedade” (SANTOS, Paloma Ariana dos; HEIDEMANN, Ivonete Teresinha Schülter Buss; MARÇAL, Cláudia Cossentino Bruck; ARAKAWA-BELAUNDE, Aline Megumi. A percepção do idoso sobre a comunicação no processo de envelhecimento. *Audiol., Commun.* Res. 24, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2317-64312019000100312](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2317-64312019000100312). Acesso em: 01 set. 2020).



faixa etária, ainda mais exposta durante a pandemia da covid-19 nesse novo padrão de novas tecnologias. Como já mencionado, atividades como declarar imposto de renda, realizar cadastro nos programas governamentais, fazer compras *on line*, são hoje situações corriqueiras que fazem parte do cotidiano dos adultos e expõem as dificuldades do uso da *Internet*, potencializando a necessidade de diversificados tipos de apoio àqueles que não conseguem, por si, atuar para uma vida digital independente. Ou seja, a exclusão digital acaba por atuar diretamente na perda da autonomia da pessoa idosa para uma série de atividades de sua vida cotidiana, colocando-a em uma situação de desigualdade material frente aos demais, pois o acesso às redes não é efetivamente equitativo, prejudicando a inserção social e a comunicação de idosos no meio digital.

A percepção de inaptidão para o uso da *Internet* acentua ainda mais a exclusão e fere a dinâmica e o sentimento de uma vida independente por quem está na terceira idade. O impacto no exercício da cidadania dessa faixa etária é grande, principalmente porque reduz a qualidade de vida e aumenta a dependência com terceiros. Por isso, é de suma relevância a existência de formas de inclusão digital da pessoa idosa, para, assim, oportunizar o exercício dos direitos fundamentais, principalmente, o de um envelhecimento digno com autonomia e qualidade.

Apesar da certeza do perfeito estado de racionalidade e informação, os idosos tendem a precisar da ajuda das pessoas no trato com algumas ferramentas tecnológicas, notadamente, as que exigem mais atenção quanto às etapas de segurança do usuário, e findam por confiar na gentileza dos golpistas. Não é sem razão que muitos idosos são alvo de golpes, na maioria das vezes, decorrentes da falta de manejo com as ferramentas fornecidas pela *Internet*.

O juízo e o discernimento ainda perfeitos não são capazes de acender nos mais experientes a luz da desconfiança de uma atmosfera cruel e cheio de manipulações, o inseparável “mundo das redes”. Esse cenário se torna mais grave quando, diversamente do ambiente infantil, os familiares não têm (nem podem ter) nenhum controle sobre a autonomia virtual dos idosos, pois a autoridade parental, existente entre pais e filhos menores, aqui não tem vez.

Aliás, a experiência dos filhos de impor regras aos pais idosos em relação ao comportamento virtual destes, quase sempre em uma vã tentativa de conter maiores danos, nunca é bem-sucedida, pois é vista como uma ofensa à independência e sanidade de quem os criou e educou durante uma vida inteira. É necessário cuidar, sem sufocar a independência e autonomia das pessoas idosas.

A *Internet* está cheia de golpes cuja maior parte das vítimas são idosos como, por exemplo, o *phishing* no qual terceiros se valem de *sites* falsos para ter acesso a senha dos correntistas e, de posse dessa informação, realizar transferências sem consentimento do titular da conta. Normalmente, os golpistas enviam *e-mails* ou mensagens de texto falsas, redirecionando o usuário para site diverso do oficial e o induzindo a fornecer dados como o CPF, número da agência e da conta e senhas. É por isso que os especialistas em segurança digital recomendam a não utilização de *links* de atalho, devendo os consumidores digitar o endereço da instituição financeira para, assim, acessar a conta bancária por meio do computador.

Nesses casos, *não há dúvida* de que o ordenamento impõe às instituições financeiras o dever de manter ambiente eletrônico seguro para evitar a invasão das contas correntes dos seus clientes ou realizem transações não autorizadas. Quando um banco opta por incentivar a utilização de computadores e aplicativos para diminuir a quantidade de pessoas na agência, ele enxuga as despesas e assume o risco dos danos eventualmente sofridos por seus clientes, em virtude do uso da *Internet* para movimentações bancárias. Assim, o



consumidor deve pedir à instituição financeira o reembolso dos valores sacados, por se tratar de risco da atividade bancária. Excepcionalmente, o consumidor assumirá os danos quando o banco conseguir demonstrar, no caso concreto, ter o desvio de recursos ocorrido por culpa exclusiva do correntista.

Uma outra prática recorrente é a clonagem do aplicativo *WhatsApp*. Golpistas telefonam para o usuário fornecendo brindes, prêmios, viagens ou convites para festas de alguém conhecido da vítima cujo nome é obtido por meio das redes sociais. Com isso, os bandidos enviam um *link* por meio de mensagem de texto (SMS), induzindo a pessoa a fornecer a senha de acesso ao *WhatsApp*. De posse desse acesso, os golpistas se passam pela vítima no *chat* do aplicativo e passam a pedir dinheiro emprestado em nome desta. Nesta situação, o prejuízo é suportado pelos contatos do usuário ou mesmo pelo próprio usuário titular da conta de *WhatsApp*, se este desejar reembolsar os seus amigos lesados pela clonagem<sup>12</sup>.

Por essas razões, fica evidente a necessidade da inclusão digital dos idosos, por meio de políticas públicas de letramento digital, como direito essencial para o resguardo de uma vida de relações e liberdade.

#### 4 A INCLUSÃO DIGITAL DO IDOSO

- Filha, ando muito deprimida com tantas notícias ruins.
- Mãe, a senhora precisa sair um pouco desse WhatsApp e se desligar de tantas notícias, muitas vezes são notícias mentirosas e a senhora absorve tudo sem nenhum filtro.
- Mas minha filha como vou viver sem o WhatsApp? O WhatsApp é minha vida ... sem ele, com quem eu vou conversar se estou sozinha em casa?  
Em meio a um silêncio sem resposta a conversa mudou de rumo.

Esse diálogo espelha a realidade da maioria dos idosos nos dias de hoje. A solidão, agravada com o isolamento social decorrente da pandemia, é suprida por conversas das mais diversas possíveis, variando entre mensagens, *memes* e vídeos de bom dia, de autoajuda, de campanhas de solidariedade e debates de cunho religioso, político ou social.

É assim que os idosos passam a maior parte do tempo: recebendo e disseminando notícias dentre as quais, em sua maioria, eles não sabem (e, na maioria das vezes, não procuram saber) a veracidade do conteúdo.

Por outro lado, a sociedade de maneira geral ainda não assumiu, ou mesmo aceitou, a vivência digital do público sênior, pois, muitas vezes, mantém em mente a ideia de debilidade dos idosos no trato com as ferramentas tecnológicas. Apesar disso, o letramento digital do público sênior vem crescendo com o tempo e, diante do isolamento social, ganhou ainda mais força.

Um estudo<sup>13</sup> da MindMiners, instituição especializada em pesquisa digital, e a Hype60+, consultoria de marketing especializada no público sênior, revelou que, dentre a faixa etária de 50 a mais de 80 anos, 95% dos 533 entrevistados utilizam o *WhatsApp*, 91% o *Facebook*, 73% o *Instagram* e 51% o *YouTube*. A intenção da pesquisa era compreender os hábitos do público maduro na *Internet* e interação com os influenciadores digitais. Com isso, foi evidenciado que as redes sociais preferidas dos maduros são *WhatsApp* (88%), *Facebook* (65%) e *Instagram* (48%). A preferência se deve à viabilidade do diálogo e troca de mensagens, vídeos e fotos

---

12 Foge ao objeto do artigo trazer maiores considerações a respeito da responsabilidade civil decorrente de condutas deste tipo.

13 Estudo denominado: *Maduros e digitais: redes sociais, influenciadores e vida digital após os 50 anos*.

entre a família e amigos, além da realização de *videochamadas*, além do acesso a novidades e da facilidade de uso. A pesquisa mostrou, ainda, o consumo do Netflix (70%) e do Spotify (58%), além de 27% reconhecerem o uso de aplicativos de relacionamento. Quando o tema é influenciadores digitais, 67% dos maduros sabem o significado, 46% seguem alguns desses influenciadores, sendo o acesso deste conteúdo feito por meio do *Instagram* (71%), *Youtube* (60%); *Facebook* (48%)<sup>14</sup>.

É partindo dessa premissa de inclusão que se observa o crescimento de idosos assumindo o papel de influenciadores digitais e de *youtubers* nas redes sociais, sendo 84% dos perfis do público sênior ocupado por mulheres<sup>15</sup>.

A terceira idade e o seu estilo de vida, moda, viagens, dança, culinária, vida *fitness*, saúde e lazer são temas abordados de forma descontraída e destemida pelos idosos que já não têm mais o compromisso de educar os filhos, nem a obrigação do trabalho excessivo tampouco a preocupação com a imagem. São movidos pela liberdade de pensar, do falar, do agir, por já saberem o que realmente importa na vida. Assim, os idosos digitais, ao enxergar o poder de viver como bem quiserem e assumirem a personalidade digital, encontraram uma maneira de ocupar o tempo de forma útil e divertida. No Brasil, canais como “Avós da Razão”, “It Avó”, “Mais 50”, “Nilson Izaías Papinho” (o vovô do slime), “Vovó Ana Maria na Cozinha”, “Vovô Joga Também” são cada vez mais frequentes e acessados por público de todas as idades<sup>16</sup>.

As mulheres idosas deixaram de lado a imagem das avós como a Dona Benta, narrada por Monteiro Lobato, que se dividia entre a cadeira de balanço, a cozinha, o tricô e os netos, para as avós influenciadoras digitais que ditam moda, tendências, dizem o seu ponto de vista de forma livre e influenciam nas decisões de compras dos seus “seguinetos”, apelido carinhoso dado aos seguidores do público sênior nas redes sociais. Já o seguimento masculino, se afasta da imagem da leitura do jornal na “cadeira do papai” e assume suas preferências por mercado financeiro e jogos eletrônicos.

Não é mais possível à sociedade ignorar a mudança de paradigma em relação aos idosos, pois não ocupam esse espaço de letargia, até então separado pela sociedade para eles. Ao invés, buscam estar atualizados com as novas tecnologias como forma de se reinserir na vida social dos amigos, da família e, sobretudo, dos netos. A pandemia tornou ainda mais evidente a crescente ocupação dos idosos no meio digital, fazendo deles fonte infinita de aprendizado, por meio dos seus perfis com lições gratuitas de vida longa, saudável, feliz e, principalmente, livre.

## **5 CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DE SE IMPLEMENTAR MEIOS PARA O LETRAMENTO DIGITAL**

A pesquisa demonstrou a necessidade de inclusão digital, como forma de eliminação do ageísmo (preconceito etário), mas também como meio propiciador de igualdade substancial, pois visa à capacitação para uma vida com mais autonomia nas relações com terceiros que se estabelecem por meio digital. “A inclusão é um processo a partir do qual uma pessoa passa a participar de usos e costumes de outros grupos e a ter os mesmos direitos e deveres

---

14 ABC DA COMUNICAÇÃO. Pesquisa inédita investiga vida digital dos brasileiros maduros e inspira projeto Silver Makers. *ABC da Comunicação*, 08 maio 2019. Disponível em: <https://www.abcdacomunicacao.com.br/pesquisa-inedita-investiga-vida-digital-dos-brasileiros-maduros-e-inspira-projeto-silver-makers/>. Acesso em: 21 set. 2021.

15 CASALETTI, Danilo. Influenciadores da terceira idade. *JCNET*, 02 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jcnet.com.br/noticias/ser/2020/07/730506-influenciadores-da-terceira-idade.html>. Acesso em: 21 set. 2021.

16 NEVES, Fernanda Pereira. Mulheres acima dos 70 conquistam seguidores ao mostrar seus corpos e estilos de vida. *Folha de S. Paulo*, 16 ago. 2020. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/viva-bem/2020/08/mulheres-acima-dos-70-conquistam-seguidores-ao-mostrar-seus-corpos-e-estilos-de-vida.shtml>. Acesso em: 21 set. 2021.

daqueles; a inclusão digital é uma forma de inclusão social, porque por meio das TICs é possível a participação na sociedade através de outras vias de acesso e pelo desenvolvimento social, cognitivo e afetivo que podem promover nos sujeitos”.<sup>17</sup>

Uma das formas de efetivar esse processo é por meio da educação digital para proporcionar a aprendizagem que perpassa toda a vida, viabilizando o acesso aos bens e serviços disponíveis no mercado de consumo virtual. O Estatuto do idoso prevê o direito à educação para esta categoria de vulneráveis no art. 21, § 1º ao obrigar o Poder Público a criar “oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados” por meio de “cursos especiais para idosos” que “incluam conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna”.

A Comissão Internacional para o Desenvolvimento da Educação, criada pela UNESCO, cunhou uma expressão que tem especial importância para esse trabalho: educação ao longo da vida, “do berço ao túmulo”. Esse novo parâmetro tem por escopo resolver questões globais e desafios educacionais, “baseada em valores inclusivos, emancipatórios, humanistas e democráticos, sendo abrangente e parte integrante da visão de uma sociedade do conhecimento”.<sup>18</sup> Foi com base nessa ideia que o art. 25 do Estatuto do Idoso foi modificado pela Lei 13.535/2017, para acrescentar a regra que prevê que “as instituições de educação superior ofertarão às pessoas idosas, na perspectiva da educação ao longo da vida, cursos e programas de extensão, presenciais ou à distância, constituídos por atividades formais e não formais”. A Lei 13.632/2018 modificou o art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação para facultar a todos o fornecimento de oportunidades educacionais, inclusive para pessoas idosas. Conjugado com a alteração do art. 37, garante-se o respeito às peculiaridades dos educandos como meio de viabilizar o processo de aprendizagem, a partir da visão e das experiências individuais destes.

Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Luana Adriano Araújo sugerem a importância do diálogo entre o art. 25 do Estatuto do Idoso com o art. 37 da LDBEN, para que tenham uma mesma filosofia educacional “que considere as peculiaridades do educando idoso por meio de currículos e metodologias específicas, buscando-se, permanentemente, o fomento ao seu desenvolvimento pessoal, social e político”.<sup>19</sup> Aí está, portanto, a base para o desenvolvimento de políticas públicas que visam o letramento digital, ou seja, a inserção das pessoas idosas no conhecimento e manejo de ferramentas tecnológicas em meios digitais, além das habilidades de fazer pesquisas na *Internet*, usar e-mails, *internet banking*, *WhatsApp*, redes sociais, etc. Trata-se de aprendizagem para tarefas cotidianas e instrumentos de interação social hábeis a viabilizar o relacionamento social do idoso – essencial nesse período de pandemia. Trata-se de importante forma de comunicação, interação, aproximação da família e dos amigos e de, potencialmente, construir novos vínculos.

Possibilitar um envelhecimento digno e saudável pressupõe se pensar meios para inclusão digital, para que a pessoa idosa tenha participação mais ativa também nas redes, criando novas formas de interações sociais. Isso se dá por meio do direito à educação ao longo

17 FARIAS, Josivania Silva; LINS, Paula Valente; PEDROSA FILHO, Luiz Eduardo Azevedo; VITOR, Thayane da Luz. Inclusão digital na terceira idade: um estudo sobre a propensão de idosos à adoção de tecnologias da informação e comunicação (TICs). *Revista Gestão & Tecnologia*, Pedro Leopoldo, v. 15, n. 3, p. 166, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/776/614?fbclid=IwAR1MsaYQr1APvTKXIHUigneg8y6511YpUDGGJPbzFYX2rTtcKv3iKScCdo>. Acesso em: 29 ago. 2020.

18 UNESCO. *Marco de Ação de Belém*. VI Conferência Internacional de Educação de Adultos. Belém: Unesco, 2009, p.6.

19 BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; ARAÚJO, Luana Adriano. Desvendando o direito à educação ao longo da vida de pessoas idosas. In: ALMEIDA, Vitor; BARLETTA, Fabiana Rodrigues (Coords.). *A tutela jurídica da pessoa idosa*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.72.

da vida, também proporcionado pelo Estado, por meio da criação de políticas públicas com o objetivo de inclusão do idoso: acesso à internet, ao *wi-fi*, a computadores ou *smartphones*, além da aprendizagem de técnicas para a navegação segura. À família compete a atuação como mediadores, papel de enorme relevância nesse processo para uma verdadeira cidadania e inclusão da população idosa para uma vida com autonomia. *À sociedade cabe desarmar-se do preconceito etário*, respeitando a condição vulnerável do idoso, e, sobretudo, permitindo o exercício da sua personalidade digital com a dignidade, respeito e inclusão merecidos.

## REFERÊNCIAS

ABC DA COMUNICAÇÃO. Pesquisa inédita investiga vida digital dos brasileiros maduros e inspira projeto Silver Makers. *ABC da Comunicação*, 08 maio 2019. Disponível em: <https://www.abcdacomunicacao.com.br/pesquisa-inedita-investiga-vida-digital-dos-brasileiros-maduros-e-inspira-projeto-silver-makers/>. Acesso em: 21 set. 2021.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS IBGE. PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país. *Agência de notícias IBGE*, 20 dez. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; ARAÚJO, Luana Adriano. Desvendando o direito à educação ao longo da vida de pessoas idosas. In: ALMEIDA, Vitor; BARLETTA, Fabiana Rodrigues (Coords.). *A tutela jurídica da pessoa idosa*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.51-72.

BARBOZA, Heloísa Helena. ALMEIDA, Vitor. A proteção das pessoas idosas e a pandemia do covid-19: os riscos de uma política de “limpa-velhos”. *Migalhas*, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/324904/a-protecao-das-pessoas-idosas-e-a-pandemia-do-covid-19-os-riscos-de-uma-politica-de-limpa-velhos>. Acesso em: 7 set. 2020.

CASALETTI, Danilo. *Influenciadores da terceira idade*. JCNET, 02 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jcnet.com.br/noticias/ser/2020/07/730506-influenciadores-da-terceira-idade.html>. Acesso em 21 set. 2021.

CRELIER, Cristiane. Expectativa de vida dos brasileiros aumenta para 76,3 anos em 2018. *Agência de notícias IBGE*, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018>. Acesso em: 28 ago. 2020.

FARIAS, Josivania Silva; LINS, Paula Valente; PEDROSA FILHO, Luiz Eduardo Azevedo; VITOR, Thayane da Luz. Inclusão digital na terceira idade: um estudo sobre a propensão de idosos à adoção de tecnologias da informação e comunicação (TICs). *Revista Gestão & Tecnologia*, Pedro Leopoldo, v. 15, n. 3, p. 164-188, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/776/614?fbclid=IwAR1MsaYQr1APvTKXIHUigneg8y651IYpUDGGJPbzFYXX2rTtcKv3iKScCdo>. Acesso em: 29 ago. 2020.

FERNÁNDEZ-ARDEVOL, Mireia. Práticas digitais móveis das pessoas idosas. *Panorama setorial da Internet*, n. 1, a. 11, mar. 2019, p.5. Disponível em: [https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/1/panorama\\_estendido\\_mar\\_2019\\_online.pdf](https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/1/panorama_estendido_mar_2019_online.pdf). Acesso em: 29 ago. 2020

IBGE. Projeção da população do Brasil e das unidades da federação. *IBGE*, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

KONDER, Carlos Nelson de Paula; KONDER, Cintia Muniz de Souza. O conceito jurídico de hipervulnerabilidade é necessário para o Direito? In: BEZERRA, Joyceane Menezes de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coords.). *Gênero, autonomia e vulnerabilidade: repercussões jurídicas*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.91-102.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conteúdo diferenciado do princípio do melhor interesse quando aplicável ao idoso. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coords.). *Gênero, autonomia e vulnerabilidade: repercussões jurídicas*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.319-338.

NAÇÕES UNIDAS. Mundo terá 2 bilhões de idosos em 2050; OMS diz que 'envelhecer bem deve ser prioridade global'. *Nações Unidas*, 07 nov. 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-tera-2-bilhoes-de-idosos-em-2050-oms-diz-que-envelhecer-bem-deve-ser-prioridade-global/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

NEVES, Fernanda Pereira. Mulheres acima dos 70 conquistam seguidores ao mostrar seus corpos e estilos de vida. *Folha de S. Paulo*, 16 ago. 2020. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/viva-bem/2020/08/mulheres-acima-dos-70-conquistam-seguidores-ao-mostrar-seus-corpos-e-estilos-de-vida.shtml>. Acesso em: 21 set. 2021.

SANTOS, Paloma Ariana dos; HEIDEMANN, Ivonete Teresinha Schülter Buss; MARÇAL, Cláudia Cossentino Bruck; ARAKAWA-BELAUNDE, Aline Megumi. A percepção do idoso sobre a comunicação no processo de envelhecimento. *Audiol., Commun. Res.* 24, São Paulo, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2317-64312019000100312](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2317-64312019000100312). Acesso em: 01 set. 2020.

UNESCO. *Marco de Ação de Belém*. VI Conferência Internacional de Educação de Adultos. Belém: Unesco, 2009.

# INCURSÕES HISTÓRICAS ENTRE VULNERABILIDADES FEMININAS, AUTONOMIA E A CAÇA ÀS BRUXAS NA PANDEMIA DE COVID-19<sup>1</sup>

## **Maria Lúcia Porto Silvas Nogueira**

Doutora em História Social pela Universidade de São Paulo (USP). Docente do Curso de História e do Programa de Pós-Graduação em Ensino, Linguagem e Sociedade (PPGELS) da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus VI, Caetité, BA. Líder do Laboratório de História Cultural e das Mulheres e do Grupo Leituras Subversivas e pesquisadora do Grupo e do Núcleo de Pesquisa Ensino, Discurso e Sociedade (Núcleo/Grupo DisSE) e do Grupo Cultura, Sociedade e Linguagem (GPCSL/UNEB) da UNEB.

## **Roberto Henrique Pôrto Nogueira**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento (NDP) e do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID-UFOP).

## **Karine Lemos Gomes Ribeiro**

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento (NDP-UFOP) e do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID-UFOP).

---

**Sumário:** 1 Considerações iniciais; 2 Vulnerabilidades; 3 Autonomia e a questão de gênero; 4 'Caça às Bruxas' em Silvia Federici e autonomia econômica de mulheres; 5 A pandemia de COVID-19 e as perspectivas femininas; 6 A questão de gênero nas políticas públicas do Ministério Da Saúde no Brasil; 7 Considerações finais; Referências.

---

<sup>1</sup> Ensaio desenvolvido no contexto do Grupo de Apoio Jurídico à Gestão de Crise Pandêmica da COVID-19 (PPGD-UFOP). Parte desse trabalho conta com o apoio do Auxílio Pesquisador UFOP 2020.



## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo do ensaio é promover reflexões oriundas das incursões históricas havidas a partir da caça às bruxas descrita por Silvia Federici,<sup>2</sup> para discutir a interação entre as noções de vulnerabilidade e autonomia de mulheres, especialmente no panorama da pandemia de COVID-19, bem como o eventual alerta à possível inexistência de políticas públicas de saúde que considerem a questão de gênero.

Assim, a hipótese é de que, tendo a pandemia de COVID-19 impacto peculiar quanto à questão de gênero, a eventual inexistência de políticas públicas aplicadas à situação de vulnerabilidades de mulheres em setores específicos do mercado de trabalho pode justificar o alerta para a probabilidade da mitigação de sua autonomia.

O estudo é histórico-jurídico, diante de suas incursões históricas introdutórias. É, ainda, teórico-dogmático, ao trabalhar aspectos conceituais da autonomia de mulheres e das vulnerabilidades humanas. Por fim, é empírico, uma vez que não apenas traz dados coletados em fontes secundárias para revelar a posição de mulheres no campo da autonomia laboral, mas também explora documentos, coletados em fontes primárias, relativos a políticas públicas de saúde implementadas pelo governo federal no âmbito do Ministério da Saúde no período da investigação (entre 20 de maio e 31 de agosto), para aferir o possível cabimento de alerta para a necessidade de políticas públicas aplicadas à questão de gênero.

A reflexão que se faz possível é a de que, conforme noções trazidas acerca da autonomia de mulheres e das vulnerabilidades, desconsiderar os desafios específicos relacionados à questão de gênero pode significar uma caçada às bruxas, em um movimento político que cristaliza desigualdades e que intensifica vulnerabilidades.

A relevância da abordagem é evidenciada pela necessidade de, na interconexão entre autonomia e vulnerabilidades, denunciar desafios e posturas políticas acerca das mulheres no contexto da emergência de saúde pública instaurada em razão da disseminação do Novo Coronavírus.

## 2 VULNERABILIDADES

Vulnerabilidades podem ser marcadas pela questão de gênero e podem guardar relação com a mitigação da autonomia de mulheres. A identificação de vulnerabilidades circunscritas às mulheres quanto ao maior risco de contaminação em determinados segmentos de atividades pode justificar a necessidade de políticas públicas de saúde.

No campo da assistência social nacional, vulnerabilidades tendem a ser descritas a partir da indicação de grupos que convergem a essa posição, de forma que os usuários da política são definidos como sendo:

[...] famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; identidades estigmatizadas em termos étnico, cultural e sexual; desvantagem pessoal resultante de deficiências; exclusão pela pobreza e, ou, no acesso às demais políticas públicas; uso de substâncias psicoativas; diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar, grupos e indivíduos; inserção precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal; estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social.<sup>3</sup>

---

2 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas*: da idade média aos dias atuais. São Paulo: Boitempo, 2019.

3 SECRETARIA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Resolução CNAS n. 145, de 15 out. 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Social - PNAS. *Diário Oficial União*. Brasília 26 out. 2004. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia\\_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf). Acesso em: 19 jul. 2020.

A assistência social sinaliza destaque a vulnerabilidades configuradas a partir de identidades estigmatizadas em termos sexuais, o que guarda relação com a questão de gênero. Do mesmo modo, as vulnerabilidades femininas são também ressaltadas na medida em que, como vítimas prevalentes, são maioria no universo de pessoas que experimentam diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar.<sup>4</sup>

A desvantagem desse desenho conceitual é que o uso de categorias estanques de vulnerabilidades e vulneráveis pode engendrar novos estigmas, além de incorrer no risco de implementar um tratamento pouco individualizado e pouco circunstancial, que desprezasse a diversidade.

Independentemente disso, essa estratégia é útil como adjuvante no esforço de dar visibilidade e de afirmar determinadas pessoas e populações historicamente subjugadas pelas estratégias de dominação científicas, políticas, econômicas e sociais. E mais: a assistência, tal como delineada na normativa de regência, almeja fomentar potencialidades e aquisições, e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, o que se mostra como providência de fortalecimento de autonomia.<sup>5</sup>

Essas cenas nas quais se revelam as notícias sobre as vulnerabilidades são coerentes com a visão de Bjarne Melkevik,<sup>6</sup> segundo a qual o Direito e as instituições consistem em “modos de nos fazer, permitindo juntos ponderar sobriamente a questão de nossas “vulnerabilidades”, como objeto de uma deliberação que pode se concretizar dentro de nossa modernidade jurídica.” O Direito é instrumento de concreção de realidade social transformada para a inclusão de pessoas com restrições participativas de autodeterminação, nas relações jurídicas e situações jurídicas nas quais se posicionam.<sup>7</sup>

De fato, o enfrentamento das vulnerabilidades pode contribuir de modo determinante à atuação do Estado em prol da Justiça Social. Falar em vulnerabilidades múltiplas implica o compromisso de abordar peculiaridades situacionais humanas, de maneira mais precisa, mais adequada. A abordagem que se propõe é conglobante da vulnerabilidade econômico-financeira, mas a ela não se resume.

Uma das grandes contribuições do termo consiste na superação de análises simplórias referentes à pobreza, isso porque se trata de uma qualidade heterogênea, tornando-se necessário compreendê-la pelo entrecruzamento de seus fatores multicausais. Falar em riscos sociais não se restringe a situações de pobreza, mas está associado a um amplo espectro de situações, como o desemprego, dificuldades de inserção social, enfermidades, violência, etc.<sup>8</sup>

---

4 SECRETARIA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Resolução CNAS n. 145, de 15 out. 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Social - PNAS. *Diário Oficial União*. Brasília 26 out. 2004. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia\\_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf). Acesso em: 19 jul. 2020.

5 SECRETARIA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Resolução CNAS n. 145, de 15 out. 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Social - PNAS. *Diário Oficial União*. Brasília 26 out. 2004. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia\\_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf). Acesso em: 19 jul. 2020.

6 MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. um ensaio sobre o sujeito de direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p.665, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em: 12 jul. 2020.

7 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia Privada e Vulnerabilidade: o Direito Civil e a Diversidade Democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (org.). *Autonomia e Vulnerabilidade*. v.1. Belo Horizonte/São Paulo: Arraes, 2017, p.3.

8 CANÇADO, Taynara Candida Lopes; SOUZA, Rayssa Silva de; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. Trabalhando o conceito de Vulnerabilidade Social. *Anais do XIX Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, ABEP, São Pedro/SP, 2014, p. 2. Disponível em: [http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho\\_completo/TC-10-45-499-410.pdf](http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho_completo/TC-10-45-499-410.pdf). Acesso em 16 jul. 2020.

Entre os fundamentos da proteção e promoção de vulneráveis, merece destaque a base constitucional, com ênfase à cláusula geral de tutela da dignidade humana. Esse fundamento promove normas bastante claras, robustas e operacionais para tal propósito, que se projetam como direitos e garantias fundamentais, que, por pressuposto, abarcam os direitos sociais.

No campo da formulação da Política Nacional de Vigilância em Saúde, estabeleceu-se prioridade para que sejam contempladas pessoas e grupos em situação de maior vulnerabilidade, com o intuito de superar desigualdades sociais e de saúde. A importante contribuição da normativa reside na previsão de que as vulnerabilidades devem ser abordadas em uma perspectiva plural e anti-hegemônica, que admita a ativa participação da comunidade, com ênfase a trabalhadoras, trabalhadores e outros atores sociais. E mais: os localismos e os regionalismos, assim como as especificidades e singularidades culturais e sociais devem, igualmente, ganhar protagonismo. Nos termos da normativa, as vulnerabilidades:

[...] devem ser identificadas e definidas a partir da análise da situação de saúde local e regional e do diálogo com a comunidade, trabalhadores e trabalhadoras e outros atores sociais, considerando-se as especificidades e singularidades culturais e sociais de seus respectivos territórios.<sup>9</sup>

Vulnerabilidade, como explicam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, marca-se por sua complexidade e seu caráter de impermanência, na medida em que “[p]ermite considerar a multiplicidade e a fugacidade dos papéis sociais e da formação de grupos fugazes (...)”. A autora e o autor alertam, ainda, que isso pode implicar que “muitas vezes para proteger em direito privado é necessário distinguir, assegurar direitos especiais ao vulnerável, tratar de forma especial o mais fraco: diferenciar para proteger!”<sup>10</sup>

Significa que não são apenas as assimetrias e os riscos de fragilidade que engendram situações de vulnerabilidades que devem ser objeto de tratamento jurídico. A autonomia em sentido amplo, quando atravessada, significativamente, para além da heteronomia da norma, por outros elementos de heteronomia não evidentes ou não resistíveis, descortina vulnerabilidades. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem elucidam esse aspecto, ao abordarem os contornos do Direito Privado hodierno:

*Auto-nomos*, a lei que a pessoa mesmo se dá: autodeterminação com base na vontade ‘liberta’ de pressões e esclarecida do vulnerável. Sem dúvida a primeira característica a destacar desse novo direito privado é a concentração na autonomia do ‘outro’, na liberdade do ‘alter’, do mais fraco, seja pela atuação do princípio da boa-fé que repersonaliza as relações contratuais, seja pelas funções de antecipação, prevenção e mesmo precaução da responsabilidade civil na sociedade de risco, seja pelos novos limites da atuação dos mais fortes, na noção de abuso de direito, seja pela função social da propriedade, do contrato, da empresa.<sup>11</sup>

Na oportunidade, ganha destaque que a ideia de vulnerabilidade é importante ao âmbito das políticas públicas voltadas à qualidade das relações de trabalho, haja vista o seu potencial de:

---

9 CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução CNS n. 588, de 12 jul. 2018. Institui a Política Nacional de Vigilância em Saúde. *Diário Oficial União*. Brasília 13 ago. 2018. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2018/Reso588.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

10 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.109-111.

11 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.196.

[...] captar situações intermediárias de risco localizadas entre situações extremas de inclusão e exclusão, dando um sentido dinâmico para o estudo das desigualdades, a partir da identificação de zonas de vulnerabilidades que envolvem desde os setores que buscam uma melhor posição social, até os setores médios que lutam para manter seu padrão de inserção e bem estar, ameaçados pela tendência a precarização do mercado de trabalho. Tudo isso em confronto com a estrutura de oportunidades existentes em cada país em um dado momento histórico.<sup>12</sup>

Com efeito, as vulnerabilidades conceituadas no documento em alusão sugerem-se presentes na medida em que se verifiquem reduções na aptidão para o exercício de autonomia face a situações de risco.

Aliás, Amauri César Alves elucida que a vulnerabilização de trabalhadores serve, precisamente, a propósitos bem definidos:

Aqui é relevante compreender a vulnerabilidade social como estratégia capitalista tendente a fragilizar os antigos modelos de relação capital-trabalho que eram inerentes ao sistema fordista de produção. Ao invés de vínculos formais, perenes, protegidos e que permitiam boa inserção do trabalhador no mercado de consumo, agora as relações são informais, de curta duração, desprotegidas.<sup>13</sup>

Um recurso que vem sendo utilizado para o detalhamento dos possíveis espectros das vulnerabilidades no campo das relações humanas de cunho negocial é aquele que, voltado à consecução de igualdade substancial, distingue também entre vulnerabilidade hierárquica, econômica, técnica, informacional, psíquica e ambiental.<sup>14</sup>

Na esteira do que se conhece como vulnerabilidade agravada do Direito do Consumidor, também tida por hipervulnerabilidade ou por escada de graduação de vulnerabilidade,<sup>15</sup> a atualidade e o refinamento jurídico e tecnológico dos mecanismos de dominação e exploração desmedida do trabalho humano revelam, igualmente, hipervulnerabilidades que tendem a ser prevalentes para mulheres. A rigor, as vulnerabilidades agravadas são aquelas que resultam da sobreposição de vulnerabilidades, conforme categorias expostas, mas também por uma suscetibilidade, camuflada ou de difícil compreensão, ao risco de lesão a direitos. Adolfo Nishiyama,<sup>16</sup> para expor hipervulnerabilidades em outros sistemas protetivos, faz alusão exatamente ao potencial das novas tecnologias e das circunstâncias de redução de determinadas aptidões físicas ou psíquicas para o agravamento da vulnerabilidade.

Ainda sobre a hipervulnerabilidade, vale lançar luzes sobre seu estado subjetivo multiforme e pluridimensional.<sup>17</sup>

As vulnerabilidades podem expressar-se no âmbito existencial, de forma a referirem-se a aspectos identitários que, quando oriundos da construção autônoma da dignidade da pessoa

---

12 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Aspectos conceituais da vulnerabilidade social*. Brasília: UNICAMP, 2007, p.13.

13 ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p.115, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019.

14 ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p.123, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019.

15 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.184.

16 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988: análise da vulnerabilidade e da hipervulnerabilidade do consumidor. *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 6, n. 10, p.181-202, abr. 2015. Disponível em: [http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/2828/2001](http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/2828/2001). Acesso em: 16 jul. 2020.

17 MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.189.

humana, devem ser reconhecidos e promovidos, ao invés de superados.

Neimar Batista e Ana Rosa Tenório de Amorim, em alusão ao escólio de Martha Fineman, dão realce ao aspecto existencial que as vulnerabilidades podem ostentar:

A vulnerabilidade é questão existencial. O potencial de ser atingido, de sofrer uma lesão, é ínsito à natureza humana, e os graus com que essa vulnerabilidade se apresenta variam no decorrer do curso de vida do sujeito vulnerável. O sujeito vulnerável é vulnerável de maneiras e intensidades distintas no decorrer de sua vida, diferenciando-se do sujeito autônomo do modelo clássico, visto apenas como um adulto livre.<sup>18</sup>

Enquanto categoria jurídica, portanto, vulnerabilidade pode ser assim definida:

A vulnerabilidade é a categoria jurídica que, reconhecendo a fragilidade intrínseca do ser humano, e a desigualdade e assimetrias decorrentes dessa posição de fragilidade, adota instrumentos tutelares para restabelecer o equilíbrio à relação jurídica na qual se veja presente.<sup>19</sup>

A tentativa de não replicar categorias de vulnerabilidades que sejam estanques e monolíticas viabiliza a admissão de vulnerabilidades identitárias, mas que podem ser decorrentes ou circunstanciais.

Em suma, deve-se ter em mente que as vulnerabilidades são modelos multifacetados que admitem graus, podendo eclodir em contextos prevalentemente patrimoniais ou existenciais. As tutelas adequadas são igualmente variáveis, a depender o desenho da vulnerabilidade identificada. Logo, as vulnerabilidades, como tem sido dito, pode desempenhar um papel determinante na interpretação da *lege lata*, mas também nas soluções de *lege ferenda*.

No campo das relações de trabalho autonomamente integradas por mulheres, as mais importantes feições da vulnerabilidade são aquelas havidas no âmbito das assimetrias relacionais e as ligadas ao exercício de liberdades, que podem ser identitárias ou decorrentes da mitigação substancial da autonomia.

No primeiro caso, a vulnerabilidade pode ser definida como a suscetibilidade de lesão a direitos no contexto da relação contratual. A assimetria, do ponto de vista da técnica, do conhecimento jurídico, das informações disponíveis ou do fato contextual social e econômico da trabalhadora, escancara discrepâncias que agridem a equidade negocial. Nesses panoramas, ao Direito cabe promover a equidade.

Na segunda vertente, a vulnerabilidade identifica-se com a situação de prejuízo no exercício de liberdades. Tais liberdades podem ser inobservadas em razão de violências epistemológicas, culturais e sociais direcionadas a pessoas cujas características e opções identitárias recebem conotações negativas e degradantes. A questão de gênero, aqui, emerge como fator que se reveste dos alegóricos dessas violências de cunho epistêmico.

Em resgate, é mister elucidar a compreensão de vulnerabilidades e seus possíveis papéis para o ordenamento jurídico.

Vulnerabilidades, com essas e outras tantas possibilidades conceituais, são todas complementares entre si. Vulnerabilidades são abertas ao pluralismo

---

18 BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, n. 57, c. 5. Curitiba, 2018, p.77. Disponível em: <https://seer.utp.br/index.php/h/article/view/2046>. Acesso em: 01 set. 2020.

19 BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, n. 57, c. 5. Curitiba, 2018, p.85. Disponível em: <https://seer.utp.br/index.php/h/article/view/2046>. Acesso em: 01 set. 2020.



epistêmico de seus narradores. São multiespécies e admitem multidimensões, sobrepostas para o reconhecimento de interseccionalidades ou sobreposições (qualificações ou hipervulnerabilidades). Podem, ainda, estar, simultaneamente, em mais de um polo da relação. As vulnerabilidades parecem marcar ou contribuir sobremaneira para a identificação de novos direitos. Afinal, as vulnerabilidades são determinantes do agir e do não agir humano. Significa que as vulnerabilidades podem revelar-se como verdadeiras estratégias jurídicas de interpretação, modulação, preenchimento de lacunas que sejam não apenas de tratamento de consequências jurídicas de desconsideração de vulnerabilidades, mas ligadas à própria causa de suas invisibilidades. Ao fim e ao cabo, as vulnerabilidades, finalisticamente, potencializam as medidas de proteção e, sobretudo, de promoção das pessoas.<sup>20</sup>

Significa dizer que, na pandemia de COVID-19, cabe refletir sobre vulnerabilidades decorrentes de obstáculo ao exercício de liberdades por mulheres, que podem advir da opressão à sua autonomia. Trata-se da compressão do espaço para a realização substancial ou efetiva de escolhas e para a assunção de posturas, seja pelo reduzido leque de oportunidades, seja pela sofisticação de estratégias de dominação e de exploração, que dificultam a consciência a seu respeito ou a resistência à sua implementação.

### 3 AUTONOMIA E A QUESTÃO DE GÊNERO

A expressão autonomia resulta, em termos etimológicos, da conjunção de duas palavras gregas *autós* e *nomói*. “De *autós* tem-se a ideia de *si mesmo*, representando uma qualidade ou condição inerente e peculiar a um ser. E *nomói* corresponderia a norma ou regra.”<sup>21</sup>

Nesse sentido, “[...] por autonomia pode-se entender a possibilidade de cada um poder definir o seu projeto de felicidade, inferir em decisões públicas, a partir da sua participação em processos públicos decisórios e poder traçar o rumo de sua vida.”<sup>22</sup>

Não sem motivo, a autonomia é tema central de pensadores(as) que se debruçaram sobre o tema para compreendê-lo e operacionalizá-lo, especialmente em culturas democráticas. Destacam-se, nesse sentido, pensadores como Kant, Rousseau, Habermas e Castoriadis, sendo esse último autor dedicado ao tema pela perspectiva da política e da psicanálise em uma compreensão da autonomia a partir de suas experiências em países ocidentais e capitalistas.

Assim, “a criação pelos gregos da política e da filosofia é a primeira emergência histórica do projeto de autonomia coletiva e individual. Se quisermos ser livres devemos fazer nosso *nomos*. Se quisermos ser livres, ninguém deve poder dizer-nos o que devemos pensar.”<sup>23</sup>

Para Cornelius Castoriadis, a condição da autonomia é a oposição à heteronomia, ou seja, oposição à legislação ou à regulação pelo Outro. Nesses termos, a autonomia individual

---

20 SOUZA, Iara Antunes; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Vulnerabilidade da pessoa com deficiência, acessibilidade e incorporação imobiliária. In: CAMPOS, Aline França; BRITO, Beatriz Gontijo de. (orgs.). *Desafios e perspectivas do direito imobiliário contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, v.2, p.50-51.

21 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 41, n. 163, jul./set. 2004, p.113. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 05 set. 2020.

22 GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do direito. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.26.

23 CASTORIADIS, 1992, p. 138 *apud* AMORIM, Mirtes Miriam. Castoriadis - Projeto de uma sociedade autônoma e democrática. *Rev. Propr. Intelect.*, Aracaju, Ano III, Edição n. 06/2014, p. 132-139, jun. 2014. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/062014/08062014>. Acesso em: 07 jan. 2020.



é exercida quando o discurso pessoal toma o lugar do discurso do Outro, vale dizer, para o autor, “autonomia é, precisamente, a elaboração do discurso do ‘Outro’.”<sup>24</sup>

Cumpra elucidar que Simone de Beauvoir aponta que a mulher é o Outro do homem. Explica-se: “a humanidade é masculina, e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo”<sup>25</sup> trazendo à lume que “o homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro.”<sup>26</sup>

A autonomia relaciona-se com a possibilidade de criação de parâmetros próprios de bem-viver, a despeito das imposições externas que limitam a capacidade de agir. Por isso, para Castoriadis a autonomia é sempre um exercício do imaginário radical (criação), que é “[...] um tipo de ser que se dá a si mesmo, reflexivamente, suas leis de ser [...] é o agir reflexivo de uma razão, que se cria num movimento sem fim, como ao mesmo tempo individual e social.”<sup>27</sup>

Dessa forma, Castoriadis vê na autonomia política do indivíduo o projeto revolucionário da modernidade em sua efetuação contra- capitalista, pelo que “a luta política não se faz fora da história, mas é o resultado das experiências criadoras concretas abrindo espaços autônomos que se instituem na sociedade.”<sup>28</sup>

Ocorre que o histórico de caça às bruxas, perseguição e violências contra as mulheres, que pode ecoar com intensidade no momento pandêmico hodierno, demonstra o risco de agravamento de vulnerabilidades e de mitigação de autonomia feminina. Diante de imposições hegemônicas em que a heteronomia parece encontrar azo sobre o exercício de autonomia das mulheres, a historiadora Gerda Lener expõe que, para os homens, o conceito de honra abarca a “autonomia, o poder de dispor de si e decidir por si mesmo, e o direito de que essa autonomia seja reconhecida por outros. Mas mulheres, sob o controle do patriarcado, não dispõem de si nem decidem por si mesmas.”<sup>29</sup>

Dessa forma, em razão de a vulnerabilidade e a autonomia serem percebidas de forma distinta em razão do fator de gênero, podem ser necessários mecanismos específicos que possam proteger e tutelar situações existenciais das mulheres, de forma a reduzir as assimetrias prejudiciais e a reforçar os mecanismos em prol da igualdade substancial.

#### **4 ‘CAÇA ÀS BRUXAS’ EM SILVIA FEDERICI E AUTONOMIA ECONÔMICA DE MULHERES**

Mais de cinco séculos se passaram desde que o período de caça às bruxas teve início em países europeus, quando as mulheres, ditas bruxas, tornaram-se alvo de perseguição e exclusão. Os julgamentos das mulheres consideradas bruxas tiveram início na Europa, no século XVI, e “ocorreram em sociedades em que as relações econômicas e sociais eram reformuladas pela crescente importância do mercado e nas quais a pauperização e o aumento das desigualdades eram desenfreados.” No século XVII, a caça às bruxas intensifica-se, tendo por pano de fundo o cenário em que a Europa coloniza as Américas e importa matérias-primas da América do Sul, engendrando a desigualdade social. A caça às

24 KOUTSOGIANNIS, Alex. Ideologia e o projeto de autonomia na teoria do imaginário de Cornelius Castoriadis. *Estudos de Sociologia*, Rev. do Programa de Pós- Graduação em Sociologia da UFPE, 5(2), 2000, p.21. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/download/235471/28459>. Acesso em: 07 jan. 2020.

25 BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Millet. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p.12.

26 BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Millet. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p.13.

27 CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto III: o mundo fragmentado*. Trad. Rosa Maria Boaventura. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992, p.140.

28 ROMANI, Carlo Maurizio. Experiências compartilhadas e autonomia popular na história social: aproximações entre E. P. Thompson e Castoriadis. *Projeto História*, Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História, São Paulo, n. 48, p.17, dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/17069/15333>. Acesso em: 07 jan. 2020.

29 LERDER, Gerda. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Tradução Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019, p.116.

bruxas acontece em meio a processos sociais como a consolidação do mundo capitalista moderno, o comércio escravista e o extermínio de povos indígenas na América.<sup>30</sup>

Por isso,

[...] há muito a ser aprendido a partir da caça às bruxas no que diz respeito às precondições para o salto capitalista.

O estudo da caça às bruxas nos leva a reavaliar a crença arraigada de que, em certo momento, o desenvolvimento do capitalismo foi portador do progresso social [...].<sup>31</sup>

A caça às bruxas faz parte do cenário de reestruturação econômica de países europeus e de sua transição para o modelo capitalista, pelo que “o desenvolvimento do capitalismo começou com uma guerra contra as mulheres [...]”, pois o novo modelo econômico “[...] não podia se consolidar sem forjar um novo indivíduo e uma nova disciplina social que impulsionasse a capacidade produtiva do trabalho.”<sup>32</sup>

Não sem razão, as mulheres foram acusadas de bruxas “porque a reestruturação da Europa rural no início do capitalismo destruiu seus meios de sobrevivência e a base de seu poder social, deixando-as sem nenhum recurso além da dependência da caridade [...]”.<sup>33</sup>

“Bruxas” eram as mulheres pobres que sobreviviam de esmolas, especialmente mulheres mais velhas, tendo em vista que “a combinação de alta de preços e perda de direitos consuetudinários as deixou sem ter de onde tirar o sustento, ainda mais se fossem viúvas ou não tivesse filhos e filhas com capacidade ou disposição para ajudá-las.”<sup>34</sup> Não obstante, eram consideradas bruxas por sua irresignação com as desigualdades sociais, pelo que resistiam e rejeitavam a marginalização que lhes era imposta. A explicação de Silvia Federici acerca do processo de produção das bruxas na Europa medieval merece destaque:

A bruxa foi a comunista e a terrorista de sua época, quando foi necessário um mecanismo “civilizador” para produzir uma nova “subjetividade” e uma nova divisão sexual do trabalho em que a disciplina capitalista da mão de obra viria a se apoiar. Na Europa, as caças às bruxas foram os meios pelos quais as mulheres se educaram em relação a suas novas obrigações sociais e a maneira pela qual uma grande derrota foi imposta às “classes baixas”, que precisaram aprender sobre o poder do Estado para renunciar a qualquer forma de resistir a ele.<sup>35</sup>

Assim, as “bruxas” amaldiçoavam aqueles que se recusavam a ajudá-las ou dar-lhes esmolas, destacando-se que a pobreza era registrada nas acusações de bruxaria ao lado de indicadores como “encrenqueiras”, “língua ferina” e “de armar confusão entre a vizinhança”. Eram mulheres irresignadas e insubmissas, pois não se enquadravam nos moldes sociais impostos pelos homens. Por isso, a partir da caça às bruxas, emerge-se uma nova formatação do papel destinado às mulheres para que o capitalismo pudesse ser consolidado. Forçosa é a compreensão de que “a sexualidade feminina foi vista, ao mesmo tempo, como ameaça

---

30 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.40-50.

31 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.40.

32 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.64-91. No que diz respeito à disciplina, “o poder, a partir do século XVII, organizou-se em torno à vida [...]”. Por um lado, as *disciplinas*, uma *anátomo-política do corpo humano*. Elas têm como objeto o corpo individual, considerado como uma máquina.” (FOUCAULT, 1986, p.186 *apud* CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*- um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009).

33 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.40.

34 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.50.

35 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.72.

social e, quando direcionada apropriadamente, como poderosa força econômica.” A limitação da sexualidade feminina ao casamento e à procriação foi parte necessária para a estabilidade política, que se concretizou por meio, dentre outros aspectos, da caça às bruxas e da repressão a mulheres insubmissas que adotavam “comportamento libertino”.<sup>36</sup>

É o que alude Silvia Federici:

[...] o que o capitalismo reintegrou na esfera do comportamento social aceitável para as mulheres foi uma forma de sexualidade dócil, domesticada, instrumental para a reprodução da força de trabalho e a pacificação da mão de obra. No capitalismo, o sexo só pode existir como força produtiva a serviço da procriação e da regeneração do trabalho assalariado/masculino e como meio de pacificação e compensação social pela miséria da existência cotidiana.<sup>37</sup>

A partir da obrigatoriedade de que as mulheres se limitassem ao espaço doméstico para a assunção do capitalismo, por consequência imediata, as oportunidades de trabalho foram ocupadas pelos homens que, aumentando paulatinamente o seu status e poder, achavam-se no direito de exigir e supervisionar o trabalho doméstico não remunerado das mulheres e ainda imprimir-lhes punições quando se rebelavam contra tal imposição.

Desse modo, o fator econômico não era o único ligado a produção de bruxas. Há, segundo Silvia Federici, uma forte misoginia presente no controle de determinados comportamentos adotados por mulheres daquela época tidos por desviantes e que, portanto, deveriam ser punidos e penalizados como bruxaria. Para a autora, a sexualidade feminina foi historicamente representada como perigo social, ameaça à disciplina do trabalho, e à manutenção das hierarquias de classe, principalmente quando as mulheres se comportavam fora dos parâmetros admitidos, vale dizer, fora do casamento, da procriação e do controle masculino. Por isso, uma mulher não comprometida, morando sozinha, pedindo esmolas ou negando-se a adentrar nos papéis que lhes eram impostos era entendida como praticante de bruxaria.

Nesse sentido, mesmo que fossem detentoras de saberes comunitários tradicionais e que gozassem de respeito em suas redes de sociabilidade pela apresentação de remédios preparados a partir de um conhecimento empírico das propriedades de ervas, eram estigmatizadas e perseguidas como bruxas.

Dessa forma, a caça às bruxas parece ser, acima de tudo, um problema de gênero diante de sua vinculação restrita ao gênero feminino. O contexto que produziu a caça às bruxas demonstra a condenação da transgressão sexual de mulheres, da pobreza ocasionada pela capitalização da vida econômica, dos saberes místicos e das práticas médicas. A demonização da “bruxa” parece ter sido o instrumento necessário para justificar o controle de mulheres, pois “[...] a caça às bruxas serviu para privar as mulheres de suas práticas médicas, forçou-as a se submeterem ao controle patriarcal da família nuclear e destruiu um conceito holístico de natureza que, até a Renascença, impunha limites à exploração do corpo feminino.”<sup>38</sup>

Para além da fogueira e do enforcamento, Silvia Federici relata outros tipos de punições cruéis adotados contra as bruxas, vale dizer, o “*scold's bridle*”<sup>39</sup> (rédea ou freio), que consistia em “uma engenhoca sádica de metal e couro que rasgaria a língua da mulher se ela tentasse falar.” Extremamente relacionado à obediência, que era a primeira obrigação da esposa, esse instrumento de tortura tinha o objetivo de punir “[...] as mulheres de classes baixas

---

36 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas*: da idade média aos dias atuais. São Paulo: Boitempo, 2019, p.66-69.

37 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas*: da idade média aos dias atuais. São Paulo: Boitempo, 2019, p.68.

38 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas*: da idade média aos dias atuais. São Paulo: Boitempo, 2019, p.31.

39 Ressalta-se que esse instrumento de tortura também foi utilizado para controlar pessoas escravizadas nas colônias americanas até o século XVIII.

consideradas 'importunas' ou 'rabugentas' ou 'subversivas', sempre suspeitas de bruxaria." 40

O que se esperava é que as mulheres e as esposas, em particular, ficassem caladas e obedecessem aos maridos sem questionar. Acima de tudo "elas eram instruídas a fazer de seu marido e de sua casa os centros de sua atenção e a não passar o tempo à janela nem à porta. [...] As amizades femininas foram um dos alvos da caça às bruxas [...]" 41 Assim, o instrumento travava sua cabeça e sua boca em uma humilhação pública, o que aterrorizava todas as mulheres e servia como exemplo para que se mantivessem subservientes.

Nesse ínterim, a caça às bruxas produz impactos também no que diz respeito às mulheres consideradas não-bruxas. Elas, em alguma medida, passaram a temer as "bruxas" e por isso se aliaram aos homens, na tentativa de se protegerem das torturas e se salvarem da condenação por bruxaria, aceitando, assim, o lugar de submissão que lhes era designado, bem como acatando os papéis que deveriam cumprir para o desenvolvimento da sociedade capitalista. Assim, "uma vez que seu potencial subversivo foi exorcizado e interdito por meio da caça às bruxas, a sexualidade feminina pôde ser recuperada, em um contexto matrimonial e para fins de procriação." 42

Nessa senda, a caça às bruxas ocasionou a formatação de um novo modelo de feminilidade a ser adotado pelas mulheres: uma feminilidade "assexuada, obediente, submissa, resignada à subordinação ao mundo masculino, aceitando como natural o confinamento a uma esfera de atividades que foram completamente depreciadas no capitalismo" 43

Silvia Federici constata, ainda, que a execução de "bruxas" na fogueira representou muito mais que a morte daquelas mulheres. Representou também o extermínio do vasto conhecimento que havia sido adquirido e transferido de mãe para filha, ao longo de gerações, que envolvem conhecimentos sobre ervas, partos, meios de contracepção e aborto. Esse universo tido como supersticioso e amplamente censurado, deixava brechas para outros tipos de dominação que atravessou os séculos, estando presentes na atualidade sob as mais diferentes formas.

Por isso, segundo Silvia Federici, a caça às bruxas não se resume ao período pré-capitalista da Europa medieval, devendo ser observada em uma perspectiva que considere desdobramentos atemporais e em dimensão global.

Por oportuno, a autora questiona e examina "por que testemunhamos, no mundo moderno, uma onda de práticas patriarcais e misóginas por iniciativa da mesma burguesia, que, muitas vezes, é reconhecida como agente da emancipação das mulheres?" 44 As práticas como a adoção de rédeas e freios para silenciar e torturar mulheres que falavam e se resignavam contra a misoginia encontra ecos no modelo atual de sociedade, conforme realça a autora.

Vale ressaltar que "a expansão global do capitalismo, por meio da colonização e da cristianização, assegurou que esta perseguição fosse implantada no corpo das sociedades colonizadas" 45

Por isso, diante do fato de que a violência contra as mulheres não desapareceu com o fim da caça às bruxas e a abolição da escravidão, Silvia Federici lança luzes no sentido de que "é recomendável analisar as novas caças às bruxas, assim como outras formas recentes de violência contra as mulheres. E isso exige um esforço amplo e demorado, já que agora esses fenômenos têm dimensão global" 46

40 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.81.

41 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.83.

42 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.57-68.

43 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.70.

44 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.41.

45 FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo, Elefante, 2017, p.414.

46 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.25.

Assim, o fenômeno de caça às bruxas parece reproduzir-se atualmente em proporções severas em relação às mulheres trabalhadoras:

Apontar e perseguir as mulheres como “bruxas” preparou o terreno para o confinamento das europeias no trabalho doméstico não remunerado. Isso legitimou sua subordinação aos homens, dentro e fora da família. Deu ao Estado controle sobre sua capacidade reprodutiva, garantindo a criação de novas gerações de trabalhadores e trabalhadoras. Dessa forma, as caças às bruxas estruturaram uma ordem especificamente capitalista, patriarcal, que continua até hoje, embora tenha se ajustado constantemente em resposta à resistência das mulheres e às necessidades sempre em transformação do mercado de trabalho.<sup>47</sup>

Merece alusão a noção de interseccionalidade que tende a condensar a presença de formas múltiplas e articuladas de opressão, tendo em vista que os modos de opressão são plásticas e se manifestam de diferentes formas, causando diversos aspectos e extensões de vulnerabilidade.

Assim, se evidências indicam que a integração das mulheres na economia global é um processo violento e paulatino de vulnerabilização, a questão de gênero merece consideração especial diante do propósito de resistência à secular caça às bruxas, no panorama da pandemia de COVID-19.

## 5 A PANDEMIA DE COVID-19 E AS PERSPECTIVAS FEMININAS

O *Policy Brief*<sup>48</sup> da Organização Internacional do Trabalho (OIT) abordou a resposta à COVID-19 no que respeita à busca pelo direito à igualdade de gênero rumo a um futuro melhor para as mulheres no trabalho. O documento expressa a evidência de que a pandemia de COVID-19 afeta de modo diferente homens e mulheres,<sup>49</sup> de maneira a destacar desafios

47 FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019, p.91-92.

48 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*. Policy Brief. Geneva: 11 maio 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_744685.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744685.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.

49 No cenário pandêmico, agravou-se ainda mais a posição ocupada por mulheres brancas e negras na economia, pois “as mulheres foram mais afetadas pela crise (52% fecharam “temporariamente” ou “de vez” contra 47% nos homens)”. Segundo o Boletim nº 21 de 05 de agosto de 2020 do SEBRAE, “os impactos da pandemia têm sido maiores também sobre as mulheres, pois: 1. As mulheres atuam nos segmentos mais afetados (“setores sociais”, p.ex.: serviços, varejo, turismo e hotelaria); 2. É mais alta a proporção de mulheres na informalidade (estão mais à margem da lei, dos benefícios do Estado e é menor a chance de teletrabalho); 3. É maior a dedicação das mulheres às tarefas do lar (elas gastam 2,7 horas por dia a mais que os homens); 4. É maior o risco de “perda do capital feminino” (abandonam mais e retornam menos à escola). Assim, são desejáveis políticas públicas que ajudem a mitigar os gaps de desigualdade de gênero, em especial nesse período de pandemia.” Ver: LAGO, Kennyston; NUNES, Dênis; BEDÊ, Marco. O impacto da pandemia de corona vírus nos pequenos negócios. 3. ed., *Unidade de Gestão Estratégicas do SEBRAE Nacional*, 2020. Disponível em: [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Impacto-do-coronav%C3%ADrus-nas-MPE-3%C2%AAedicao\\_SEXO-2.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Impacto-do-coronav%C3%ADrus-nas-MPE-3%C2%AAedicao_SEXO-2.pdf). Acesso em 01 set. 2020; SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Observatório global*: Boletim nº 21 de 05 de agosto de 2020. SEBRAE, 2020. Disponível em: [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Boletim\\_GLOBAL\\_21\\_05-08-2020.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Boletim_GLOBAL_21_05-08-2020.pdf). Acesso em: 07 set. 2020. No contexto pandêmico, elas estão mais penalizadas do que os empreendedores masculinos quanto aos lucros de seus negócios. No que concerne ao recorte racial, manchete no site de notícias do SEBRAE diz que “Mulheres negras representam o segmento de empreendedores mais atingidos pela pandemia no Brasil”. Segundo a pesquisa realizada pelo SEBRAE em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) em 2020, os pequenos negócios liderados por mulheres negras representam a maior proporção entre as empresas que ainda permanecem com a atividade interrompida (36%), são o grupo com maior dificuldade de funcionar de forma virtual e reúnem a maior proporção de empreendedores que tiveram crédito bancário negado em razão do CPF negativado. Isso porque 58% dessas mulheres negras que solicitaram crédito não conseguiram obter empréstimo, além de 45% do contingente de empreendedoras negras apresentarem dívidas em atraso em face de 36% de mulheres brancas. Não obstante, as empreendedoras negras são o grupo que demitiu o maior número médio de funcionários (3 em média) e que também têm a menor proporção de empregados em regime de CLT (29%), além de representarem o segmento que mais utilizou redução da jornada/salários (29%). Ver: MULHERES negras representam o segmento de empreendedores mais atingidos pela pandemia no Brasil. *Agência Sebrae de Notícias*, 03 ago. 2020. Caderno Empreendedorismo. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/mulheres-negras-representam-o-segmento-de-empreendedores-mais-atingidos-pela-pandemia-no-brasil,facda4c6bd3b3710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 07 set. 2020.



específicos no que concerne à questão de gênero, nesse panorama.

Vale dizer, a crise decorrente da pandemia afeta de modo peculiar setores nos quais o trabalho de mulheres é prevalente, como é o caso da saúde

Para o propósito do presente trabalho, cabe enfatizar as mulheres atuantes no segmento da saúde. Com efeito, a emergência de saúde pública descortinada pela pandemia de COVID-19 reforça a relevância da atuação daquelas que prestam serviços essenciais, como setores de saúde e de cuidado. Nessas áreas, as mulheres são maioria. Ocorre que os trabalhos de assistência (inclusive à saúde) são recorrentemente firmados de modo temporário, com frágil controle da jornada laboral. A menor remuneração, em comparação com os homens, intensifica o risco ao qual se submetem as trabalhadoras, considerando os custos para a promoção de cuidados especiais a si e a seus familiares.<sup>50</sup>

Na enfermagem, por exemplo, onde predominam as mulheres, as longas jornadas associadas à limitação de recursos, à possível insuficiência de pessoal e à necessidade crescente de equipamentos de proteção individual acabam por expor as profissionais a maiores riscos de infecção e transmissão. O documento informa, ainda, que a pandemia de COVID-19 aumentou o trabalho não remunerado de prestação de serviços de cuidado, usualmente desempenhados pelas mulheres, como consequência, dentre outros motivos, do fechamento de escolas e creches e da redução dos serviços públicos para pessoas com deficiência e idosos.<sup>51</sup>

Significa dizer que se esses desafios particulares à autonomia das mulheres durante a pandemia de COVID-19, no âmbito de sua atuação laboral (por exemplo, no campo da saúde), não forem frontal e expressamente enfrentados pelas políticas públicas, elas continuarão sendo fadadas à realização de tarefas pouco ou nada remuneradas, com sobrejornadas e com alta exposição à infecção, cristalizando-se estruturas de mitigação da autonomia e de vulnerabilidades.

Indaga-se, portanto, para a ilustração da possibilidade de se concluir pelo alerta à necessidade de políticas públicas aplicadas à questão de gênero, se, no âmbito do Ministério da Saúde, há evidências de abordagens diretas das vulnerabilidades femininas durante a pandemia de COVID-19.

## **6 A QUESTÃO DE GÊNERO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE NO BRASIL**

O postulado de Boaventura de Sousa Santos segundo o qual “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”<sup>52</sup> parece coincidir com a meta constitucional de promoção de igualdade substancial e da abordagem plural da tutela adequada às dignidades humanas.

Com efeito, o tratamento diferenciado contra as mulheres ao longo da história, por meio de perseguições, violências e silenciamentos descritos no presente trabalho a partir

---

50 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*. Policy Brief. Geneva: 11 maio 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_744685.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744685.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.

51 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*. Policy Brief. Geneva: 11 maio 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_744685.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744685.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.

52 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997. Disponível em: <http://migre.me/lbq83>. Acesso em: 07 set. 2020.



da assunção do capitalismo no século XVII expõe a necessidade de medidas que possam reforçar a autonomia e reequilibrar a posição desigual que ocupam atualmente na sociedade.

Para corroborar o cabimento do alerta para a necessidade de políticas públicas aplicadas às mulheres na regulação da saúde no cenário da pandemia de COVID-19, e sem a intenção de generalização de resultados e de diagnóstico categórico acerca das posturas governamentais, esse ensaio ocupou-se do levantamento empírico, de cunho ilustrativo, das evidências de abordagem direta e expressa da questão de gênero em portarias normativas no âmbito do Ministério da Saúde.

Para tanto, partiu-se do documento intitulado “Portarias publicadas sobre COVID-19” do Ministério da Saúde do Brasil.<sup>53</sup>

Escrutinaram-se todas as portarias publicadas no período compreendido entre o início da elaboração do presente trabalho, em 20 de maio, e o seu término, em 31 de agosto de 2020. A pesquisa quantitativa transformou informações não-estruturadas, como é o caso da lista de Portarias publicada pela Assessoria de Comunicação Social do Ministério da Saúde, em dados numéricos.

Para a averiguação de medidas públicas voltadas à situação e à tutela específica das mulheres, foi realizada a análise de 133 (cento e trinta e três) Portarias do Ministério da Saúde, relacionadas em 35 (trinta e cinco) páginas de links que direcionam aos respectivos textos normativos.

Em cada um dos documentos, optou-se pela utilização dos indexadores “mulher”, “gênero” e “feminin”, que se justificam por possível relação com medidas que se voltem à proteção de mulheres brasileiras durante a pandemia por COVID-19. Mesmo com o risco de vieses decorrentes da escolha dessas palavras-chave, é certo que o trabalho preferiu evitar inferências ou análises políticas interpretativas que poderiam justificar um enfrentamento indireto da questão de gênero. Isso porque se acredita que a ostentação expressa, pela política pública, da finalidade voltada ao gênero é igualmente importante, por seu papel simbólico na afirmação de pautas de tratamento necessário para a emancipação feminina. Por fim, ainda é preciso destacar que este ensaio se ocupou, especialmente, das mulheres na saúde, de maneira que não se compreendeu no recorte dessa proposta investigativa a análise de políticas públicas próprias de outras pastas, como o auxílio financeiro emergencial que prioriza o seu recebimento por mulheres chefes de família.

No mês de agosto de 2020, foram analisadas todas as 05 (cinco) Portarias publicadas pelo Ministério da Saúde. Em nenhuma delas foi encontrado correspondências aos indexadores “mulher”, “gênero” e “feminino”.

Em relação ao mês de julho de 2020, foram analisadas 59 (cinquenta e nove) Portarias publicadas pelo Ministério da Saúde, contendo-se resultados similares a agosto. Em nenhum dos documentos foi encontrada menção aos indexadores “mulher”, “gênero” e “feminin”.

No mês de junho foram publicadas 45 (quarenta e cinco) Portarias. Diferentemente dos meses de agosto e julho, em junho foram identificadas 2 (duas) Portarias que fizeram menção aos indexadores “mulher” e “feminin”. A primeira delas foi a Portaria nº 1.534, de 12 de junho de 2020, que “habilita leitos de Unidades de Terapia Intensiva - UTI Adulto Tipo II - COVID-19 e estabelece recurso do Bloco de Manutenção das Ações e Serviços Públicos de

---

53 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portarias sobre COVID-19. Brasília, *Assessoria de Comunicação Social*, Edição 168, 73p., setembro/2020. Disponível em: <http://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/07/Portarias-publicadas-sobre-COVID.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

Saúde - Grupo Coronavírus (COVID 19), a ser disponibilizado ao Estado do Rio de Janeiro.”<sup>54</sup> Nessa Portaria a palavra “mulher” se faz presente devido a habilitação de leitos no Hospital Da Mulher Heloneida Studart, na cidade de São João do Meriti/ RJ.

Por sua vez, na Portaria nº 1.469, de 3 de junho de 2020 a palavra “mulher” foi identificada duas vezes. Isso porque a referida Portaria:

Habilita leitos da Unidade de Terapia Intensiva - UTI Adulto Tipo II -COVID-19 do Hospital da Mulher Dra. Nise da Silveira e estabelece recurso do Bloco de Manutenção das Ações e Serviços Públicos de Saúde - Grupo Coronavírus (COVID 19), a ser disponibilizado ao Estado de Alagoas.<sup>55</sup>

Dessa forma, a aparição do termo “mulher” limita-se ao nome do hospital que foi destinatário à habilitação de leitos em decorrência da emergência por COVID-19. A rigor, subtraem-se leitos próprios de uma política pública voltada às mulheres para que leitos sejam disponibilizados a todas as pessoas, de forma a mitigar a atenção especial à questão de gênero, que segue impactada, negativamente, pela pandemia de COVID-19.

Em relação às 25 (vinte e cinco) Portarias referentes ao mês de maio que foram averiguadas, a Portaria nº 1.448, de 29 de maio de 2020 abordou o indexador “mulher” 01 (uma) vez e o indexador “feminin” 02 (duas) vezes. Isso porque a referida Portaria “dispõe sobre a transferência da segunda parcela do auxílio financeiro emergencial às santas casas e aos hospitais filantrópicos sem fins lucrativos [...]”, o que abarcou a Associação Fluminense de Assistência a Mulher, Criança e ao Idoso - Hospital dos Plantadores de Cana, a Associação Feminina de Prevenção e Combate ao Câncer de JF- Hospital Maria Jose Baeta Reis Ascomcer, e a Associação Feminina Educação Combate Câncer - Hospital Santa Rita De Cassia Vitoria.

Outra alusão aos critérios da pesquisa ocorreu na Portaria nº 1.393, de 21 de maio de 2020, que:

Dispõe sobre o auxílio financeiro emergencial às santas casas e aos hospitais filantrópicos sem fins lucrativos, que participam de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS), no exercício de 2020, com o objetivo de permitir-lhes atuar de forma coordenada no controle do avanço da pandemia da Covid-19.<sup>56</sup>

Assim, a partir da análise quantitativa realizada nas 133 (cento e trinta e três) Portarias publicadas pelo Ministério da Saúde durante o período de elaboração do presente ensaio, percebe-se que a menção à palavra “mulher” ocorreu apenas 05 (cinco) vezes em 04 (quatro) dos documentos apreciados, relacionando-se com a habilitação de leitos em hospitais da mulher. O indexador “gênero” não obteve nenhuma resposta nas Portarias investigadas e “feminin” obteve resposta em apenas 02 (duas) Portarias, relacionando-se também com a destinação de recursos a associações filantrópicas sem fins lucrativos que levam “feminina” em seu nome.

Se a pandemia de COVID-19 repercute, de maneira particular, nas vulnerabilidades femininas em razão da redução da sua autonomia em determinados segmentos (como o da saúde), mostra-se necessário o alerta para a adoção de políticas públicas que considerem as peculiaridades no tratamento das mulheres nesse contexto.

---

54 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.534, de 12 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.534-de-12-de-junho-de-2020-261498867>. Acesso em: 07 set. 2020.

55 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.469, de 3 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.469-de-3-de-junho-de-2020-260082258>. Acesso em: 07 set. 2020.

56 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.393, de 21 de maio de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.393-de-21-de-maio-de-2020-258046968>. Acesso em: 07 set. 2020.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia da mulher é tolhida em dimensões diversas, como o banimento do espaço público, o confinamento ao espaço doméstico, a subserviência ao chefe de família, a assunção de tarefas e de atribuições de desempenho necessário às engrenagens sociais, a estruturação de um sistema familiar de exclusão da oportunidade do trabalho e da renda, a subtração da prerrogativa de fala, o rechaçamento epistemológico do conhecimento feminino, a desapropriação do corpo.

A pandemia de COVID-19 impactou, de modo particular, as mulheres. Por exemplo, além de ter havido um aumento no trabalho não remunerado de prestação de serviços de cuidado, na enfermagem, elas são prevalentes e acabam sendo expostas a maiores riscos de infecção e transmissão.

Ilustrativamente, o ensaio, no intento de reafirmar a importância da ostentação expressa, pela política pública, da finalidade voltada à questão de gênero, analisou portarias publicadas no âmbito do Ministério da Saúde no período compreendido entre o início da elaboração do presente trabalho, em 20 de maio, e o seu término, em 31 de agosto de 2020. No universo de 133 (cento e trinta e três) Portarias, percebe-se que a menção à palavra “mulher” ocorreu apenas 05 (cinco) vezes em 04 (quatro) dos documentos apreciados e “feminin” obteve resposta em apenas 02 (duas) Portarias.

Assim, com consideração à relevância do caráter simbólico na afirmação de pautas de tratamento necessário para a emancipação feminina, a inexistência de alusão, pelos documentos analisados, às vulnerabilidades de mulheres no contexto da pandemia de COVID-19 pode sugerir a possível mimetização do movimento da caça às bruxas. Certamente, esse universo é bastante frágil para embasar a dita sugestão, mas o propósito do trabalho é, sobretudo, dar destaque à necessidade de implementação de posturas que façam frente à reprodução refinada do movimento de caças às bruxas na atualidade, especialmente em tempos tão propícios para tal mister.

Esse achado negativo de alusão aos critérios de pesquisa próprios da questão de gênero nas Postarias do Ministério da Saúde no período analisado pode ser, portanto, reveladora de um movimento pendular de reforço de vulnerabilidades e de mitigação de autonomia.

Logo, se, nas linhas dos escritos de Sílvia Federici, é recomendável atenção às novas caças às bruxas, significa que cabe o alerta para a necessidade de medidas específicas que possam proteger e tutelar situações existenciais das mulheres na pandemia de COVID-19, de forma a reduzir as assimetrias prejudiciais e a reforçar os mecanismos em prol da igualdade substancial.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Mirtes Miriam. Castoriadis - Projeto de uma sociedade autônoma e democrática. *Rev. Propr. Intelect.*, Aracaju, Ano III, Edição n. 06/2014, p.132 a 139, jun. 2014. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/062014/08062014.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p.111-139, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, n. 57, c. 5. Curitiba, 2018, p.68-101. Disponível em: <https://seer.utp.br/index.php/h/article/view/2046>. Acesso em: 01 set. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Millet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

CANÇADO, Taynara Candida Lopes; SOUZA, Rayssa Silva de; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. Trabalhando o conceito de Vulnerabilidade Social. *Anais do XIX Encontro Nacional de Estudos Populacionais*, ABEP, São Pedro/SP, 2014. Disponível em: [http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho\\_completo/TC-10-45-499-410.pdf](http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho_completo/TC-10-45-499-410.pdf). Acesso em: 16 jul. 2020.

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto III: o mundo fragmentado*. Trad. Rosa Maria Boaventura. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*- um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução CNS n. 588, de 12 jul. 2018. Institui a Política Nacional de Vigilância em Saúde. *Diário Oficial União*. Brasília 13 ago. 2018. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2018/Reso588.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo, Elefante, 2017.

FEDERICI, Silvia. *Mulheres e caça às bruxas: da idade média aos dias atuais*. São Paulo: Boitempo, 2019.

GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do direito. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KOUTSOGIANNIS, Alex. Ideologia e o projeto de autonomia na teoria do imaginário de Cornelius Castoriadis. *Estudos de Sociologia*, Rev. do Programa de Pós- Graduação em Sociologia da UFPE, 5(2), 2000, p.21. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/download/235471/28459>. Acesso em: 07 jan. 2020.

LAGO, Kennyston; NUNES, Dênis; BEDÊ, Marco. O impacto da pandemia de corona vírus nos pequenos negócios. 3. ed. *Unidade de Gestão Estratégicas do SEBRAE Nacional*, 2020. Disponível em: [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Impacto-do-coronav%C3%ADrus-nas-MPE-3%C2%AAedicao\\_SEXO-2.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Impacto-do-coronav%C3%ADrus-nas-MPE-3%C2%AAedicao_SEXO-2.pdf). Acesso em: 01 set. 2020

LERDER, Gerdar. *A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens*. Tradução Luiza Sellera. São Paulo: Cultrix, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. um ensaio sobre o sujeito de direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p.641 - 673, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em: 12 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.393, de 21 de maio de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.393-de-21-de-maio-de-2020-258046968>. Acesso em: 07 set. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.469, de 3 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.469-de-3-de-junho-de-2020-260082258>. Acesso em: 07 set. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 1.534, de 07 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.534-de-12-de-junho-de-2020-261498867>. Acesso em: 07 set. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portarias sobre COVID-19. Brasília, *Assessoria de Comunicação Social*, Edição 168, 73p., setembro/2020. Disponível em: <http://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/07/Portarias-publicadas-sobre-COVID.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Aspectos conceituais da vulnerabilidade social*. Brasília: UNICAMP, 2007.

MULHERES negras representam o segmento de empreendedores mais atingidos pela pandemia no Brasil. *Agência Sebrae de Notícias*, 03 ago. 2020. Caderno Empreendedorismo. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/mulheres-negras-representam-o-segmento-de-empreendedores-mais-atingidos-pela-pandemia-no-brasil,facda4c6bd3b3710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 07 set. 2020.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988: análise da vulnerabilidade e da hipervulnerabilidade do consumidor. *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 6, n. 10, p.181-202, abr. 2015. Disponível em: [http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/2828/2001](http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/2828/2001). Acesso em: 16 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *The COVID-19 response: Getting gender equality right for a better future for women at work*. Policy Brief. Geneva: 11 maio 2020. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_744685.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744685.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 41, n. 163, jul./set. 2004, p.113. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 05 set. 2020.

ROMANI, Carlo Maurizio. Experiências compartilhadas e autonomia popular na história social: aproximações entre E. P. Thompson e Castoriadis. *Projeto História*, Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História, São Paulo, n. 48, p. 01- 39, dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/17069/15333>. Acesso em: 07 jan. 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia Privada e Vulnerabilidade: o Direito Civil e a Diversidade Democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Orgs.). *Autonomia e Vulnerabilidade*. v.1. Belo Horizonte/São Paulo: Arraes, 2017, p.1-9.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997. Disponível em: <http://migre.me/lbq83>. Acesso em: 07 set. 2020.

SECRETARIA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Resolução CNAS n. 145, de 15 out. 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Social - PNAS. *Diário Oficial União*. Brasília 26 out. 2004. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia\\_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/resolucoes/2004/Resolucao%20CNAS%20no%20145-%20de%2015%20de%20outubro%20de%202004.pdf). Acesso em: 19 jul. 2020.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Observatório global*: Boletim nº 21 de 05 de agosto de 2020. SEBRAE, 2020. Disponível em: [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Boletim\\_GLOBAL\\_21\\_05-08-2020.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Boletim_GLOBAL_21_05-08-2020.pdf). Acesso em: 07 set. 2020.

SOUZA, Iara Antunes; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Vulnerabilidade da pessoa com deficiência, acessibilidade e incorporação imobiliária. In: CAMPOS, Aline França; BRITO, Beatriz Gontijo de. (Orgs.). *Desafios e perspectivas do direito imobiliário contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, v.2, p.45-70.



# A VULNERABILIDADE FEMININA LEVADA À TÔNICA PELA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: A TERCEIRA ONDA DO FEMINISMO EM PAUTA

## **Alexandre Antônio Bruno da Silva**

Doutor em Direito pela PUC-SP. Doutorando em Políticas Públicas pela UECE. Mestre em Direito pela UFC. Mestre em Informática pela PUC-RJ. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho.

## **Stéfani Clara da Silva Bezerra**

Mestre em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Tecnológica de Palmas (FTP). Advogada.

## **Raphaella Prado Aragão de Sousa**

Mestre em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especialista em Direito Contratual pelo Complexo de Educacional Renato Saraiva (CERS). Professora da Faculdade de Tecnologia do Nordeste (FATENE). Advogada.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A luta feminina ao longo da história; 3 A figura da mulher na sociedade; 4 A transformação feminina através do trabalho (feminismo e o neoliberalismo); 4.1 Primeira onda do feminismo; 4.2 Segunda onda do feminismo; 4.3 Terceira onda do feminismo; 5 A “igualdade” do gênero feminino e as repercussões diversas em razão da pandemia do novo coronavírus; 6 Conclusão; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

A mulher, ao longo da história, foi detentora de posições de submissão em relação ao homem. Destinada aos cuidados do lar, dos filhos e do marido, perdeu sua autonomia e seu papel na sociedade, sendo encarada como mero acessório, indivíduos de segunda classe, dependentes de uma figura masculina.

A sociedade, no decorrer dos anos, passou por diversas transformações, sendo estas, em boa medida, influenciadas pelo liberalismo. A luta feminina pela valorização da atividade doméstica acabou dando lugar à “igualdade” de gênero, principalmente no que diz respeito ao âmbito profissional. O neoliberalismo deu força ao discurso feminino, todavia nos moldes de seus interesses comerciais.

Mesmo diante das dificuldades em participar do mercado de trabalho, o número de mulheres que exercem alguma profissão aumentou consideravelmente ao longo dos anos. Todavia o trabalho destas não se limita ao ambiente profissional, posto que podem vir a cumprir uma nova jornada de atividades ao chegar em casa. Apesar de terem conquistado um espaço outrora exclusivamente masculino, muitas delas continuam sendo donas de casa, mães e esposas.

No Brasil, pode-se observar, através da codificação, mais especificamente do Código Civil, que o papel da mulher tem sofrido modificações ao longo dos anos, deixando esta de ser mero sujeito detentor de obrigações familiares e subordinada a uma figura masculina, passando a ser sujeito de direitos e de deveres civis.

A imagem da mulher como indivíduo vulnerável, hipossuficiente e dependente do homem tem dado espaço à figura feminina autônoma. Essa resignificação de papéis foi proveniente do discurso apresentado pela segunda onda do feminismo, onde a mulher passou, assim, a dividir a responsabilidade de provedor financeiro familiar com seus companheiros.

Por diversas ocasiões, tem-se limitado o discurso feminista a simples luta de gêneros, desconsiderando, portanto, toda a complexidade sociológica que lhe é inerente. O feminismo ao vivenciar a denominada terceira onda, traz à tona o discurso do multiculturalismo. A mulher não pode ser considerada como um indivíduo homogêneo quando as necessidades de cada uma variam de acordo com o contexto social, cultural e religioso em que se encontram inseridas.

Tal acepção ganhou ênfase em razão da pandemia do coronavírus, mais especificamente pelas medidas de combate à propagação da doença. A implementação de políticas de saúde pelo governo, especialmente no tocante à suspensão de serviços considerados como não essenciais e o isolamento social, cuidaram de salientar a vulnerabilidade feminina.

A mulher, especialmente nesse período, apareceu como protagonista do lar. Acumulando funções de mãe, dona de casa e prestadora de serviços, revelou-se um indivíduo inserido nas mais variadas facetas socioeconômicas. A COVID-19 impactou, das mais variadas formas, essas mulheres, relevando, por conseguinte, uma falta de unicidade dentro de um mesmo agrupamento.

Afetadas pelo desemprego, pelo acúmulo de funções, pela violência doméstica e pela raça, não podem restar alheias aos discursos de igualdade vociferados pelo movimento feminista. A terceira onda do feminismo, nesse sentido, apresenta-se como palco apropriado para tratar do discurso da autodeterminação feminina, onde a mulher, independentemente de raça, cor, sexualidade (isso inclui os transgêneros), religião e cultura tem o direito de manifestar sua opinião e adesão aos costumes e práticas sociais a que, até então, são expostas.

Entretanto, consoante será visto, não é o que se tem percebido. Ao contrário, tem-se observado uma tendência à unificação do discurso de igualdade, ou seja, uma homogeneização

que cuida de suprimir necessidades específicas e reais.

Partindo-se de uma breve contextualização histórica da luta feminina e seu papel na sociedade, perpassando pelas três ondas do movimento feminino, o presente artigo cuidará de destacar as fragilidades que permeiam o discurso da igualdade de gênero, especialmente no tocante às vulnerabilidades que vieram à tona nesse cenário de pandemia.

Para fins de construção da presente pesquisa, foi-se utilizada uma abordagem descritiva, por traçar os fatos históricos e sociais que irão contextualizar o objeto do presente estudo, e exploratória, em razão de permitir, através de levantamento bibliográfico oportuno, uma melhor apreensão do tema e a consequente construção das hipóteses avançadas na conclusão. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se do postulado do movimento feminista como modelo de interpretação do objeto estudado. Por fim, será construída através de uma análise qualitativa.

## **2 A LUTA FEMININA AO LONGO DA HISTÓRIA**

Na Renascença (século XIV – XVI), os médicos consideravam a existência de um único sexo biológico como padrão. Todavia, no âmbito social, havia dois tipos, dispendo, cada um, de direitos e obrigações radicalmente distintos. Nesse sentido, o pênis era considerado “um símbolo de *status* e não um sinal de alguma outra essência ontológica profundamente arraigada: o sexo real”<sup>1</sup>.

À época, a percepção do sexo era meramente social, de forma que o pertencimento a um gênero ou outro implicava diretamente no papel que aquele indivíduo iria exercer na sociedade. Laqueur<sup>2</sup> afirma que “durante grande parte do século XVII, ser homem ou mulher era manter uma posição social, assumir um papel cultural, e não pertencer organicamente a um sexo ou a outro. O sexo era ainda uma categoria sociológica”. A diferença entre homem e mulher na sociedade não se devia aos aspectos biológicos definidos por cada sexo, mas da postura que cada indivíduo detinha por ocasião do título social que recebia ao nascer, menino ou menina.

Em momento posterior, por volta do século XVIII e XIX, e por ocasião das lutas que ocorriam pelo poder e participação na esfera pública, entre homens e mulheres, feministas e antifeministas, a dicotomia homem x mulher deixou de ser embasada no aspecto moral da sociedade e passou a ser baseada no sexo biológico. A distinção anatômica entre os sexos serviu de justificativa à concessão ou negação de reivindicações sociais, econômicas, políticas, culturais e até eróticas. O corpo passou a ser ponto decisivo à análise de qualquer assunto. Seria, portanto, o fundamento da sociedade civil<sup>3</sup>.

Não poderia ser diferente quando da Revolução Francesa que suscitou o debate sobre qual sexo deveria ocupar a esfera pública. O discurso foi pautado no aspecto biológico, onde se exaltavam os aspectos físicos e mentais do homem em detrimento da mulher que, por sua vez, eram tidas como inabilitadas em razão da inadequação dos seus corpos para tais espaços quiméricos apresentados pela revolução<sup>4</sup>.

A desigualdade entre os sexos serviu de base à denominada sociedade de classes, caracterizada pela dominação masculina, sendo esta, por sua vez, difundida e justificada no

---

1 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p.170.

2 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p.177.

3 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

4 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

sistema de propriedade privada, pelo Estado, pela Igreja e no âmbito familiar<sup>5</sup>. A desqualificação feminina partia do pressuposto de que as mulheres eram versões inferiores dos homens, logo, incapazes de sobreviver aos espaços sociais, econômicos e políticos. Por serem indivíduos frágeis, estas deveriam se resguardar no âmbito familiar, onde estariam seguras e teriam suas capacidades melhor aproveitadas.

Esse discurso de representação feminina por homens era baseado na inexistência de diferenças entre homens e mulheres, haja vista basear-se no modelo do sexo único. Entretanto, vê-se que a dicotomia homem x mulher deve ser levada em consideração sob a ótica do termo “gênero”, dada a ênfase que o uso desta palavra dá às distinções fundamentalmente sociais baseadas no sexo<sup>6</sup>.

Para Joan Scott<sup>7</sup>, o termo gênero parece ser mais adequado quando da análise das ciências sociais:

Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo “gênero” torna-se uma forma de indicar “construções culturais” – a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. [...] Com a proliferação dos estudos sobre sexo e sexualidade, “gênero” tornou-se uma palavra particularmente útil, pois oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis sexuais atribuídos às mulheres e aos homens.

A dicotomia apresentada pela relação homem x mulher não é suficiente para abranger a complexidade das relações sociais, econômicas, políticas e culturais que se apresentam, posto que, como apresentado nas palavras de Laqueur<sup>8</sup>, as mulheres consistiriam em versões inferiores dos homens, o que, na realidade do século XXI, seria uma concepção bastante simplista. Não se vive mais na época em que a fraqueza física da mulher constituía uma visível inferioridade, sendo que, com o advento de novas tecnologias, a técnica pode acabar anulando essa diferença muscular<sup>9</sup>.

Joan Scott<sup>10</sup> afirma que uma teoria que tem por base única e exclusivamente a diferença física entre homem e mulher seria problemática para os historiadores, haja vista pressupor um significado permanente e inerente ao corpo humano, posto estar ligada à anatomia, fora, portanto, de uma construção social ou cultural.

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito ao discurso feminista, onde a mulher é vista sob uma ótica homogênea, considerada, assim, como um grupo de indivíduos que compartilham de uma mesma opressão, deixando-se, para tanto, de levar em consideração aspectos sociológicos e antropológicos secundários e, conseqüentemente, individuais para cada comunidade feminina<sup>11</sup>.

---

5 REED, Evelyn. *Sexo contra sexo ou classe contra classe*. 2. ed. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2008.

6 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, [S.l.], v. 20, n. 2, jul./dez. 1995, p.72. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 2 ago. 2018.

7 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, [S.l.], v. 20, n. 2, jul./dez. 1995, p.75. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 2 ago. 2018.

8 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

9 BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

10 SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, [S.l.], v. 20, n. 2, jul./dez. 1995. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 2 ago. 2018.

11 MOHANTY, Chandra Talpade. Under Western Eyes: Feminist scholarship and colonial discourses. *Duke University Press*. v. 12, n. 3, p.333-358, 1984. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/302821>. Acesso em: 2 jun. 2018.

Homogeneizar o discurso feminista seria deixar de levar em consideração as diversas experiências sociais, econômicas e culturais individuais:

Quando a classe se torna uma identidade que desconsidera o resto, as outras posições dos sujeitos são subsumidas por ela, as de gênero por exemplo (ou, em outras instâncias desse tipo de história, raça, etnia e sexualidade). As posições de homens e mulheres e seus diferentes relacionamentos com a política são tomados como reflexos de arranjos sociais e materiais mais do que como produtos da classe política; são parte da “experiência” do capitalismo. Em lugar de perguntar como algumas experiências se tornam mais expressivas do que outras [...] e de que modo as diferenças são dissolvidas, a experiência se torna ela própria cumulativa e homogeneizadora, fornecendo o denominador comum sobre o qual a consciência de classe é construída<sup>12</sup>.

Perceber a mulher como um indivíduo descaracterizado individualmente, travestido de poder apenas quando considerado em conjunto, pode implicar numa dissonância interna de discursos e, conseqüentemente, enfraquecer o grupo que possui como luta a ressignificação do papel feminino na sociedade. É preciso que as vozes que representam a “categoria” mulher estejam atentas às individualidades e peculiaridades culturais, religiosas e sociais, a fim de não impor suas realidades às demais e não incidir no erro de impor uma visão etnocêntrica ocidental<sup>13</sup>.

“Sempre que indivíduos se engajam em discursos sobre qualquer tema fora da área de sua própria comunidade interpretativa, inevitavelmente, eles se tornam etnocêntricos.”<sup>14</sup> Reforça-se, nesse sentido, a necessidade de se atentar às peculiaridades sociais, políticas e culturais em que se encontram inseridas as mulheres, a fim de não incidir num discurso etnocêntrico surrealista.

“A percepção globalizada permitiu que se enxergasse com mais nitidez os contornos delineadores de diversas culturas; [...] mesmo com a tentativa voraz de sepultamento de outras identidades dos povos onde se procurava difundir e mesclar numa só [...]”<sup>15</sup>

O feminismo, mais precisamente, da terceira onda irá criticar o discurso homogêneo e universal até então vociferado pelas feministas da primeira e da segunda onda, haja vista seu caráter excludente. Havia, portanto, a necessidade de se colocar em pauta a discussão sobre micropolítica e a opressão a que cada mulher é submetida em face de cor, etnia, religião, cultura etc.<sup>16</sup>.

### **3 A FIGURA DA MULHER NA SOCIEDADE**

Por muitos anos, a mulher esteve subordinada a uma figura masculina (pai, irmão mais velho ou cônjuge). Esta condição era reforçada não só pela sociedade como também pelas

---

12 SCOTT, Joan W. A invisibilidade da experiência. Tradução de Lúcia Haddad. *Proj. História*, São Paulo, v. 16, fev. 1998, p.297. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/11183>. Acesso em: 14 jul. 2018.

13 TAMANAHA, Brian Z.. As lições dos estudos sobre Direito e Desenvolvimento. Tradução de Tatiane Honório Lima. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p.187-216, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24380/23160>. Acesso em: 5 ago. 2018.

14 TAMANAHA, Brian Z.. As lições dos estudos sobre Direito e Desenvolvimento. Tradução de Tatiane Honório Lima. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p.187-216, jan./jun. 2009, p.207. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24380/23160>. Acesso em: 5 ago. 2018.

15 LEAL, Armstrong dos Santos; FRANÇA, Marlene de Oliveira. Ensaio da inserção da mulher militar no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 27-38, 2015, p.29. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/287>. Acesso em: 20 ago. 2018.

16 RIBEIRO, Djamilia. As diversas ondas do feminismo acadêmico. *Carta Capital*, São Paulo, 25 nov. 2014, Escritório Feminista. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/escritorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>. Acesso em: 15 ago. 2018.

instituições, tais como a Igreja e o Estado. Enquanto que os homens recebiam uma educação intelectual, às mulheres, eram ensinadas técnicas manuais e domésticas, sendo-lhe vedado, portanto, o estudo e o aprendizado à leitura<sup>17</sup>.

O Direito Romano, berço da cultura jurídica brasileira, já tratava a mulher como indivíduo desprovido de capacidade jurídica. A civilização romana considerava o matrimônio e a família como instituições centrais da vida social. Os valores semeados no seio familiar levaram à valorização feminina, sendo esta, por ocasião de sua subordinação ao marido, vista como base fundamental da família e seu trabalho doméstico como uma virtude<sup>18</sup>.

Na época do Brasil-colônia, a Igreja era responsável pela educação, todavia, consoante afirmado, esta não era direcionada às mulheres. Entretanto, com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, foram abertas algumas escolas, onde as moças poderiam aprender, além de trabalhos manuais, o idioma português a nível primário<sup>19</sup>. Apesar do ensino precário, deve-se ressaltar que as mulheres passaram a receber uma educação de cunho intelectual, deixando, para tanto, de ser reduzidas a práticas manuais e domésticas.

Por muitos anos, o Brasil, mesmo após a independência de Portugal, continuou usando as leis portuguesas. As Ordenações Filipinas, que ainda vigoravam no país, não se mostravam compatíveis com os costumes e tradições brasileiras, posto que traziam a figura de um conservadorismo patriarcal vivido à época da idade média. À mulher não era resguardado direitos, sendo esta submissa à autorização do marido quanto à prática de quase todos os atos da vida civil<sup>20</sup>.

Na época da República Velha (1889-1930), a sociedade brasileira sofreu uma transformação com o desenvolvimento industrial, o que acabou levando as mulheres a trabalhar nas indústrias. Sujeitas a longas jornadas de trabalho e a baixa remuneração, estas logo se tornaram presentes em movimentos grevistas que reivindicavam melhor qualidade de vida. Todavia as reivindicações femininas não se limitaram ao âmbito trabalhista. Em 1924, participaram da Coluna Prestes, movimento de contestação à ordem oligárquica. Estiveram presentes cerca de cinquenta mulheres, provenientes, em sua maioria, de camadas sociais mais populares, segmento da sociedade mais afetado pelo programa reformista tenentista<sup>21</sup>.

Apesar da presença feminina no movimento contrário à oligarquia, estas não eram vistas em par de igualdade aos homens, sendo, portanto, ligadas à figura de meras cuidadoras de seus companheiros. Ainda que tenham participado lado a lado aos homens na Coluna Prestes, às mulheres não foi dado o devido crédito, sendo-lhes, pois, retirado o viés político do engajamento, restando, mais uma vez, limitadas ao papel de agentes secundários.

No âmbito familiar e civil, vigorava o Código Civil de 1916, instituído pela Lei n. 3.071/1916. Esta codificação, proveniente de uma sociedade marcada pelo patriarcalismo,

---

17 MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

18 MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

19 MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

20 MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

21 PRESTES, Cleides Maria Silva. *Formas de vida da mulher brasileira no discurso jurídico*. 2015. 152 p. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa). Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/127864>. Acesso em: 9 maio 2018.



trazia a figura da mulher casada como indivíduo relativamente incapaz, sendo equiparada, portanto, àqueles que ainda não atingiram a maioridade civil, aos pródigos e aos silvícolas<sup>22</sup>.

À época, a virgindade feminina era considerada algo valioso, pois estava atrelada à honra e à honestidade social, de forma que uma mulher deflorada era equiparada a figuras negativas da sociedade, tais como pessoas de má-fama, sem honra, criminosos, doentes físicos ou mentais. O Código Civil de 1916, em seu art. 219, IV, assegurava ao homem a possibilidade de anular o casamento nos casos em que sua esposa não fosse mais virgem em razão de ferir a dignidade da família e seu equilíbrio na ordem social<sup>23</sup>.

O marco de conquistas de direitos pelas mulheres, principalmente as casadas, é a criação da Lei n. 4.121 em 27 de agosto de 1962, também como conhecida como Estatuto da Mulher Casada. Tal lei revogou alguns dispositivos legais, dentre eles, o art. 6º, do Código Civil de 1916 que tratava da capacidade feminina para os atos da vida civil, de forma que a mulher, na constituição do casamento, deixou de ser considerada relativamente capaz para, então, se tornar absolutamente capaz<sup>24</sup>.

Ainda procedendo às modificações, o estatuto elevou a figura feminina à posição de coadjuvante na tomada de decisões no âmbito familiar. Apesar da conservação do poder masculino como gestor da família, a esposa deixou de ser mera destinatária do poder de decisão do cônjuge, passando, para tanto, a influenciar na tomada destas decisões.

A Lei n. 4.121/1962 trouxe, também, modificações no Código Civil de 1916 que possibilitaram às mulheres o exercício de uma profissão, de forma que, ao ter competência para exercer atos da vida civil sem a necessidade de autorização do cônjuge, estas se tornaram aptas ao exercício de um papel mais ativo na sociedade. A mulher passa, portanto, a interagir diretamente com o universo do trabalho<sup>25</sup>.

Essas mudanças no campo jurídico continuaram a ocorrer, porém em etapas. Após o Estatuto da Mulher Casada, que acabou afastando uma série de discriminações, foi editada a Emenda Constitucional n. 9/1977 que excluía o caráter indissolúvel do casamento, instituindo, assim, o divórcio que, por sua vez, foi regulamentado pela Lei n. 6.515/77<sup>26</sup>.

As transformações mais relevantes ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988. A mudança no panorama da posição feminina no âmbito legislativo já se apresenta no preâmbulo desta, onde a utilização do sujeito “nós”, primeira pessoa do plural, cuida de abranger a todos os indivíduos, independentemente de gênero<sup>27</sup>.

---

22 PRESTES, Cleides Maria Silva. *Formas de vida da mulher brasileira no discurso jurídico*. 2015. 152 p. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa). Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/127864>. Acesso em: 9 maio 2018.

23 MATOS, Paulo Roberto. A virgindade como “dote natural” da mulher: sexualidade feminina em São Luís na virada do século (1880-1920). In: III SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO MARANHÃO OITOCENTISTA, 2013, São Luís. *Anais eletrônicos ISSN 2236-9228*. São Luís: Universidade Estadual do Maranhão, 2013, p.1-10. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.outrostempos.uema.br%2Foitocentista%2Fcd%2FARQ%2F46.pdf>. Acesso em: 26 maio 2018.

24 PRESTES, Cleides Maria Silva. *Formas de vida da mulher brasileira no discurso jurídico*. 2015. 152 p. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa). Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/127864>. Acesso em: 9 maio 2018.

25 PRESTES, Cleides Maria Silva. *Formas de vida da mulher brasileira no discurso jurídico*. 2015. 152 p. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa). Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/127864>. Acesso em: 9 maio 2018.

26 MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

27 PRESTES, Cleides Maria Silva. *Formas de vida da mulher brasileira no discurso jurídico*. 2015. 152 p. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa). Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/127864>. Acesso em: 9 maio 2018.



Outra importante consideração apresentada pela Constituição Federal de 1988 diz respeito ao conceito de família e o tratamento dado a essa instituição. A Carta Magna trouxe a ampliação das formas de constituição familiar (art. 226 e ss.), a facilitação de dissolução do matrimônio, com a edição da EC n. 66/2010, a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres quando da constituição da sociedade conjugal e a não discriminação entre os filhos havidos ou não fora do casamento<sup>28</sup>.

Esses dispositivos constitucionais causaram forte impacto no texto arcaico do Código Civil de 1916, levando à revogação tácita e expressa de muitos de seus dispositivos contrários à Constituição, tais como o desquite, o não reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (vulgarmente conhecidos como “bastardos”) etc. Era preciso, portanto, criar uma legislação civil compatível com a Carta Magna em vigor e, principalmente, com a realidade social que se apresentava.

O Código Civil de 2002, criado pela Lei n. 10.406/2002, revogou o Código Civil de 1916. Esta nova codificação cuidou de trazer inúmeras inovações à realidade feminina, tais como, a utilização da expressão “toda pessoa” no sentido de todo ser humano logo no seu art. 1º, em detrimento da palavra “homem”, trazida pelo antigo código; a igualdade de direitos e deveres entre cônjuges no âmbito familiar; a estipulação de uma idade mínima tanto para o homem quanto para a mulher para se contrair matrimônio, todavia, diferente do CC/16, passou-se a estabelecer o mesmo limite etário para ambos os sexos; a impossibilidade de se anular o casamento na hipótese de defloração da mulher; a adoção do sobrenome por ambos os cônjuges; o exercício do poder familiar tanto pelo marido quanto pela mulher; a obrigação de prestar mútua assistência, traduzido no dever de pagar pensão alimentícia tanto aos filhos quanto entre cônjuges, quando da dissolução do casamento etc.<sup>29</sup>.

Veja-se que o Código Civil de 2002 trouxe diversas modificações principalmente no âmbito familiar, todavia estas não se limitam à concessão de direitos às mulheres, de forma que cuidou de manter também os deveres destas para com os filhos e cônjuge, isto é, a nova legislação manteve traços do patriarcalismo.

O significado da mulher na sociedade, conforme dito anteriormente, foi sofrendo modificações ao longo da história, partindo-se do matriarcado, na era primitiva, passando pela composição da sociedade patriarcal, fundamentada pela Igreja, chegando-se aos dias atuais quando a mulher passa a ser indivíduo detentor de direitos e deveres assim como os homens<sup>30</sup>. Para Pierre Bourdieu<sup>31</sup>:

As categorias de percepção do mundo social são, no essencial, produto da incorporação das estruturas objectivas do espaço social. Em consequência, levam os agentes a tomarem o mundo social tal como ele é, a aceitarem-no como natural, mais do que a rebelarem-se contra ele, a oporem-lhe possíveis diferentes, e até mesmo antagonistas [...] (Sic)

A aceitação feminina quanto à subordinação masculina ao longo dos séculos pode ser justificada pela doutrinação a que sempre foi submetida, tanto pela Igreja quanto pela sociedade. Convencida de que tal posição deveria ser ocupada em virtude da sua natureza,

---

28 MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

29 MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

30 REED, Evelyn. *Sexo contra sexo ou classe contra classe*. 2. ed. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2008.

31 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p.140.

não havia motivos para se lutar por uma mudança no panorama social. Daí se extrai a importância dos movimentos sociais que, ainda que não sejam direcionados às necessidades femininas, acabam levando a mulher a passar por uma ressignificação de papel na sociedade e, conseqüentemente, a lutarem por uma posição relevante dentro desta.

## **4 A TRANSFORMAÇÃO FEMININA ATRAVÉS DO TRABALHO (FEMINISMO E O NEOLIBERALISMO)**

### **4.1 Primeira onda do feminismo**

O status feminino começa a sofrer consideráveis transformações quando da inserção do capitalismo pré-industrial. Com o surgimento das indústrias e conseqüentemente o ritmo acelerado de produção, o trabalho das mulheres passou a ser requisitado, sendo esta, portanto, mais uma peça apta a contribuir com o desenvolvimento industrial, acrescentando-se a isto, ainda, a necessidade de substituição da mão de obra masculina que, por sua vez, encontrava-se nos campos de batalha<sup>32</sup>.

No Brasil, a implantação da República foi um marco importante da inserção da mulher na economia. A Revolução Industrial proporcionou a sua participação no mercado de trabalho, ainda que de forma precária e sendo esta utilizada como mão de obra barata. A figura feminina passou a ocupar espaços antes dominados por homens. Entretanto essas “conquistas” não se mostraram suficientes no exercício da vida social<sup>33</sup>.

Influenciadas pelos ideais liberais, quais sejam, liberdade individual e igualitarismo, as mulheres se organizaram, formando a primeira onda do feminismo. Estava à frente do movimento feministas dos Estados Unidos e do Reino Unido, mulheres brancas e de classe média insatisfeitas com a submissão e opressão a que eram submetidas<sup>34</sup>.

A primeira onda do movimento feminista teve início no século XIX. Dentre as reivindicações buscadas pelas ativistas estavam o direito ao voto e à participação na vida pública<sup>35</sup>. Pois, consoante visto, através das disposições presentes no Código Civil de 1916, as mulheres eram subordinadas aos homens e privadas de participar ativamente da vida pública.

Ainda que composta por mulheres, a primeira onda possuía dois tipos de interesses: os voltados àquelas mulheres de classe média alta e de enorme influência política e o das operárias. As primeiras, lideradas por figuras da elite econômica e intelectual da época, reivindicavam o direito ao voto, sem questionar as estruturas patriarcais, enquanto que as segundas lutavam por melhores condições de trabalho, equiparação salarial e redução das jornadas de trabalho<sup>36</sup>.

Aos poucos, elas foram conquistando direitos, antes reservados apenas aos homens, tais como direito de votar e equiparação salarial. Todavia, após a 2ª Guerra Mundial, a figura feminina volta a ser associada à atividade doméstica e de cuidado dos filhos, haja vista a necessidade da retirada destas do mercado de trabalho em benefício dos homens que retornavam da guerra<sup>37</sup>.

---

32 ALAMBERT, Zuleika. *A mulher na história a história da mulher*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2004.

33 ALAMBERT, Zuleika. *A mulher na história a história da mulher*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2004.

34 CONSOLIM, Verônica Homsí. A história da primeira onda feminista. *Carta Capital*, São Paulo, 14 set. 2017a, Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/historia-da-primeira-onda-feminista/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

35 RIBEIRO, Djamilia. As diversas ondas do feminismo acadêmico. *Carta Capital*, São Paulo, 25 nov. 2014, Escritório Feminista. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/escriptorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>. Acesso em: 15 ago. 2018.

36 MOTA, Keli Rocha Silva. Feminismo contemporâneo: como ativistas de São Paulo compreendem uma terceira onda do movimento no país. *Revista Extraprensa*, São Paulo, v. 11, n. 1, p.108-127, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/extraprensa2017.139729>. Acesso em: 15 ago. 2018.

37 CONSOLIM, Verônica Homsí. A história da primeira onda feminista. *Carta Capital*, São Paulo, 14 set. 2017a, Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/historia-da-primeira-onda-feminista/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Apesar dessas conquistas no âmbito político e econômico, fazendo com que a sociedade celebrasse uma revolução feminina, a mudança de perspectiva e o retorno destas ao lar mostra que tais reivindicações e as concessões feitas foram atos meramente formais, deixando de verter reais benefícios às mulheres.

## 4.2 Segunda onda do feminismo

Ao final dos anos 1960, surgiu o feminismo da segunda onda, apresentando-se como um desafio à dominação capitalista masculina expressa na figura do Estado. Essa segunda onda do feminismo não tinha como finalidade uma mera substituição do salário familiar por uma família com dois assalariados. Buscava-se a revalorização da prestação de cuidados sob a ótica igualitária<sup>38</sup>.

“Feminismo e neoliberalismo, a partir da década de 1970, coexistem como movimentos intelectuais, sociais e político. Dessa maneira, sofrem influência um do outro e vivem uma relação complexa, com pontos de intersecção e pontos de discordância.”<sup>39</sup>

O movimento feminista acabou prosperando diante do capitalismo neoliberal por ocasião da ressignificação das suas metas, onde a crítica ao economicismo androcêntrico provedor deu lugar à “nova economia”, recebendo a mulher como uma força de trabalho flexível e com baixos salários<sup>40</sup>. Sua entrada no mercado de trabalho se deu com acúmulo de atribuições, qual seja, suas atividades no âmbito familiar. Nessa esfera privada, portanto, passa a atuar, de forma individual, no papel de mãe, esposa e dona de casa, sobrecarregadas com duplas e até triplas jornadas de trabalho<sup>41</sup>.

O movimento feminista possui três pontos principais de interação com o neoliberalismo:

(i) barganha, em que o feminismo se valeu dos espaços abertos pelo neoliberalismo para se adaptar e conseguir espaço para crescer, principalmente no âmbito do feminismo de celebridades; (ii) instrumentalização, em que o neoliberalismo se vale do movimento de liberação das mulheres para expandir seu domínio como técnica de governo principal e modo de governo da sociedade; e, por fim, (iii) reafirmação identitária, em que o a exacerbação do indivíduo proporcionada pelo neoliberalismo propiciou a fragmentação do movimento feminista diante de várias pressões relacionadas a questões identitárias, assim fortalecendo o movimento ao redor do mundo e em todas as classes sociais, mas também enfraquecendo-o como movimento social unificado<sup>42</sup>.

A crítica ao sexismo acabou servindo de justificativa às desigualdades e exploração econômica da mulher. O neoliberalismo se valeu do discurso de empoderamento feminino para “amarrar o sonho da emancipação feminina na correia do motor da acumulação de capital.”<sup>43</sup>

---

38 SCHILD, Verónica. Feminismo e neoliberalismo na América Latina. *Revista Outubro*, [S.I.], n. 26, jul. 2016. Disponível em: [http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2016/07/03\\_Veronica-Schild.pdf](http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2016/07/03_Veronica-Schild.pdf). Acesso em: 15 ago. 2018.

39 MEDEIROS, Fernanda Luíza Silva de. Feminismo e neoliberalismo na contemporaneidade: uma “nova razão” para o movimento de liberação das mulheres? *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, São Carlos, v. 26, n. 3, 2017, p.160. Disponível em: <http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/613>. Acesso em: 15 ago. 2018.

40 SCHILD, Verónica. Feminismo e neoliberalismo na América Latina. *Revista Outubro*, [S.I.], n. 26, jul. 2016. Disponível em: [http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2016/07/03\\_Veronica-Schild.pdf](http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2016/07/03_Veronica-Schild.pdf). Acesso em: 15 ago. 2018.

41 ALAMBERT, Zuleika. *A mulher na história a história da mulher*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2004.

42 MEDEIROS, Fernanda Luíza Silva de. Feminismo e neoliberalismo na contemporaneidade: uma “nova razão” para o movimento de liberação das mulheres? *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, São Carlos, v. 26, n. 3, 2017, p.161. Disponível em: <http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/613>. Acesso em: 15 ago. 2018.

43 FRASER, Nancy. *Como o feminismo se tornou a empregada do capitalismo e como resgatá-lo*. Tradução de Bruno Cava. Disponível em: <http://www.iela.ufsc.br/noticia/como-o-feminismo-se-tornou-empregada-do-capitalismo-e-como-resgata-lo>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Com a resignificação do movimento feminista da segunda onda pelo neoliberalismo, as mulheres começaram a acumular as atribuições profissionais com as domésticas, perfazendo, portanto, a figura das denominadas “mulheres equilibristas”.

Este termo tem sido utilizado para identificar as mulheres que tentam conciliar o trabalho com a família. A presença destas no mercado de trabalho não implica necessariamente total falta de interesse na constituição de uma entidade familiar. Assim como o inverso também pode não ocorrer, ou seja, a gravidez não obsta a mãe de se manter no emprego ou retornar a este.

Tida como um ser contemporâneo por excelência, esta figura feminina desassocia sexo de maternidade e concilia a liberdade de escolhas com a preservação de valores e papéis tradicionais da mulher na sociedade (ser mãe, dona de casa, esposa), ressaltando, assim, sua individualidade<sup>44</sup>. Segundo Maria Lúcia Rocha-Coutinho<sup>45</sup>, essa liberdade se verifica quando da tomada de decisão de ser ou não mãe, de casar ou não, se dedicar ou não a uma carreira profissional, dentre outras opções que estas vão fazendo ao longo da vida.

Para Vera Maria Daher Maluf e Edna Maria Severino Peters Kahhale<sup>46</sup> algumas mulheres têm adiado a maternidade não necessariamente para garantir sua realização profissional, mas para ter boas condições financeiras para criar seus filhos. Esta faculdade pode se traduzir como uma opção entre a repetição do discurso do “antigo” ou a adoção do “moderno”, de forma que, em estudo feito por Maria Lúcia Rocha-Coutinho<sup>47</sup>, muitas mulheres optaram pelo meio termo, ou seja, uma tentativa de conciliação entre os dois. A questão que de fato deve importar nesse sentido, não é o tipo de decisão que será tomada, mas o fato de que há uma faculdade resguardada à mulher e, não, uma imposição. Todavia ressalta Rocha-Coutinho<sup>48</sup> que:

[...] o discurso atual da “escolha” parece colocar a mulher diante de impasses que não são por ela percebidos enquanto tal, levando-a a buscar, de forma individual, como afirmado por diversas de nossas entrevistadas, uma vivência “harmoniosa” de todas essas suas múltiplas atribuições.

Apesar das mulheres gozarem, no atual cenário social, da faculdade de optar por uma vida profissional ou familiar ou até mesmo a conciliação entre ambas, uma escolha ou outra, de certo modo, pode acabar implicando na renúncia de uma delas, sob algum aspecto.

Elas acabam mantendo uma vida de equilibristas, tentando conciliar o trabalho com a família, desempenhando a tão conhecida dupla jornada. Entretanto, apesar dos esforços despendidos para manutenção tanto da vida profissional como pessoal, segundo Rocha-Coutinho<sup>49</sup>, a importância dada ao trabalho, para as mulheres, é sempre precedida do discurso

---

44 MALUF, Vera Maria Daher; KAHHALE, Edna Maria Severino Peters. Mulher, trabalho e maternidade: uma visão contemporânea. *Polêmica*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p.143-160, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/2803>. Acesso em: 5 jun. 2018.

45 ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Novas opções, antigos dilemas: mulher, família, carreira e relacionamento no Brasil. *Temas em Psicologia*, v. 12, n. 1, p.2-17, 2004. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 5 jun. 2018.

46 MALUF, Vera Maria Daher; KAHHALE, Edna Maria Severino Peters. Mulher, trabalho e maternidade: uma visão contemporânea. *Polêmica*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p.143-160, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/2803>. Acesso em: 5 jun. 2018.

47 ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Novas opções, antigos dilemas: mulher, família, carreira e relacionamento no Brasil. *Temas em Psicologia*, v. 12, n. 1, p.2-17, 2004. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 5 jun. 2018.

48 ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Novas opções, antigos dilemas: mulher, família, carreira e relacionamento no Brasil. *Temas em Psicologia*, v. 12, n. 1, p.2-17, 2004, p.8. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 5 jun. 2018.

49 ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Novas opções, antigos dilemas: mulher, família, carreira e relacionamento no Brasil. *Temas em Psicologia*, v. 12, n. 1, p.2-17, 2004. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 5 jun. 2018.

de desvalorização das tarefas domésticas, ou melhor, do exercício exclusivo destas, haja vista serem “limitadoras dos horizontes” femininos.

### 4.3 Terceira onda do feminismo

A terceira onda do feminismo teve início na década de 90. Surgiu face à necessidade de se discutir os paradigmas até então estabelecidos pelas primeira e segunda ondas que cuidaram de homogeneizar as mulheres. Essa nova onda colocaria em pauta a questão da micropolítica<sup>50</sup>.

O discurso universal até então proferido possui um caráter excludente, pois não considera o fato de que as opressões atingem as mulheres de forma diferenciada. Seria necessário, assim, discutir gênero não apenas sob uma ótica simplista (homem x mulher), mas levando em consideração o contexto social, étnico, político, religioso, cultural etc. em que essas mulheres se encontram inseridas.

A relação entre política e representação é uma das mais importantes no que diz respeito à garantia de direitos para as mulheres e é justamente por isso que é necessário rever e questionar quem são esses sujeitos que o feminismo estaria representando. Se a universalização da categoria mulheres não for combatida, o feminismo continuará deixando de fora diversas outras mulheres e alimentando assim as estruturas de poder. Não incluir, por exemplo, mulheres trans\*, com a justificativa de que elas não são mulheres, reforça aquilo que o movimento tanto combate e que Beauvoir refutou tão brilhantemente em 1949: a biologização da mulher ou em termos beavorianos, a criação de um destino biológico. Se não se nasce mulher, se ser mulher é um construto, ou em termos butlerianos, se o gênero é performance, não faz sentido a exclusão das mulheres trans como sujeitos do feminismo. O movimento feminista precisa ser interseccional, dar voz e representação às especificidades existentes nesse ser mulher. Se o objetivo é a luta por uma sociedade sem hierarquia de gênero, existindo mulheres que para além da opressão de gênero, sofrem outras opressões como racismo, lesbofobia, transmisoginia, urgente incluir e pensar as intersecções como prioridade de ação e não mais como assuntos secundários<sup>51</sup>.

O principal objetivo da terceira onda é “o reconhecimento de diversas identidades femininas e o abandono da ideologia ‘feminismo vítima’.”<sup>52</sup> Os movimentos feministas, nesse contexto, buscam reafirmar seu pluralismo e multiplicidade.

Com a globalização e o neoliberalismo, apreende-se uma diversidade quanto aos posicionamentos e organizações voltadas às mulheres, de modo que a luta pelos seus interesses passa a ser pautada de acordo com a conjuntura dos países e sua localização geopolítica<sup>53</sup>.

Apesar dessa visão mais ampla e pluralista, ainda é possível verificar a existência de “feminismos extremamente colonizados, brancos, eurocêntricos e heteronormativos, que trazem como paradigma um “ideal” de mulher distante da realidade epistêmica do sul global,

---

50 RIBEIRO, Djamila. As diversas ondas do feminismo acadêmico. *Carta Capital*, São Paulo, 25 nov. 2014, Escritório Feminista. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/escriptorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>. Acesso em: 15 ago. 2018.

51 RIBEIRO, Djamila. As diversas ondas do feminismo acadêmico. *Carta Capital*, São Paulo, 25 nov. 2014, Escritório Feminista. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/escriptorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>. Acesso em: 15 ago. 2018.

52 CONSOLIM, Verônica Homsí. O que pede a terceira onda feminista?. *Carta Capital*, São Paulo, 15 set. 2017b, Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

53 BITTENCOURT, Naiara Andreoli. Movimentos Feministas. *Revista InSURgência*, Brasília, ano 1, v. 1, n. 1, p.198-210, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/viewFile/16758/11894>. Acesso em: 15 ago. 2018.



dos povos periféricos ou marginalizados.”<sup>54</sup>.

O discurso da terceira onda do feminismo é o pluralismo, a diversidade e a multiplicidade, traduzidos pela fusão dos diversos movimentos feministas de reivindicações políticas com recortes específicos, podendo-se citar no Brasil o movimento das mulheres negras (Rede de Mulheres Negras), das lésbicas (Articulação Brasileira de Lésbicas – ABL), das transexuais (transfeminismo), das camponesas (Movimento de Mulheres Camponesas – MMC), da Marcha Mundial de Mulheres que debate a relação entre classe e Gênero etc<sup>55</sup>.

Essa rediscussão do feminismo, com foco na diferença existente entre diversos grupos de mulheres, merece um olhar especial a partir da situação da crise do COVID-19 no Brasil. Com a mudança repentina na rotina das pessoas, especialmente das mulheres, é possível observar, consoante será demonstrado, que estas foram as mais afetadas, pois o isolamento social fez com que a maior parte dos trabalhos passassem a ser realizados dentro do ambiente doméstico e isso causou uma homogeneização do tempo dedicado ao trabalho, às atividades domésticas e ao cuidado dos filhos.

Tem-se, por conseguinte, que a separação que existia entre o tempo e o espaço do local de trabalho e entre o momento para exercer as tarefas domésticas e cuidado das crianças, foi mitigado. Todas as atividades necessitaram ser exercidas ao mesmo tempo, o que acabou provocando um certo colapso emocional, haja vista a dificuldade de conciliação de funções.

Outro agravante que pode ser mencionado é a condição socioeconômica de algumas mulheres, as moradoras de periferia. Responsáveis por liderarem as ações de enfrentamento ao vírus diante de situações precárias, como a falta de abastecimento de água, saneamento básico e a falta de um local adequado para resguardar a saúde dos seus filhos, precisam, ainda, contornar todas as dificuldades acima relatadas para continuar exercendo seu ofício fora do ambiente doméstico.

Diferentemente de parte da população que pôde continuar com a prestação de serviços através de plataformas virtuais, a minoria marginalizada, considerada como mão de obra de base, manteve-se atuante e presente no ambiente de trabalho mesmo diante das condições adversas. Essa realidade precisa ser analisada e questionada com cautela, pois a quarentena não afetou de forma isonômica a população, especialmente as pessoas do gênero feminino e essas divergências precisam ser objeto de reflexão.

## **5 A “IGUALDADE” DO GÊNERO FEMININO E AS REPERCUSSÕES DIVERSAS EM RAZÃO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS**

A pandemia do coronavírus e as consequentes medidas de controle da propagação da doença, dentre elas podendo-se ressaltar o isolamento social e a suspensão de serviços considerados não essenciais<sup>56</sup>, acarretaram prejuízos não apenas do ponto de vista econômico, mas também emocional. Ainda que tais consequências tenham alcançado a população em sua grande maioria, cumpre destacar que as mulheres foram as mais afetadas. Isso porque estas são responsáveis pela maior força de trabalho na área de educação infantil, do trabalho doméstico, do cuidado de idosos, de crianças e de deficientes e de assistência social<sup>57</sup>.

---

54 BITTENCOURT, Naiara Andreoli. Movimentos Feministas. *Revista InSURgência*, Brasília, ano 1, v. 1, n. 1, p.198-210, jan./jun. 2015, p. 207. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/viewFile/16758/11894>. Acesso em: 15 ago. 2018.

55 BITTENCOURT, Naiara Andreoli. Movimentos Feministas. *Revista InSURgência*, Brasília, ano 1, v. 1, n. 1, p.198-210, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/viewFile/16758/11894>. Acesso em: 15 ago. 2018.

56 Cf. O Decreto n. 10.282 de 20 de março de 2020 que trata da lista de serviços considerados como essenciais e que, portanto, não tiveram sua prestação suspensa.

57 FERREIRA, Cláudio. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. Câmara dos Deputados [site], *Agência Câmara de Notícias*, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/681393-mulheres-sao-mais-afetadas-por-crise-economica-provocada-pela-covid-19/>. Acesso em: 18 out. 2020.



A mão de obra feminina possui maior concentração nos serviços que foram considerados como não essenciais. Estas representam, ainda, cerca de 80% dos trabalhadores informais do país. Atrelada a essa realidade, destaca-se também que foram os indivíduos mais afetados pelas medidas de corte de custos das empresas, como demissões em massa e redução salarial<sup>58</sup>.

Enquanto algumas mulheres ficaram desempregadas, outras permaneceram prestando os serviços de forma remota e, até mesmo, presencial. O fator comum a todas é o acúmulo das funções laborais com as domésticas.

Outrora amparadas por uma espécie de rede externa, formada por parentes e/ou instituições educacionais que tratavam do cuidado dos seus filhos, quedaram-se desamparadas e sobrecarregadas, pois esse suporte fora mitigado pelas medidas de isolamento social traçadas em vista do combate à propagação do coronavírus<sup>59</sup>.

Dentre os impactos experimentados pelas mulheres, pode-se apontar, segundo reportagem de Lima<sup>60</sup>, a sobrecarga de trabalho doméstico, a exposição à violência de seus companheiros e a vulnerabilidade econômica. Tais fatores cuidam não apenas de enfatizar o abismo relacionado ao gênero, mas também de tornar audível e visível as minorias marginalizadas que existem dentro do próprio discurso feminista.

Durante o período de isolamento social, o número de denúncias de violência doméstica cresceu cerca de 35% em comparação ao ano passado<sup>61</sup>. Ora, além dos agravantes de cunho econômico, muitas mulheres precisaram coabitar com companheiros agressivos em tempo integral. Submetidas não apenas à pressão dos afazeres de casa e do cuidado dos filhos, tiveram de sobreviver às agressões físicas e psicológicas impetradas pelos seus pares.

De acordo com Abreu, Marques e Diniz<sup>62</sup>, o fator mais agravante não foi apenas a ênfase na falta de equilíbrio das competências familiares, mas a intensidade com que transcorreram ao longo do isolamento social. As funções domésticas passaram a ser mais intensas, pois cumuladas com o trabalho e cuidado dos filhos. Computa-se, ainda, o desgaste emocional ao qual diversas mulheres foram submetidas em razão do papel de cuidadora que, por diversas ocasiões, ia além do simples ato físico de organizar uma residência, funcionando estas como suporte emocional de seus familiares.

Além da violência doméstica, do desemprego, do acúmulo de funções, a vulnerabilidade feminina também pode ser percebida quanto à raça. As autoras Barbosa e Paiva<sup>63</sup>, nesse sentido, chamam à atenção à interseccionalidade como ferramenta política capaz de dar visibilidade à diversidade cultural, racial, religiosa e tantas outras existentes dentro do próprio movimento feminista.

---

58 FERREIRA, Cláudio. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. Câmara dos Deputados [site], *Agência Câmara de Notícias*, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/681393-mulheres-sao-mais-afetadas-por-crise-economica-provocada-pela-covid-19/>. Acesso em: 18 out. 2020.

59 LIMA, Juliana Domingos de. Quais os impactos da pandemia sobre as mulheres. *Nexo* [site], 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/24/Quais-os-impactos-da-pandemia-sobre-as-mulheres>. Acesso em: 18 out. 2020.

60 LIMA, Juliana Domingos de. Quais os impactos da pandemia sobre as mulheres. *Nexo* [site], 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/24/Quais-os-impactos-da-pandemia-sobre-as-mulheres>. Acesso em: 18 out. 2020.

61 FERREIRA, Cláudio. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. Câmara dos Deputados [site], *Agência Câmara de Notícias*, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/681393-mulheres-sao-mais-afetadas-por-crise-economica-provocada-pela-covid-19/>. Acesso em: 18 out. 2020.

62 ABREU, Fernanda; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Lidiana. Divisão Sexual do Trabalho Entre Homens e Mulheres no Contexto da Pandemia da COVID 19. *Inter-Legere*, Natal, v. 3, n. 28, p.01-22, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/issue/view/1019>. Acesso em: 18 set. 2020.

63 BARBOSA, Hayanne Roseline Oliveira; PAIVA, Irene Alves. Interseccionalidades: categorias articuladas às experiências de trabalhadoras em contexto de pandemia de covid-19. *Inter-Legere*, Natal, v. 3, n. 28, 1 set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21157/13159>. Acesso em: 18 set. 2020.

Barbosa e Paiva<sup>64</sup> destacam que essa categoria teórica cuida de questionar as desigualdades e tem como principal objetivo compreender e analisar as opressões existentes no contexto de gênero, classe e raça.

Veja que a vulnerabilidade feminina não repousa unicamente no gênero, mas encontra-se atrelada às mais variadas acepções raciais, culturais, sociais, econômicas. Em que pese as medidas de isolamento social implementadas pelo governo brasileiro terem como objetivo resguardar a população, estas não alcançaram a sociedade de forma homogênea, especialmente no que diz respeito aos indivíduos mais vulneráveis.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2020), constatou-se que um grupo específico de mulheres passou a enfrentar uma situação maior de vulnerabilidade. Seria aquele formado por pessoas que são residentes da periferia ou territórios de favela que desempenham a função de cuidado, remunerado ou não-remunerado.

Além da mulher negra, é possível ainda chamar a atenção ao discurso feminista as minorias marginalizadas em razão da identidade de gênero que, por sua vez, vão de encontro à estrutura cis/hetero/branco normativa.

Como já salientado, as medidas de contenção da propagação do coronavírus acabaram reverberando e tonificando o discurso das desigualdades. Não apenas aquelas ligadas à classe social, mas especialmente a todos os ramos que denotam a vulnerabilidade dos indivíduos que compõem a sociedade e que, usualmente, passam despercebidos pelas discussões políticas.

As assimetrias sociais inerentes à construção colonial do Brasil possuem inúmeras evidências denunciadas historicamente pelos movimentos sociais. Com a pandemia de COVID-19, essas assimetrias sociais estão mais evidentes, embora ainda invisíveis para algumas pessoas, que insistem em um falso discurso humanista que preconiza a irrestrita igualdade entre nossos corpos. Não somos iguais, somos diferentes e, na teia de lugares sociais que ocupamos, temos acessos completamente distintos aos direitos humanos<sup>65</sup>.

A tratativa equânime deve ir além do binômio feminino x masculino. Há outras e, até mesmo, diversas vulnerabilidades que permeiam a terceira onda do feminismo. Indicá-las de forma exaustiva no presente trabalho seria uma atividade árdua e de difícil conclusão. Todavia, é possível concluir que a concepção igualitária na qual repousou, por tantos anos, a luta feminina deve ir além.

## 6 CONCLUSÃO

Um importante fator de transformação do papel da mulher na sociedade tem sido sua participação no mercado de trabalho. Consideradas, por muito tempo, como indivíduos incapazes, restritos ao ambiente doméstico, a mulher contemporânea se desdobra no cumprimento de uma dupla jornada, pois, com a possibilidade de poder exercer uma carreira profissional, acabou acumulando funções e ficando sobrecarregada.

---

64 BARBOSA, Hayanne Roseline Oliveira; PAIVA, Irene Alves. Interseccionalidades: categorias articuladas às experiências de trabalhadoras em contexto de pandemia de covid-19. *Inter-Legere*, Natal, v. 3, n. 28, set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21157/13159>. Acesso em: 18 set. 2020.

65 NASCIMENTO, Letícia Carolina Pereira. Eu Não Vou Morrer: solidão, autocuidado e resistência de uma travesti negra e gorda para além da pandemia. *Inter-Legere*, Natal, v. 3, n. 28, p.01-22, maio/ago. 2020, p.3. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/issue/view/1019>. Acesso em: 18 set. 2020.

Por muitos anos, as feministas lutaram para que as mulheres pudessem participar da sociedade de forma ativa, bem como pela sua inserção no mercado de trabalho. Entretanto, conforme visto, a primeira e segunda fases do feminismo deixaram de levar em consideração as diversas experiências sociais e culturais individuais, homogeneizando, assim, o discurso feminista. É nesse sentido que a terceira onda ganha relevância e expressividade, haja vista trazer à tona as complexidades das relações sociais que persistem no universo feminino.

A pandemia causada pelo coronavírus, especialmente as medidas de contenção da sua propagação foram fatores essenciais à necessária rediscussão dos objetivos perquiridos pelo movimento feminista. Tal fenômeno cuidou de enfatizar a vulnerabilidade feminina nas mais diversas acepções, chamando a atenção para indivíduos marginalizados dentro do próprio discurso de igualdade de gênero.

Depreende-se, ainda, das vulnerabilidades expostas, que uma igualdade baseada em uma acepção unicamente binária não é suficiente para alcançar os mais variados tipos de indivíduos existentes dentro de uma mesma esfera feminista.

A terceira onda do feminismo, consoante demonstrado, deve pautar-se na interseccionalidade como instrumento político, ocasião em que este seria capaz de dar visibilidade às mais variadas acepções de vulnerabilidades existentes dentro do próprio movimento feminista.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Fernanda; MARQUES, Fernanda; DINIZ, Lidiana. Divisão Sexual do Trabalho Entre Homens e Mulheres no Contexto da Pandemia da COVID 19. *Inter-Legere*, Natal, v. 3, n. 28, p.01-22, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/issue/view/1019>. Acesso em: 18 set. 2020.

ALAMBERT, Zuleika. *A mulher na história a história da mulher*. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2004.

BARBOSA, Hayanne Roseline Oliveira; PAIVA, Irene Alves. Interseccionalidades: categorias articuladas às experiências de trabalhadoras em contexto de pandemia de covid-19. *Inter-Legere*, Natal, v. 3, n. 28, 1 set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/21157/13159>. Acesso em: 18 set. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BITTENCOURT, Naiara Andreoli. Movimentos Feministas. *Revista InSURgência*, Brasília, ano 1, v. 1, n. 1, p.198-210, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/viewFile/16758/11894>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CONSOLIM, Verônica Homsí. A história da primeira onda feminista. *Carta Capital*, São Paulo, 14 set. 2017a, Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/historia-da-primeira-onda-feminista/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CONSOLIM, Verônica Homsí. O que pede a terceira onda feminista?. *Carta Capital*, São Paulo, 15 set. 2017b, Justificando. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/15/o-que-pede-terceira-onda-feminista/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

FERREIRA, Cláudio. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. Câmara dos Deputados [site], *Agência Câmara de Notícias*, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/681393-mulheres-sao-mais-afetadas-por-crise-economica-provocada-pela-covid-19/>. Acesso em: 18 out. 2020.

FRASER, Nancy. *Como o feminismo se tornou a empregada do capitalismo e como resgatá-lo*. Tradução de Bruno Cava. Disponível em: <http://www.iela.ufsc.br/noticia/como-o-feminismo-se-tornou-empregada-do-capitalismo-e-como-resgata-lo>. Acesso em: 20 jul. 2018.

LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LEAL, Armstrong dos Santos; FRANÇA, Marlene de Oliveira. Ensaio da inserção da mulher militar no Brasil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 2, p.27-38, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/287>. Acesso em: 20 ago. 2018.

LIMA, Juliana Domingos de. Quais os impactos da pandemia sobre as mulheres. *Nexo* [site], 24 mar. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/24/Quais-os-impactos-da-pandemia-sobre-as-mulheres>. Acesso em: 18 out. 2020.

MALUF, Vera Maria Daher; KAHHALE, Edna Maria Severino Peters. Mulher, trabalho e maternidade: uma visão contemporânea. *Polêmica*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p.143-160, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/2803>. Acesso em: 5 jun. 2018.

MATOS, Paulo Roberto. A virgindade como "dote natural" da mulher: sexualidade feminina em São Luís na virada do século (1880-1920). In: III SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO MARANHÃO OITOCENTISTA, 2013, São Luís. *Anais eletrônicos* ISSN 2236-9228. São Luís: Universidade Estadual do Maranhão, 2013, p.1-10. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.outrostempos.uema.br%2Foitocentista%2Fcd%2FARQ%2F46.pdf>. Acesso em: 26 maio 2018.

MEDEIROS, Fernanda Luíza Silva de. Feminismo e neoliberalismo na contemporaneidade: uma "nova razão" para o movimento de liberação das mulheres? *Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política*, São Carlos, v. 26, n. 3, 2017. Disponível em: <http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/613>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MIRANDA, Maria Bernadete. Homens e mulheres: a isonomia conquistada. *Revista Virtual Direito Brasileiro*, v. 4, n. 2, p.1-30, 2010. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/artigos/Cnpq20102.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

MOHANTY, Chandra Talpade. Under Western Eyes: Feminist scholarship and colonial discourses. *Duke University Press*. v. 12, n. 3, p.333-358, 1984. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/302821>. Acesso em: 2 jun. 2018.

MOTA, Keli Rocha Silva. Feminismo contemporâneo: como ativistas de São Paulo compreendem uma terceira onda do movimento no país. *Revista Extraprensa*, São Paulo, v.11, n. 1, p.108-127, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/extraprensa2017.139729>. Acesso em: 15 ago. 2018.

NASCIMENTO, Letícia Carolina Pereira. Eu Não Vou Morrer: solidão, autocuidado e resistência de uma travesti negra e gorda para além da pandemia. *Inter-Legere*, Natal, v.3, n.28, p.01-22, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/issue/view/1019>. Acesso em: 18 set. 2020.

PRESTES, Cleides Maria Silva. *Formas de vida da mulher brasileira no discurso jurídico*. 2015. 152 p. Tese (Doutorado em Linguística e Língua Portuguesa). Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/127864>. Acesso em: 9 maio 2018.

REED, Evelyn. *Sexo contra sexo ou classe contra classe*. 2. ed. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2008.

RIBEIRO, Djamila. As diversas ondas do feminismo acadêmico. *Carta Capital*, São Paulo, 25 nov. 2014, Escritório Feminista. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/escritorio-feminista/feminismo-academico-9622.html>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ROCHA-COUTINHO, Maria Lúcia. Novas opções, antigos dilemas: mulher, família, carreira e relacionamento no Brasil. *Temas em Psicologia*, v. 12, n. 1, p.2-17, 2004. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-389X2004000100002&script=sci_abstract&lng=pt). Acesso em: 5 jun. 2018.

SCHILD, Verónica. Feminismo e neoliberalismo na América Latina. *Revista Outubro*, [S.l.], n. 26, jul. 2016. Disponível em: [http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2016/07/03\\_Veronica-Schild.pdf](http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2016/07/03_Veronica-Schild.pdf). Acesso em: 15 ago. 2018.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, [S.l.], v. 20, n. 2, jul./dez. 1995. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 2 ago. 2018.

SCOTT, Joan W.. A invisibilidade da experiência. Tradução de Lúcia Haddad. *Proj. História*, São Paulo, v. 16, fev. 1998. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/11183>. Acesso em: 14 jul. 2018.

TAMANAH, Brian Z.. As lições dos estudos sobre Direito e Desenvolvimento. Tradução de Tatiane Honório Lima. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p.187-216, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24380/23160>. Acesso em: 5 ago. 2018.

# SAÚDE MENTAL E SUICÍDIO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PSQUIATRAS E PSICÓLOGOS

**Vitor Almeida**

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Vice-diretor do Instituto de Biodireito e Bioética (IBIOS). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Discente do Estágio Pós-Doutoral do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Advogado.

*O medo é o perfeito pouso do desassossego.  
Bruno Lima Penido*

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Saúde mental, suicídio e pandemia da Covid-19; 3 Responsabilidade civil de psiquiatras e psicólogos em caso de suicídio durante a pandemia da Covid-19; 4 Considerações finais; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

Os efeitos da pandemia da covid-19 na economia e no sistema de saúde foram e são dramáticos em diversos países, que vivenciaram, contudo, em momentos diferentes o ápice da emergência de saúde pública em nível internacional<sup>1</sup> e ainda convivem com o aumento do número de infectados após a flexibilização das restrições de circulação social. No entanto, à medida em que alguns países começaram a debelar o crescimento exponencial dos números de mortos e infectados, descortina-se, para além da crise econômica, a questão da saúde mental<sup>2</sup>. O medo da morte, a perda de familiares e pessoas próximas, o isolamento social, as dificuldades financeiras e o próprio viver em estado pandêmico impactam todas as pessoas, mas, obviamente, atingem com maior intensidade os mais vulnerados, seja porque mais propensos aos efeitos decorrentes do aprofundamento das desigualdades sociais, seja em razão do estado anterior de saúde mental potencialmente já fragilizado.

Na Itália, pesquisa revelou que oito em cada dez italianos disseram que precisavam de apoio psicológico para superar a pandemia<sup>3</sup>. Os psicólogos italianos relataram o aumento de um medo contínuo do vírus, o impacto emocional do distanciamento social e a crise econômica como responsáveis pelo crescimento da ansiedade e da depressão durante a pandemia. A flexibilização das medidas de isolamento e a reabertura gradual dos espaços públicos com a consequente oferta de serviços e a liberação das atividades ao ar livre nem sempre resolvem, eis que muitas pessoas decidem permanecer em ambientes fechados porque se sentem mais seguras. E, com a iminência de uma profunda recessão econômica, há o risco de um “cataclisma em saúde mental” em razão dos impactos na economia.<sup>4</sup>

Boaventura de Sousa Santos, em sua obra “A cruel pedagogia do vírus”, aborda o agravamento severo da vulnerabilidade em razão da pandemia e afirma que “qualquer quarentena é discriminatória, mais difícil para uns grupos sociais do que para outros”. Na verdade, tais grupos já “padecem de uma especial vulnerabilidade que precede a quarentena e se agrava com ela”. Esses grupos compõem o que o autor chama de Sul, que em sua concepção “não designa um espaço geográfico. Designa um espaço-tempo político, social e cultural. É a metáfora do sofrimento humano injusto causado pela exploração capitalista, pela discriminação racial e pela discriminação sexual”. A lista dos que estão à Sul da quarentena não é exaustiva, mas o autor analisa alguns desses grupos, a saber: (a) as mulheres; (b) os trabalhadores precários, informais, “ditos autônomos”; (c) os trabalhadores da rua; (d) as populações em situação de rua; (e) os moradores nas periferias pobres das cidades, favelas etc; (f) os internados em campos de internamento para refugiados, imigrantes “indocumentados” ou populações deslocadas internamente; (g) os deficientes; (h) os idosos; (i) os presos; (j) as pessoas com problemas de saúde mental, nomeadamente depressão.<sup>5</sup>

1 A Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020, declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus. A Lei n. 13.979, de 06 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.

2 Há estudos sobre as alterações psiquiátricas relacionadas à covid-19 e o prognóstico em termos de saúde mental após a pandemia, bem como o possível comprometimento do sistema nervoso central. RAONY, Ícaro *et. al.* *Psycho-Neuroendocrine-Immune Interactions in COVID-19: Potential Impacts on Mental Health*. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fimmu.2020.01170/full>. Acesso em: 22 jun. 2020.

3 GIUFFRIDA, Angela. Italy's lockdown has taken heavy toll on mental health, say psychologists. *The Guardian*, Roma, 21 maio 2020. Disponível em: [https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share\\_AndroidApp\\_WhatsApp](https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share_AndroidApp_WhatsApp). Acesso em: 08 jun. 2020.

4 GIUFFRIDA, Angela. Italy's lockdown has taken heavy toll on mental health, say psychologists. *The Guardian*, Roma, 21 maio 2020. Disponível em: [https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share\\_AndroidApp\\_WhatsApp](https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share_AndroidApp_WhatsApp). Acesso em: 08 jun. 2020.

5 SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020, capítulo 3. Sobre o tema no Brasil cf. ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

É possível que, no Brasil, a questão da saúde mental ainda não tenha chamado a atenção da sociedade em razão do momento de esforços ainda voltados ao enfrentamento do estado de emergência em saúde pública. Ela surge como efeito colateral da própria pandemia e costuma evidenciar a invisibilidade do tema. O silêncio a respeito da depressão, da ansiedade, entre outros transtornos mentais, agrava o sofrimento dos pacientes que padecem de tais males e impede, não raras vezes, a busca por ajuda profissional.

É preciso um olhar mais cuidadoso e empático com as pessoas que sofrem com problemas de saúde mental durante o período de pandemia e, sobretudo, enquanto durarem os efeitos decorrentes do coronavírus. Os impactos da pandemia ainda não são de todos conhecidos e, por conseguinte, a saúde mental tende a ser um indicador da indiferença e repugnância aos pacientes terminais, mortos e familiares em luto<sup>6</sup>. A vulnerabilidade acentuada em razão das medidas de isolamento social potencializa, em muitos casos, o risco de suicídio em momento já tão desolador. Por isso, mais do que atitudes de solidariedade individuais, é preciso pensar em medidas efetivas de assistência à essas pessoas de forma estruturada, coordenada e com segurança seja no âmbito privado ou por meio de políticas públicas.

Nessa linha, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) editou a Resolução n. 4, de 26 de março de 2020, que dispõe sobre regulamentação de serviços psicológicos prestados por meio de Tecnologia da Informação e da Comunicação – a chamada *telepsicologia* – durante a pandemia da covid-19. Estabelece como dever fundamental do psicólogo conhecer e cumprir o Código de Ética Profissional<sup>7</sup> na prestação de serviços psicológicos à distância (art. 2º) e condiciona à sua realização a prévio cadastro na plataforma e-Psi junto ao respectivo Conselho Regional de Psicologia (CRP), cabendo ao psicólogo manter seu cadastro atualizado (art. 3º e § 1º). Tal normativa excepciona parcialmente a Resolução CFP n. 11, de 11 de maio de 2018, que regulamenta a prestação de serviços psicológicos realizados por meios de tecnologias da informação e da comunicação<sup>8</sup>. O art. 4º da Resolução n. 4/2020 suspendeu os arts. 6º, 7 e 8º, todos da Resolução n. 11/2018, que vedavam a prestação de serviços psicológicos por meios de tecnologia da informação e da comunicação em situações específicas, tais como o atendimento de pessoas e grupos em situação de urgência e emergência, desastres e vítimas de violação de direitos ou violência, devendo o serviço ser executado de forma presencial.<sup>9</sup>

Por sua vez, no âmbito da medicina, a Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020, dispõe sobre o uso, em caráter emergencial, da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus, que consiste no “exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde” (arts. 2º e 3º). O incipiente tema da telemedicina já havia sido regulamentado, com severas restrições, pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da Resolução n. 1.643/2002<sup>10</sup>. Neste ponto, destaque-se que o CFM publicou o Ofício n.º 1.756/2020, reconhecendo, “em caráter de excepcionalidade

6 Permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Mortes invisíveis em tempos insólitos da pandemia da covid-19. *Migalhas*, 1 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/328012/mortes-invisiveis-em-tempos-insolitos-da-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 10 jun. 2020.

7 Resolução CFP nº 10, de 21 de julho de 2005.

8 O art. 4º da Resolução n. 4/2020 suspendeu os arts. 3º e 4º, ambos da Resolução n. 11/2018, que obrigavam o cadastramento prévio no respectivo Conselho Regional de Psicologia e condicionava à sua autorização para a prestação dos serviços psicológicos por meios tecnológicos à distância.

9 No caso de atendimento de crianças e adolescentes exigia-se o consentimento expresso de ao menos um dos responsáveis legais e mediante avaliação de viabilidade técnica por parte da psicóloga e do psicólogo para a realização do serviço à distância.

10 TERRA, Aline de Miranda Valverde; LEMOS, Paula Moura Francesconi de. Telemedicina no sistema privado de saúde: quando a realidade se impõe. *Migalhas*, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/322083/telemedicina-no-sistema-privado-de-saude-quando-a-realidade-se-impoe>. Acesso em: 10 jun. 2020.

e enquanto durar a batalha de combate ao contágio da COVID-19”, “a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina”, indicando-se três modalidades, a saber: teleorientação, telemonitoramento e teleinterconsulta. No campo da medicina psiquiátrica, a Associação Brasileira de Psiquiatria se posicionou favorável ao uso da telemedicina aplicada à especialidade, chamada de telepsiquiatria, com fundamento na Lei n. 10.216/2001 (conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica) e pela Resolução n. 1.643/2002 do CFM que assegura o melhor tratamento ao doente mental, consentâneo às suas necessidades.<sup>11</sup>

Tais medidas de natureza deontológica revelam a preocupação das autoridades competentes com o bem-estar psíquico da população durante o momento pandêmico, mas ainda lacônicas na formulação de políticas públicas efetivas no âmbito de público para a assistência às pessoas que precisam de tratamento psiquiátrico ou atenção psicológica. Por outro lado, essas normativas descortinam os desafios do alcance de tais normas em relação à responsabilidade civil dos profissionais da área da saúde e a efetividade dos direitos dos pacientes, especialmente no caso de ideação suicida. Nesta perspectiva, pretende-se abordar no presente trabalho os contornos da responsabilidade civil dos psiquiatras e psicólogos, em especial diante dos efeitos da pandemia na esfera da saúde mental e dos possíveis casos de suicídio em decorrência da situação pandêmica.

## **2 SAÚDE MENTAL, SUICÍDIO E PANDEMIA DA COVID-19**

As fraquezas e as inseguranças da condição humana em sessões e consultas – antes presenciais, agora virtuais – entre psiquiatras e psicólogos e seus pacientes são potencializadas em decorrência do coronavírus. No entanto, o desespero e a angústia se revelam comuns às experiências humanas e não se restringem aos decorrentes dos efeitos da pandemia. Por isso, os “flagelos da alma” despertam desde a antiguidade a reflexão, primeiro, de filósofos, e, depois, com o aparecimento a partir do século XIX, da Psiquiatria e da Psicologia, com o reconhecimento e consolidação de seus campos próprios de investigação científica. No decorrer do século XX se assistiu o desmoronamento do discurso exclusivo da internação psiquiátrica para o tratamento dos doentes mentais. No Brasil, o movimento antimanicomial foi iniciado ainda nos anos setenta, mas somente se consolidou na legislação nacional com a promulgação da Lei n.º 10.216/2001, que trata da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.<sup>12</sup>

Diante do contexto apresentado, os profissionais ligados à área da saúde mental foram cada vez mais instados a atuar em prol do bem-estar psíquico das pessoas. Com a proliferação de possíveis diagnósticos de transtornos mentais, é certo que se ampliou consideravelmente o campo e a abrangência da atuação profissional dos médicos-psiquiatras e psicólogos. A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948, pacificou o entendimento mais amplo de saúde, definindo-a como situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. A partir de então, a preocupação com a saúde mental atingiu um novo patamar, com o aumento na destinação de recursos para o desenvolvimento de pesquisas, a criação de cursos de psicologia e o crescimento do quantitativo de profissionais dedicados a área da psiquiatria e psicologia.

11 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. *Ofício 099/2020/ABP/SEC*. Rio de Janeiro, 23 mar. 2020. Disponível em: [https://d494f813-3c95-463a-898c-ea1519530871.filesusr.com/ugd/c37608\\_630efc1e966b4c878eb4e440a942913a.pdf](https://d494f813-3c95-463a-898c-ea1519530871.filesusr.com/ugd/c37608_630efc1e966b4c878eb4e440a942913a.pdf). Acesso em: 15 jun. 2020. Cabe destacar a Resolução CFM n. 2.057/2013 que consolida as diversas resoluções da área da Psiquiatria e reitera os princípios universais de proteção ao ser humano, à defesa do ato médico privativo de psiquiatras e aos critérios mínimos de segurança para os estabelecimentos hospitalares ou de assistência psiquiátrica de quaisquer naturezas, definindo também o modelo de anamnese e roteiro pericial em psiquiatria, que não deve ser afastada durante a situação de pandemia.

12 Permita-se remeter a ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.79-87.

A relação destes profissionais com os seus pacientes tem dinâmica especial, principalmente em virtude da agravada vulnerabilidade dos pacientes. Há certas especificidades na relação médicos-psiquiatras, psicólogos e seus pacientes que acarretam a necessidade de um exame mais aprofundado dos seus contornos e conteúdo, de modo a possibilitar um tratamento normativo condizente e idôneo a sua tutela, mormente para fins de responsabilização no campo civil<sup>13</sup>. A responsabilidade dos médicos-psiquiatras e psicólogos<sup>14</sup> se enquadra dentro da categoria da responsabilização civil dos profissionais liberais, ou seja, subjetiva nos termos dos arts. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. O conteúdo da relação entre médicos-psiquiatras/psicólogos e seus pacientes se configura dentro de uma zona fronteira entre as situações jurídicas existenciais e patrimoniais. A carga patrimonial se deve à relação onerosa empreendida entre os polos da relação e sua natureza, primordialmente, contratual. O caráter existencial se deve por envolver a integridade psicofísica do paciente, enquanto atributo essencial à sua personalidade, como objeto. As esferas corporal e psíquica da pessoa devem ser preservadas, mas sem aviltar a autodeterminação quanto às escolhas existenciais, em respeito à sua dignidade.

Na medida em que se voltam ao diagnóstico e tratamento relativos à promoção do bem-estar mental, médicos-psiquiatras e psicólogos empreendem esforços, na maior parte das vezes conjuntos, para o resultado positivo dos processos médico e psicoterapêutico. Esta característica comum converge na identificação de similaridades no sistema de responsabilização civil de ambos os profissionais liberais. Há uma relação de complementariedade, não só porque se baseiam sob o manto do regime de responsabilidade subjetiva, mas também porque se voltam à mesma finalidade e tem por função a preservação da integridade psicofísica dos pacientes.

Em que pese à relação de proximidade, distanciam-se, contudo, na medida em que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais se adjetiva a partir da identificação dos deveres pertinentes a cada uma das profissões, isto é, da definição dos *standards* de conduta da atuação profissional exigida em cada caso concreto. Estes deveres são extraídos tanto, genericamente, de diplomas legais, quanto de normas éticas específicas, e que, se violados, geram o dever de indenizar. Em tempos em que a prestação dos serviços psiquiátricos e psicológicos são virtuais, é preciso prudência na caracterização dos elementos da responsabilidade civil, eis que o tratamento à distância nem sempre permite a estrita observância dos mesmos parâmetros de atuação. Indispensável, no entanto, compreender que nem todas as situações permitem a telepsiquiatria ou telepsicologia, ou são restringidas, tais como as perícias médicas<sup>15</sup> e

---

13 Sobre o assunto, seja consentido remeter à ALMEIDA JUNIOR, Vitor Almeida. Responsabilidade civil dos profissionais liberais no campo da saúde mental: direitos e deveres de psiquiatras e psicólogos. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Orgs.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.79-123.

14 Embora também sejam profissionais ligados à área da saúde mental, os psicólogos recebem um tratamento diferenciado dos médicos-psiquiatras, seja porque possuem uma regulamentação própria e um Código de Ética específico, seja porque a psicologia, de fato, se apresenta como uma ciência autônoma, que possui métodos e princípios próprios. Estes pressupostos são essenciais no encaminhamento das reflexões sobre a definição dos deveres e direitos dos psicólogos, que, por sua vez, delimitam os contornos da responsabilidade pessoal destes profissionais.

15 Nos termos do Parecer 03/2020, o CFM entendeu que não é admitida a prática da teleperícia ou perícias virtuais, “mesmo em face do estado de Emergência da Saúde Pública de Interesse Internacional em decorrência da Pandemia do covid-19”. Concluiu-se, desse modo, que o “médico Perito Judicial que utiliza recurso tecnológico sem realizar o exame direto no periciando afronta o Código de Ética Médica e demais normativas emanadas do Conselho Federal de Medicina” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Processo-consulta CFM nº 7/2020 – Parecer nº 3/2020*. Brasília, 8 abr. 2020 Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/3>. Acesso em 21 jun. 2020). Por outro lado, a Resolução n. 317 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo Coronavírus, o que contraria o entendimento exarado pelo CFM.

psicológicas<sup>16</sup> e o tratamento de pacientes com ideação suicida.

O suicídio sempre foi um tema silencioso, evitado no meio social<sup>17</sup>. A história relata que a morte autoinfligida é percebida de diversas formas, a depender da cultura e dos valores compartilhados por determinada sociedade. Assim, os esquimós, nórdicos, samoanos e os índios *crow*, por exemplo, aceitavam e, eventualmente, estimulavam o auto sacrifício de velhos e doentes<sup>18</sup>. Contudo, a maior parte das culturas ocidentais sempre condenou a prática do suicídio, criando, inclusive, mecanismos de reprimenda e desestímulo<sup>19</sup>. Na idade antiga, variavam bastante as crenças e sanções ao suicídio. A lei romana, por exemplo, impedia que a herança do suicida fosse transmitida aos seus herdeiros. Em Atenas e Tebas, não era permitido os ritos fúnebres àqueles que se matavam e a mão usada para o procedimento era decepada. A profanação pública dos cadáveres dos suicidas era comum em diferentes locais e culturas. Relata-se que “os corpos daqueles que se matavam eram, em muitos países, enterrados à noite e em encruzilhadas” e estacas eram cravadas no coração dos suicidas. Já se registrou, inclusive, que “na França, o corpo de um suicida era arrastado pelas ruas e depois pendurado em patíbulos. O direito penal francês no fim do século XVII também exigia que o corpo fosse jogado numa cloaca ou na lixeira da cidade”.<sup>20</sup>

O século XVIII marcou uma ruptura no discurso reinante a respeito do suicídio, haja vista que “nunca se falou ou se escreveu tanto sobre a morte voluntária. Tratados inteiros foram redigidos a favor ou contra esse tipo de morte, e os filósofos não ficaram indiferentes à questão”. Nessa linha,

ao longo do século XVIII, com a ajuda inestimável do pensamento filosófico, o suicídio, que até então era problematizado como um crime contra Deus, contra a sociedade e contra as leis, ato destruidor da família e pátrias, causa de danação eterna e infelicidade, passou a sê-lo a partir de outro viés: a liberdade e a opção individuais.<sup>21</sup>

A ascensão do discurso médico a respeito da loucura, a partir do século XIX, desencadeou a associação do suicida à imagem do louco-doente. A partir de então, o suicídio se tornou um tema exclusivo para o campo científico, haja vista a consideração de que somente os médicos “estariam autorizados a explicar suas origens e causas”. O suicídio

---

16 Nos termos do Ofício-Circular nº 63/2020/GTec/CG-CFP, que trata sobre recomendações do CFP sobre a elaboração de documentos psicológicos para o Poder Judiciário no contexto da pandemia do novo coronavírus: “Deve-se considerar, ainda, na opção pelo atendimento psicológico remoto, que grande parte da população atendida pela psicóloga no Sistema de Justiça encontra-se em situação de vulnerabilidade social, o que pode ser fator determinante para a indisponibilidade material de recursos associados a tecnologias da informação (computadores, smartphones, acesso à internet e linha telefônica). Dessa forma, a proposta de avaliação por meio de tecnologias pode violar direitos bem como confrontar padrões éticos no relacionamento com o avaliando, conforme alínea “a”, Art. 2º, Código de Ética Profissional da Psicologia – CEPP”. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Ofício-Circular nº 63/2020/GTec-CG-CFP*. Brasília, 11 maio 2020. Disponível em: [https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/SEI\\_CFP-0221879-Of%C3%ADcio-Circular.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/SEI_CFP-0221879-Of%C3%ADcio-Circular.pdf). Acesso em: 21 jun. 2020).

17 Cabe destacar a iniciativa da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), em parceria com o Conselho Federal de Medicina (CFM), desde 2014, em organizar nacionalmente o chamado “Setembro Amarelo” como mês de prevenção ao suicídio, sob o *slogan*: “Combater o estigma é salvar vida”. Disponível em: <https://www.setembroamarelo.com/>. Acesso em: 23 de jun. 2020.

18 JAMISON, Kay Redfield. *Quando a noite cai: entendendo a depressão e o suicídio*. Trad. Gilson B. Soares. 2. ed., Rio de Janeiro: Gryphus, p.16-17.

19 As doutrinas religiosas opõem-se com veemência ao auto sacrifício de seus seguidores. A Igreja Católica, desde seus primórdios, se opunha ao suicídio, e codificou, nos séculos VI e VII, a pena de excomunhão e a proibição de ritos fúnebres, afinal, além de ser considerado um pecado imperdoável, a Deus pertenceria o *tempo de morrer*. A tradição judia proibia as orações aos que cometessem suicídio e desestimulava a presença nos funerais. Segundo a lei islâmica, “o suicídio é um crime tão grave, ou até mesmo mais grave, do que o homicídio”. (JAMISON, Kay Redfield. *Quando a noite cai: entendendo a depressão e o suicídio*. Trad. Gilson B. Soares. 2. ed., Rio de Janeiro: Gryphus, p.17-18).

20 JAMISON, Kay Redfield. *Quando a noite cai: entendendo a depressão e o suicídio*. Trad. Gilson B. Soares. 2. ed., Rio de Janeiro: Gryphus, p.17-19.

21 LOPES, Fabio Henrique. *Do suicídio e dos corpos: histórias e problematizações*. PRIORE, Mary Del; AMANTINO, Marcia (Orgs.). São Paulo: Unesp, 2011, p.257-259.



passou a ser visto somente a partir da perspectiva patológica, ou seja, como um distúrbio mental. Por conseguinte, “os indivíduos que se matavam podiam ser alienados, loucos, não agir de acordo com o livre arbítrio, doentes que apresentavam algum tipo de alteração em suas faculdades mentais”.<sup>22</sup>

Na Itália, segundo dados de uma fundação em pesquisa em saúde mental, 37 pessoas cometeram suicídio, sendo que 04 eram enfermeiros da linha de frente e atribuiu-se ao estresse avassalador causado pelo contexto pandêmico. Registra-se que a “última vez que houve um aumento acentuado de suicídios na Itália, principalmente entre os pequenos empresários, foi após a crise financeira de 2007”<sup>23</sup>. Ainda são desconhecidas as repercussões da pandemia sobre a taxa de suicídio, em especial em razão das ramificações econômicas, mas é indiscutível o aumento dos números de mortes por suicídio e de tentativas<sup>24</sup>. Tal cenário é a “ponta do iceberg” e revela a insólita constatação da quantidade de pessoas que vivem em depressão ou que tiveram sua situação econômica ou psíquica afetada em razão dos efeitos da pandemia do novo coronavírus.

No Brasil, não há dados consolidados sobre suicídios em razão da pandemia da covid-19. No entanto, a FIOCRUZ alerta que como “as estatísticas que apontam o aumento dos casos de tentativas e suicídios após eventos extremos, identifica-se como fundamental o desenvolvimento de estratégias de prevenção, acompanhamento e posvenção, visando o bem-estar da população”. Estima-se que “51% dos casos de suicídio acontecem dentro de casa” e que “apenas um em cada três casos de tentativa de suicídio chegue aos serviços de saúde, de forma que os dados sobre o comportamento suicida são bastante incipientes”. Cabe destacar que “fatores situacionais, relacionados à pandemia, também podem potencializar ações suicidas”, e podem relacionar-se a “diferentes fatores como: medo, isolamento, solidão, desesperança, acesso reduzido a suporte comunitário e religioso/espiritual, dificuldade de acesso ao tratamento em saúde mental, doenças e problemas de saúde, suicídios de familiares, conhecidos ou profissionais de saúde”.<sup>25</sup>

Indispensável perceber que diante das restrições de atendimento presencial e dos dados que indicam que mais da metade dos casos acontecem na esfera domiciliar, ou seja, sequer chegam aos serviços de serviço, o dever de detecção dos profissionais em relação à ideação suicida modifica-se sensivelmente, eis que os serviços à distância impedem uma atuação de acordo com os parâmetros indicados para deflagrar a responsabilidade civil. Em outras palavras, tendo em vista que as autoridades competentes permitiram o atendimento à distância, como acima visto, importante investigar os impactos na conformação dos *standards* que fixam as balizas de atuação diligente dos médicos e psicólogos.

---

22 LOPES, Fabio Henrique. *Do suicídio e dos corpos: histórias e problematizações*. PRIORE, Mary Del; AMANTINO, Marcia (Orgs.). São Paulo: Unesp, 2011, p.260-261.

23 GIUFFRIDA, Angela. Italy's lockdown has taken heavy toll on mental health, say psychologists. *The Guardian*, Roma, 21 maio 2020. Disponível em: [https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share\\_AndroidApp\\_WhatsApp](https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share_AndroidApp_WhatsApp). Acesso em: 08 jun. 2020.

24 GIUFFRIDA, Angela. Italy's lockdown has taken heavy toll on mental health, say psychologists. *The Guardian*, Roma, 21 maio 2020. Disponível em: [https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share\\_AndroidApp\\_WhatsApp](https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share_AndroidApp_WhatsApp). Acesso em: 08 jun. 2020.

25 GREFF, Aramita Prates et al. *Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: suicídio na pandemia COVID-19*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41420>. Acesso em: 21 jun. 2020.



### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DE PSIQUIATRAS E PSICÓLOGOS EM CASO DE SUICÍDIO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Com o ingresso do suicídio como uma questão de saúde mental, a intervenção de psiquiatras e psicólogos se tornou uma necessidade, tornando-se quase um dever do profissional dissuadi-lo da ideia. Os riscos legais de algum destes profissionais serem responsabilizados no âmbito judicial aumentam se consideramos que existem duas classes de psiquiatras, os que tiveram pacientes que se suicidaram e os que terão pacientes que irão se suicidar.<sup>26</sup> Isto significa dizer que é inevitável que um psiquiatra, e, em muitos casos, um psicólogo, não se deparar com um paciente suicida ao longo de sua atividade profissional. Estima-se nos Estados Unidos que aproximadamente 45% dos psiquiatras tiveram, ao menos, um paciente que cometeu suicídio e configura uma das causas mais frequentes de reclamação judicial em razão de erros diagnósticos e antes das internações compulsórias.<sup>27</sup>

Se, por um lado, parece ser inevitável no campo da saúde mental um profissional não se deparar com um potencial suicida, por outro, cabe indagar se com o tratamento psiquiátrico ou psicoterápico torna-se possível evitar o suicídio. O tema é assaz polêmico e as questões socioculturais subjacentes à repressão ou incentivo ao suicídio transcendem aos estreitos limites da ciência jurídica. De fato, as reflexões acerca da eventual responsabilidade profissional do psiquiatra e psicólogo nestes casos refletem, em certa medida, os valores socialmente compartilhados e absorvidos pelo ordenamento. No direito brasileiro, o suicídio é, ainda que obliquamente, penalmente e civilmente repreendido. O Código Penal brasileiro, em vigor, criminaliza a conduta do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio no artigo 122. O Código Civil reserva uma única disposição à hipótese de suicídio que se inscreve na disciplina do contrato de seguro, estabelecendo no art. 798, que “o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso”.<sup>28</sup> Um exemplo de repreensão social, que é admitida pelo ordenamento, é a hipótese de autoridades policiais envidarem esforços para evitar a prática do suicídio, exatamente por considerarem que estes não estão no pleno exercício de suas faculdades mentais.

Isto se reflete na admissibilidade de eventual responsabilização do psiquiatra ou psicólogo diante do suicídio de um paciente que estava sob seus cuidados. A questão do diagnóstico do paciente potencialmente suicida é complexa, tendo em vista que “é muito difícil ao psiquiatra avaliar e prever o ato suicida”. No entanto, ressalva Miguel Kfoury Neto que “há determinados transtornos psiquiátricos nos quais desde logo o psiquiatra identifica tendência suicida”, como nos casos em que o paciente “já possui histórico de tentativa de suicídio, conduta autodestrutiva e comportamento similares”.<sup>29</sup>

Nestas circunstâncias, incumbe ao profissional adotar o tratamento mais adequado e idôneo de acordo com os protocolos clínicos, se existentes. De todo modo, como a

26 Cf. SIMON, Robert. Review of clinical psychiatry and the law. In: *American Psychiatry Press*, t. I, II e III, Washington, 1990 e Suicide risk. In: *American Psychiatry Press*, Washington, 2004.

27 V. SIMON, Robert. *Psiquiátrico malpractice*. In: *American Psychiatry Press*, Washington, 1992.

28 Verbete da súmula n. 610 do Superior Tribunal de Justiça: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”.

29 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.275.

responsabilidade é de natureza subjetiva, “tem-se de provar a culpa do psiquiatra para que haja a condenação”<sup>30</sup>. Como não há uma forma de prevenção absoluta da conduta suicida, torna-se relevante apontar alguns dos deveres profissionais, sem pretensão de exaustividade, de modo a estabelecer parâmetros aceitáveis de diagnóstico e tratamento para o paciente e fornecer segurança para os profissionais com o fim de evitar demandas judiciais. Doutrina autorizada indica como deveres profissionais diante do risco suicida: (i) dever de detectar o risco suicida; (ii) dever de custódia e segurança; (iii) dever de assistência; (iv) dever de informação; e, (v) dever de documentar a evolução e o tratamento.<sup>31</sup>

É reconhecida na literatura especializada a complexidade em detectar o risco suicida, assim como a escolha do tratamento a ser adotado. No entanto, esta dificuldade apresentada no diagnóstico do potencial suicida não significa que o profissional nunca possa ser responsabilizado, especialmente diante de um risco objetivamente detectável. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que nem todas as pessoas que cometem suicídio se encontram nos denominados grupos de risco ou mesmo apresentam algum transtorno mental. Nestes casos, o dever de detectar se dilui diante da imprevisibilidade da conduta. No entanto, “em alguns transtornos psiquiátricos onde os índices de suicídio são maiores que em outros, se incrementa a responsabilidade do profissional tratador e seu dever de cuidado”.<sup>32</sup>

O subjetivismo intrínseco aos diagnósticos na área da saúde mental não pode servir como escusa destes profissionais para prever a conduta suicida, cabendo-lhes atuar com maior zelo e aplicar todos os recursos disponíveis para detectar o risco e, assim, adotar as medidas cabíveis para prevenir e evitar o suicídio. É claro que com isto não se impõe um dever de infalibilidade e previsibilidade, mesmo porque a obrigação destes profissionais liberais é de meio. De todo modo, configura-se a responsabilidade profissional nos casos em que restou comprovada a inobservância dos deveres objetivos impostos. De fato, em alguns casos, nos quais a literatura médica reconheça, com certo grau de consensualidade, o risco suicida em determinados transtornos mentais é dever do profissional interventor detectar, de modo a prevenir o ato suicida.

Do dever de detectar o risco suicida surge a obrigação de custódia e segurança, que igualmente é imputada ao profissional da saúde mental, “exigindo extremo cuidado de proteger a vida de seu paciente, a partir da necessidade imediata de vigilância, cuidado, segurança e tratamento”. O dever de cuidado deve ser proporcional ao risco conhecido ou cognoscível a partir do exercício profissional diligente<sup>33</sup>. Neste ponto, diante da imposição deste dever ao profissional, surge a questão da internação do paciente potencialmente suicida. No Brasil, a Lei n.º 10.216/2001, que estabeleceu novas diretrizes para o tratamento de pessoas portadoras de transtornos mentais, rompeu com o período manicomial anteriormente vivenciado no país, e estabeleceu a desospitalização e a reinserção social como regras em nosso ordenamento (art. 4º e § 1º).<sup>34</sup>

Por força de lei, a internação, mesmo que consentida, somente poderá ser “realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos” (art. 6º)<sup>35</sup>. Assim,

30 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.275.

31 ESPECTOR, Eduardo Mauricio. El suicidio y la responsabilidad profesional. Algunas cuestiones a tener en cuenta. *Sinopsis*, a. 22, n. 41, abr./2006, p.22.

32 ESPECTOR, Eduardo Mauricio. El suicidio y la responsabilidad profesional. Algunas cuestiones a tener en cuenta. *Sinopsis*, a. 22, n. 41, abr./2006, p.22.

33 ESPECTOR, Eduardo Mauricio. El suicidio y la responsabilidad profesional. Algunas cuestiones a tener en cuenta. *Sinopsis*, a. 22, n. 41, abr./2006, p.23.

34 DELGADO, Pedro Gabriel. *As Razões da Tutela*. Psiquiatria, Justiça e Cidadania do Louco no Brasil. São Paulo: Te Corá, 1992; CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.274.

35 Para um aprofundamento sobre os requisitos para internação cf. SCHULMAN, Gabriel. *Internação forçada, saúde mental e drogas: é possível internar contra a vontade?* Indaiatuba: Foco, 2020.

um risco improvável de conduta suicida não conduz à indicação médica de internação, mas só os casos considerados como de risco razoável e provável, de modo a assegurar os direitos previstos aos portadores de transtornos mentais na referida lei. A internação em momento de pandemia em razão das recomendações das autoridades sanitárias de evitarem os hospitais torna ainda mais dramática e respinga na tênue linha que caracteriza a responsabilidade civil dos profissionais da área da saúde mental. Desse modo, cabe destacar que do mesmo jeito que um profissional pode ser responsabilizado pela ausência de recomendação para internação, também o é se indicou desnecessariamente a internação, notadamente se observado o modelo extra-hospitalar adotado pela lei. A lei é expressão do respeito à dignidade dos portadores de transtornos mentais, assim, é preciso sempre ponderar se a internação ou o tratamento ambulatorial é o melhor método para a prevenção do suicídio. As circunstâncias do caso concreto e a avaliação do profissional especialista são aspectos relevantes para a identificação da melhor forma de cuidar e garantir a segurança dos pacientes em risco, o que deve ser levado em conta no momento de pandemia da covid-19.

Na hipótese de paciente com risco suicida, mas que não quer ser internado, indispensável que o especialista informe verbalmente e por escrito dos riscos e, se possível, reduza a termo as informações em documento para que o paciente assine a recusa no consentimento para internação psiquiátrica, o que em caso de prestação de serviços por ferramentas virtuais não deve ser afastado e pode ser comprovado por meio de recursos tecnológicos. Deve, ainda, informar a situação aos familiares mais próximos e relatar adequadamente na história clínica do paciente<sup>36</sup>. Com efeito, não é possível estabelecer um itinerário fechado para a atuação médica nestas hipóteses, pois dependerá sempre das circunstâncias do caso apresentado para a aferição da culpa, que nestes exemplos pode se dar por omissão. Assim, para que o profissional não seja responsabilizado deve restar claro que tomou todas as medidas necessárias e possíveis para prevenir o suicídio e assegurar a integridade física do paciente.

Cabe lembrar que a responsabilidade do profissional pode surgir indistintamente se paciente estiver internado ou se o tratamento for unicamente ambulatorial. Salienta, contudo, que se o paciente não estiver internado “a possibilidade de controle é muito mais limitada”. Diante disso, entende que enquanto o dever de prevenir o suicídio é maior no paciente internado do que no ambulatório, a responsabilidade com relação a este último surgirá se este risco era previsível e o profissional não tomou as obrigatórias medidas preventivas razoáveis de cuidado para evitar que este risco se concretize, entre elas, a internação em local especializado.<sup>37</sup>

Segundo relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS), “o suicídio hoje é compreendido como um transtorno multidimensional, que resulta de uma interação complexa entre fatores ambientais, sociais, fisiológicos, genéticos e biológicos”. O “suicídio em si não é uma doença, nem necessariamente a manifestação de uma doença, mas transtornos mentais constituem-se em um importante fator associado com o suicídio”. A OMS encara o suicídio como uma questão de saúde pública<sup>38</sup>. Por isso, é preciso que o profissional compreenda

---

36 SCHULMAN, Gabriel. *Internação forçada, saúde mental e drogas: é possível internar contra a vontade?* Indaiatuba: Foco, 2020, p.28.

37 SCHULMAN, Gabriel. *Internação forçada, saúde mental e drogas: é possível internar contra a vontade?* Indaiatuba: Foco, 2020, p.23.

38 Segundo as estatísticas da OMS do ano de 2000, “aproximadamente 1 milhão de pessoas estiveram em risco de cometer o suicídio. O suicídio é uma das 10 maiores causas de morte em todos os países, e uma das três maiores causas de morte na faixa etária de 15 a 35 anos”. Estudos apontam que “aproximadamente metade dos psiquiatras e 20% dos psicólogos perdem algum paciente, em tratamento, por suicídio”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção do suicídio: um recurso para conselheiros*. Genebra: Departamento de Saúde Mental e de Abuso de Substâncias, Gestão de Perturbações Mentais e de Doenças do Sistema Nervoso, 2006).

seu importante papel na prevenção do suicídio, posto que por mais que seja impossível o controle absoluto dos impulsos suicidas, sabe-se que o aconselhamento profissional é eficaz, principalmente nos casos em que o paciente é portador de transtorno mental.

Neste cenário é que médicos e psicólogos são convocados a agirem com a diligência necessária, envidando todos os esforços possíveis diante do quadro de risco suicida, de maneira a garantir à integridade e a vida do paciente. Tal questão tende a se agravar em razão dos efeitos da pandemia da covid-19 e as restrições de atendimento presencial. Com isso, o dever de detectar o risco suicida e de custódia são modulados, eis que é impossível esperar dos profissionais da área da saúde mental o mesmo padrão de diligência com atendimento não-presenciais e com todas as limitações que o formato digital impõe. Além disso, com os riscos de infecção nos hospitais torna-se ainda mais difícil exigir a prescrição da internação, eis a própria saúde física do paciente encontra-se em risco em tais ambientes. Indispensável, portanto, que os deveres dos psiquiatras e psicólogos sejam examinados com a prudência necessária diante do contexto imposto pela pandemia da Covid-19.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O filósofo francês Albert Camus, no ensaio *O Mito de Sísifo*<sup>39</sup>, afirma que o suicídio é o único problema filosófico sério. É com seriedade, portanto, que médicos e psicólogos devem pautar suas ações, com base principalmente em seus Códigos de Ética e no papel social de suas profissões. Por sua vez, o Judiciário deve agir com cautela nos casos de responsabilidade civil do profissional liberal em razão do suicídio do paciente, visto que a complexidade da natureza humana foge, não raras vezes, do possível controle por parte de profissionais, o que se agrava com o contexto pandêmico que vivenciamos.

A pandemia e a incerteza do futuro com o “novo normal” exacerbaram a ansiedade e a depressão naqueles que já sofrem, enquanto outros estão lidando com problemas de saúde mental pela primeira vez. O possível aumento no número de suicídios evidencia os nefastos efeitos da pandemia sobre a integridade psíquica das pessoas, para além da crise respiratória, e a urgência em conter uma epidemia que se avizinha em questões de saúde mental. Em nome da solidariedade social, imprescindível a formulação de políticas públicas de assistência à saúde mental no período pandêmico e a prudência no exame dos casos de responsabilidade civil dos profissionais ligados à área em razão do peculiar contexto deflagrado pela pandemia da covid-19.

#### **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Responsabilidade civil dos profissionais liberais no campo da saúde mental: direitos e deveres de psiquiatras e psicólogos. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Orgs.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

---

39 CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSQUIATRIA. Ofício 099/2020/ABP/SEC. Rio de Janeiro, 23 mar. 2020. Disponível em: [https://d494f813-3c95-463a-898c-ea1519530871.filesusr.com/ugd/c37608\\_630efc1e966b4c878eb4e440a942913a.pdf](https://d494f813-3c95-463a-898c-ea1519530871.filesusr.com/ugd/c37608_630efc1e966b4c878eb4e440a942913a.pdf). Acesso em: 15 jun. 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Mortes invisíveis em tempos insólitos da pandemia da covid-19. *Migalhas*, 1 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-devulnerabilidade/328012/mortes-invisiveis-em-tempos-insolitos-da-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Processo-consulta CFM nº 7/2020 – Parecer nº 3/2020*. Brasília, 8 abr. 2020 Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/3>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Ofício-Circular nº 63/2020/GTec-CG-CFP*. Brasília, 11 maio 2020. Disponível em: [https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/SEI\\_CFP-0221879-Of%C3%ADcio-Circular.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2020/05/SEI_CFP-0221879-Of%C3%ADcio-Circular.pdf). Acesso em: 21 jun. 2020.

DELGADO, Pedro Gabriel. *As Razões da Tutela*. Psiquiatria, Justiça e Cidadania do Louco no Brasil. São Paulo: Te Corá, 1992.

ESPECTOR, Eduardo Mauricio. El suicidio y la responsabilidad profesional. Algunas cuestiones a tener en cuenta. *Sinopsis*, a. 22, n. 41, abr./2006.

GIUFFRIDA, Angela. Italy's lockdown has taken heavy toll on mental health, say psychologists. *The Guardian*, Roma, 21 maio 2020. Disponível em: [https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share\\_AndroidApp\\_WhatsApp](https://www.theguardian.com/world/2020/may/21/italy-lockdown-mental-health-psychologists-coronavirus?CMP=Share_AndroidApp_WhatsApp). Acesso em: 08 jun. 2020.

GREFF, Aramita Prates et al. *Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: suicídio na pandemia COVID-19*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41420>. Acesso em: 21 jun. 2020.

JAMISON, Kay Redfield. *Quando a noite cai: entendendo a depressão e o suicídio*. Trad. Gilson B. Soares. 2. ed., Rio de Janeiro: Gryphus, 2010.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES, Fabio Henrique. *Do suicídio e dos corpos: histórias e problematizações*. PRIORE, Mary Del; AMANTINO, Marcia (Orgs.). São Paulo: Unesp, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Prevenção do suicídio: um recurso para conselheiros*. Genebra: Departamento de Saúde Mental e de Abuso de Substâncias, Gestão de Perturbações Mentais e de Doenças do Sistema Nervoso, 2006.

RAONY, Ícaro et. al. *Psycho-Neuroendocrine-Immune Interactions in COVID-19: Potential Impacts on Mental Health*. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fimmu.2020.01170/full>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SCHULMAN, Gabriel. *Internação forçada, saúde mental e drogas: é possível internar contra a vontade?* Indaiatuba: Foco, 2020.

SIMON, Robert. Psychiatric malpractice. In: *American Psychiatry Press*, Washington, 1992.

SIMON, Robert. Review of clinical psychiatry and the law. In: *American Psychiatry Press*, t. I, II e III, Washington, 1990 e Suicide risk. In: *American Psychiatry Press*, Washington, 2004.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; LEMOS, Paula Moura Francesconi de. Telemedicina no sistema privado de saúde: quando a realidade se impõe. *Migalhas*, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/322083/telemedicina-no-sistema-privado-de-saude-quando-a-realidade-se-impoe>. Acesso em: 10 jun. 2020.



## **SEÇÃO II**

### **BIOÉTICA E SAÚDE EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: REFLEXÕES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES MÉDICO-PACIENTE**

# LA GESTIÓN DE SOPORTES VITALES ESCASOS EN CONTEXTOS DE PANDEMIA

**Carlos María Romeo Casabona**

Catedrático Derecho Penal por la Universidad del País Vasco, España. Director del Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano.

**Asier Urruela Mora**

Profesor Titular de Derecho Penal (Catedrático acreditado) por la Universidad de Zaragoza (España).

---

**Sumario:** 1 Introducción; 2 Consideraciones Previas A La Práctica De Cualquier Operación De Triage; 3 Concreción De Los Criterios Para La Práctica Del Triage; 3.1 Aspectos Formales De La Configuración De Criterios De Priorización En El Acceso A Soportes Vitales Básicos En Un Contexto De Pandemia; 3.2 La Utilidad Social Como Criterio De Priorización; 3.3 Proscripción De Criterios De Priorización Que Supongan Una Discriminación Directa De Determinados Colectivos; 3.4 Concreción De Los Criterios De Priorización En El Acceso A Soportes Vitales Escasos En Supuestos De Pandemias; 4 Conclusiones; Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

El advenimiento de una pandemia a nivel global como la que representa el COVID-19 implica un reto de dimensiones considerables para el conjunto de los sistemas de salud a escala mundial. Dadas las dimensiones de la referida pandemia en los momentos de mayor incidencia del virus entre la población, la presión asistencial sobre las estructuras sanitarias ha aumentado de manera exponencial, colocando a los sistemas sanitarios de numerosos países al borde del colapso. Ello explica en gran medida la necesidad de adopción de medidas extraordinarias en forma de confinamientos prolongados del conjunto de la población con la consiguiente interrupción de actividades sociales, económicas y culturales.

Una de las cuestiones de mayor impacto al hilo de un contexto de pandemia viene asociada al hecho de que, ante la imposibilidad de atender a las necesidades del conjunto de la población en un momento determinado con los recursos materiales y humanos disponibles en el marco del sistema de salud, puede resultar ineludible la aplicación de criterios de priorización<sup>1</sup> entre los pacientes. Ello se ha planteado en el actual contexto del COVID-19 particularmente con respecto al número de camas UCI (Unidades de Cuidados Intensivos) y, en particular, de respiradores, que en los momentos álgidos de la pandemia han resultado insuficientes para atender a la totalidad de la población que requería de los mismos. Con base en lo anterior, resulta oportuno analizar no sólo retrospectivamente sino con carácter prospectivo (anticipando la ocurrencia de una nueva pandemia de características similares en el futuro o incluso un hipotético rebrote de COVID-19) con base en qué criterios debería operar el triaje llamado a determinar el acceso a medios asistenciales vitales en un contexto de escasez de los mismos que impida atender al conjunto de la población que requiere de aquellos.

## 2 CONSIDERACIONES PREVIAS A LA PRÁCTICA DE CUALQUIER OPERACIÓN DE TRIAJE

En el contexto que supone la pandemia de COVID-19 cabe destacar con carácter preliminar una serie de aspectos que inciden directamente en la forma de gestión de los soportes asistenciales vitales en una situación como la actual. En primer lugar, procede poner de manifiesto que los recursos disponibles en la esfera de los cuidados intensivos han colocado a la mayor parte de los sistemas de salud en una situación ciertamente complicada para hacer frente al reto que nos plantean pandemias globales y de gran extensión en el cuerpo social como es el caso del COVID-19.<sup>2</sup> En definitiva, un incremento importante de la presión asistencial que implique un aumento exponencial de la demanda de dichas infraestructuras coloca muy rápidamente a la mayor parte de los sistemas sanitarios en situación de máximo estrés. Por ello, en coyunturas de emergencia de masas, grandes desastres o pandemias, en función de su grado de extensión y duración se puede plantear de manera inmediata la necesidad de incrementar las capacidades de los servicios de cuidados intensivos y el número de respiradores<sup>3</sup>.

---

1 El Informe del Comité de Bioética de España considera en este punto que “sin quitar un ápice al carácter trágico que una decisión de esta naturaleza tiene, la priorización en la asignación de recursos sanitarios no es una novedad ni una consecuencia de la pandemia, sino algo inherente a cualquier sistema de salud” (COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020)

2 Así lo destacan acertadamente HICK, J. L.; O'LAUGHLIN, D. T.. Concept of operations for triage of mechanical ventilation in an epidemic. *Acad Emerg Med*, Vol. 13, i. 2, 2006, p. 223-224.

3 DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008; HICK, J. L.; O'LAUGHLIN, D. T.. Concept of operations for triage of mechanical ventilation in an epidemic. *Acad Emerg Med*, Vol. 13, i. 2, 2006, p. 224, plantean que si la epidemia o ataque bioterrorista se limitan a un área geográfica determinada se pueden movilizar recursos pero si es general, nacional o internacional (p.ej. pandemia de gripe) es poco probable tener a disposición un número importante de recursos suplementarios.

Una consecuencia de lo anterior es que, en contextos de pandemias con un gran impacto en el conjunto de la población, los recursos asistenciales vitales disponibles resultarán en muchos momentos insuficientes para hacer frente a la nueva situación epidemiológica, existiendo la necesidad de priorización del acceso a los mismos. En todo caso, y con carácter previo a la formulación de cualquier sistema de triaje debe exigirse la implementación de medidas institucionales orientadas en un doble sentido: por un lado, los poderes públicos quedan obligados a la movilización de todos los esfuerzos necesarios a fin de incrementar las capacidades en relación con dichas infraestructuras<sup>4</sup>. Asimismo, se debe garantizar la máxima solidaridad institucional e interregional, por lo que no resultaría legítima ninguna operación de triaje que excluya a un ciudadano de soportes vitales esenciales si existen infraestructuras de dicha naturaleza disponibles en otros centros hospitalarios a nivel local, de la propia CCAA o del resto del país<sup>5</sup>. En definitiva, y tal como pone de manifiesto el Informe de la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos la solidaridad entre los territorios y las unidades asistenciales de cualquier tipo debe ser una prioridad<sup>6</sup>. Pandemias como la que representa el COVID-19 convierten la solidaridad en un valor fundamental que debe guiar indefectiblemente el proceder de los poderes públicos y ello alcanza una de sus máximas expresiones en el compromiso de puesta en común de infraestructuras esenciales con la finalidad de reducir al máximo el impacto de la pandemia en el conjunto del territorio nacional.

### 3 CONCRECIÓN DE LOS CRITERIOS PARA LA PRÁCTICA DEL TRIAJE

Una vez planteado este escenario básico cabe proceder a desglosar las cuestiones específicas vinculadas a la priorización en el acceso a camas UCI o a los aparatos de ventilación mecánica asistida en el marco de la pandemia COVID-19.

En primer lugar, resulta evidente que una situación de pandemia como la que plantea el COVID-19 implica un contexto excepcional en el que las exigencias vinculadas a la salud pública y a la maximización del bien común pueden conllevar alteraciones importantes de los estándares asistenciales aplicables en situaciones ordinarias<sup>7</sup>. En dicho escenario de crisis epidemiológicas de alto impacto social se plantea indefectiblemente una tensión entre las exigencias del bien común y los derechos individuales que exige modulaciones muy relevantes en la esfera de la autonomía individual<sup>8</sup>.

La relevancia de los criterios de priorización en un escenario de pandemia caracterizado por la imposibilidad de aplicar recursos asistenciales vitales a todos los pacientes que los requieren no solo resulta máxima desde la perspectiva del interés colectivo, sino igualmente si

4 DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008; COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020, p. 5. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020.

5 En sentido similar, SEMICYUC. *Plan de contingencia para los servicios de medicina intensiva frente a la pandemia COVID-19*, 53. 2020. Disponible en: [https://www.semicyuc.org/covid19\\_files/Plan\\_de\\_Contingencia\\_COVID-19.pdf](https://www.semicyuc.org/covid19_files/Plan_de_Contingencia_COVID-19.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

6 COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. *Informe en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*. 2020. Disponible en: <https://www.cgcom.es/informe-de-la-comisi%C3%B3n-central-de-deontolog%C3%ADa-en-relaci%C3%B3n-la-priorizaci%C3%B3n-de-las-decisiones-sobre>. Consulta: 22 mayo 2020.

7 Como ponen de manifiesto HICK, J. L.; O'LAUGHLIN, D. T.. Concept of operations for triage of mechanical ventilation in an epidemic. *Acad Emerg Med*, Vol. 13, i. 2, 2006, p. 225.

8 DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008. En el mismo sentido, WHITE, D.B.; KATZ, M.H. *et al.* Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med*, v. 150, i. 2, 2009, p. 132-138.

atendemos a la esfera de los profesionales sanitarios encargados de la asistencia en primera línea. En una situación como la que plantea el COVID-19 en la que aquellos deben actuar bajo una presión asistencial extrema provocada por el ingente número de pacientes afectados por la epidemia así como por el impacto que la pandemia ostenta en el colectivo sanitario (alto número de profesionales de baja particularmente por la incidencia entre los mismos de la enfermedad e importante riesgo de contagio de los que continúan en el servicio activo), añadir a los quehaceres asistenciales ordinarios la carga de tener que aplicar el referido triaje sin suministrarles criterio alguno al efecto puede acabar produciendo altos niveles de estrés. La posibilidad de que ello acabase generando cuadros de máxima ansiedad entre el colectivo sanitario resultaría, en dicho contexto, ciertamente alta a medio plazo. Por ello, compete a los poderes públicos garantizar la existencia de ciertas pautas o criterios para la aplicación del referido triaje en una situación como la que supone el COVID-19, en el bien entendido que la decisión última debe recaer en los clínicos quienes deberán ponderar las referidas pautas y proceder a su concreción en cada caso individual. En todo caso, la pormenorización de criterios en aras a la priorización de pacientes no pretende automatizar las decisiones en la esfera sanitaria debiendo partirse de la singularidad de cada paciente<sup>9</sup>.

Por otro lado, desde la perspectiva del colectivo sanitario la existencia de dichos criterios otorga una importante seguridad jurídica<sup>10</sup> ante situaciones ciertamente complejas tanto desde el punto de vista emocional como legal, puesto que es evidente que un profesional del sector salud pueda temer las consecuencias jurídicas de un procedimiento que, al postergar la atención a un paciente, conllevará con gran probabilidad la muerte del mismo.

### **3.1 Aspectos formales de la configuración de criterios de priorización en el acceso a soportes vitales básicos en un contexto de pandemia**

Con carácter previo a la concreción de los criterios con base en los cuales debería procederse a la práctica del triaje para el acceso a camas UCI y respiradores en un contexto de sobresaturación extrema de los recursos de dicha naturaleza en el sistema sanitario por la concurrencia de una pandemia, procede concretar ciertos aspectos procedimentales relevantes en la fijación de dichos criterios.

En primer lugar, las pautas que se establezcan a dichos efectos deben ser objetivas, transparentes y públicas<sup>11</sup>. Ello garantiza la inexistencia de tratos de favor en beneficio de determinados individuos, contribuyendo a la salvaguarda de la integridad y la imagen pública del sistema de salud en un momento de enorme presión asistencial sobre el mismo como consecuencia de la pandemia. Idealmente, dichos criterios deberían ser diseñados de antemano

---

9 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020, p. 6. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020; COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. *Informe en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*. 2020. Disponible en: <https://www.cgcom.es/informe-de-la-comisi%C3%B3n-central-de-deontolog%C3%ADa-en-relaci%C3%B3n-la-priorizaci%C3%B3n-de-las-decisiones-sobre>. Consulta: 22 mayo 2020; ROMEO CASABONA, C.M.; URRUELA MORA, A. *et al.* (Coords.). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. 2020. Disponible en: [https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME\\_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

10 Acerca de la importancia de la protección legal de los profesionales sanitarios en este contexto, véase HICK, J. L.; O'LAUGHLIN, D. T. Concept of operations for triage of mechanical ventilation in an epidemic. *Acad Emerg Med*, Vol. 13, i. 2, 2006, p. 225; DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008. 11 ROMEO CASABONA, C.M.; URRUELA MORA, A. *et al.* (Coords.). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. 2020. Disponible en: [https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME\\_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

al advenimiento de una pandemia permitiendo la participación abierta y el debate experto en el diseño de las pautas de priorización. Por otro lado, y una vez finalizado el periodo temporal de aplicación de los criterios de triaje (por disminución de la prevalencia de la pandemia y consiguientemente, de la demanda asistencial de soportes vitales) habría de procederse a una retroalimentación acerca de la validez de los criterios implementados, asegurando la aplicación de mecanismos adecuados de monitorización y revisión de los mismos.

Por otro lado, en la implementación del proceso de triaje numerosos trabajos en la esfera nacional española<sup>12</sup> sugieren asimismo la implicación de los Comités de Ética Asistencial (CEA) del propio hospital como apoyo en el desarrollo de la labor de triaje a la vista de los importantes conflictos bioéticos que pueden plantearse. En todo caso, de optarse por dicha posibilidad ello exigiría la configuración de comités *ad-hoc* en el seno de los propios CEA constituidos por un número reducido de miembros<sup>13</sup> que hiciera funcional dicho recurso en el marco de las operaciones de priorización de soportes vitales en el contexto de la pandemia.

Otra cuestión a subrayar es la relativa al hecho de que, de resultar necesaria la priorización en la situación referida, los criterios habrán de aplicarse homogéneamente a todo el colectivo de pacientes que precisen de cuidados intensivos escasos, y no exclusivamente a los afectos por la pandemia (en este caso, el COVID-19). Asimismo, debe ponerse de manifiesto que el acceso al recurso asistencial (en este caso, escaso) únicamente debe realizarse si el paciente consiente al mismo, por lo que en caso de rechazo a dicho tratamiento (bien expresado por el propio paciente si el mismo se encuentra consciente o, por ejemplo, recogido en instrucciones previas), deberá respetarse la voluntad del sujeto, siguiendo los estándares habituales.

Finalmente, procede destacar oportunamente que la bajísima incidencia del COVID-19 entre la población pediátrica no ha conllevado, afortunadamente, la necesidad de operaciones de triaje entre dicho colectivo. En todo caso, si en el curso de una pandemia futura pudiera plantearse la necesidad de priorización de recursos asistenciales escasos y la población infantil integrara -junto con otros grupos poblacionales- un colectivo de referencia, debería preverse cierta preferencia de acceso a los niños, lo cual tiene apoyo en la normativa internacional<sup>14</sup>.

### **3.2 La utilidad social como criterio de priorización**

Una de las cuestiones que ha generado mayor conflicto en la literatura especializada es la determinación de si el criterio del valor social (o utilidad social) debe ser empleado en un contexto de pandemia para la priorización en el acceso a recursos asistenciales vitales

---

12 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020, p. 7. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020; COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. *Informe en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*. 2020. Disponible en: <https://www.cgcom.es/informe-de-la-comisi%C3%B3n-central-de-deontolog%C3%ADa-en-relaci%C3%B3n-la-priorizaci%C3%B3n-de-las-decisiones-sobre>. Consulta: 22 mayo 2020.; ROMEO CASABONA, C.M.; URRUELA MORA, A. *et al.* (Coords.). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. 2020, p. 8. Disponible en: [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME\\_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

13 Entre los cuáles deberían encontrarse además de aquellos que por su especialización (p.ej. intensivistas) mayores conocimientos pudieran aportar a la práctica de los referidos triajes, personas con formación jurídica y bioética. En este sentido, véase COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020, p. 7. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020.

14 Dicho criterio plasmaría el principio de interés superior del menor consagrado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los niños tal como pone de manifiesto el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020, p. 11. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020.



(camas UCI y ventilación mecánica asistida fundamentalmente).

En este sentido, White *et al.*<sup>15</sup> distinguen en relación con el valor social dos criterios diferenciados: por un lado, el valor social en sentido amplio (*broad social value*) y por otro, el valor instrumental (*instrumental value*) también denominado efecto multiplicador (*the "multiplier effect"*) o valor social en sentido estricto (*narrow social value*). El valor social en sentido amplio atendería a los méritos pasados o futuros del sujeto en su contribución a la sociedad para concretar si merece gozar de una prioridad en el acceso a dichos medios escasos. La referida opción, en nuestra opinión absolutamente descartable, no gozaría apenas de apoyo alguno entre la comunidad académica<sup>16</sup> pues se carece de pauta alguna en nuestras sociedades pluralistas sobre cuya base quepa afirmar que un individuo tiene un superior valor intrínseco que otro<sup>17</sup>.

Mayor adhesión ha merecido el criterio del valor instrumental que atendería fundamentalmente a la capacidad de un individuo de asumir tareas esenciales para el conjunto de la sociedad en el marco de una pandemia. Primariamente se ha predicado la aplicación de dicho principio en el contexto del COVID-19 con respecto a los profesionales sanitarios que actúan en primera línea frente al virus con base en el hecho de que manteniendo dicha fuerza de trabajo se garantiza la protección de la sociedad frente a la pandemia. A ello se suelen añadir criterios de mérito al objeto de reconocer por la vía de la priorización en el acceso a dichos soportes vitales escasos en favor del colectivo de sanitarios su desempeño poniendo en riesgo la vida y la integridad física en aras a salvaguardar la salud de terceros<sup>18</sup>.

La aplicación de este principio ha generado importantes controversias entre los grupos de expertos que han abordado la determinación de la prioridad para el acceso a camas UCI y respiradores en el contexto de una pandemia<sup>19</sup>. Una primera objeción que se plantea al criterio del valor instrumental es su escasa utilidad como principio de mantenimiento de la fuerza laboral en el ámbito sanitario en el contexto de una pandemia de las características del COVID-19, pues los profesionales que requieran de cuidados intensivos y que puedan gozar de prioridad al efecto difícilmente se encontrarán recuperados para reincorporarse a sus funciones profesionales en el pico temporal de mayor intensidad de la enfermedad (que normalmente apenas durará unas pocas semanas). Otro problema de calado que se presenta en este punto es el de la concreción de qué personas en particular deberían gozar de prioridad en atención al criterio del valor social en sentido estricto.

---

15 WHITE, D.B.; KATZ, M. H. *et al.* Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med*, v. 150, i. 2, 2009, p. 132-138.

16 Profundamente crítico con el criterio de la utilidad social se muestra el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020, p. 7. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020. En sentido similar, WHO. *Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks*. Geneva: WHO, 21, 2016, p.21.

17 WHITE, D.B.; KATZ, M. H. *et al.* Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med*, v. 150, i. 2, 2009, p. 132-138.

18 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020. Admite igualmente este último criterio WHO. *Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks*. Geneva: WHO, 21, 2016, p. 21.

19 Una cuestión ulterior susceptible de plantearse en un escenario futuro es la relativa a la asignación de preferencia para el acceso a vacunas o a tratamientos antivirales si ambos resultasen insuficientes para cubrir la totalidad de las necesidades de la población. El *National Vaccine Advisory Committee* (EEUU) recomienda, en la asignación de vacunas y tratamientos antivirales durante una pandemia, dar prioridad a los trabajadores del sector de la producción de vacunas y a los profesionales sanitarios (en una línea argumental similar *Centers for Disease Control and Prevention* de EEUU). WHITE, D.B.; KATZ, M. H. *et al.* Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med*, v. 150, i. 2, 2009, p. 132-138.; DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008.

En nuestra opinión, una aplicación ponderada del criterio de mérito obligaría a reconocer cierta preferencia en el acceso a recursos vitales escasos en contextos pandémicos a los profesionales sanitarios en activo que actúan en primera línea (tanto a nivel hospitalario como, por ejemplo, en servicios de atención primaria cuya labor es fundamental en la contención y control de la evolución del virus) y que, por lo tanto, presentan un alto riesgo de contagio. Similares circunstancias deberían dar lugar a la aplicación de la referida preferencia a los trabajadores de servicios públicos esenciales no sanitarios en la medida en que se vean obligados a realizar actividades de alto riesgo de contagio en el marco del desempeño de sus funciones durante la pandemia tales como miembros de los cuerpos de policía, militares, etc.

### **3.3 Proscripción de criterios de priorización que supongan una discriminación directa de determinados colectivos**

Ciertos grupos de expertos han propuesto, en relación con la asignación de recursos vitales escasos en el curso de una pandemia como la de COVID-19, descartar directamente a determinados grupos poblacionales del acceso a los mismos. La plasmación más palmaria de lo anterior es la pretensión reflejada en determinados documentos de grupos científicos en favor de descartar el acceso a soportes vitales esenciales en contextos de escasez extrema (como el que implica la actual pandemia de COVID-19) a toda persona que supere una determinada edad (típicamente, en la mayor parte de los trabajos, los 80 o los 85 años). Se parte del hecho de que en situaciones de insuficiencia absoluta las camas UCI y respiradores deben asignarse a los estratos poblacionales más jóvenes en una aplicación implícita del criterio del ciclo vital<sup>20</sup>.

Cabe destacar que la mayor parte de la literatura especializada ha rechazado expresamente dichas exclusiones fundadas en el factor cronológico exclusivamente<sup>21</sup>.

A nuestro modo de entender, dichos criterios basados únicamente en la edad deben quedar absolutamente proscritos y ello por varias razones. En primer lugar, por asentarse en un principio discriminatorio, en este caso en atención a la edad, con lo que ello implica de afección a las bases mismas de nuestro estado de derecho<sup>22</sup>. La aplicación de criterios fundados directamente en una discriminación ilegítima son contrarios a la dignidad humana pues envían explícitamente el mensaje de que determinadas vidas no merecen ser salvadas<sup>23</sup>. Por el contrario, la posición que a nuestro juicio debe ser sostenida en este punto es la mantenida por el *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2* en el sentido de que las personas de una determinada edad podrán acceder a recursos asistenciales escasos en situaciones de pandemia en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos, es decir, en función de su situación clínica<sup>24</sup>.

20 El Principio del ciclo vital también denominado de "equidad intergeneracional" pretende dar a cada individuo la misma oportunidad de vivir a través de las distintas fases de la vida por lo que da prioridad a los individuos jóvenes frente a los de mayor edad en el acceso a tratamientos vitales en situaciones de escasez extrema. WHITE, D.B.; KATZ, M.H. et al. Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med*, v. 150, i. 2, 2009, p. 132-138.

21 Contrarios al criterio de la edad exclusivamente se muestran, entre otros, HICK, J. L.; O'LAUGHLIN, D. T. Concept of operations for triage of mechanical ventilation in an epidemic. *Acad Emerg Med*, Vol. 13, i. 2, 2006, p. 227; COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. *Informe en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*. 2020, p. 11. Disponible en: <https://www.cgcom.es/informe-de-la-comisi%C3%B3n-central-de-deontolog%C3%ADa-en-relaci%C3%B3n-la-priorizaci%C3%B3n-de-las-decisiones-sobre>. Consulta: 22 mayo 2020.

22 En este sentido, véase ROMEO CASABONA, C.M.; URRUELA MORA, A. et al. (Coords.). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. 2020, p. 9. Disponible en: [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME\\_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

23 WHITE, D.B.; KATZ, M. H. et al. Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med*, v. 150, i. 2, 2009, p. 132-138.

24 ROMEO CASABONA, C.M.; URRUELA MORA, A. et al. (Coords.). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. 2020, p. 9. Disponible en: [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME\\_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

En definitiva, si bien resulta asumible que la edad pueda jugar un papel en determinados supuestos extremos en la priorización del recurso, no cabrá admitir la denegación *ab initio* de toda posibilidad de acceso a soportes vitales escasos por factores de edad exclusivamente.

### 3.4 Concreción de los criterios de priorización en el acceso a soportes vitales escasos en supuestos de pandemias

A partir de las asunciones anteriores, el principio fundamental al que debe orientarse la asignación de camas UCI y respiradores en un contexto de pandemia como el descrito debe ser el de maximización del beneficio en relación con el número de vidas humanas salvadas<sup>25</sup>. En consecuencia, se debe partir de un criterio de base utilitaria (del que no puede prescindirse por completo en dicho contexto) orientado a salvar la mayor cantidad de vidas corregido por la consideración de que, *prima facie*, todas las vidas tienen el mismo valor<sup>26</sup>.

Sobre la base de dicho principio esencial de funcionamiento y en aras a la concreción de la priorización se debe atender a criterios clínicos fundamentalmente. La mayor parte de los documentos nacionales e internacionales en esta esfera prevén 3 componentes del triaje: criterios de inclusión, criterios de exclusión y priorización del cuidado<sup>27</sup>. Siguiendo a Christian et al<sup>28</sup> cabe establecer que los criterios de inclusión identifican a pacientes que puedan beneficiarse de la admisión en cuidados intensivos y se centran fundamentalmente en el fallo respiratorio. Por el contrario, los criterios de exclusión tratan de determinar a pacientes con alta probabilidad de muerte incluso accediendo a cuidados intensivos y escasa probabilidad de supervivencia al alta hospitalaria<sup>29</sup>.

El instrumento de evaluación clínica más extendido en la literatura especializada<sup>30</sup> a estos efectos es el SOFA (*Sequential Organ Failure Assessment*) que suma puntos en función de medidas objetivas en relación con 6 ámbitos: respiratorio, renal, hepático, cardiovascular, hematológico y neurológico, siendo la puntuación perfecta de 0. En función de la puntuación obtenida en el SOFA se asigna al paciente un código de color que determina su prioridad en el acceso a cuidados intensivos. La principal ventaja del SOFA a estos efectos es su buen valor predictivo con base en unos pocos parámetros clínicos y de laboratorio (facilidad de cálculo). En todo caso, y tal como poníamos de manifiesto *supra*, la decisión en materia de triaje debe ser siempre individualizada, por lo que baremos como el SOFA nos suministrarán un indicio fundamental de la situación clínica a efectos de la priorización, si bien se debe evitar el automatismo de aplicar mecánicamente cualquier baremo sin particularizar la decisión con base en el resto de los factores concurrentes en el paciente concreto<sup>31</sup>.

25 *Ibidem*, 3.

26 WHITE, D.B.; KATZ, M. H. *et al.* Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med.*, v. 150, i. 2, 2009, p. 132-138.

27 DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008, p. 56S

28 CHRISTIAN, M. D.; HAWRYLUCK, L. *et al.* Development of a triage protocol for critical care during an influenza pandemic. *CMAJ*, V. 175, i. 11, 2006, p. 1378; añaden un cuarto elemento que son los requisitos mínimos para la supervivencia.

29 En este sentido, véase DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008, p. 56S.

30 HICK, J. L.; O'LAUGHLIN, D. T. Concept of operations for triage of mechanical ventilation in an epidemic. *Acad Emerg Med*, v. 13, i. 2, 2006, p. 227; DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008, p. 57S; CHRISTIAN, M. D.; HAWRYLUCK, L. *et al.* Development of a triage protocol for critical care during an influenza pandemic. *CMAJ*, V. 175, i. 11, 2006, p. 1378; SEMICYUC. *Plan de contingencia para los servicios de medicina intensiva frente a la pandemia COVID-19*, 53. 2020, p. 53. Disponible en: [https://www.semicyuc.org/covid19\\_files/Plan\\_de\\_Contingencia\\_COVID-19.pdf](https://www.semicyuc.org/covid19_files/Plan_de_Contingencia_COVID-19.pdf). Consulta: 22 mayo 2020; POWELL, T.; CHRIST, K.C.; Birkhead, G.S. Allocation of ventilators in a public health disaster. *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*. v. 2, i. 1, 2008, p. 23 (estos añaden además el *Ontario Health Plan for an Influenza Pandemic Protocol*).

31 ROMEO CASABONA, C.M.; URRUELA MORA, A. *et al.* (Coords.). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. 2020, p. 7. Disponible en: [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME\\_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

En todo caso, debe garantizarse que los pacientes que, por razón de la aplicación de los criterios de triaje no tengan acceso a cuidados intensivos, reciban atención médica que mantenga su estado o cuidados paliativos<sup>32</sup>.

#### 4 CONCLUSIONES

La importancia de una reflexión profunda acerca de los criterios a aplicar en aras a la implementación de un triaje en un contexto de pandemia como el que supone el COVID-19 resulta máxima puesto que únicamente con base en protocolos validados desde el punto de vista bioético pueden adoptarse medidas de la máxima gravedad que conllevan, en última instancia, priorizar a determinados ciudadanos sobre otros en situaciones de escasez absoluta de medios asistenciales vitales. Es este un debate de notable gravedad por las implicaciones que conlleva y porque, de no establecerse criterios transparentes y legitimados socialmente puede poner en entredicho el funcionamiento del conjunto del sistema de salud de un país.

En este sentido, han sido numerosos los grupos de trabajo a nivel internacional que fundamentalmente desde principios del siglo XXI, al hilo de epidemias como la del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV aparecido en 2002 y considerado contenido en 2004) han planteado pautas para la implementación de los referidos triajes a la vista de que en dichos contextos pandémicos con alto impacto en la población los medios asistenciales vitales (camas UCI y respiradores, fundamentalmente) resultan insuficientes para atender la demanda del conjunto de la población afectada. Uno de los mayores aprendizajes que cabe extraer del COVID-19 en España es que debemos aprovechar las lecciones que nos ha suministrado dicha pandemia para anticipar escenarios, de cara a futuras situaciones similares (nuevas epidemias o incluso rebrotes de la misma) que, sin lugar a dudas, volverán a plantearse con similar virulencia en el futuro. Es por ello que consideramos que la pormenorización de criterios para proceder al triaje de pacientes en un contexto de pandemia como el referido resulta fundamental por varias razones. En primer lugar, porque otorga a los profesionales sanitarios ubicados en primera línea pautas claras en un momento en el que la presión laboral y emocional es máxima por lo que resulta problemático añadir a los citados profesionales la carga emocional de decidir las pautas de triaje sin dotarles de criterios al efecto. En segundo lugar, explicitar los criterios operativos para el desarrollo de actuaciones de triaje en el marco de una pandemia de las características del COVID-19 suministra la necesaria transparencia imprescindible para garantizar la confianza social en el procedimiento (del que, conviene no olvidarlo, pueden depender en un momento dado vidas humanas) y, por lo tanto, dotarlo de legitimidad social. Finalmente, porque explicitando dichos criterios y a sabiendas de su operatividad en futuros contextos pandémicos, se permite la participación pública y la retroalimentación, garantizando que aquellas pautas que se implementen en el futuro serán no solo fruto de la rigurosa aplicación de criterios clínicos y bioéticos sino que además gozarán de un importante consenso social y, consecuentemente, de plena legitimidad.

#### REFERENCIAS

CHRISTIAN, M. D.; HAWRYLUCK, L. *et al.* Development of a triage protocol for critical care during an influenza pandemic. *CMAJ*, V. 175, i. 11, 2006.

---

32 DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. *et al.* Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v. 133, i. 5, 2008, p. 53S.

COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. *Informe en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*. 2020. Disponible en: <https://www.cgcom.es/informe-de-la-comisi%C3%B3n-central-de-deontolog%C3%ADa-en-relaci%C3%B3n-la-priorizaci%C3%B3n-de-las-decisiones-sobre>. Consulta: 22 mayo 2020.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, 4. 2020. Disponible en: [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc\\_crisis\\_coronavirus](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/#doc_crisis_coronavirus). Consulta: 22 mayo 2020.

DEVEREAUX, A. V.; DICHTER, J. R. et al. Definitive care for the critically ill during a disaster: a framework for allocation of scarce resources in mass critical care. *Chest Journal*, v.133, i. 5, 2008.

HICK, J. L.; O'LAUGHLIN, D. T. Concept of operations for triage of mechanical ventilation in an epidemic. *Acad Emerg Med*, v.13, i.2, 2006.

POWELL, T.; CHRIST, K. C.; Birkhead, G. S. Allocation of ventilators in a public health disaster. *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*. v. 2, i. 1, 2008.

ROMEO CASABONA, C.M.; URRUELA MORA, A. et al. (Coords.). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*. 2020. Disponible en: [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME\\_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

SEMICYUC. *Plan de contingencia para los servicios de medicina intensiva frente a la pandemia COVID-19*, 53. 2020. Disponible en: [https://www.semicyuc.org/covid19\\_files/Plan\\_de\\_Contingencia\\_COVID-19.pdf](https://www.semicyuc.org/covid19_files/Plan_de_Contingencia_COVID-19.pdf). Consulta: 22 mayo 2020.

SIAARTI (Italia). *Raccomandazioni di Etica Clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*. 2020. Disponible en: <https://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>. Consulta: 22 mayo 2020.

WHITE, D. B.; KATZ, M. H. et al. Who should receive life support during a public health emergency? Using ethical principles to improve allocation decisions. *Ann. Intern Med*, v. 150, i. 2, 2009.

WHO. *Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks*. Geneva: WHO, 21, 2016.

# BIOÉTICA Y SALUD EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS: REFLEXIONES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE MÉDICOS Y PACIENTES

**Emilssen González de Cancino**

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid/España. Profesora Emérita por la Universidad Externado de Colombia/Bogotá. Directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho en la Universidad Externado de Colombia/Bogotá. Directora del Departamento de Derecho Romano en la Universidad Externado de Colombia/Bogotá. Abogada de la Universidad Externado de Colombia/Bogotá.

---

**Sumario:** 1 Introducción; 2 La Bioética; 3 La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco (2005) Dignidad y Vulnerabilidad; 4 Guías para el Acceso a Recursos Escasos; 5 Decisiones Difíciles; 6 Conclusión; Referencias.



## 1 INTRODUCCIÓN

Sin duda, uno de los asuntos que ha ocupado la atención de la bioética con mayor frecuencia es el de las relaciones entre los médicos y los pacientes, pero nunca, como en la coyuntura de la pandemia causada por el SARS-CoV-2 en 2020, se había visto confrontada en este punto con tantas variables a la hora de elaborar sus argumentos para tratar de aportar elementos que faciliten la toma de las mejores decisiones en la cotidianidad.

En el pasado, parece que las disciplinas valorativas, por ejemplo, la ética y el derecho pusieron el acento en las relaciones que los médicos y las instituciones prestadoras de servicios sanitarios, tales como los hospitales, entablaban con las personas desde el momento en que se iniciaba la atención sanitaria, de manera especial, para hacer frente a padecimientos corporales o psíquicos<sup>1</sup>; con la irrupción de la genética en el terreno de la medicina y la difusión de sus resultados y promesas, tal relación se ha anticipado, a tal punto, que se habla ya de pre-pacientes y del derecho a no saber<sup>2</sup>. En esta oportunidad, la pandemia ha hecho surgir otra categoría, la de “los contactos”, en cuya búsqueda se ocupan nuevos expertos: los rastreadores que se convierten en una especie de puente entre personas seleccionadas de acuerdo con criterios predeterminados por las autoridades<sup>3</sup> y el sistema de salud que debe diagnosticarlos y decidir si ingresan o no en una relación médico-paciente estable.

En todo caso, tales relaciones siempre se han fundamentado en la confianza recíproca en varios sentidos: a) confianza en la medicina como actividad, ciencia o arte dedicada a la prevención de la enfermedad, la recuperación de la salud o el alivio del sufrimiento, aun en el límite de la ayuda a morir con dignidad mediante la eutanasia y la asistencia al suicidio<sup>4</sup>; b) confianza en alguna clase especial de medicina -alopática, alternativa, etc.; c) confianza en el médico, conocido y escogido libremente por sus calidades individuales, o elegido dentro de un elenco preestablecido por el sistema público o las empresas aseguradoras, y d) la fe del médico en que su paciente le suministrará toda la información necesaria y seguirá sus indicaciones con exactitud.

La ética y el derecho refuerzan la relación de confianza con los títulos o certificados de habilitación profesional<sup>5</sup>, la protección al secreto médico<sup>6</sup>, la confidencialidad de la información y los datos<sup>7</sup>, el consentimiento informado<sup>8</sup> y la responsabilidad médica<sup>9</sup>. A pesar de girar en torno de la confianza se ha considerado que la relación entre el médico y su paciente

1 Es explicable porque los juicios de responsabilidad -éticos y jurídicos- comienzan el examen de la actuación médica *sub-iudice* a partir de tal momento.

2 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. Derecho a no saber. En: ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I. Granada: Comares, 2011; CORREA MARTÍNEZ, C. A., El derecho a no ser informado en el ámbito médico. *Derecho y vida*, CIX9, 2016. Disponible en: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2019/10/30534-Folleto-web-Boletin-WEB-DER-Y-VID-109.pdf>; UNESCO, Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos, 2003, artículo 10.

3 La legitimación para adoptar los criterios, los criterios mismos, el perfil de los rastreadores, y la forma de recabar los datos que permiten la búsqueda son objeto de críticas persistentes, a la vez que asuntos propicios para la reflexión bioética y jurídica.

4 COLOMBIA, Corte constitucional, sentencia C-239 de 1997.

5 La medicina es una profesión universitaria; con base en el título expedido por las instituciones de educación superior, los profesionales de la salud en Colombia deben inscribirse en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud (ReTHUS); este les asignará un número que debe acompañar su firma en la documentación médica.

6 Protege al médico y a la profesión: COLOMBIA, Corte constitucional sentencia C-411 de 1993.

7 UNESCO, Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos, 2003; COLOMBIA, Ley 1581 de 2012.

8 Con amplio reconocimiento en las declaraciones de la Unesco y en las legislaciones nacionales.

9 En principio es más evidente la protección de los intereses de los pacientes, pero la claridad de las reglas también aclara el marco de la actuación médica y le permite conocer a los profesionales los límites entre lo plausible y lo reprochable. Sin embargo, se han señalado las desventajas que para los pacientes puede tener el ejercicio de la medicina “a la defensiva”.

es asimétrica<sup>10</sup> por cuanto el conocimiento especializado de los profesionales en salud la convierte en ejercicio constante de poder<sup>11</sup>.

Por otra parte, desde la segunda mitad del siglo XX, la forma en que se ofrecen y dispensan los servicios de salud, por lo menos en varios países de América Latina<sup>12</sup>, colocó entre pacientes y médicos una serie de nuevos actores que distorsionan la visión tradicional de sus relaciones<sup>13</sup>. En los días que corren, puesto que epidemias y pandemias son eventos de salud pública, el contexto de la atención en salud<sup>14</sup> tiene nuevos actores directos: autoridades de policía<sup>15</sup>, legisladores, gobiernos<sup>16</sup>, empleadores<sup>17</sup>.

La crisis global provocada por la COVID 19 ha hecho mucho más visibles los problemas derivados de la inequidad<sup>18</sup> y su cohorte de desigualdades en todos los escenarios vitales, entre los cuales la salud ocupa un lugar prioritario<sup>19</sup>.

En el escenario de la pandemia, es importante que médicos y autoridades de salud utilicen las herramientas que pueden suministrarles la bioética y el derecho para fundamentar las decisiones difíciles que deben adoptar en su misión de hacer frente a las condiciones, difíciles de prever y resistir, que presenta la dispersión global de la enfermedad.

## 2 LA BIOÉTICA

Se acepta generalmente que la bioética “como ética centrada en el conocimiento riguroso de la lógica de la vida para cultivarla desde una instancia valorativa, nace en los años setenta”<sup>20</sup>; también, que el título del libro de uno de los pioneros de la disciplina, Van R. Potter: *Bioethics: bridge to the future* condensa a la vez su significado y su propósito.<sup>21</sup>

Cuando la humanidad entera se siente amenazada, la confianza en su futuro se ve lastimada; igual cosa sucede con las familias y los individuos; una y otros necesitan elementos que la refuercen; tal vez por eso, el contenido de las informaciones que más

---

10 También la *fides* romana, fuera del marco contractual y procesal, implica asimetría, pero también confianza en la protección del más fuerte, por ejemplo en las relaciones entre el patrono y el cliente: NEME VILLARREAL, M. L., *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.66.

11 ALBUQUERQUE *et al.* Os direitos humanos dos pacientes como novo referencial da bioética clínica. Human Rights of Patients as a new reference for Clinical Bioethics, Unesco, *Revista Bioética*, Septiembre 2018. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Montevideo/pdf/RevistaBioetica16.pdf>. Consultado el: 05 oct. 2020.

12 Colombia, Ley 100 de 1993 y Chile, Ley 20584 del 13 de abril de 2012 son buenos ejemplos.

13 No es este el lugar para emitir juicios de valor sobre estos actores: empresas, auditores médicos, aseguradoras, etc., etc.

14 Generalmente la finalidad que se expresa es el control de la pandemia mediante medidas que desaceleren su propagación con el propósito de mantener la capacidad de atención del sistema de salud, especialmente en cuidados a los pacientes críticos, o esperar el desarrollo de vacunas y medicamentos especializados.

15 “Coronavirus: la estrategia “única en el mundo” de Islandia que ofrece pruebas de covid-19 a toda la población”. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52194107>.

16 Unos y otros se han ocupado de la salud, pero con motivo de la pandemia su intervención es más perceptible, directa y cotidiana a través de normas y acciones como el control de los desplazamientos, la búsqueda de las personas que han estado en contacto con un enfermo, etc.

17 El COVID-19 diluye más los derechos de los trabajadores. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/el-covid-19-diluye-mas-los-derechos-de-los-trabajadores/>. Consultado el: 08 oct. 2020.

18 Por esto, Richard Horton, editor jefe de la prestigiosa revista científica The Lancet, y otros científicos la han calificado de sindemia. “Covid-19 no es una pandemia”: científicos que creen que el virus es una sindemia” Disponible en: <https://www.semana.com/mundo/articulo/el-covid-19-no-es-una-pandemia-los-cientificos-que-creen-que-el-coronavirus-es-una-sindemia/202045/>.

19 Vitales también son los escenarios laborales y económicos, la cohesión social y otros tantos.

20 CELY GALINDO, G.. *La bioética en la sociedad del conocimiento*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p.49. Creemos que el neologismo tiene su explicación, pero que la bioética se inserta en la historia milenaria de la ética.

21 CELY GALINDO, G.. *La bioética en la sociedad del conocimiento*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p.52. La bioética surge de la necesidad de unir las ciencias naturales -la tecnociencia, se ha dicho después- con las humanidades, para garantizar la permanencia de la vida, la supervivencia.

se repiten actualmente en los medios masivos de comunicación, en las redes sociales, en los foros académicos, en las conversaciones personales, se conforma en alto porcentaje por menciones a los derechos humanos -fundamentales- y a los principios éticos<sup>22</sup>.

La bioética que después de POTTER se desarrolló especialmente en Estados Unidos<sup>23</sup> colocó el énfasis en la asistencia médica. Tom L. Beauchamp y James F. Childress en su famoso libro titulado *Principles of Biomedical Ethics*<sup>24</sup> sentaron cuatro principios que deben guiar esa actividad: respeto por la autonomía, beneficencia, no maleficencia, y justicia que han merecido la atención de centenares de autores y han servido de base para innumerables libros y artículos. Cuando se habla de bioética principialista se hace referencia a esta corriente que sigue siendo objeto de enorme atención, tanto para alabar los principios y analizar su significado y sus aplicaciones<sup>25</sup>, como para criticarlos<sup>26</sup>.

A esa bioética de los *four principles*, se opone por algunos autores, especialmente europeos y latinoamericanos, la denominada bioética personalista<sup>27</sup> basada en la dignidad humana. En realidad, se recurre también a los principios, única manera de encontrar unidad en esta disciplina que se concibe por ellos como “lugar de encuentro y de confluencia de disciplinas filosóficas, jurídicas, antropológicas, científicas, en sentido estricto [...]”<sup>28</sup> En este caso el principio de dignidad se coloca como prioritario y se predica la imposibilidad de agotar su significado en la autonomía personal<sup>29</sup>; junto a aquél se colocan la solidaridad, a la que se reconoce un significado amplio que supera el de los principios de beneficencia y no maleficencia, y la equidad.<sup>30</sup> Esta corriente introduce en su perspectiva el “desafío de la vulnerabilidad” que solo podrá superarse asumiendo la responsabilidad de proteger al indefenso<sup>31</sup> y que “está destinado a devenir decisivo para el futuro de la bioética en el mundo.”<sup>32</sup>

En América Latina, la bioética tiene larga historia<sup>33</sup>. Son bastante conocidas las críticas a la bioética principialista norteamericana por parte de algunas corrientes, tales como la llamada Bioética de la responsabilidad, la Bioética para la construcción de ciudadanía democrática<sup>34</sup> y la Bioética de intervención<sup>35</sup>.

22 Incluidas dentro del inmenso volumen de información sobre la pandemia; “desde Estados Unidos aseguran que podría ser la búsqueda que más se ha realizado, ien toda la historia! De hecho, Google ha lanzado su propia página sobre el Covid-19”. Disponible en: <https://www.o10media.es/blog/coronavirus-busquedas-google/>.

23 SIURANA APARISI, J. C.. Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural, *Veritas: Revista de filosofía y teología*, v.22, 2010. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-92732010000100006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-92732010000100006). Consultado el: 2 sep. 2020.

24 La primera edición es de 1979, desde entonces son innumerables los escritos sobre tales principios, que, sin duda, siguen siendo guía apropiada, aunque no suficiente, para la atención en salud de manera especial en la relación entre el médico y sus pacientes.

25 M' CORMICK, TH.. *Principles of bioethics*. Disponible en: <https://depts.washington.edu/bhdept/ethics-medicine/bioethics-topics/articles/principles-bioethics>. Consultado el: 08 oct. 2020.

26 BUSNELLI, F., *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*. trad. O. Woolcott Oyague y N. Carreteros Torres, Lima, Jurídica Grijley, 2003.

27 BUSNELLI, F., *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, trad. O. Woolcott Oyague y N. Carreteros Torres, Lima, Jurídica Grijley, 2003; FERRER, J. J.; ÁLVAREZ, J. C.. Bioética angloamericana y bioética mediterránea. *Revista latinoamericana de bioética*, 6 en. 2004, pp.32-71.

28 BUSNELLI, F., *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, trad. O. Woolcott Oyague y N. Carreteros Torres, Lima, Jurídica Grijley, 2003, p.1.

29 Sería su principal reparo a la bioética médica floreciente en Estados Unidos.

30 GARCÍA ALARCÓN, R. H.. La bioética con perspectiva latinoamericana. *Revista Latinoamericana de bioética*, jul./dic., 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v12n2/v12n2a05.pdf>. Consultado el: 31 ago. 2020.

31 PARENTI, F.. Necesidad de una bioética desde América Latina y justicia sanitaria. *Selecciones de bioética*, v.16, 2010. Disponible en: <http://www.cenalbe.org.co/PDF/seleccionesNo.16.pdf>. Consultado el: 2 sep. 2020.

32 BUSNELLI, F., *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, trad. O. Woolcott Oyague y N. Carreteros Torres, Lima, Jurídica Grijley, 2003, p.XXXI. En materia de investigación biomédica se puede encontrar la misma perspectiva en: JONAS, H.. *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997, cap. 6.

33 STEPKE, F. LOLAS. Impresiones sobre la bioética en América Latina 2003. *Revista latinoamericana de bioética*, v.6, 2004, pp.15-31.

34 Uno de sus representantes más notables en Colombia fue Guillermo Hoyos Vásquez.

35 GARCÍA ALARCÓN, R. H.. La bioética con perspectiva latinoamericana. *Revista Latinoamericana de bioética*, jul./dic., nota 25, 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v12n2/v12n2a05.pdf>. En la primera corriente se destacan el brasileño SCHRAMM, F. y el chileno KOTTOW, M.; en la segunda, GARRAFA, V.. Es innegable que en este continente la bioética envuelve criterios de política social que, creo, es posible identificar en movimientos anteriores como la Teología de la liberación.

Esta última no habla propiamente de principios sino de categorías indispensables para la bioética de nuestro continente, que serían, liberación, responsabilidad, cuidado, solidaridad crítica, alteridad, compromiso, transformación, tolerancia y las cuatro P: a) Prudencia (frente a los avances); b) Prevención (de posibles daños o iatrogenias); c) Precaución (frente a lo desconocido), d) Protección (de los más frágiles, de los desasistidos)<sup>36</sup>

Una de las características más o menos generales de la bioética en Latinoamérica es la perspectiva social, necesaria para analizar los grandes problemas de inequidad, pobreza e injusticia de nuestros países; por eso, algunos estiman que no puede desconectarse de la acción política; no existe el mismo acuerdo, en cambio, a la hora de estudiar la conexión bioética-derechos humanos, que la Declaración Universal de la Unesco sobre Bioética (2005) establece con claridad<sup>37</sup>.

No tratamos de dar información exhaustiva sobre la bioética o los bioeticistas más destacados; solamente queremos subrayar que en ese terreno, inclusive en su consideración epistemológica<sup>38</sup>, hay pluralidad de enfoques, lo cual enriquece los debates y ayuda a la toma de decisiones más racionales y mejor ajustadas a las hipótesis concretas. También, que, como en toda disciplina, ciencia o arte, se sientan unos principios que nutren y les dan sentido y coherencia a las reglas, cualquiera que sea su fuerza<sup>39</sup>, que puedan establecerse dentro del ámbito pertinente.

### **3 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE LA UNESCO (2005) DIGNIDAD Y VULNERABILIDAD**

La Declaración tiene singular importancia porque su texto fue aprobado por la comunidad internacional, y representa un punto de convergencia muy visible entre la bioética y el “derecho internacional de los derechos humanos”. De sus 28 artículos, 15 conforman el capítulo de los principios. A la cabeza de ellos, el artículo 3 coloca la dignidad humana indisolublemente unida a los derechos y libertades de los seres humanos:

ARTÍCULO 3. Dignidad y derechos humanos.

1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Los intereses y el bienestar de las personas deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia y la sociedad.

El modo verbal empleado en el apartado 2 -modo condicional- refleja, por un lado,

36 RIVAS-MUÑOZ, F. *et al.* *Bioética de intervención, interculturalidad y no-colonialidad*. Disponible en: <https://scielosp.org/article/sausoc/2015.v24suppl1/141-151/>. Consultado el: 22 sep. 2020.

37 TEALDI, J. C. la ha defendido con ahínco. Cfr. TEALDI, J. C.. *Ética de la investigación: el principio y el fin de la bioética*. Disponible en: [https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/02/Etica\\_de\\_la\\_investigacion.pdf](https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/02/Etica_de_la_investigacion.pdf). Consultado el: 08 sep. 2020. Autores como Aline Albuquerque, Gustavo Queiroz, Denise G.A.M. Paranhos, Marcos Santos, J. sostienen que la inclusión de los principios y reglas jurídicas relativas a los derechos humanos cambia la perspectiva de la ética del cuidado de la salud porque coloca el acento en los pacientes y no en el profesional médico y, de esta manera, mitiga la asimetría que le es propia, Cfr. ALBUQUERQUE *et al.* Os direitos humanos dos pacientes como novo referencial da bioética clínica. Human Rights of Patients as a new reference for Clinical Bioethics, Unesco, *Revista Bioética*, Sep. 2018. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Montevideo/pdf/RevistaBioetica16.pdf>. J. COHEN y T. EZER añaden que la teoría de tales derechos, elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, complementa la bioética poniendo a su disposición un conjunto de normas y procedimientos reconocidos y aceptados globalmente para identificar problemas sistemáticos y para facilitar las compensaciones y la movilización social, Cfr. COHEN, J.; EZER, T. Human rights in patient care: a theoretical and practical frame. *Health and Human Rights Journal*, 2013, pp.7-19. Disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2013/12/human-rights-in-patient-care-a-theoretical-and-practical-framework/>. Consultado el: 13 sep. 2020.

38 MALDONADO, C. E.. Acerca del estatuto epistemológico de la Bioética. *Derecho y vida-lus et vita*, XLII y XLIII, 2005. Disponible en: [https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin\\_DER\\_Y\\_VID\\_42.pdf](https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin_DER_Y_VID_42.pdf).

39 Las reglas jurídicas están respaldadas por la fuerza coactiva del Estado, las de la ética o la bioética, quizá la fundamentan en la convicción que produzcan sus argumentos y en su influencia en guías que constituyen *lex artis*, así como en su conexión dinámica y compleja con el derecho.

las dificultades para conciliar los intereses -no se habla de derechos- individuales con los públicos, verdadero nudo gordiano para médicos y autoridades de salud en situaciones de peligro inminente para la vida y, por el otro, la advertencia sobre la necesidad de tener en cuenta que los segundos no pueden convertirse a priori en piedra de toque para la vulneración de los que corresponden a las personas individualmente consideradas.

El artículo 8 se titula: Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal. Su texto es el siguiente:

ARTÍCULO 8. Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

Nos interesa resaltarlo porque tal vez es el principio más complejo de manejar durante las difíciles circunstancias que rodean las relaciones de médicos y pacientes en el contexto de la pandemia actual.

El término vulnerabilidad es polisémico; lo entenderemos como “un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidad de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas o internas”<sup>40</sup>.

En la relación entre el médico y su paciente en contextos de atención en salud, tradicionalmente se ha considerado vulnerable al enfermo<sup>41</sup>, aunque social y económicamente pueda encontrarse en mejores condiciones que el profesional. El énfasis para calibrar la asimetría se pone en la condición que la enfermedad representa.

Sin embargo, una mirada sobre el grupo nos muestra que la pandemia ha modificado la situación de los médicos en medida tan grande que ya no resulta obvia la asignación de estos roles asimétricos: la tasa de contagio y mortalidad ha sido proporcionalmente muy alta entre el personal sanitario; el tiempo, siempre corto para la atención personal en las grandes ciudades, ahora se abrevia mucho más ante la avalancha de pacientes; el espacio debe someterse a barreras físicas, a desinfecciones más frecuentes y agresivas; la distancia entre el profesional y el enfermo debe incrementarse, aunque no siempre es posible; la atención debe prestarse en instalaciones improvisadas<sup>42</sup>; se impone el uso de equipos de protección<sup>43</sup> que dificultan tanto la observación tradicional, como las complejas tareas de cirujanos altamente especializados. En la vida social, se les rechaza y agrede porque se les considera potenciales vectores del contagio.

La telemedicina o medicina virtual es una opción complementaria de la atención personal que resulta muy útil en situaciones excepcionales, pero no puede reemplazar la relación cara a cara, sobre todo cuando se trata de pacientes en estado grave o crítico.

---

40 BUSSO, G., Vulnerabilidad social: Nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI, en Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL, *Seminario internacional. Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2001, pp.3-31. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/vulnerabilidad-social-nociones-e-implicancias-de-politicas-para-latinoamerica-a-inicios-del-siglo-xxi.pdf>.

41 “Professions are different from roles in that the knowledge, powers, privileges and immunities that society allows for professions are radically different from what is allowed for ordinary citizens... In order to be trusted with the remarkable freedom that society allows its members, each profession (eg, medicine, military and clergy) must publically articulate its own profession-specific moral rules for managing those extraordinary liberties and describe the distinctive professional character required from its member”. (RHODES, R., *Why not common morality?* Disponible en: <https://jme.bmj.com/content/medethics/45/12/770.full.pdf>. Consultado el: 15 sep. 2020).

42 Las condiciones del entorno en el que se produce el “encuentro entre el médico y el paciente” influyen de manera importante en su relación: SIEGLER, M., *Searching for Moral Certainty in Medicine: a Proposal for a New Model of the Doctor-Patient Encounter*. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1808387/?page=1>. Consultado el: 14 sep. 2020.

43 Claro está que la situación de tensión y riesgo aumenta cuando estos equipos no se suministran en forma oportuna y en las cantidades necesarias.



Entre las desventajas se han señalado la posibilidad de desconocimiento de información fundamental de la historia clínica; que el modelo de toma de decisiones por computadora no sea óptimo si esa historia es compleja; las dificultades para realizar un diagnóstico preciso a falta de exploración directa, y el hecho que el servicio no permite compartir fácilmente la toma de decisiones sobre los tratamientos entre el médico y el paciente ni desarrollar un plan B si el tratamiento inicial no funciona<sup>44</sup>.

En estas circunstancias, se ha subrayado<sup>45</sup>, emergen tensiones notables entre la ética clínica centrada en la atención de pacientes individualmente considerados y la ética de salud pública que gira alrededor de la atención a cohortes de pacientes -en este caso, afectados por el virus de turno-; entre la actuación médica de acuerdo con las mejores prácticas y la necesidad de asignar recursos escasos; entre la experiencia especializada y la necesidad de desempeñarse por fuera de esta – más allá de la competencia adquirida-<sup>46</sup>. Esta situación crea en los médicos<sup>47</sup> situaciones de angustia y dilemas morales<sup>48</sup>.

Es significativo el testimonio de un médico que presta sus servicios en un hospital de Nueva York. “Entre los más crueles de los problemas que plantea la COVID - 19 -dijo- está la soledad... la ansiedad al tener que tomar decisiones muy complejas... la ansiedad que provoca la desesperanza al saber que, a pesar de nuestros esfuerzos, muchas personas morirán”<sup>49</sup>.

A lo anterior se suma la preocupación por la posibilidad de enfrentar juicios de responsabilidad ante los tribunales de ética y los jueces.

Como parece obvio, el deterioro de calidad de vida de los médicos influye de manera importante en su rendimiento profesional y en los vínculos que debe establecer con sus pacientes, pero corresponde a las autoridades estatales la adopción de medidas para aliviar la inequidad. Frente a su paciente, el médico sigue estando, en principio, en una situación de deber u obligación ética y jurídica preminente. Los criterios de atribución de su responsabilidad no están suspendidos, se seguirán interpretando con base en los principios y reglas correspondientes, debidamente atemperadas por las condiciones que marcan los eventos extraordinarios que, por lo que hace al Derecho, han sido elaborados a lo largo de los años por la jurisprudencia y la doctrina<sup>50</sup>.

Para el paciente la sensación de incertidumbre aumenta; se siente tratado con criterios meramente estadísticos<sup>51</sup>; imagina la muerte en medio de grandes dolores; le aterra la visión

44 MAYO CLINIC, “Cuando la tecnología se une al cuidado de la salud”, <https://www.mayoclinic.org/es-es/healthy-lifestyle/consumer-health/in-depth/telehealth/art-20044878> Consultado el 08 de agosto de 2020.

45 A. M. DUNHAM, T. N. RIEDER, C. HUMBYRD, “A Bioethical Perspective for navigating moral dilemmas amidst the COVID-19 Pandemic”. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7197334/>, consultado el 19 de septiembre de 2020.

46 SIEGLER, M.. *Searching for Moral Certainty in Medicine: a Proposal for a New Model of the Doctor-Patient Encounter*. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/pmc1808387/?page=1>. Consultado el: 14 sep. 2020, ha subrayado el significado moral que esta circunstancia tiene en la relación (para él en el encuentro y la acomodación) entre el médico y el paciente: *Some reasons why a physician might believe himself unable to help a particular patient could include a lack of technical skills to respond to a particular problem...because of a belief that his involvement would violate his personal sense of responsible conduct*.

47 En general, en todo el personal sanitario, pero en este escrito nos estamos refiriendo preferencialmente a los médicos.

48 SIEGLER, M.. *Searching for Moral Certainty in Medicine: a Proposal for a New Model of the Doctor-Patient Encounter*. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/pmc1808387/?page=1>. Consultado el: 14 sep. 2020.

49 KHULLAR, D.. Adrenaline, duty and fear, inside a N.Y. hospital taking on the coronavirus. *The New Yorker*, Apr. 3, 2020. Disponible en: <https://communityoncology.org/adrenaline-duty-and-fear-inside-a-new-york-hospital-taking-on-the-coronavirus/>.

50 CORTÉS, E., *Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*. Universidad Externado de Colombia, 2016; KOTEICH KHATIB, M.. *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona-Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012; M´ CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C.. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015; TAMAYO JARAMILLO, J.. *Tratado de la responsabilidad civil*. Bogotá, Legis, 2007.

51 El médico no dispone del tiempo necesario para poner en práctica el “parecer” del Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Parecer Cremesp nº 124.460, de 8 de julho de 2011. Disponible en: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000200234&script=sci\\_arttext&tling=es](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000200234&script=sci_arttext&tling=es)). “el terapeuta lo conduce desde el punto de partida de la duda, de la inseguridad y del miedo y lo transforma en un sujeto clínico, esto es, en un sujeto capaz de comprender su estado, las evoluciones posibles de éste, y participe de las decisiones que lo conduzcan al desenlace posible de este estado de cosas, dado que en eso radica la limitada libertad humana”.



de un funeral adocenado pero lejos de los seres queridos; asalta su consciencia la posibilidad de haberse convertido en un peligro para los próximos. Para hablar de lo más esencialmente humano de la relación, en el espacio clínico se hace más perceptible que “el cambio de rituales afecta nuestros indicadores de confianza<sup>52</sup>”, virtud que es el fundamento de una buena relación entre el paciente y su médico<sup>53</sup>.

En los países con importante presencia de comunidades indígenas y de inmigrantes, la diferencia de culturas influye en la relación médico paciente en forma notable; un gran obstáculo es el idioma, uno más la disparidad de actitudes y lenguajes corporales; a esta lista se suman la falta de compañía, las diferentes visiones del mundo, y hasta el contraste de las costumbres relacionadas con el aseo y la comida. Ellos, más que los nacionales, pueden encontrar un enorme abismo en la forma de utilización del espacio privado en los centros sanitarios; atendidos en serie en espacios compartidos, perciben la relación con el médico como relación asimétrica de control, más que como relación de confianza y confidencialidad<sup>54</sup>.

A pesar de lo anterior, parecería que los momentos más complejos para la reflexión bioética y jurídica en la presente emergencia global, no se producen una vez que la relación o el encuentro entre el profesional y el paciente han tenido lugar; se hacen más visibles en los momentos del triaje, tanto para la admisión en las instituciones, como en el traslado a las unidades de cuidado intensivo o crítico. Los problemas para los clínicos pasan ahora no solo por la escasez de recursos, sino también por la carencia de evidencia científica para fundamentar la clasificación de los pacientes contagiados<sup>55</sup>.

#### 4 GUÍAS PARA EL ACCESO A RECURSOS ESCASOS

Las asociaciones médicas y los gobiernos, mediante guías insertas en documentos de ética corporativos<sup>56</sup> y en documentos oficiales<sup>57</sup>, unen esfuerzos para aliviar a los médicos la carga moral y psicológica que acarrearán estas tareas de selección.

Procederemos a hacer algunas anotaciones respecto de dos documentos que hemos elegido arbitrariamente: uno emanado de la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia intensiva (SIAARTI), otro, del Ministerio de Sanidad español. Es claro que un solo documento no puede interpretarse como expresión de política pública, posición o tendencia unánimes en el país en el que se produjo; utilizamos los escogidos a manera de ejemplos para facilitar el ejercicio de reflexionar sobre los problemas que presenta la ecuación desbalanceada, aun en países de mayor desarrollo económico que los nuestros, entre el número de quienes demandan asistencia para su salud y los recursos materiales y humanos

52 WRIGHT, R.. Finding connection and resilience during the coronavirus pandemic. *The New Yorker*, March 12, 2020. Disponible en: <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/coping-camaraderie-and-human-evolution-amid-the-coronavirus-crisis>. Consultado el: 31 ago. 2020.

53 Comunicación, empatía e interacciones familiares juegan papel importante en la relación médico paciente, pero la pandemia las ha dificultado, lo cual comporta una carga de angustia tanto para el paciente, como para el médico, como se señala en estudio reciente: SILVA GOMES, V. T. *et al.* The doctor-patient relationship in the context of the COVID-19 pandemic. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v.66, supl. 2, 2020. Disponible en: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-42302020001400007](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302020001400007). Consultado el: 7 oct. 2020.

54 GONZÁLEZ DE CANCINO, E.. Relaciones entre médicos y pacientes y relaciones interculturales. *Derecho y vida: lus et vita*, v.84, 2009. Muy angustiada y preocupante es la situación de los inmigrantes pobres, sin servicios de seguridad social, que emprendieron el viaje en solitario con la esperanza de enviar a su familia unas monedas para comer y salir adelante y encuentran que su vida cotidiana se convierte en esfuerzo continuo en el límite de supervivencia a la vez que la pandemia los retiene “prisioneros” en tierra extraña.

55 Opinión que expresó el director científico del Instituto de Investigación Sanitaria del Hospital Universitario La Paz (IdiPAZ), Eduardo López-Collazo, en Diálogos de la Casa de América en RTVE el domingo 11 de octubre de 2020.

56 Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia intensiva (SIAARTI), *Raccomandazioni di etica clinica per l' ammissione a trattamenti intensive e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*. Disponible en: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

57 ESPAÑA, Ministerio de Sanidad, Informe sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2. Disponible en: [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos\\_en\\_situaciones\\_de\\_pandemia.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf).

disponibles en circunstancias de la mayor complejidad.

El origen de las recomendaciones contenidas en el documento italiano -una asociación con fundamento gremial- determina su propósito: a) Relevar a los médicos de una parte de la responsabilidad cuando, en casos particulares, deban hacer elecciones que pueden ser demasiado gravosas para ellos y afectarlos emocionalmente y, b) Hacer explícitos los criterios de asignación de los recursos sanitarios en condiciones de extraordinaria escasez.

De acuerdo con el documento, los criterios que allí se sientan han sido elaborados a lo largo del tiempo por la reflexión bioética, son flexibles y pueden adaptarse de acuerdo con la evolución de las circunstancias absolutamente extraordinarias<sup>58</sup> que han surgido de la infección por el Covid-19<sup>59</sup>.

En el texto se aclara que, en medio del desbalance crítico entre disponibilidad efectiva y necesidad de los recursos sanitarios, se aplica *únicamente* (énfasis añadido) el criterio de justicia distributiva. En realidad se da muy poco relieve al principio de autonomía, fuera del espacio que concedió al respeto por las declaraciones contenidas en las “voluntades anticipadas”.

Los criterios a los que la SIAARTI otorga el mayor peso en la asignación de los recursos sanitarios dirigidos a terapias intensivas son: a) la mayor posibilidad de éxito terapéutico<sup>60</sup>, y b) la mayor esperanza de vida. El primero se vincula a consideraciones eminentemente médicas como la existencia de comorbilidades. El segundo no parece tener una sólida fundamentación bioética ni guardar conformidad con la doctrina y la jurisprudencia sobre derechos humanos, por cuanto descansa sobre un cálculo a priori de “más años de vida salvada”, mayores probabilidades de supervivencia y máximo beneficio para el mayor número de personas, que los llevan a concluir que es “necesario fijar un límite de edad”<sup>61</sup>, debemos entenderlo, para recibir atención en las unidades de cuidados intensivos<sup>62</sup>. Es natural que el criterio de la edad sea uno de los que converjan para fundamentar y legitimar la decisión, entre otras cosas, porque una de las obligaciones de los médicos es la de no malgastar los recursos<sup>63</sup>, pero, ni la bioética ni el derecho pueden convertirlo en elemento determinante para el acceso a los medios que garanticen el derecho a la salud.

La relación entre el médico y su paciente queda absorbida por la relación entre los servicios médicos y las necesidades de la salud pública cuyos contornos y exigencias se establecen por las autoridades gubernamentales. Dentro de este contexto, para el médico, la situación más difícil de manejar sería la de tener que negar la entrada a las unidades de cuidados intensivos o el acceso a los respiradores mecánicos disponibles, en previsión de la llegada de enfermos con “mayor esperanza de vida”, medida en razón de la edad cronológica, cada vez que las estadísticas hagan prever una avalancha de contagios.

Desde la literalidad del texto, esta postura contrasta con la tomada por el Ministerio de Sanidad español que, igualmente, a partir del reconocimiento de las circunstancias extraordinarias de la situación, declarada por la OMS como “emergencia de salud pública

---

58 Asimila la situación de la medicina durante la pandemia a la medicina de catástrofes.

59 Es importante señalar que las recomendaciones se publicaron en junio de 2020, en medio del pico alto de los contagios en Italia.

60 Creemos que es bastante difícil determinar este criterio porque en situaciones extraordinarias el médico no conoce los antecedentes de los pacientes.

61 Debo confesar que podría no ser imparcial por cuanto pertenezco a la categoría de los adultos de la tercera edad, pero la Declaración, en su conjunto, parece escrita en clave solamente de eficiencia y con el ánimo de sentar *a priori* algunos criterios para permitir a los médicos eludir la responsabilidad de tomar decisiones morales fuertemente argumentadas y enfrentar de mejor manera cualquier posible juicio de responsabilidad legal.

62 No se trata de alguno de los límites formales que el derecho suele establecer, por ejemplo, para reconocer el derecho al sufragio.

63 OCAMPO MARTÍNEZ, J.. Reflexiones bioéticas sobre la carta del profesionalismo ético. Disponible en: <https://www.medigraphic.com/pdfs/revmexang/an-2011/an112a.pdf>. Consultada el: 15 ago. 2020. La prestación de servicios innecesarios no sólo expone a los pacientes a un peligro que podría evitarse, sino que supone malgastar recursos que podrían ser de utilidad para otros pacientes.

de importancia internacional”, así como de la asimetría entre los dispositivos vitales y las necesidades de las personas afectadas por la infección, sienta como primer criterio orientador para los médicos, la no discriminación por razones que no se basen en la situación clínica del paciente y en las expectativas objetivas de supervivencia basadas en evidencia científica<sup>64</sup>.

El principio de proporcionalidad, propio del derecho constitucional, se aplica en las recomendaciones ministeriales que estamos comentando para apuntar al logro de un equilibrio estable entre la salud pública, entendida como un derecho humano<sup>65</sup> y la vida de algunas personas en condiciones clínicas especiales. Se proscribire de manera expresa la discriminación basada en la situación de discapacidad, la edad avanzada, o en virtud de determinadas condiciones que afectan a ciertos colectivos de “menores de edad”<sup>66</sup>.

Aplicando principios de equidad e igualdad, el documento del Ministerio español recuerda que la atención a los llamados pacientes Covid-19 no puede llevar a desatender a otros enfermos graves<sup>67</sup>. También se toma en cuenta la situación difícil de los médicos y otras personas que prestan servicios en el ámbito de la salud para pedir a las administraciones públicas poner a su disposición soluciones habitacionales siempre que, por motivos de lejanía o de convivencia con personas para quienes el peligro de contagio pueda ocasionar consecuencias más graves, deban prescindir de su vivienda habitual.

Esta clase de guías o recomendaciones solo pueden interpretarse de acuerdo con el respeto de los derechos humanos de todas las partes involucradas y las orientaciones bioéticas; el diálogo que la Declaración de la Unesco fomenta entre estas dos disciplinas valorativas ayudará, no solo al personal sanitario, sino a los responsables de los sistemas de salud y a los gobiernos, a tomar las mejores decisiones, las que no inflijan daños injustificados a nadie<sup>68</sup>.

## 5 DECISIONES DIFÍCILES

La mayoría de los médicos encontrará muy difícil resolver el conflicto moral que le representa el contraste entre la lealtad a su promesa de salvar la vida de su paciente y la necesidad de decidir con fundamento en razones de salud pública<sup>69</sup> sobre la vida de muchas otras.

Para el jurista la dificultad no es menor pues, como observa C. Casonato, en situaciones normales, cuando se ponderen dos derechos, se debe proteger el núcleo esencial del que “pierde” en el balance, mientras, cuando se elige entre dos vidas -dos derechos a la vida- el ganador “borra” al perdedor<sup>70</sup>. La noción de defensa de la salud pública no parece tener en este punto la misma funcionalidad que se le otorga para fundamentar confinamientos y restricciones de movilidad.

Por otra parte, las obligaciones del médico de informar y obtener el consentimiento

---

64 ROMEO CASABONA, C. M.. Las instituciones europeas ante la pandemia: de la solidaridad interestatal a los derechos humanos. Webinar *Biolaw, Globalization and Pandemic*. 02 jun. 2020. Disponible en: <https://uddtv.udd.cl/video/webinar-biolaw-globalization-and-pandemic/>.

65 La Corte Constitucional colombiana lo considera derecho fundamental.

66 En mi país, Colombia, esta categoría legal ha sido reemplazada por las de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con el Código homónimo expedido en 2006.

67 La destinación de áreas especiales en los hospitales, la transferencia de especialistas a la atención de las víctimas de la pandemia, la ausencia o falta de aplicación de los protocolos de bioseguridad para garantizar el desplazamiento seguro hacia las instituciones están provocando en varios países una gran preocupación por la salud de las personas que están en situación de riesgo por motivos diferentes a la infección por el nuevo coronavirus.

68 Vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada quien lo suyo son los tres grandes principios que sentó el derecho romano. Aparecen en una opinión de Ulpiano transcrita en D. 1. 1. 10.

69 En esta época han tenido bastante difusión las opiniones de G. Agamben que critica duramente las restricciones impuestas a los ciudadanos para proteger la salud pública, que pueden consultarse en: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-distanziamento-sociale>.

70 CASONATO, C., Los dos lados de la salud en tiempos de la COVID-19: Salud tiránica y salud negada, Webinar *Biolaw, Globalization and Pandemic*, 02 jun. 2020. Disponible en: <https://uddtv.udd.cl/video/webinar-biolaw-globalization-and-pandemic/>.

informado, expreso y previo a su actuación -de diagnóstico, tratamiento o investigación- conforman un binomio inescindible para legitimar aquélla éticamente; además, de su incumplimiento se deriva responsabilidad exigible jurídicamente<sup>71</sup>. Además, este binomio garantiza el respeto por la autonomía del paciente, su derecho, por ejemplo, a aceptar o rechazar un tratamiento o su continuación<sup>72</sup>. En estos momentos, un problema para discutir es el que representan las medidas para obligar a determinados sectores de la población de un país, provincia o ciudad a someterse a las pruebas tendentes a diagnosticar el contagio o la superación de la enfermedad<sup>73</sup>; se puede prever que en el futuro cercano tomará mayor protagonismo el debate en torno a la obligatoriedad de vacunarse<sup>74</sup>.

La información que se debe suministrar al paciente versa sobre las condiciones de salud en las cuales se encuentra, las formas de tratamiento disponibles<sup>75</sup>, los efectos benéficos y los riesgos asociados a cada una de ellas, los tratamientos alternativos, las consecuencias de rechazar el diagnóstico o el tratamiento, el pronóstico de la enfermedad y, si es del caso, la existencia de proyectos de investigación en los que se le puede invitar a participar y los detalles concernientes a estos. También para recibir tratamientos experimentales<sup>76</sup>.

Mientras dure la pandemia actual, se harán notar algunas importantes incidencias sobre el proceso de “interacción, comunicación y deliberación”<sup>77</sup> que es preciso recorrer para cumplir con las obligaciones a cargo del médico, y necesarias para poner en práctica las reflexiones y guías de contenido ético así como para hacer efectivo el mandato de respetar cabalmente los derechos del paciente a obtener la información y otorgar el consentimiento o abstenerse de hacerlo y de revocarlo posteriormente sin que eso le reporte perjuicio alguno<sup>78</sup>.

Es sabido que el virus y la infección que causa proponen retos inesperados a la ciencia y la práctica médica; investigadores y clínicos se mueven en terrenos de gran incertidumbre; por lo tanto, será inútil pretender que estén en capacidad para suministrar a cada paciente información completa basada en la *lex artis* y en la evidencia científica anterior si, todavía después de seis meses del inicio de la pandemia, nadie puede avizorar pronósticos con alto grado de exactitud, pero la dificultad no implica autorización para desconocer derecho alguno de los pacientes, menos aún el de la autonomía cuyo contenido está íntimamente ligado a la dignidad.

---

71 COLOMBIA, Corte constitucional, sentencia C-182 de 2016; COLOMBIA, Consejo de Estado, sentencia 1991-06582 de 30 de noviembre de 2017 sentencias que consideran el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento, daño indemnizable, con independencia de la posible causación de un daño.

72 Derecho que se repite en todos los documentos relativos a derechos de los pacientes; por ejemplo en la Carta europea.

73 Además el de la obligatoriedad de dar datos personales de salud a empleadores, o datos personales de contacto en locales comerciales, etc. en los que la autorización para tomarlos se ha visto como un mero requisito formal, pues obligan a darlos so pena de no permitir el acceso, imponer “sanciones” laborales, etc.

74 La Carta europea de derechos de los pacientes establece el derecho de los individuos a medidas preventivas en materia de salud y el consecuente deber de los servicios respectivos de cumplirlo “despertando la consciencia de la gente”; parecería un derecho de todos los habitantes, no solo a los pacientes, de obtener información y ser educados en estilos de vida saludables; en el ámbito de la salud pública, podría justificar restricciones a la movilidad, utilización temporal de datos personales con propósitos específicos, rastreo de contactos, pero sin olvidar que el respeto de los derechos fundamentales conforma el marco dentro del cual debe moverse la actuación de todas las autoridades, con mayor razón en situaciones tan complejas como las que marca la actual pandemia. Carta europea de los derechos de los pacientes, Roma, noviembre 2002. Disponible en: [http://cecu.es/campanas/sanidad/European\\_Charter\\_of\\_Patients\\_Rights\\_in\\_Spanish%5B1%5D.pdf](http://cecu.es/campanas/sanidad/European_Charter_of_Patients_Rights_in_Spanish%5B1%5D.pdf). Consultada el: 24 sep. 2020.

75 El derecho a la información sigue incólume en la presente emergencia, no así su contenido, porque en realidad no se ha podido comprobar, en términos de certeza científica, qué medicamentos son efectivos para superar la infección.

76 Por ejemplo, a donar o recibir plasma de otros infectados que han superado la enfermedad para adquirir inmunidad.

77 WIESNER, C.; MONSALVE, L.. *Interactuar, comunicar, deliberar: un estudio de caso: el consentimiento informado en el Instituto Nacional de Cancerología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

78 Quienes se someten, por ejemplo, a las pruebas para detección de anticuerpos y otras análogas, mientras las cifras de afectados por el coronavirus sigan siendo preocupantes, difícilmente podrán ejercer el derecho emergente que conocemos como derecho a no saber, pues, el resultado de las mismas sirve de base a la aplicación de medidas de restricción de la movilidad en aras del principio de prevención y la finalidad de proteger la salud pública.

## 6 CONCLUSIÓN

Sin duda, la afirmación de Pinto sobre Colombia podría aplicarse a Latinoamérica sin dificultad: “Esta crisis puede agudizar los problemas de inequidad que vive la sociedad colombiana, así como las difíciles condiciones contractuales que enfrentan algunos sectores laborales. Es fundamental contribuir con las estrategias de contención y mitigación de la pandemia, la cual amenaza la salud y la estabilidad social y económica del país.”<sup>79</sup> La solidaridad alcanza en estas situaciones relevancia notable como principio básico de supervivencia y garantía de mejor calidad de vida que, en entornos clínicos impone a los profesionales mayores esfuerzos en el cuidado de sus pacientes y, en la vida diaria, a todos los ciudadanos, sopesar el daño que una conducta inadecuada puede causar a muchos más y abstenerse de adoptarla.

Las condiciones excepcionales de estos meses no nos conceden autorización para considerar que nuestra conducta pueda apartarse de las reflexiones bioéticas o del respeto de los derechos fundamentales. Tanto el médico como el paciente se encuentran sometidos a presiones, tensiones y necesidades que nadie previó en el inmediato pasado; sin embargo, es justamente en el terreno de sus relaciones donde se debe encontrar un equilibrio entre derechos y deberes, sentimientos y emociones que asegure el respeto absoluto por la dignidad. El mayor desacierto – por decir lo menos-, lo que traería las consecuencias más perversas, sería olvidar que para superar tantas desgracias es necesario, más que nunca, dar valor a la dignidad de la vida, como principio, como valor, como derecho fundamental autónomo<sup>80</sup> y como “sentimiento que despierta el de nuestra propia excelencia”<sup>81</sup> como personas.

## REFERENCIAS

ALBUQUERQUE *et al.* Os direitos humanos dos pacientes como novo referencial da bioética clínica. Human Rights of Patients as a new reference for Clinical Bioethics, Unesco, *Revista Bioética*, Sep. 2018. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Montevideo/pdf/RevistaBioetica16.pdf>.

BUSNELLI, F., *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, trad. O. Woolcott Oyague y N. Carreteros Torres, Lima, Jurídica Grijley, 2003.

BUSSO, G., Vulnerabilidad social: Nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI, en Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL, *Seminario internacional. Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2001, pp.3-31. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/vulnerabilidad-social-nociones-e-implicancias-de-politicas-para-latinoamerica-a-inicios-del-siglo-xxi.pdf>.

CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES, Roma, noviembre 2002. Disponible en: [http://cecu.es/campanas/sanidad/European\\_Charter\\_of\\_Patients\\_\\_Rights\\_in\\_Spanish%5B1%5D.pdf](http://cecu.es/campanas/sanidad/European_Charter_of_Patients__Rights_in_Spanish%5B1%5D.pdf).

CASONATO, C., Los dos lados de la salud en tiempos de la COVID-19: Salud tiránica y salud negada, Webinar *Biolaw, Globalization and Pandemic*, 02 jun. 2020. Disponible en: <https://uddtv.udd.cl/video/webinar-biolaw-globalization-and-pandemic/>.

---

79 B. PINTO *et al.* “Principios éticos para afrontar la pandemia en Colombia”. Disponible en: <https://razonpublica.com/principios-eticos-afrontar-la-pandemia-colombia/>. Consultada el: 30 sep. 2020.

80 Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-881/02.

81 GOMÁ LANZÓN, J., *Dignidad*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2019, p.13. A pesar de los ataques que el concepto de dignidad ha sufrido, se puede afirmar con ROSEN, M., *Dignity, its history and meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 2012, p.1 que “[d]ignity is central to modern human rights discourse the closest that we have to an internationally accepted framework for the normative regulation of political life, and it is embedded in numerous constitutions, international conventions, and declarations”.



CELY GALINDO, G., *La bioética en la sociedad del conocimiento*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

CHILE, Ley 20584 del 13 de abril de 2012.

COHEN, J.; EZER, T. Human rights in patient care: a theoretical and practical frame. *Health and Human Rights Journal*, 2013, pp.7-19. Disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2013/12/human-rights-in-patient-care-a-theoretical-and-practical-framework/>. Consultado el: 13 sep. 2020.

COLOMBIA, Corte constitucional, sentencia C-239 de 1997.

COLOMBIA, Corte constitucional, sentencia C-182 de 2016.

COLOMBIA, Consejo de Estado, sentencia 1991-06582 de 30 de noviembre de 2017.

COLOMBIA, Ley 1581 de 2012.

COLOMBIA, Ley 100 de 1993.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer Cremesp nº124.460, de 8 de julho de 2011. Disponible en: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000200234&script=sci\\_arttext&lng=es](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422019000200234&script=sci_arttext&lng=es).

CORTÉS, E.. *Responsabilidad civil y daños a la persona: el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?*. Universidad Externado de Colombia, 2016.

CORREA MARTÍNEZ, C. A.. El derecho a no ser informado en el ámbito médico. *Derecho y vida*, CIX9, 2016. Disponible en: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2019/10/30534-Folleto-web-Boletin-WEB-DER-YVID-109.pdf>.

DUNHAM, A. M.; RIEDER, T. N.; HUMBYRD, C.. *A Bioethical Perspective for navigating moral dilemmas amidst the COVID-19 Pandemic*. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7197334/>.

ESPAÑA, Ministerio de Sanidad, Informe sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2. Disponible en: [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos\\_en\\_situaciones\\_de\\_pandemia.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf).

FERRER, J. J.; ÁLVAREZ, J. C.. Bioética angloamericana y bioética mediterránea. *Revista latinoamericana de bioética*, 6 enero 2004.

GARCÍA ALARCÓN, R. H.. La bioética con perspectiva latinoamericana. *Revista Latinoamericana de bioética*, jul./dic., 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v12n2/v12n2a05.pdf>.

GOMÁ LANZÓN, J.. *Dignidad*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2019.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. Derecho a no saber. En: ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I. Granada: Comares, 2011.

GONZÁLEZ DE CANCINO, E.. Relaciones entre médicos y pacientes y relaciones interculturales. *Derecho y vida: lus et vita*, v.84, 2009.

JONAS, H.. *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

KHULLAR, D.. Adrenaline, duty and fear, inside a N.Y. hospital taking on the coronavirus. *The New Yorker*, April 3, 2020. Disponible en: <https://communityoncology.org/adrenaline-duty-and-fear-inside-a-new-york-hospital-taking-on-the-coronavirus/>.



KOTEICH KHATIB, M., *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona-Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

MALDONADO, C. E.. Acerca del estatuto epistemológico de la Bioética. *Derecho y vida-Ius et vita*, XLII y XLIII, 2005. Disponible en: [https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin\\_DER\\_Y\\_VID\\_42.pdf](https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin_DER_Y_VID_42.pdf).

MAYO CLINIC. Cuando la tecnología se une al cuidado de la salud. Disponible en: <https://www.mayoclinic.org/es-es/healthy-lifestyle/consumer-health/in-depth/telehealth/art-20044878>.

M' CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C.. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

M' CORMICK TH., *Principles of bioethics*. Disponible en: <https://depts.washington.edu/bhdept/ethics-medicine/bioethics-topics/articles/principles-bioethics>.

NEME VILLARREAL, M. L., *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

OCAMPO MARTÍNEZ, J.. Reflexiones bioéticas sobre la carta del profesionalismo ético. Disponible en: <https://www.medigraphic.com/pdfs/revmexang/an-2011/an112a.pdf>.

PARENTI, F.. Necesidad de una bioética desde América Latina y justicia sanitaria. *Selecciones de bioética*, v.16, 2010. Disponible en: <http://www.cenalbe.org.co/PDF/seleccionesNo.16.pdf>.

PINTO, B. *et al. Principios éticos para afrontar la pandemia en Colombia*. Disponible en: <https://razonpublica.com/principios-eticos-afrontar-la-pandemia-colombia/>.

RIVAS-MUÑOZ, F. *et al. Bioética de intervención, interculturalidad y no-colonialidad*. Disponible en: <https://scielosp.org/article/sausoc/2015.v24suppl1/141-151/>. Consultado el: 22 sep. 2020.

RHODES, R.. *Whynot common morality?* Disponible en: <https://jme.bmj.com/content/medethics/45/12/770.full.pdf>.

ROMEO CASABONA, C. M.. Las instituciones europeas ante la pandemia: de la solidaridad interestatal a los derechos humanos. Webinar *BiLaw, Globalization and Pandemic*. 02 jun. 2020. Disponible en: <https://uddtv.udd.cl/video/webinar-biolaw-globalization-and-pandemic/>.

ROSEN, M.. *Dignity, its history and meaning*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

SIEGLER, M.. *Searching for Moral Certainty in Medicine: a Proposal for a New Model of the Doctor-Patient Encounter*. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/pmc1808387/?page=1>. Consultado el: 14 sep. 2020.

SILVA GOMES, V. T. *et al.* The doctor-patient relationship in the context of the COVID-19 pandemic. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v.66, supl. 2, 2020. Disponible en: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-42302020001400007](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302020001400007).

SIURANA APARISI, J. C.. Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural, *Veritas: Revista de filosofía y teología*, v.22, 2010. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-92732010000100006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-92732010000100006).

SOCIETÀ ITALIANA DI ANESTESIA, ANALGESIA, RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA (SIAARTI). *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensive e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*. Disponible en: <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>.

STEPKE, F. LOLAS. Impresiones sobre la bioética en América Latina 2003. *Revista latinoamericana de bioética*, v.6, 2004, pp.15-31.

TAMAYO JARAMILLO, J.. *Tratado de la responsabilidad civil*. Bogotá, Legis, 2007.

TEALDI, J. C.. *Ética de la investigación: el principio y el fin de la bioética*. Disponible en: [https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/02/Etica\\_de\\_la\\_investigacion.pdf](https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2016/02/Etica_de_la_investigacion.pdf). Consultada el: 08 sep. 2020.

UNESCO. *Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos*, 2003.

WIESNER, C.; MONSALVE, L.. *Interactuar, comunicar, deliberar: un estudio de caso: el consentimiento informado en el Instituto Nacional de Cancerología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

WRIGHT, R.. Finding connection and resilience during the coronavirus pandemic. *The New Yorker*, March 12, 2020. Disponible en: <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/coping-camaraderie-and-human-evolution-amid-the-coronavirus-crisis>.

# TELECONSULTA EN PERÚ DURANTE EL COVID-19: REFLEXIONES ACERCA DE SU IMPACTO EN LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

**Rosa Teresa Meza Vásquez**

Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Derecho Médico (World Association for Medical Law-WAML) donde también es miembro del Consejo de Gobernadores y del Comité de Educación. Past Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Médico (Asolademe). Abogada.

**Giancarlo Jiménez Bazán**

Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Presidente de la Sede Perú de la Asociación Latinoamericana de Derecho Médico (Asolademe). Miembro de la Asociación Mundial de Derecho Médico (World Association for Medical Law-WAML). Abogado.

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Breve Descripción Normativa De La Telesalud En El Perú; 3 El Cambio De Paradigma De La Teleconsulta En Las Normas Emitidas Durante El Covid-19; 4 Algunas Consideraciones Sobre La “Tele-Relación” Médico-Paciente En La Conceptualización De La Teleconsulta En Perú; 5 Conclusiones; Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

El 6 de marzo de 2020 se anunció el primer caso de Covid-19 en Perú, cinco días después se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de 90 días y el domingo 15 de marzo, se decretó el Estado de Emergencia Nacional indicando además, que a partir del lunes 16 de marzo se iniciaba el “Aislamiento Social Obligatorio” (cuarentena) en todo el país por el plazo de 15 días, permitiéndose el desarrollo solo de actividades consideradas esenciales, colocando a todos los hospitales públicos, mixtos, y clínicas privadas bajo la dirección del Ministerio de Salud, durante el plazo que dure la Emergencia Sanitaria y disponiendo que todas las instituciones de sanidad de las fuerzas armadas y policiales contribuyan a reforzar el Sistema Nacional de Salud.<sup>1</sup>

Bajo este contexto, se cerraron las atenciones en consulta externa, se cancelaron las intervenciones quirúrgicas programadas y se reservó la atención de salud para el Covid-19, así como para casos de emergencias y urgencias.

Estas disposiciones tenían mucho sentido, teniendo en consideración el déficit de estructura sanitaria en el país, que al 15 de marzo tan solo contaba con 276 camas de Unidades de Cuidados Intensivos-UCI<sup>2</sup> y 2,000 camas hospitalarias, disponibles a nivel nacional<sup>3</sup> y el número de profesionales médicos y enfermeras resultaba muy reducido, siendo que en un estudio del Ministerio de Salud publicado en septiembre de 2019, se informaba que el número de médicos y enfermeras por cada 10,000 habitantes era tan solo de 13.6 y 15.6 respectivamente,<sup>4</sup> cuando la Organización Mundial de la Salud estima que un número mínimo de 23 de estos profesionales respecto a dicha cantidad de habitantes permite proporcionar una cobertura adecuada de atención en salud.

En ese sentido, resultaba fundamental tratar de contener al máximo posible el nivel de contagio entre los ciudadanos para evitar el previsible colapso del débil sistema de salud peruano, así el 26 de marzo, faltando 4 días para que termine la cuarentena obligatoria de 15 días, el gobierno anunció que era necesario extenderla hasta el 12 de abril de 2020, la ampliación quedó formalizada mediante el Decreto Supremo N° 051-2020-PCM.<sup>5</sup>

No obstante, la cifra de personas infectadas seguía en aumento, a finales de marzo de 2020 el Ministerio de Salud reportaba 1,065 casos positivos: 190 hospitalizados, 57 en camas de UCI y 30 muertes.<sup>6</sup>

1 MEZA, Rosa Teresa, JIMÉNEZ, Giancarlo. Peruvian Effort to Response and Fight COVID-19: Health Emergency. *Medicine and Law*. Theme Issue: The Covid-19 Pandemic. A Time Capsule of the First 6 Months. An International Perspective. Volume 39. Number 2. June 2020, p.271-290.

2 CANAL N. *Martín Vizcarra: Ya se puede atender hasta 500 personas en cuidados intensivos*. 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://canaln.pe/actualidad/martin-vizcarra-ahora-se-puede-atender-hasta-500-personas-que-lleguen-cuidados-intensivos-coronavirus-n410101>. Acceso: mayo 2020.

3 PRESIDENCIA PERÚ. *Presidente @Martin VizcarraC: Hoy, en Consejo de Ministros, hemos aprobado la norma para aumentar la oferta hospitalaria con 4886 camas de hospitalización y 232 camas UCI para pacientes COVID-19 a nivel nacional*. 13 de mayo de 2020. 1:45pm. Vía Twitter. Disponible en: <https://twitter.com/presidenciaperu/status/1260642365099966464/photo/1>. Acceso: mayo 2020.

4 MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Compendio Estadístico de Información de Recursos Humanos del Sector Salud, Perú 2013-2018*. Dirección General de Personal de la Salud del Ministerio de Salud del Perú. Comercializadora y Multiservicios El Arrayan E.I.R.L. 1era. Edición, Septiembre de 2019. Versión digital disponible en: <http://http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/10896.pdf>. Acceso: mayo 2020.

5 PERÚ. Decreto Supremo N° 051-2020-PCM. 27 de marzo de 2020. *Prórroga del Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/prorroga-del-estado-de-emergencia-nacional-declarado-mediante-decreto-supremo-no-051-2020-pcm-1865180-2/>. Acceso: mayo 2020.

6 MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus Covid-19 ascienden a 1065 en el Perú*. Comunicado N° 44. 31 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/111653-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-1065-en-el-peru-comunicado-n-44>. Acceso: mayo 2020.

Debido a la focalización del gobierno en la atención de los pacientes infectados con Covid-19, desde el comienzo del Estado de Emergencia Nacional, las personas con enfermedades severas, enfermos crónicos y aquellos que debido a tratamientos de su enfermedad se encontraban inmunodeprimidos, fueron dejados de lado, y muchos de ellos sufrieron la interrupción de sus tratamientos, afectando gravemente su calidad de vida hasta nuevo aviso, sin mencionar el deterioro de su salud o el recrudecimiento de la enfermedad con la posibilidad de desarrollar complicaciones graves.

En medio de esta situación donde las consultas médicas, atención, control y seguimiento de pacientes estaba suspendido, el gobierno trató de impulsar la telemedicina, no sólo como una alternativa de continuidad de las atenciones de salud, sino también porque esta práctica anula el riesgo de contagio entre el médico y el paciente, siendo especialmente útil para aquellos que resultaban ser más vulnerables al Covid-19.<sup>7</sup>

Es así que se emiten las Resoluciones Ministeriales N° 116-2020-MINSA<sup>8</sup> y N° 117-2020-MINSA,<sup>9</sup> que aprueban la Directiva Administrativa N° 284-MINSA-2020-DIGTEL: "Directiva de Telegestión para la implementación y desarrollo de Telesalud", y la Directiva Administrativa N° 285-MINSA-2020-DIGTEL: "Directiva para la implementación y desarrollo de los servidores de telemedicina síncrona y asíncrona" respectivamente.

Del mismo modo, el 31 de marzo de 2020 se emite la Resolución Ministerial N° 146-2020-MINSA,<sup>10</sup> que aprueba la Directiva Administrativa N° 286-MINSA/2020/DIGTEL: *Directiva Administrativa para la Implementación y Desarrollo de los Servicios de Teleorientación<sup>11</sup> y Telemonitoreo<sup>12</sup>, bajo la cual el 13 de abril, empezó a funcionar el sistema "Teleatiendo" del Ministerio de Salud: <https://teleatiendo.minsa.gob.pe>.*

Ocho días después de la emisión de estas normas, la cantidad de personas infectadas se incrementó a 4,342<sup>13</sup> y el número de fallecidos alcanzó la cifra de 121, por lo que el Presidente de la República anunció que extendería la cuarentena, esta vez hasta el 26 de abril de 2020.<sup>14</sup>

Mientras tanto, *Teleatiendo*, desde su puesta en marcha hasta el 30 de abril de 2020 respondió 5,480 solicitudes de atención médica a distancia, de las cuales 2,928 fueron

7 MEZA, Rosa Teresa. Telemedicina en Perú. Webinar: *Telemedicina en América Latina*. Asociación Brasileira de Derecho Médico y Bioética - ANADEM. 25 de Mayo de 2020. Disponible en: [https://www.liveanadem.medicineeventos.com.br/login/?redirect\\_to=https%3A%2F%2Fwww.liveanadem.medicineeventos.com.br%2F25-de-maio%2F](https://www.liveanadem.medicineeventos.com.br/login/?redirect_to=https%3A%2F%2Fwww.liveanadem.medicineeventos.com.br%2F25-de-maio%2F). Acceso: mayo 2020.

8 PERÚ. Resolución Ministerial N° 116-2020-MINSA. 26 de marzo de 2020. *Aprueba la Directiva Administrativa N° 284-MINSA/2020/DIGTEL: "Directiva de Telegestión para la implementación y desarrollo de Telesalud"*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/571960/Resolucio%CC%81n\\_Ministerial\\_N\\_\\_116-2020-MINSA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/571960/Resolucio%CC%81n_Ministerial_N__116-2020-MINSA.PDF). Acceso: mayo 2020.

9 PERÚ. Resolución Ministerial N° 117-2020-MINSA. 26 de marzo de 2020. *Aprueba la Directiva Administrativa N° 285-MINSA/2020/DIGTEL: "Directiva para la implementación y desarrollo de los servicios de telemedicina síncrona y asíncrona"*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/572011/Resolucio%CC%81n\\_Ministerial\\_N\\_\\_117-2020-MINSA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/572011/Resolucio%CC%81n_Ministerial_N__117-2020-MINSA.PDF). Acceso: mayo 2020.

10 PERÚ. Resolución Ministerial N° 146-2020-MINSA. 31 de marzo de 2020. *Aprueba la Directiva Administrativa N° 286-MINSA/2020/DIGTEL: "Directiva Administrativa para la Implementación y Desarrollo de los Servicios de Teleorientación y Telemonitoreo"*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574552/RM\\_146-2020-MINSA\\_Y\\_ANEXOS.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574552/RM_146-2020-MINSA_Y_ANEXOS.PDF). Acceso: mayo 2020.

11 La norma definió a la Teleorientación como el conjunto de acciones que desarrollan un profesional de la salud mediante el uso de las TIC, para proporcionar al usuario de salud consejería y asesoría con fines de promoción de la salud, prevención, recuperación o rehabilitación de las enfermedades.

12 La norma definió al Telemonitoreo como la transmisión de información del paciente (EG, radiografías, datos clínicos, bioquímicos, etc.), como medio de controlar a distancia la situación del paciente y diferentes funciones vitales, es la monitorización remota de parámetros biométricos de un paciente. Suele utilizarse en salas de vigilancia intensiva o también en casos de cuidado domiciliario a pacientes crónicos.

13 MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 4 342 en el Perú*. Comunicado N° 58. 08 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/112079-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-4-342-en-el-peru-comunicado-n-58>. Acceso: mayo 2020.

14 ANDINA, Agencia Peruana de Noticias. *Cuarentena por coronavirus se amplía hasta el 26 de abril, anuncia presidente Vizcarra*. 8 de abril de 2020. 13:28 horas. Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-cuarentena-coronavirus-se-amplia-hasta-26-abril-anuncia-presidente-vizcarra-792152.aspx>. Acceso: mayo 2020.

proporcionadas a pacientes que recibieron teleorientación vía telefónica y 2,552 fueron a través de la vía App móvil.<sup>15</sup>

El 8 de mayo de 2020, en el día 54 de la Declaratoria de Estado de Emergencia, el Presidente de la República en su mensaje diario de informe situacional al país señaló que la cuarentena se ampliaba por dos semanas más, es decir hasta el 24 de mayo de 2020.<sup>16</sup> En ese momento el número de infectados por Covid-19 había crecido a 61,847 personas de las cuales 1,714 fallecieron.<sup>17</sup>

Al día siguiente, 9 de mayo se publicó el Decreto Legislativo N° 1490,<sup>18</sup> norma que fortalece los alcances de la Telesalud que se convierte en un hito histórico debido a que establece un cambio de paradigma respecto a la concepción de la Telemedicina en el Perú, específicamente respecto a una de sus modalidades: la Teleconsulta.

En efecto, el Decreto Legislativo antes referido estableció en su artículo 3 literal c, que la Teleconsulta es:

La consulta a distancia que se realiza entre un profesional de la salud, en el marco de sus competencias, y una persona usuaria mediante el uso de las TIC, con fines de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, recuperación, rehabilitación y cuidados paliativos según sea el caso, cumpliendo con las restricciones reguladas a la prescripción de medicamentos y demás disposiciones que determine el Ministerio de Salud.

Así, después de más de 15 años de evolución de la Telemedicina en Perú, la noción de una de sus modalidades que es la Teleconsulta cambió de ser estructurada como una segunda opinión entre médicos<sup>19</sup>, a permitir que ésta se desarrollara directamente entre el médico y el paciente, eliminando la antigua necesidad de que esté a su lado un médico que presente su caso, es decir, prescindiendo de un intermediario en esta nueva “Tele-relación” médico-paciente.

Denominamos entonces como “Tele-relación” médico-paciente, a esta nueva forma de vinculación a distancia que se crea directamente entre el médico y su paciente a través del uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación- TICs.

En este artículo haremos una reflexión de esta “Tele-relación” médico-paciente a la luz de las normas peruanas emitidas durante la lucha contra el Covid-19.

## **2 BREVE DESCRIPCIÓN NORMATIVA DE LA TELESALUD EN EL PERÚ**

La Telesalud en términos normativos<sup>20</sup> llega al Perú en el año 2003, con la creación de la Comisión Nacional de Telesanidad a través de la Resolución Ministerial N° 009-2003-MTC y

15 MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa lanza servicio de teleorientación y telemonitoreo al alcance de los pacientes*. Nota de prensa del Minsa. 17 de mayo 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/157464-minsa-lanza-servicio-de-teleorientacion-y-telemonitoreo-al-alcance-de-los-pacientes>. Acceso: mayo 2020.

16 La conferencia de prensa se puede visualizar en: <https://www.youtube.com/watch?v=bm-LOzlzNE4>.

17 MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus Covid-19 ascienden a 61 847 en el Perú*. Comunicado N° 91. 8 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/151127-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-61-847-en-el-peru-comunicado-n-91>. Acceso: mayo 2020.

18 PERÚ. Decreto Legislativo N° 1490. 10 de mayo de 2020. *Decreto Legislativo que Fortalece los Alcances de la Telesalud*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-fortalece-los-alcances-de-la-telesal-decreto-legislativo-n-1490-1866212-2>. Acceso: mayo 2020.

19 En efecto, la nueva norma señala que lo que se venía haciendo hasta entonces conforme al Reglamento de Ley Marco de Telesalud, Decreto Ley 003-2019-SA, que era una consulta de médico a médico (teleconsultante y teleconsultor) respecto a un paciente, que podía estar presente o no, pasaba a denominarse teleinterconsulta, e introduce una nueva modalidad que hace posible que médico y paciente se relacionen directamente sin intermediarios, introduciendo una nueva definición de Teleconsulta.

20 Antes de la existencia de normativa sobre Telesalud en el Perú, ya se desarrollaban proyectos de cooperación dirigidos por el Enlace Hispanoamericano de Salud- EHAS que buscaban implementar sistemas de comunicación para mejorar la atención de salud en zonas rurales del país contando con la colaboración de entidades locales como universidades. En ese sentido, los proyectos EHAS se inician en el año 1999.



se le encarga la elaboración del Plan Nacional de Telesanidad.<sup>21</sup> En ese entonces, se utilizaba Telesanidad como sinónimo de Telemedicina.

Es importante precisar que antes de la existencia de normativa sobre Telesalud en el Perú, ya se desarrollaban proyectos de cooperación dirigidos por el Enlace Hispanoamericano de Salud- EHAS que buscaban implementar sistemas de comunicación para mejorar la atención de salud en zonas rurales del país contando con la colaboración de entidades locales como universidades: Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana Cayetano Heredia así como con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo-AECID. En ese sentido, los proyectos EHAS se iniciaron en el año 1999 con el Proyecto EHAS- Lima I: el Proyecto EHAS-Alto Amazonas en 2000-2001, y otros<sup>22</sup>.

En octubre de 2005, mediante el Decreto Supremo N° 028-2005-MTC,<sup>23</sup> se aprueba el Plan Nacional de Telesalud, que da inicio al marco regulatorio para el desarrollo de la Telesalud en el país. El objetivo de la norma era desarrollar un Sistema Integrado de Telesalud-SIT, a fin que los servicios de salud sean más accesibles y puedan llegar a áreas excluidas, rurales o dispersas y con poco recurso e infraestructura en salud, es decir con limitada capacidad resolutive. Asimismo, se estableció como objetivo específico promover la implementación de la Red Nacional de Telesalud y su posterior desarrollo, integrando a los establecimientos de salud.

En el Plan Nacional de Telesalud se definió la Teleconsulta como el acceso a la experiencia o conocimiento de un experto remoto para un paciente específico, que se desarrolla entre personal técnico y un médico o entre un médico general y un médico especialista, ya sea «en línea» o “fuera de línea” (metodología de «guardar y reenviar»), lo que significaba que el personal técnico o el médico general, en su caso, debía preparar la historia clínica «electrónicamente» y luego la enviaba al especialista para que la revise y absuelva la consulta de la mejor manera. Es así que el aspecto preponderante en Teleconsulta era la «segunda opinión» de un experto, aplicada en medicina rural, habitual, o de emergencia.

En mayo de 2008 mediante Resolución Ministerial N° 365-2008/MINSA,<sup>24</sup> se aprueba la norma técnica de Telesalud N° 067-MINSA/DGSP-V01, cuyo objetivo fue la Integración del sistema de salud en el Perú y la universalización de los servicios de salud.

En esta norma se precisa que la Teleconsulta es:

El acceso a la experiencia o conocimiento de un teleespecialista de ubicación remota para un paciente específico, en una situación particular de atención. No implica necesariamente que el experto remoto examine directamente al paciente. Suele utilizarse en casos de segundo diagnóstico entre personal técnico y un médico, o entre un médico general y un especialista, ya sea “en línea” o “fuera de línea” (metodología de “guardar y reenviar”), lo que significa que el médico prepara historias clínicas “electrónicamente” y las envía al especialista para que las absuelva de la mejor manera.

21 PERÚ. Resolución Ministerial N° 009-2003-MTC. 25 de abril de 2003. *Constituyen la Comisión Nacional de Telesanidad*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/6903D89A6F36B78505257EEB007563A6/\\$FILE/3\\_RS\\_009-2003\\_MTC.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6903D89A6F36B78505257EEB007563A6/$FILE/3_RS_009-2003_MTC.pdf). Acceso: mayo 2020.

22 El Proyecto EHAS- Lima I se desarrolló en la zona rural de Lima, creándose un centro proveedor de servicios de comunicación para personal de salud aislado en zonas rurales, y puesta a punto de un laboratorio de investigación sobre tecnologías de comunicación digital a bajo coste. El Proyecto EHAS Alto-Amazonas se desarrolló en la Provincia de Alto Amazonas y Departamento de Loreto, con el objetivo de contribuir a la mejora del sistema público de asistencia sanitaria en zonas rurales, a través de la mejora de las condiciones de trabajo del personal de salud. Esta información se puede ver en: <http://www.ahas.org/que-hacemos/proyectos-de-cooperacion/peru/>.

23 PERÚ. Decreto Supremo N° 028-2005-MTC. 22 de octubre de 2005. *Aprueban Plan Nacional de Telesalud*. Disponible en: [http://transparencia.mtc.gob.pe/idm\\_docs/normas\\_legales/1\\_0\\_917.pdf](http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_917.pdf). Acceso: mayo 2020.

24 PERÚ. Resolución Ministerial N° 365-2008/MINSA. 25 de mayo de 2008. *Aprueban Norma Técnica de Salud en Telesalud*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/276869/248152\\_RM365-2008EPdf20190110-18386-18hogly.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/276869/248152_RM365-2008EPdf20190110-18386-18hogly.pdf). Acceso: mayo 2020.

Es decir, dicha norma mantenía la línea conceptual establecida por el Plan Nacional de Telesalud del año 2005.

Al respecto, se establecía que la Teleconsulta podía darse en casos especiales, como Telejunta Médica y Telepresencia. Esta última se definía como:

La asistencia de un Teleespecialista de ubicación remota en una situación de tratamiento específico. La supervisión del paciente la realiza el médico a distancia (videoconferencia). Permite que un médico observe y discuta en el mismo momento los síntomas de un paciente que está siendo asistido por otro médico a distancia.

En abril de 2016, se aprueba la Ley Marco de Telesalud, Ley N° 30421,<sup>25</sup> que estableció que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – IPRESS, deben incorporar, en forma progresiva, en su cartera de servicios la prestación de los servicios de Telesalud y declara de interés nacional la incorporación de Telesalud en el Sistema Nacional de Salud y crea la Comisión Nacional de Telesalud- CONATEL.

Esta norma señala que la Telemedicina es la provisión de servicios de salud a distancia en los componentes de promoción, prevención, diagnóstico, recuperación o rehabilitación prestados por profesionales de la salud. Asimismo, se agrega un eje de desarrollo en Telesalud que es el fortalecimiento de capacidades al personal de salud.

En el 2017, mediante Decreto Supremo N° 008-2017-SA,<sup>26</sup> se crea la Dirección de Telesalud, Referencias y Urgencias.

En febrero de 2019 mediante Decreto Supremo N° 003-2019-SA,<sup>27</sup> se aprueba el Reglamento de la Ley Marco de Telesalud que busca optimizar los procesos vinculados a Telesalud. En dicha norma se continúa con la conceptualización establecida en el año 2005, respecto a que la Teleconsulta es: “la consulta mediante el uso de las TIC, que realiza un teleconsultante a un teleconsultor para el manejo de un paciente, pudiendo éste estar o no presente”. Es decir, una segunda opinión solicitada por el personal de salud o un médico Teleconsultante a un médico Teleconsultor.

### **3 EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA TELECONSULTA EN LAS NORMAS EMITIDAS DURANTE EL COVID-19**

Ahora bien, durante la crisis originada por el Covid-19 como ya señalamos en la introducción de este artículo, desde el 26 de marzo al 9 de mayo de 2020, se emitieron 4 normas que buscaban fortalecer la Telemedicina en el Perú, la última de las cuales, el Decreto Legislativo N° 1490,<sup>28</sup> cambió la conceptualización normativa de la Teleconsulta, la misma que se había mantenido durante 15 años, desde la creación del Plan Nacional de Telesalud.

En esta nueva concepción de Telesalud, se elimina la asistencia e intermediación

25 PERÚ. Decreto Supremo N° 003-2019-SA. 16 de febrero de 2019. *Aprueban el Reglamento de la Ley N° 30421, Ley Marco de Telesalud, modificada con el Decreto Legislativo N° 1303, Decreto Legislativo que optimiza procesos vinculados a Telesalud.* Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297306/Decreto\\_Supremo\\_N%C2%BA\\_003-2019-SA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297306/Decreto_Supremo_N%C2%BA_003-2019-SA.PDF). Acceso: mayo 2020.

26 PERÚ. Decreto Supremo N° 008-2017-SA. 5 de marzo de 2017. *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud.* Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/190604/reglamento-de-organizacion-y-funciones-del-ministerio-de-salud-ds-n-008-2017-sa.pdf>. Acceso: mayo 2020.

27 PERÚ. Decreto Supremo N° 003-2019-SA. 16 de febrero de 2019. *Aprueban el Reglamento de la Ley N° 30421, Ley Marco de Telesalud, modificada con el Decreto Legislativo N° 1303, Decreto Legislativo que optimiza procesos vinculados a Telesalud.* Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297306/Decreto\\_Supremo\\_N%C2%BA\\_003-2019-SA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297306/Decreto_Supremo_N%C2%BA_003-2019-SA.PDF). Acceso: mayo 2020.

28 PERÚ. Decreto Legislativo N° 1490. 10 de mayo de 2020. *Decreto Legislativo que Fortalece los Alcances de la Telesalud.* Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-fortalece-los-alcances-de-la-telesal-decreto-legislativo-n-1490-1866212-2>. Acceso: mayo 2020.

que había sido clave hasta ese momento del médico que atendió al paciente y lo examinó, sometiendo su caso a una segunda opinión u opinión especializada. Así tenemos que con esta norma se establecen a los nuevos actores directos de la Teleconsulta quienes son los que conforman la “Tele-relación” médico-paciente conforme la hemos definido.

No es difícil entender los motivos por los cuales la anterior concepción normativa había defendido la idea de un médico Teleconsultante con quien el paciente había establecido contacto físico y que habiendo atendido y examinado al paciente elaboraba la historia clínica, que sería después revisada por el médico Teleconsultor, conjuntamente con los exámenes de ayuda diagnóstica que se hubieran realizado. Sin duda, este procedimiento buscaba defender la seguridad del paciente y la calidad de la atención, puesto que toda la información había sido llenada por quien había atendido directa y físicamente al paciente, de modo que existía fidelidad y confiabilidad en los registros y la información médica que se estaba revisando para una segunda opinión.

De acuerdo a lo anterior, tanto el antiguo modelo normativo peruano como la Organización Panamericana de la Salud,<sup>29</sup> coincidían en el concepto de Teleconsulta como una segunda opinión de especialista donde quien establecía la relación médico-paciente era sin duda el médico Teleconsultante.

Sin embargo, cuando el Covid-19 irrumpe, trae consigo un problema para la continuidad de ese modelo normativo de Teleconsulta, puesto que obliga al gobierno a decretar la cuarentena para tratar de defender a la población del contagio y al hacerlo los confina en un aislamiento domiciliario, donde se encuentran impedidos de acudir a un establecimiento de salud y por lo tanto de contactarse con el médico Teleconsultante.

En efecto, la población aislada no tiene la posibilidad de un médico que estando a su lado o después de haberlo estado, pueda someter su caso a un médico especialista Teleconsultor. Por lo tanto, esa población ahora estaba sola en aislamiento obligatorio, y ante la necesidad de una continuidad en la atención de salud interrumpida en todos los establecimientos de salud a nivel nacional, conforme se mantiene la cuarentena, va originando un creciente número de pacientes ansiosos y necesitados de una consulta médica, sobre todo aquellos que sufren enfermedades severas, enfermos crónicos, aquellos que debido a tratamientos de su enfermedad se encontraban inmunodeprimidos, e inclusive enfermos terminales que requerían cuidados paliativos.

Es decir, existía un gran grupo de pacientes que por sus patologías, además resultaban especialmente vulnerables al Covid-19 y que veían descontinuados sus tratamientos, controles y seguimiento, lo cual no solo afectaba su calidad de vida sino que los ponía en un riesgo real de complicarse o incluso perder la vida, siendo que eran pacientes que no podían ser abandonados.

A la par de estos pacientes, estaban aquellos que presentaban molestias de salud y que necesitaban realizar consultas médicas, también los pacientes que estando contagiados con Covid-19 se encontraban en aislamiento en sus hogares y necesitaban el seguimiento de su caso, otros que habiéndose realizado exámenes de ayuda diagnóstica, ya no habían podido ser evaluados por su médico tratante y se encontraban en incertidumbre.

Asimismo, estaban las personas cuya cirugía electiva había sido suspendida o cancelada debido al Estado de Emergencia Nacional y no sabían reconocer signos de

---

29 PAHO (PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION); REGIONAL OFFICE FOR THE AMERICAS OF WHO. *Framework for the implementation of a Telemedicine Service*. Washington, DC: PAHO, 2016.

alarma o simplemente no habían recibido ningún tratamiento, control o seguimiento mientras esperaban, al respecto oficialmente Perú no tiene estadísticas con relación al número total de cirugías electivas que fueron suspendidas a nivel nacional, sin embargo, de acuerdo al estudio realizado en mayo de 2020 por la Universidad de Birmingham<sup>30</sup> se ha estimado que 7,478 cirugías electivas por semana fueron canceladas en el Perú durante el Covid-19.

De todo lo anterior, se puede observar que el frágil sistema de salud de Perú no solo se enfrentaba a las cada vez mayores necesidades de atención de los pacientes infectados por el Coronavirus a nivel nacional que para el 15 de mayo de 2020 sumaban 84,495,<sup>31</sup> sino que se estaba enfrentando otra arista de la crisis sanitaria, una creciente demanda de salud insatisfecha de los “otros” pacientes temporalmente desatendidos, por lo cual se entiende que el Estado buscara en la Telemedicina una alternativa, sin embargo, para poder hacerlo tuvo que dar un giro en la concepción histórica que había mantenido respecto a la Teleconsulta.

Esta antigua concepción de Teleconsulta había sido también defendida por el propio Colegio Médico del Perú que en noviembre de 2019, tan solo 4 meses antes de la Estado de Emergencia Nacional originado por el Covid-19 y 7 meses antes de la emisión de esta nueva normativa, había iniciado un procedimiento ético disciplinario al conocido médico peruano Tomás Martín Borda Noriega, por promocionar un servicio de consulta médica por video llamada, señalando que:

El Colegio Médico de Lima, rechaza este tipo de servicios médicos no presenciales, atenta contra los dispositivos normativos de nuestra Institución, pues la atención al paciente debe ser personal, caso contrario resulta atentatoria contra la seguridad e integridad de la salud de la población.<sup>32</sup>

Del mismo modo, solicitó mediante carta notarial a la empresa de seguros de salud que promocionaba el servicio que retire de todos los medios de comunicación el vídeo que promociona la atención de consultas médicas por video conferencia.

En ese caso, se consideró además que se estaba alentando modalidades de trabajo que atentaban contra la relación médico paciente y la continuidad del cuidado y la salud del paciente infringiendo el artículo 2 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.<sup>33</sup>

Bajo ese orden de ideas, el Colegio Médico del Perú estaba sustentando que la base sobre la que se sostiene el desarrollo de la relación médico-paciente es el carácter presencial de la consulta médica.

Este mismo razonamiento lo sostienen reconocidos expertos en ética médica que señalan que es contraria a la ética, la práctica médica sin examen directo al paciente.<sup>34</sup> Así, se sustenta que no resulta posible una relación médico-paciente conforme a la ética si se apoya solamente en recursos telemédicos puesto que en la relación profesional entre el médico y

30 BHANGU, Aneel y Otros. Elective Surgery Cancellations due to the COVID-19 pandemic: Global Predictive Modeling to Inform Surgical Recovery Plans. *British Journal of Surgery*, Virtual Issue: COVID-19, May 15, 2020. Disponible en: [https://bjssjournals.onlinelibrary.wiley.com/doi/toc/10.1002/\(ISSN\)1365-2168.COVID-19](https://bjssjournals.onlinelibrary.wiley.com/doi/toc/10.1002/(ISSN)1365-2168.COVID-19). Acceso: octubre 2020.

31 MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 84 495 en el Perú*. Comunicado N° 101. 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/154736-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-84-495-en-el-peru-comunicado-n-101>. Acceso: mayo 2020.

32 COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. *CMP Lima apertura proceso ético de oficio al Dr. Borda por publicitar programa Mapfre Doc*. 3 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://cmplima.org.pe/cmp-lima-apertura-proceso-etico-de-oficio-al-dr-borda-por-publicitar-programa-mapfre-doc/>. Acceso: mayo 2020.

33 COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú. 2018. Disponible en: <https://www.dem2020.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOG%C3%8DA.pdf>. Acceso: septiembre 2020.

34 FERRER-ROCA, Olga (responsable de la Cátedra de Telemedicina de la UNESCO ubicada en la Universidad de la Laguna, Tenerife). *Telemedicina*. Ed. Panamericana. Mayo 2001.

el paciente se debe establecer un contacto personal e inmediato, que permita elaborar la historia clínica y realizar la correspondiente exploración física.<sup>35</sup>

La defensa del Colegio Médico del Perú tiene también otra justificación importante, ya que dentro de la relación médico paciente es donde primordialmente se realiza el acto médico, que es definido por el artículo 52 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú<sup>36</sup> como un proceso por el cual el médico diagnóstica, trata y pronostica la condición de enfermedad o salud de una persona, siendo que el médico no podría diagnosticar adecuadamente si no realiza un exhaustivo examen clínico al paciente, lo cual involucra que esté frente al mismo, es decir que el paciente esté en presencia física del médico. Es más, cómo podría el médico completar los registros en la historia clínica respecto a los signos vitales del paciente que se toman en el examen médico del paciente, si no ha estado en contacto físico con él y no ha controlado su frecuencia cardiaca, frecuencia respiratoria, presión arterial, entre otros.

En ese sentido, hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1490,<sup>37</sup> el Ministerio de Salud y el Colegio Médico del Perú coincidían en que la presencia física del médico Teleconsultante con el paciente era la que habilitaba legal y éticamente la Teleconsulta.

No obstante las consideraciones anteriores, cuando el Covid-19 se presenta, plantea un escenario excepcional donde la creciente necesidad de la población de atención médica, que ahora de manera obligada debía ser a distancia, le impone un reto al Estado Peruano que lo lleva a flexibilizar su tradicional modelo de Teleconsulta adaptándolo a la exigencia de las circunstancias para permitir el acceso de la población a atenciones de salud.

Sin embargo, este cambio adaptativo, constituye en realidad una adecuación al concepto de la Telemedicina imperante (siendo la Teleconsulta una modalidad de Telemedicina), que señala que esta herramienta se utiliza cuando por cuestiones de lejanía u otras situaciones limitativas, el acceso a una atención de salud presencial se vea impedido.

Así el concepto general de Telemedicina que la Organización Mundial de la Salud ha establecido es:

La prestación de servicios de salud, donde la distancia es un factor crítico, por parte de todos los profesionales de la salud que utilizan las tecnologías de la información y de la comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, investigación y evaluación, así como para la educación continua de los proveedores de atención médica, todo ello en aras de promover la salud de individuos y sus comunidades.<sup>38</sup>

Asimismo, se señala que son cuatro los elementos que le son propios a la Telemedicina:

1. Su propósito es brindar apoyo clínico. 2. Tiene como objetivo superar las barreras geográficas, conectando usuarios que no se encuentran en la misma ubicación física. 3. Implica el uso de varios tipos de TIC. 4. Su objetivo es mejorar los resultados de salud.<sup>39</sup>

35 HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo. *Aspectos Éticos de la Telemedicina*, en el VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, Octubre de 2000. Ed. Fundación Mapfre.

36 COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú. 2018. Disponible en: <https://www.demco2020.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOG%C3%8DA.pdf>. Acceso: septiembre 2020.

37 PERÚ. Decreto Legislativo N° 1490. 10 de mayo de 2020. *Decreto Legislativo que Fortalece los Alcances de la Telesalud*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-fortalece-los-alcances-de-la-telesal-decreto-legislativo-n-1490-1866212-2>. Acceso: mayo 2020.

38 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Telemedicine: Opportunities and Developments in Members States*. Global Observatory for eHealth Series -Volume 2010.

39 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Telemedicine: Opportunities and Developments in Members States*. Global Observatory for eHealth Series -Volume 2010.



En el mismo sentido, la Asociación Médica Mundial señala:

La consulta presencial entre el médico y el paciente es la regla de oro de la atención clínica. La telemedicina se utiliza para los pacientes que no pueden ver un médico oportunamente por inaccesibilidad debido a la distancia, discapacidad física, empleo, compromisos familiares (incluido el cuidado de otros), costo para el paciente y horarios de los médicos. Tiene la capacidad de llegar a algunos pacientes con acceso limitado a la asistencia médica y tiene potencial de mejorar la atención médica.<sup>40</sup>

Como se puede observar la situación impuesta por el Covid-19 encaja perfectamente en las excepciones a la atención médica presencial contempladas en estas definiciones, pero lo que se debe tener en consideración que este escenario es temporal y por tanto, se debe sopesar si en la era post Covid-19, la flexibilización normativa respecto a la definición de Teleconsulta contenida en el Decreto Legislativo N° 1490<sup>41</sup> que ya no la considera como una segunda opinión médica sino que la presenta como la génesis de una “Tele-relación” médico-paciente, entra en conflicto o no con la práctica médica.

#### **4 ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA “TELE-RELACIÓN” MÉDICO-PACIENTE EN LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TELECONSULTA EN PERÚ**

Partiendo de la normalidad en la atención de salud en el tiempo pre-Covid-19, donde la relación médico paciente se desarrollaba en la consulta médica presencial, el uso de la Telemedicina y en específico la Teleconsulta, era una herramienta tecnológica que se concentraba en crear acceso a la salud de poblaciones en lugares distantes, remotos, inaccesibles, rurales, urbano marginales, con poco equipamiento e infraestructura sanitaria o déficit de recurso humano especializado.

El esfuerzo del Estado de cumplir su rol como proveedor del Derecho Fundamental a la Salud y asimismo, avanzar en su objetivo de universalización de la salud, otorgaban a la Telemedicina un rol primordial e impulsaban su desarrollo en Perú tratando de integrar a una cada vez mayor cantidad de Instituciones Prestadoras de Salud - IPRESS, a la Red Nacional de Telemedicina, de modo que se posibilitara el acceso de los usuarios de las mismas -que presentaba necesidades específicas de atención especializada- a los recursos humanos de otras IPRESS con mayor capacidad resolutive.

Es así que en la concepción de Teleconsulta, pre Covid-19, se establecía la relación médico paciente con el médico Teleconsultante de la IPRESS a la que acudía el paciente, siendo el médico Teleconsultor que se encontraba en una IPRESS de mayor capacidad resolutive, el médico encargado de proporcionar una segunda opinión o una opinión especializada. La Teleconsulta podía ser síncrona o asíncrona, por lo que en ésta última el médico Teleconsultor solo conocía la información médica del paciente, proporcionada por el médico Teleconsultante con quien coordinaba y después de revisarla, emitía su opinión.

En ese contexto, nos encontrábamos con la existencia de una relación Médico- Paciente tradicional y clásica (entre el médico Teleconsultante y el paciente), por lo que es importante referirnos a la misma y apreciar los elementos que están presentes y la conforman, para a

---

40 ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Declaración de la Asociación Médica Mundial Sobre la Ética de la Telemedicina*. Adoptada por la 58ª Asamblea General de la AMM, Copenhague, Dinamarca, octubre 2007 y enmendada por la 69ª Asamblea General de la AMM, Reikiavik, Islandia, octubre 2018.  
41 PERÚ. Decreto Legislativo N° 1490. 10 de mayo de 2020. *Decreto Legislativo que Fortalece los Alcances de la Telesalud*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-fortalece-los-alcances-de-la-telesal-decreto-legislativo-n-1490-1866212-2>. Acceso: mayo 2020.



partir de ello, detenernos a analizar si en la Teleconsulta definida por el Decreto legislativo N° 1490,<sup>42</sup> pueden desarrollarse a plenitud estos mismos componentes o se presenta de manera distinta impactando en la misma y si el nivel de esa afectación hace necesaria o no una reevaluación del modelo planteado en la referida norma.

Al acometer este análisis se debe prestar especial atención a que la Relación Médico-Paciente es la piedra angular de la práctica médica.<sup>43</sup>

Se ha señalado que la Relación Médico-Paciente está basada en el respeto y la confianza mutua, de ahí la importancia de la medicina basada en la afectividad, a lo que el médico debe contribuir y para lo que es necesario entrenarse en habilidades de comunicación.<sup>44</sup>

Resulta claro entonces que las habilidades de comunicación verbal permiten establecer un vínculo más cercano con el paciente, el tono, la cadencia, las palabras utilizadas e incluso las pausas y los silencios. Sin embargo, es la posibilidad de acompañar lo anterior con el lenguaje no verbal, observar y capturar a su vez, la misma respuesta del paciente durante la consulta física lo que proporciona información valiosa para decodificar los mensajes no oralizados por el paciente sobre su salud. El lenguaje no verbal se evidencia en la postura corporal, gestos, expresión facial y la mirada, que revela además el estado emocional de una persona.<sup>45</sup>

Asimismo, la presencia conjunta en un mismo espacio físico permite el examen clínico del paciente, donde al auscultar, palpar, escuchar los diversos sonidos como la percusión, los latidos del corazón, los pulmones al aspirar y expirar, la respiración, tener la posibilidad de tocar y aplicar presión para observar el llenado capilar u otros de relevancia médica y poder observarlo de cerca, usando los sentidos proporciona información valiosa al médico. Así se ha expresado que el sentido del tacto de los médicos se extiende más allá de las yemas de los dedos, hacia herramientas familiares como el estetoscopio, el espéculo o la aguja, estos instrumentos se convierten en extensiones de los sentidos.<sup>46</sup>

Asimismo, el reconocimiento del valor de la Relación Médico-Paciente y su importancia desde el punto de vista psicológico, basada en la visión integral hipocrática del hombre como un ente físico y psíquico es un punto decisivo en el desarrollo de la medicina.<sup>47</sup> En ese sentido, es evidente que la relación médico-paciente, en sí misma, aporta una mejoría terapéutica indiscutible, acompañando el sufrimiento y el bienestar del paciente.<sup>48</sup> Es decir, existe un aspecto no medible y más sublime respecto a la sola presencia de quien poniendo su disposición de servicio y su conocimiento para ayudar al paciente, involucra también en esta interacción su interés y su propia psique.

Para lograr esa sintonía única entre el médico y el paciente, sin duda se requiere empatía, por lo que se ha sostenido que es necesario introducirse en la experiencia íntima y vital del paciente adecuando el consejo y ayuda a sus valores y creencias para reconciliar su

42 PERÚ. Decreto Legislativo N° 1490. 10 de mayo de 2020. *Decreto Legislativo que Fortalece los Alcances de la Telesalud*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-fortalece-los-alcances-de-la-telesal-decreto-legislativo-n-1490-1866212-2>. Acceso: mayo 2020.

43 ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Manual de Ética Médica*. 2005. Disponible en: [https://www.whcaonline.org/uploads/publications/em\\_es.pdf](https://www.whcaonline.org/uploads/publications/em_es.pdf). Acceso: septiembre 2020.

44 MARCH CERDÁ, Joan C. *Médico y Paciente*. Edición In Memoriam de Albert Jovell (1962-2013), Gaceta Sanitaria, vol. 28, núm. 6, p.526-527, 2014.

45 DOMÍNGUEZ LÁZARO, María de Los Reyes. La importancia de la comunicación no verbal en el desarrollo cultural de las sociedades. *Revista Razón*, vol. 14, núm. 70, noviembre-enero, México, 2009.

46 KELLY, Martina; GORMLEY, Gerard. In, But Out of Touch: Connecting with patients during the virtual visit. *The Annals of Family Medicine*. September 2020. Disponible en: <https://www.annfam.org/content/18/5/461>. Acceso: octubre 2020.

47 RODRÍGUEZ ARCE, Ana María. *Relación Médico-Paciente*. Editorial Ciencias Médicas. La Habana, 2008.

48 ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA. *La Relación Médico Paciente: Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*. Foro de la Profesión Médica de España. 2017

estado vivencial, emocional y espiritual.<sup>49</sup>

De acuerdo con todo lo señalado precedentemente, encontramos que en la “Tele-relación” médico- paciente en la Teleconsulta, existe una evidente barrera entre los sujetos de este vínculo, ya que su contacto es virtual y no físico, por tanto no existe esa proximidad corporal, a la que se le asigna un valor simbólico como un contexto físico, en una localización física, temporal y psicosocial.<sup>50</sup>

Dada esa falta de proximidad corporal, naturalmente el médico no podrá realizar un examen clínico que como hemos visto, permite auscultar al paciente, palpar, usar el tacto, escuchar y en general desarrollar el uso de los sentidos del médico, conforme a lo antes descrito, salvo la vista y las limitaciones que le imponen el dispositivo utilizado y la calidad de conexión. Si bien es cierto, existen estudios publicados que señalan que se puede realizar un examen físico con limitaciones.<sup>51</sup> También lo es que la cantidad y calidad de información que podría recoger el médico en la Teleconsulta no resulta comparable con el cúmulo de posibilidades sensoriales que permite desplegar la consulta presencial.

Asimismo, si bien es cierto el respeto es un elemento que puede claramente estar presente también en la Teleconsulta, el desarrollo de la confianza mutua quedarán dependientes casi totalmente de la capacidad de comunicación verbal y la habilidad de crear algún tipo de acercamiento a través del computador, tableta o *smartphone*, lo cual a su vez estará supeditado a la calidad del audio, señal y posibilidad de contar con una buena conexión. Lo mismo sucederá respecto a la resolución de la cámara y la calidad del video, que tal vez permitirán observar y percibir al otro con distinto grado de nitidez, pero que no necesariamente podrá captar y posibilitar la aprehensión de las sutilezas del lenguaje no verbal, ya que normalmente puedes ver el rostro del paciente durante el contacto virtual, pero no observar su postura corporal, sus diversos gestos, movimiento de las extremidades, sudoración, entre otros.

Respecto al desarrollo de la empatía, se ha sostenido que es un proceso que se construye a partir de la percepción de una emoción, a través de expresiones faciales y corporales, gestos, movimientos, posturas, así como lenguaje, vocalización y tono utilizado por la persona, en este caso sería el paciente, lo cual permite crear una respuesta afectiva en el otro de compartir la emoción y comprenderla.<sup>52-53</sup> Asimismo, se ha explicado que esa habilidad se procesa mejor mientras mayor sea el contacto con la persona que se empatiza.<sup>54</sup> En ese sentido, el desarrollo de este proceso afectivo-cognitivo, resulta más difícil que se pueda establecer a través de una computadora en la Teleconsulta, dadas las restricciones propias que ésta presenta conforme hemos venido señalando.

## 5 CONCLUSIONES

Se observa que en la Teleconsulta, la “Tele-relación” médico- paciente presenta componentes diferenciados y limitaciones, que afectan la práctica médica.

A futuro, en la era post-covid, sería recomendable proponer un modelo que permita el

49 PELLEGRINO, E. D.; THOMASMA, D. C. *The virtues in medical practice*. Reino Unido: Oxford University Press, 1993.

50 SCHMIDT, Sara. Tesis Doctoral: *Próximica y comunicación intercultural*. Universidad Autónoma de Barcelona. 2013.

51 BLUE, Rachel; YANG, Andrew y otros. Telemedicine in the Era of Coronavirus Disease 2019. *Journal of World Neurosurgery*, vol. 139, p.549-557, July 2020.

52 RUGGIERI, Víctor L. Empatía, cognición social y trastornos del espectro autista. *Rev. Neurol*, vol. 56 (Supl 1), p.S13-S21, 2013.

53 ARÁN FILIPPETTI, Vanessa; LÓPEZ, Mariana B.; RICHAUD, María Cristina. Aproximación Neuropsicológica al Constructo de Empatía: Aspectos Cognitivos y Neuroanatómicos. *Cuadernos de Neuropsicología*. Panamerican Journal of Neuropsychology, vol. 6, núm.1, junio, 2012, p.63-83.

54 CHAUVIE COSTABEL, Paola. *Empatía: Efectos de los Vínculos Primarios*. Trabajo Final de Grado Facultad de Psicología. Universidad de la República de Uruguay. 2015.

desarrollo de la Teleconsulta con el despliegue de la riqueza intrínseca de la Relación Médico-Paciente en la consulta presencial, atendiendo con ello, a las consideraciones que hasta el momento señalan la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Médica Mundial respecto a que la Telemedicina y sus modalidades sean un complemento de la atención de la salud o se utilicen cuando no sea posible la presencia física.

Es importante anotar que durante el Covid-19 la utilización de la Teleconsulta en el Perú, viene cubriendo el vacío dejado por la consulta médica tradicional, que de otra manera no hubiera podido ser atendida y satisfecha.

## REFERENCIAS

ANDINA, Agencia Peruana de Noticias. *Cuarentena por coronavirus se amplía hasta el 26 de abril, anuncia presidente Vizcarra*. 8 de abril de 2020. 13:28 horas. Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-cuarentena-coronavirus-se-amplia-hasta-26-abril-anuncia-presidente-vizcarra-792152.aspx>. Acceso: mayo 2020.

ARÁN FILIPPETTI, Vanessa; LÓPEZ, Mariana B.; RICHAUD, María Cristina. Aproximación Neuropsicológica al Constructo de Empatía: Aspectos Cognitivos y Neuroanatómicos. *Cuadernos de Neuropsicología*. Panamerican Journal of Neuropsychology, vol. 6, núm.1, junio, 2012, p.63-83.

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Manual de Ética Médica*. 2005. Disponible en: [https://www.whcaonline.org/uploads/publications/em\\_es.pdf](https://www.whcaonline.org/uploads/publications/em_es.pdf). Acceso: septiembre 2020.

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Declaración de la Asociación Médica Mundial Sobre la Ética de la Telemedicina*. Adoptada por la 58ª Asamblea General de la AMM, Copenhague, Dinamarca, octubre 2007 y enmendada por la 69ª Asamblea General de la AMM, Reikiavik, Islandia, octubre 2018.

BHANGU, Aneel y Otros. Elective Surgery Cancellations due to the COVID-19 pandemic: Global Predictive Modeling to Inform Surgical Recovery Plans. *British Journal of Surgery*, Virtual Issue: COVID-19, May 15, 2020. Disponible en: [https://bjssjournals.onlinelibrary.wiley.com/doi/toc/10.1002/\(ISSN\)1365-2168](https://bjssjournals.onlinelibrary.wiley.com/doi/toc/10.1002/(ISSN)1365-2168). COVID-19. Acceso: octubre 2020.

BLUE, Rachel; YANG, Andrew y otros. Telemedicine in the Era of Coronavirus Disease 2019. *Journal of World Neurosurgery*, vol. 139, p.549-557, July 2020.

CANAL N. *Martín Vizcarra: Ya se puede atender hasta 500 personas en cuidados intensivos*. 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://canaln.pe/actualidad/martin-vizcarra-ahora-se-puede-atender-hasta-500-personas-que-lleguen-cuidados-intensivos-coronavirus-n410101>. Acceso: mayo 2020.

COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú. 2018. Disponible en: <https://www.dem2020.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOG%C3%8DA.pdf>. Acceso: septiembre 2020.

COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. *CMP Lima apertura proceso ético de oficio al Dr. Borda por publicitar programa Mapfre Doc*. 3 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://cmplima.org.pe/cmp-lima-apertura-proceso-etico-de-oficio-al-dr-borda-por-publicitar-programa-mapfre-doc/>. Acceso: mayo 2020.

CHAUVE COSTABEL, Paola. *Empatía: Efectos de los Vínculos Primarios*. Trabajo Final de Grado Facultad de Psicología. Universidad de la República de Uruguay. 2015.

DOMINGUEZ LÁZARO, María de Los Reyes. La importancia de la comunicación no verbal en el desarrollo cultural de las sociedades. *Revista Razón*, vol. 14, núm. 70, noviembre-enero, México, 2009.

FERRER-ROCA, Olga (responsable de la Cátedra de Telemedicina de la UNESCO ubicada en la Universidad de la Laguna, Tenerife). *Telemedicina*. Ed. Panamericana. Mayo 2001.

HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo. *Aspectos Éticos de la Telemedicina*, en el VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, Octubre de 2000. Ed. Fundación Mapfre.

KELLY, Martina; GORMLEY, Gerard. In, But Out of Touch: Connecting with patients during the virtual visit. *The Annals of Family Medicine*. September 2020. Disponible en: <https://www.annfammed.org/content/18/5/461>. Acceso: octubre 2020.

MARCH CERDÁ, Joan C. *Médico y Paciente*. Edición In Memoriam de Albert Jovell (1962-2013), Gaceta Sanitaria, vol. 28, núm. 6, 2014.

MEZA, Rosa Teresa. Telemedicina en Perú. Webinar: *Telemedicina en América Latina*. Asociación Brasileira de Derecho Médico y Bioética - ANADEM. 25 de Mayo de 2020. Disponible en: [https://www.liveanadem.medicineeventos.com.br/login/?redirect\\_to=https%3A%2F%2Fwww.liveanadem.medicineeventos.com.br%2F25-de-maio%2Fc](https://www.liveanadem.medicineeventos.com.br/login/?redirect_to=https%3A%2F%2Fwww.liveanadem.medicineeventos.com.br%2F25-de-maio%2Fc). Acceso: mayo 2020.

MEZA, Rosa Teresa, JIMÉNEZ, Giancarlo. Peruvian Effort to Response and Fight COVID-19: Health Emergency. *Medicine and Law*. Theme Issue: The Covid-19 Pandemic. A Time Capsule of the First 6 Months. An International Perspective. Volume 39, Number 2, June 2020, p.271-290.

MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus Covid-19 ascienden a 1065 en el Perú*. Comunicado N° 44. 31 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/111653-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-1065-en-el-peru-comunicado-n-44>. Acceso: mayo 2020.

MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 4 342 en el Perú*. Comunicado N° 58. 08 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/112079-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-4-342-en-el-peru-comunicado-n-58>. Acceso: mayo 2020.

MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus Covid-19 ascienden a 61 847 en el Perú*. Comunicado N° 91. 8 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/151127-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-61-847-en-el-peru-comunicado-n-91>. Acceso: mayo 2020.

MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 84 495 en el Perú*. Comunicado N° 101. 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/154736-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-84-495-en-el-peru-comunicado-n-101>. Acceso: mayo 2020.

MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Minsa lanza servicio de teleorientación y telemonitoreo al alcance de los pacientes*. Nota de prensa del Minsa. 17 de mayo 2020. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/157464-minsa-lanza-servicio-de-teleorientacion-y-telemonitoreo-al-alcance-de-los-pacientes>. Acceso: mayo 2020.

MINISTERIO DE SALUD, Perú. *Compendio Estadístico de Información de Recursos Humanos del Sector Salud, Perú 2013-2018*. Dirección General de Personal de la Salud del Ministerio de Salud del Perú. Comercializadora y Multiservicios El Arrayan E.I.R.L. 1era. Edición, Septiembre de 2019. Versión digital disponible en: <http://http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/10896.pdf>. Acceso: mayo 2020.

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA. *La Relación Médico Paciente: Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad*. Foro de la Profesión Médica de España. 2017.



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *El personal sanitario es imprescindible para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados con la salud*. Disponible en: [https://www.who.int/hrh/workforce\\_mdgs/es/](https://www.who.int/hrh/workforce_mdgs/es/). Acceso: mayo 2020.

PAHO (PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION); REGIONAL OFFICE FOR THE AMERICAS OF WHO. *Framework for the implementation of a Telemedicine Service*. Washington, DC: PAHO, 2016.  
PELLEGRINO, E. D.; THOMASMA, D. C. *The virtues in medical practice*. Reino Unido: Oxford University Press, 1993.

PERÚ. Decreto Legislativo N° 1490. 10 de mayo de 2020. *Decreto Legislativo que Fortalece los Alcances de la Telesalud*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-fortalece-los-alcances-de-la-telesal-decreto-legislativo-n-1490-1866212-2>. Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Decreto Supremo N° 028-2005-MTC. 22 de octubre de 2005. *Aprueban Plan Nacional de Telesalud*. Disponible en: [http://transparencia.mtc.gob.pe/idm\\_docs/normas\\_legales/1\\_0\\_917.pdf](http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_917.pdf). Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Decreto Supremo N° 008-2017-SA. 5 de marzo de 2017. *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud*. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/190604/reglamento-de-organizacion-y-funciones-del-ministerio-de-salud-ds-n-008-2017-sa.pdf>. Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Decreto Supremo N° 003-2019-SA. 16 de febrero de 2019. *Aprueban el Reglamento de la Ley N° 30421, Ley Marco de Telesalud, modificada con el Decreto Legislativo N° 1303, Decreto Legislativo que optimiza procesos vinculados a Telesalud*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297306/Decreto\\_Supremo\\_N%C2%BA\\_003-2019-SA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/297306/Decreto_Supremo_N%C2%BA_003-2019-SA.PDF). Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Decreto Supremo N° 051-2020-PCM. 27 de marzo de 2020. *Prórroga del Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/prorroga-del-estado-de-emergencia-nacional-declarado-mediant-decreto-supremo-no-051-2020-pcm-1865180-2/>. Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Ley N° 30421. 2 de abril de 2016. *Ley Marco de Telesalud*. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-marco-de-telesalud-ley-n-30421-1363168-1>. Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Resolución Ministerial N° 009-2003-MTC. 25 de abril de 2003. *Constituyen la Comisión Nacional de Telesanidad*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/6903D89A6F36B78505257EEB007563A6/\\$FILE/3\\_RS\\_009-2003\\_MTC.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/6903D89A6F36B78505257EEB007563A6/$FILE/3_RS_009-2003_MTC.pdf). Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Resolución Ministerial N° 365-2008/MINSA. 25 de mayo de 2008. *Aprueban Norma Técnica de Salud en Telesalud*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/276869/248152\\_RM365-2008EP.pdf20190110-18386-18hogly.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/276869/248152_RM365-2008EP.pdf20190110-18386-18hogly.pdf). Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Resolución Ministerial N° 116-2020-MINSA. 26 de marzo de 2020. *Aprueba la Directiva Administrativa N° 284-MINSA/2020/DIGTEL: "Directiva de Telegestión para la implementación y desarrollo de Telesalud"*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/571960/Resolucio%CC%81n\\_Ministerial\\_N\\_\\_116-2020-MINSA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/571960/Resolucio%CC%81n_Ministerial_N__116-2020-MINSA.PDF). Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Resolución Ministerial N° 117-2020-MINSA. 26 de marzo de 2020. *Aprueba la Directiva Administrativa N° 285-MINSA/2020/DIGTEL: "Directiva para la implementación y desarrollo de los servicios de telemedicina síncrona y asíncrona"*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/572011/Resolucio%CC%81n\\_Ministerial\\_N\\_\\_117-2020-MINSA.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/572011/Resolucio%CC%81n_Ministerial_N__117-2020-MINSA.PDF). Acceso: mayo 2020.

PERÚ. Resolución Ministerial N° 146-2020-MINSA. 31 de marzo de 2020. *Aprueba la Directiva Administrativa N° 286-MINSA/2020/DIGTEL: "Directiva Administrativa para la Implementación y Desarrollo de los Servicios de Teleorientación y Telemonitoreo"*. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574552/RM\\_146-2020-MINSA\\_Y\\_ANEXOS.PDF](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/574552/RM_146-2020-MINSA_Y_ANEXOS.PDF). Acceso: mayo 2020.

PRESIDENCIA PERÚ. *Presidente @Martin VizcarraC: Hoy, en Consejo de Ministros, hemos aprobado la norma para aumentar la oferta hospitalaria con 4886 camas de hospitalización y 232 camas UCI para pacientes COVID-19 a nivel nacional.* 13 de mayo de 2020. 1:45pm. Vía Twitter. Disponible en: <https://twitter.com/presidenciaperu/status/1260642365099966464/photo/1>. Acceso: mayo 2020.

RODRÍGUEZ ARCE, Ana María. *Relación Médico- Paciente*. Editorial Ciencias Médicas. La Habana, 2008.

RUGGIERI, Víctor L. Empatía, cognición social y trastornos del espectro autista. *Rev. Neurol*, vol. 56 (Supl 1), p.S13-S21, 2013.

SCHMIDT, Sara. Tesis Doctoral: *Próxima y comunicación intercultural*. Universidad Autónoma de Barcelona. 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Telemedicine: Opportunities and Developments in Members States*. Global Observatory for eHealth Series - Volume 2010.



# AS FACETAS DO DIREITO À INFORMAÇÃO NO CONTEXTO DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

## Igor De Lucena Mascarenhas

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre pela Universidade Federal da Paraíba. Professor da graduação e pós-graduação do Centro Universitário UNIFIP e da UNIFACISA. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Civil - Virada de Copérnico. Integrante do Instituto de Direito Civil Constitucional (IDCC), Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Advogado.

## Luciana Dadalto

Doutora em Ciências da Saúde pelo Programa de Infectologia e Medicina Tropical da Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Coordenadora do Comitê de Bioética da Associação Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP). Associada Fundadora do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Professora da Faculdade de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

## Adriano Marteleto Godinho

Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor adjunto do curso de graduação da Universidade Federal da Paraíba. Professor da pós-graduação stricto sensu da Universidade Federal da Paraíba. Membro Fundador do Instituto de Direito Civil Constitucional (IDCC). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC).

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Direito à informação na realidade da saúde; 3 Direito à informação sobre o quadro do paciente em tempos de pandemia; 4 Direito de visitas e acesso ao boletim médico a como meio de efetivar o direito à informação; 5 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A informação no contexto da saúde foi, durante muito tempo, renegada a um segundo plano. O paciente não participava ativamente das decisões, assim como sua família. Uma espécie de militarização médica em que o paciente era objetificado e a doença se transformava em sujeito do tratamento.

Superada essa fase obscura e paternalista da Medicina, a contemporaneidade mostrou que informação é poder e que é a partir da informação que o paciente consegue efetivar decisões em respeito à sua autonomia.

Dentro de um contexto de pandemia, em que o conhecimento chega por vários canais, são desconstruídas, *fakes* ou, por vezes, inexistentes, o dever de informação médica e o direito à informação do paciente assumem um papel ainda mais crucial.

Sob essa perspectiva, o presente trabalho, a partir de uma revisão bibliográfica e do método hipotético dedutivo, visa debater e analisar as múltiplas facetas da informação no contexto da saúde, em especial sob o prisma da pandemia causada pela Covid-19.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três seções. A primeira seção preocupar-se-á com a apresentação da informação enquanto perspectiva de respeito ao princípio da autonomia e garantia à autodeterminação. A segunda seção trata do direito à informação sobre o quadro do paciente no contexto da pandemia, apresentando o direito de não saber como consequência da autonomia e a mitigação desse direito em razão da pandemia instaurada. Já a terceira seção tratará do direito à informação sob o prisma do contato com o paciente e o uso da tecnologia para garantir a comunicação daqueles que se encontram isolados para tratamento.

## 2 DIREITO DO PACIENTE E FAMILIARES À INFORMAÇÃO NA REALIDADE DA SAÚDE

Em um período clássico da Medicina, a informação era algo que não mereceria ser compartilhado ou debatido com o paciente. Não havia a necessidade de compartilhar informações com o paciente, justamente pela sua natureza técnica e, portanto, o médico era o “senhor” do tratamento e o paciente, enquanto um leigo, não precisaria participar ativamente do processo decisório, representando, por vezes, um mero objeto/ campo de atuação do profissional. O médico, a partir de um viés paternalista e pautado na heteronomia, saberia dizer qual seria a melhor decisão para o paciente.

Baseado em um discurso extremamente tecnicista, a informação e participação ativa do paciente eram obstaculizadas pelo manto da inquestionabilidade e infalibilidade médica. Neste sentido, a relação médico-paciente seria pautada em uma relação hegemônica de dominação fundada na “verdade médica”.<sup>1</sup>

Na contemporaneidade, a Medicina, ainda que haja eventos episódicos de paternalismo médico, está pautada no contexto da autonomia do paciente. A Bioética impõe que o médico respeite a liberdade de decisões do paciente e se legitima na obrigatoriedade de informar.<sup>2</sup>

Mudou-se de um paradigma de heteronomia para um padrão de autonomia que representa justamente a “condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de

---

1 VASCONCELOS, Camila. *O Direito Médico e Bioética: história e judicialização da relação médico paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 64-65.

2 GARCIA, Maria. A pessoa do paciente e o princípio da dignidade humana. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direito dos pacientes*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27

determinar por ela mesma a lei à qual se submeter”<sup>3</sup>.

Com o intuito de reforçar essa mudança paradigmática, não por acaso, autores como Alessandro Timbó e Mónica Aguiar defendem que a relação não deve ser denominada de “médico-paciente”, mas de “paciente-médico”, no sentido de tornar evidente a primazia e preocupação precípua em relação ao primeiro. A alteração da ordem, para além da alteração da expressão consolidada, visa reforçar um novo paradigma científico e cultural. Em verdade, o paciente é o protagonista, ao passo que o médico é o facilitador e promotor da saúde do primeiro e sua atuação está respaldada na autonomia do paciente e nas bases científicas de promoção do princípio da beneficência.<sup>4</sup>

Surge assim, o cuidado centrado no paciente e, nesse contexto, o desenvolvimento das habilidades de comunicação do profissional de saúde se configura como obrigatória, notadamente: dar ao paciente tempo para pensar; exercitar a boa comunicação, sem uso abusivo do jargão técnico; exercitar a habilidade da empatia; lembrar-se de escutar; oferecer suporte na medida certa; reconhecer os modelos de entendimento do paciente; acolher o paciente com calor humano, respeito e cordialidade; exercitar a empatia, junto com a disciplina emocional de não ter de dar soluções a tudo; potencializar a assertividade; escutar o paciente em todas as dimensões (verbais e não verbais); distinguir a demanda aparente (queixa) da demanda real (causa dos problemas), buscando formular um plano terapêutico ampliado e em conjunto com o paciente; utilizar-se de habilidades de escuta ativa<sup>5</sup>.

Borrell-Carrió e Epstein afirmam ainda que o profissional de saúde deve evitar as seguintes atitudes: pressupor que já sabe o que está ocorrendo; esquivar-se do vínculo, baseado na crença do profissional meramente técnico; ser prepotente frente às situações vividas pelos pacientes; desconhecer os próprios pontos de irritação; saudar friamente o paciente ou não saudá-lo; não escutar já no início da consulta; não delimitar claramente o motivo da consulta; introduzir conselhos e informações precocemente; não integrar a informação atual com o que se conhece do paciente; condutas de antagonismo, culpabilização, juízos de valor e asseguramentos prematuros.<sup>6</sup>

A relação médico-paciente é, via de regra, assimétrica, cabendo ao profissional da Medicina mitigar a assimetria e promover uma integração do paciente e familiares ao tratamento,<sup>7</sup> e é por meio do cuidado centrado no paciente que essa assimetria pode ser mitigada.

É preciso reconhecer que a relação médico-paciente é um negócio jurídico e se demanda a observância ao direito à informação.<sup>8</sup> Todavia, em um contexto de relação existencial, não se pode exigir um simples tratamento ordinário, de modo que os deveres impostos às partes são amplificados para preservar tais valores.

O Código de Ética Médica, por exemplo, reitera, em diversas oportunidades, o dever de

3 SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin R.. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Revista Bioética*, v. 6, n. 1, 2009, p. 3

4 NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. *O minimum minimorum* existencial do direito fundamental à saúde e o modelo hermenêutico no procedimento decisório: um olhar sob a perspectiva da alteridade. *Revista da AGU*, v. 18, n. 01, p. 19-48, 2019; NILO, Alessandro Timbó. *Direito Médico: o contrato de tratamento no Direito Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2020, p.37-39

5 BORRELL-CARRIÓ, Francesc; EPSTEIN, Ronald M. Preventing errors in clinical practice: a call for self-awareness. *The Annals of Family Medicine*, v. 2, n. 4, p. 310-316, 2004.

6 BORRELL-CARRIÓ, Francesc; EPSTEIN, Ronald M. Preventing errors in clinical practice: a call for self-awareness. *The Annals of Family Medicine*, v. 2, n. 4, p. 310-316, 2004

7 VASCONCELOS, Camila. *O Direito Médico e Bioética: história e judicialização da relação médico paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.109.

8 SILVA, Michael César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Direito à informação qualificada na relação médico-paciente: estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação Lato Sensu e Título de Especialista em Dermatologia. *Revista Paradigma*, n. 19, 2010.

observância de informação e garantia da autonomia do paciente, seja nos “considerandos”, no capítulo de princípios e, também, no de deveres médicos:

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

DEVERES MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao tratar do tema do direito à informação com mais profundidade, reconheceu a relação umbilical entre o direito à informação e o exercício da autonomia. Nos autos do Recurso Especial nº 1.540.580 – DF, o STJ reconheceu que a autonomia da vontade teria como pressuposto o dever de informação e o direito ao consentimento livre e esclarecido.<sup>9</sup>

Nesse sentido, não pode a pandemia causada pela Covid-19 implicar na redução do direito à informação. Pelo contrário, períodos de crise como uma pandemia exigem a maximização do direito à informação racional de todos os envolvidos. Falta de informação ou desinformação apenas prejudicam o combate à pandemia.

O próprio Estado Brasileiro, a despeito da catastrófica<sup>10</sup> atuação de alguns entes da federação e de entidades da Administração Indireta, a exemplo do Conselho Federal de Medicina e Agência Nacional de Saúde Suplementar, fixou na Lei 13.979 de 2020, normativa responsável pelas “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de

---

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1540580/DF*, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

10 Distribuição e construção de protocolos não fundados na Medicina Baseada em Evidências; autorização, com base na autonomia do médico e do paciente, para prescrição de medicamentos sem evidência científica; oscilação por parte da ANS em relação à cobertura da saúde suplementar e tantos outros exemplos.

importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, a informação como elemento básico de combate:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre 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 de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

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.

(...)

§ 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo:

*I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento. (sem grifos no original).*

Ou seja, mesmo em um contexto de pandemia, em que diversas liberdades podem e devem ser mitigadas em prol do interesse público, a informação surge como elemento fundante que não se permite mitigação.

Dentro dessa perspectiva, conforme destaca Debora Gozzo, a informação surge como um dever de transparência a ser analisado sob o prisma formal e material. Sob o prisma formal, significa que o dever de transparência deve ser nítido e claro. Sob o prisma material deve impor-se a compreensão ao emissário do conteúdo da mensagem/informação.<sup>11</sup>

Assim, a informação surge como premissa básica para o exercício da autodeterminação e a ausência de informação ou informações incompletas resultam em consentimentos inexistentes ou ineficazes, respectivamente, e lançam a conduta médica para o campo da ilicitude.<sup>12</sup>

A informação deve ser transparente e o suporte informacional deve ser o mais amplo possível para o enfermo e seus familiares, sobretudo em um contexto de restrição de liberdades em razão do quadro extraordinário de saúde pública. Genival Veloso afirma que, sem informação, não há como assegurar que cada um de nós seja “o autor do seu próprio destino e escolher o caminho da nossa vida”<sup>13</sup>. Ou seja, o direito à saúde, ante a necessidade de autodeterminação, impõe a informação como direito e dever correlato.

---

11 GOZZO, Débora. Transparência, informação e a relação médico-paciente. In: GOZZO, Débora (Org.) *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.75-90, p.83.

12 RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 213.

13 FRANÇA, Genival Veloso. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 7 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019, p.79.

É necessário reconhecer que a informação em um contexto de pandemia torna a relação médico-paciente e com os familiares ainda mais importante, na medida em que mitiga temores, permite um exercício adequado da autodeterminação e, sobretudo, viabiliza, em um cenário de incerteza, dados mínimos para que estes exerçam, de forma minimamente razoável, seus direitos à autodeterminação e à tomada de decisões.

Deve-se reconhecer que a atual conjuntura é pautada mais em incertezas do que em certezas. Não há, até o momento, vacina, tratamento ou remédio com propriedades curativas. Existem medidas profiláticas e um tratamento baseado na sintomatologia apresentada. Como bem destacam Miguel Kfoury Neto, Eduardo Dantas e Rafaella Nogaroli, temos “incertezas quanto ao comportamento do vírus, à efetividade de tratamentos, e a inexistência de protocolos de atuação”<sup>14</sup>.

O elevado grau de insegurança no combate a Covid-19 não significa – e nem poderia significar – a mitigação do direito à informação. A evolução concomitante do conhecimento científico e do próprio combate à doença remodelam o direito à informação, mas não o eliminam e nem autorizam a restrição à informação existente ou a promoção da desinformação, visto que isso representaria um exercício ilícito da Medicina.

Desta forma, o que se observa no atual cenário é que o profissional não pode ser obrigado a prestar informações que inexistem nas evidências científicas, contudo, a informação de todo o conhecimento já existente – sobre a doença e sobre o doente *in concreto* – é premissa básica para exercício do consentimento, devendo no momento do esclarecimento ao paciente e seus familiares haver a comunicação da qualidade e robustez do seu conteúdo.

### **3 DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE O QUADRO DO PACIENTE EM TEMPOS DE PANDEMIA<sup>15</sup>**

A premissa mais elementar para autorizar a atuação dos profissionais da saúde é a de que os pacientes, devidamente esclarecidos acerca dos contornos do ato médico a que serão submetidos, tenham prestado o devido consentimento. O direito à informação do paciente é, pois, da essência da conduta médica, que somente se legitima se o profissional cuidar de aclarar ao enfermo as circunstâncias fundamentais do tratamento proposto e se dele colher a respectiva anuência.

Corolário do direito do paciente de decidir sobre os cuidados a ter e os tratamentos a ministrar sobre sua saúde emerge, ainda seu favor, a prerrogativa de optar por não ser informado sobre a sua condição e acerca das medidas terapêuticas ou reparadoras que serão adotadas. O direito de não ser informado representaria o que parcela da doutrina chama de privilégio terapêutico.<sup>16</sup>

Isto supõe que, para além dos casos em que não é conveniente prestar esclarecimentos ao paciente, quando houver ponderadas razões que justifiquem um fundado receio de que ele, de posse delas, terá sua saúde física ou mental agravada – o que significará uma renúncia

---

14 KFOURI NETO, Miguel; DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à COVID-19. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Orgs.). *Debates contemporâneos em Direito Médico e da Saúde*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p.527-528.

15 Este tópico contempla, com adaptações, trechos extraídos da obra: GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao próprio corpo*: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

16 Importante destacar que o chamado privilégio terapêutico pode ser interpretado como o direito de não ser informado ou o direito do médico de omitir informações que possam ser prejudiciais para a continuidade do tratamento. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013, p.217; MIZIARA, Ivan D. Ética para clínicos e cirurgiões: consentimento. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v.59, n. 4, p. 312-315, 2013.



do médico a dizer a verdade (ou toda a verdade) sobre um diagnóstico desolador<sup>17</sup> –, há outra circunstância que dispensará o médico do dever de esclarecimento cabal sobre o tratamento: a renúncia à informação.

Assim, em determinadas conjunturas, tanto o médico poderá invocar para si o direito de não informar, quanto o paciente poderá exercer a prerrogativa de não ser informado. No primeiro caso, poderá o médico, objetivando respeitar o princípio da beneficência à própria condição de saúde do paciente, deixar de lhe prestar informações que somente contribuiriam para o agravamento do seu estado. A lógica que orienta esta prerrogativa de calar total ou parcialmente a verdade reside na necessidade de proteção ao próprio doente, que nunca deve ser privado da esperança de convalescer. João Vaz Rodrigues firma o exemplo de uma doença do foro neurológico, que poderá ser omitida ao paciente, caso seja previsível que a notícia possa provocar estados de ansiedade que causem degeneração do tecido cerebral. Para as hipóteses em que não seja conveniente revelar a verdade ao paciente, contudo, o autor defende que a informação seja partilhada com as pessoas próximas ao enfermo, como no caso dos prognósticos fatais,<sup>18</sup> medida que poderá contribuir com os cuidados que os familiares, em especial, deverão ter com a saúde do doente.

A possibilidade de se deixar de prestar esclarecimentos ao paciente, contudo, deve ser submetida a estreitos limites. É preciso, sempre, ter em mente que a informação é a regra e que a prerrogativa conferida ao médico de excepcionalmente ocultar determinadas informações não pode atingir o extremo de privar o paciente da própria liberdade de, com base nelas, tomar a decisão que lhe pareça mais oportuna quanto aos tratamentos a conduzir sobre sua saúde. O direito de não informar somente poderá ser invocado pelo médico, portanto, quando não implicar o enfraquecimento do consentimento informado do paciente. Caso o médico tenha fundadas razões para crer que determinados dados não contribuirão para esclarecer e ampliar um leque de escolhas conscientes, mas antes para turvar a visão do paciente sobre seu estado de saúde e deturpar seu consentimento, a faculdade de não informar estará devidamente justificada, recaindo, por outro lado, o dever de informar ao representante legal, sob pena de descumprimento do CEM/2019. Ademais, considerando-se a inexistência de um rol exaustivo das hipóteses em que o médico pode fazer uso do privilégio terapêutico, tem-se que, ao decidir subjetivamente por omitir informações do principal interessado, atrai a responsabilidade de eventuais más escolhas promovidas.

Já no tocante à renúncia à informação pelo paciente – isto é, o direito de não ser informado –, se a premissa que justifica a necessidade de prestar ao enfermo as informações relevantes que cercam seu estado de saúde e as medidas cabíveis para curá-lo assenta na ideia de que ele será o melhor juiz para decidir por si mesmo, cabe concluir que tal liberdade para decidir poderá também implicar uma recusa à recepção daquelas mesmas informações. Trata-se, com efeito, do outro lado de uma só moeda: a mesma autonomia que faculta ao paciente ter conhecimento dos dados que lhe permitem consentir também atribui a si um *direito a não saber*.<sup>19</sup> Neste contexto, o direito de ser informado se traduz em uma liberdade positiva e negativa.

---

17 Sobre o tema, o art. 34 do Código de Ética Médica excepciona o dever de informar ao paciente na hipótese que a informação cause prejuízo para o paciente, porém transfere o dever de informar para o seu representante legal.

18 RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p.286-287.

19 Conforme a expressão cunhada por André Gonçalo Dias Pereira. Cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXVI, 2000, p. 448.

Quando o paciente decide não ser informado, ainda que ele seja um leigo, que jamais obteve qualquer elucidação sobre seu estado de saúde e acerca do tratamento a ser ministrado, tal comportamento não indicará seu dissentimento, ou seja, não pode o profissional interpretar que paciente está recusando a realização das intervenções cabíveis, mas apenas pretenderá ficar alheio aos fatos. Trata-se, na realidade, da manifestação de um “consentimento em branco”, em que o paciente consciente e voluntariamente abdica dos esclarecimentos e da escolha do tratamento a seguir, embora consinta com as práticas médicas tendentes a preservar a sua saúde.<sup>20</sup>

Embora a consagração do direito de não ser informado nada mais seja que uma natural decorrência do respeito à autonomia do paciente, cabe proceder com cautela sempre que a hipótese se manifestar nos casos concretos. A fim de evitar posteriores alegações de que partiu do médico a recusa de prestar os esclarecimentos cabíveis, competirá a ele, por precaução, exigir que o paciente firme uma declaração de que o profissional em questão se dispôs a oferecer as informações devidas. Assim, terá o próprio paciente manifestado expressamente sua recusa, evitando-se, com isso, que se cogite de qualquer responsabilidade da equipe médica.

A perspectiva até aqui apontada parte do pressuposto de que, em circunstâncias normais, é livre a escolha do paciente entre receber as informações relativas ao seu diagnóstico – o que normalmente ocorre – ou abdicar do direito de ser esclarecido. Em determinados momentos, todavia, o estágio de normalidade se vê afetado por circunstâncias extremas, extraordinárias, que impõem a subversão das premissas que, em geral, se aplicam às relações jurídicas e, em particular, às relações médico-paciente.

No momento em que são redigidas estas linhas, no início do segundo semestre de 2020, o mundo ainda se vê impactado pela pandemia do novo coronavírus, que afeta alguns povos de forma mais acentuada que outros. No caso específico do Brasil, trata-se de um dos países com o maior número de infectados em todo o mundo.

O que explica a reação enérgica adotada pelos governos de diversos países, que determinaram um período forçado de quarentena de seus cidadãos e o fechamento de fronteiras e da maior parte do comércio local, não é tanto a cifra de letalidade do novo coronavírus, mas seu altíssimo grau de contágio: ainda que um indivíduo assintomático (isto é, que não apresente os sintomas ordinários da doença) sequer tenha ciência de ter sido afetado, é possível que venha a contaminar outras pessoas, que podem sofrer de forma mais acentuada os efeitos do contágio e mesmo vir a óbito.

Tem-se, pois, que o quadro atual de pandemia revela, em termos sanitários, um cenário anômalo, a exigir uma radical alteração de paradigma. Em princípio, o estado de saúde de um indivíduo deveria apenas dizer-lhe respeito, por se tratar de questão de foro íntimo; preservar as informações sobre as condições de saúde de uma pessoa significa proteger sua vida privada e, por conseguinte, sua intimidade, enquanto direitos fundamentais (art. 5º, X da Constituição da República) e personalíssimos (art. 21 do Código Civil), invioláveis por sua natureza própria.<sup>21</sup>

Circunstâncias extremas, todavia, exigem a eventual tomada de medidas proporcionalmente extremadas. Em sendo a pessoa portadora de um vírus de elevado grau

---

20 RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 352-353.

21 A atual pandemia demonstra que a noção de enfrentamento não pode ser individualista e sim sob a perspectiva coletiva. Cf. NEVES, André Luiz Batista. A Recusa ao Exame Diagnóstico da COVID-19. In: BAHIA, Saulo José Casali (org.). *Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavirus*. São Paulo: IASP, 2020, p.47.

de propagação e potencialmente letal, caberia, em nome do resguardo de sua privacidade, respeitar seu direito de não ser informada a respeito ou mesmo de manter sigiloso o resultado de seus exames médicos, que acusem a contaminação pelo novo coronavírus?

A resposta ao postulado proposto há de ser negativa. O interesse social e mesmo estatal de preservar a saúde pública e de evitar que o quadro de pandemia se alastre e provoque um aterrador cenário de insuficiência de leitos hospitalares justifica a relativização do direito individual do paciente de não se informar ou de manter as informações sobre sua saúde a salvo do conhecimento de terceiros. Assim, o médico que toma ciência do contágio pelo novo coronavírus não apenas tem o dever de comunicar este fato ao paciente – ainda que este não queira ser informado – como também deve alertar esta circunstância às pessoas que com ele convivem (familiares, em especial), se a elas tiver acesso, a fim de propiciar aos interessados os esclarecimentos necessários e evitar novas contaminações.<sup>22</sup>

A necessidade de salvaguardar a saúde da coletividade se sobrepõe ao interesse individual – porventura egoísta – de não ter ciência de sua verdadeira condição de saúde. Ao império desta necessidade, aliás, não escapam sequer as mais elevadas autoridades de um país. Assim é que, no Brasil, a Justiça Federal determinou, entre os meses de abril e maio de 2020, que o Presidente da República apresentasse os resultados de seus exames para atestar a possível contaminação pelo Covid-19. Para embasar a decisão, já em segunda instância, o presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Mairan Maia, defendeu que “não se trata de personalíssimo direito à manutenção da privacidade dos resultados dos exames, senão de informação que se reveste de interesse público acerca do diagnóstico da contaminação ou não pela Covid-19”.<sup>23</sup>

O próprio Presidente, que havia anteriormente disseminado voluntariamente na internet os resultados negativos dos testes outrora realizados, passou a se recusar terminantemente a divulgar os diagnósticos obtidos em novos exames, ainda que insistisse em afirmar publicamente não ter sido contaminado. Por fim, a autoridade máxima do Brasil cedeu e tornou públicos os resultados negativos dos exames, em que constava, todavia, o emprego de pseudônimos, sob a justificativa de que tal conduta seria necessária para preservar a segurança da mais alta autoridade do país.

Ainda que o mérito das decisões judiciais de primeiro e segundo grau que constrangeram o Presidente da República a apresentar seus diagnósticos médicos tenha sido objeto de intenso debate, seja no âmbito técnico-jurídico (com revisão de entendimento no STJ)<sup>24</sup> ou na seara social e política (em que as discussões se agravam drasticamente, em razão dos extremismos político-partidários que têm marcado a sociedade brasileira ao largo dos últimos anos), é possível constatar que seu cerne se assenta na premissa de que a ninguém é ressalvado o direito ao sigilo quando, em meio a uma pandemia de proporções globais, milhões de indivíduos são contaminados e têm suas vidas submetidas a grave risco. Ainda que a contragosto, todo e qualquer cidadão deve se conduzir de modo a preservar a vida e a saúde de terceiros.

---

22 Neste sentido, a Portaria nº 1.792/2020 do Ministério da Saúde trouxe o dever de notificação ao Ministério da Saúde de todos os resultados de testes diagnóstico para SARS-CoV-2 realizados por laboratórios da rede pública, rede privada, universitários e quaisquer outros, o que apenas reforça sua natureza pública.

23 CONSULTOR JURÍDICO. *TRF-3 restaura decisão que obriga Bolsonaro a apresentar exames*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-03/presidente-trf-mantem-divulgacao-exame-bolsonaro>. Acesso em: 09 jul. 2020.

24 O relator do caso no STJ, Ministro João Otávio de Noronha, ao reverter a decisão do Tribunal Federal Regional da 3ª Região, assim destacou: “a todo e qualquer indivíduo garante-se a proteção à sua intimidade e privacidade, direitos civis sem os quais não haveria estrutura mínima sobre a qual se fundar o Estado Democrático de Direito” (UOL. *STJ derruba liminar que determina entrega de exames de Bolsonaro*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/08/stj-entrega-exames-bolsonaro-coronavirus.htm>. Acesso em: 09 jul. 2020.

Em reforço à defesa de que o direito de não ser informado, por parte do paciente ou de terceiros, deve ceder frente à necessidade de se proteger o direito à saúde da coletividade, cumpre, ainda, recorrer à aplicação da *técnica da ponderação*.

Do rol de direitos e garantias fundamentais previstos no texto da Constituição da República, figuram tanto a vida privada (art. 5, inciso X) quanto a saúde (art. 6º). Assim, a preservação do sigilo dos exames médicos – corolário da tutela da privacidade e, conseqüentemente, da intimidade – e o resguardo da saúde, em caráter individual ou coletivo, gozam do mesmo *status* constitucional. Assim, não há, aprioristicamente, a prevalência de um destes valores em detrimento do outro.

Para que se vislumbre solução adequada aos casos em que valores, bens e direitos venham a se confrontar, irrompe a aludida técnica da ponderação. De acordo com ela, “uma restrição a um determinado direito fundamental é admitida quando endereçada à satisfação de outro direito individual ou bem coletivo constitucionalmente protegido, cujo peso ou importância revele-se igual ou superior, à luz das circunstâncias concretas envolvidas”.<sup>25</sup>

Constatado um conflito entre direitos fundamentais, o desfecho preferencial consistirá no respeito a ambos os valores em colisão; não sendo viável conservar a convivência harmônica dos direitos em choque, caberá apelar à sua hierarquização. Em outras palavras, a lógica da ponderação sugere que, num primeiro momento, compete tentar conciliar os valores e interesses em causa, sem que nenhum deles tenha de ceder; se tal não for possível, cumprirá sopesá-los, segundo uma hierarquia que não pode deixar de considerar que: i) qualquer solução, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais e da personalidade, deve ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana; ii) a escolha sobre qual dos valores deverá prevalecer será feita com base nas circunstâncias do caso concreto; iii) para que se dê o afastamento (no todo ou em parte) da incidência de um direito em prol da eficácia de outro, é fundamental analisar se a importância da preservação do direito prevalecente é suficiente para justificar a restrição do direito sucumbente.

Assim, levando-se em conta o problema em concreto – qual seja, identificar se deve prevalecer o interesse individual na preservação da privacidade do paciente ou se cumpre dar guarida ao interesse social em ter conhecimento dos números relativos à pandemia do novo coronavírus, inclusive para fins precaucionais –, parece razoável supor que o valor a sucumbir deva ser o direito do paciente de não ser informado e de, eventualmente, não ter seu diagnóstico levado ao conhecimento de terceiros. A necessidade de tutelar a saúde pública impõe a relativização do direito à privacidade, uma vez que, em circunstâncias pandêmicas, alertar ao paciente sobre seu estado de saúde e informá-lo a terceiros que com ele convivem é meio necessário para evitar o alastramento da contaminação.

Os argumentos apresentados servem, enfim, para justificar a ideia de que os paradigmas habituais que orientam as relações médico-paciente sofrem profunda alteração quando circunstâncias extremadas o justificam. O dever de informar, por parte dos profissionais da saúde, e o direito de (não) ser informado são realocados em seu sentido tradicional e cedem frente ao interesse maior de preservar a saúde pública, de modo a compelir o médico a informar e orientar o paciente e os terceiros que com ele convivem

---

25 SOARES, Guilherme. Restrições aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável? In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p. 332.

sobre a eventual contaminação pelo novo coronavírus, ainda que estes e aquele pretendam abdicar do direito à informação em apreço.

#### **4 DIREITO DE VISITAS E ACESSO AO BOLETIM MÉDICO A COMO MEIO DE EFETIVAR O DIREITO À INFORMAÇÃO**

Como percebido, a pandemia da Covid-19 trouxe novos desafios e possivelmente, a maior parte deles parte de uma única premissa: como adaptar à nova realidade sem, contudo, diminuir ou suprimir direitos e deveres já existentes? Notadamente, a essa pesquisa interessa os meios de efetivação do direito à informação do paciente e de seus familiares, vez que o isolamento social afetou, também o contato físico entre os pacientes com Covid-19 internados e seus familiares.

Se é verdade que as normas jurídicas e deontológicas já existentes não são capazes de dar respostas a esse dilema, é também verdade que a Bioética e as normas internacionais podem auxiliar nessas questões.

O Comitê Internacional de Bioética e a Comissão Mundial sobre Ética do Conhecimento e da Tecnologia, ambos da UNESCO,<sup>26</sup> já reconheceram o papel de destaque da Bioética no contexto da Covid-19<sup>27</sup>. Michele Bachelet<sup>28</sup> afirmou que a dignidade e os direitos humanos devem guiar os esforços de enfrentamento da pandemia.

Neste cenário, o direito à informação emerge como um importante direito a ser tutelado e, apesar de não ter sido editada no Brasil nenhuma norma específica sobre esse assunto no contexto pandêmico, verificou-se, acima, que há arcabouço jurídico suficiente para proteger o direito do paciente e de seus familiares de receberem a devida informação.

Por isso, é importante que os profissionais e as instituições de saúde se conscientizem que, para além de um direito do consumidor, o direito à informação é consequência imediata da preservação dos princípios bioéticos e pilar do cuidado centrado no paciente.

O projeto Vital Talks, originado de uma organização sem fins lucrativos do Reino Unido, com o objetivo de capacitar médicos “a se comunicarem sobre doenças graves de maneira empática e eficaz, permitindo que se sintam menos esgotados no processo”, elaborou uma cartilha para auxiliar médicos a se comunicarem com pacientes e familiares durante a pandemia da Covid-19, já traduzida para vinte e cinco idiomas<sup>29</sup>.

No Brasil, além da tradução da cartilha do Vital Talks, foi publicado o material Comunicação Díficil e Covid-19, com o objetivo de “fornecer um conjunto de recomendações para organização dos serviços e atendimento dos funcionários de saúde voltado para as melhores práticas de comunicação durante a pandemia do Covid-19, em 2020.”<sup>30</sup>

Essa cartilha foca na criação de fluxos de visitas virtuais e coloca o paciente como centro do cuidado, dando especial atenção aos familiares que devem sempre receber os boletins

---

26 UNESCO. *Statement on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115>. Acesso em: 02 jun. 2020.

27 ALBUQUERQUE, Aline; CARVALHO, Kalline; TANURE, Cintia, Direitos do Paciente e Covid-19, in: DADALTO, Luciana (Org.), *Bioética e Covid-19*. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2020.

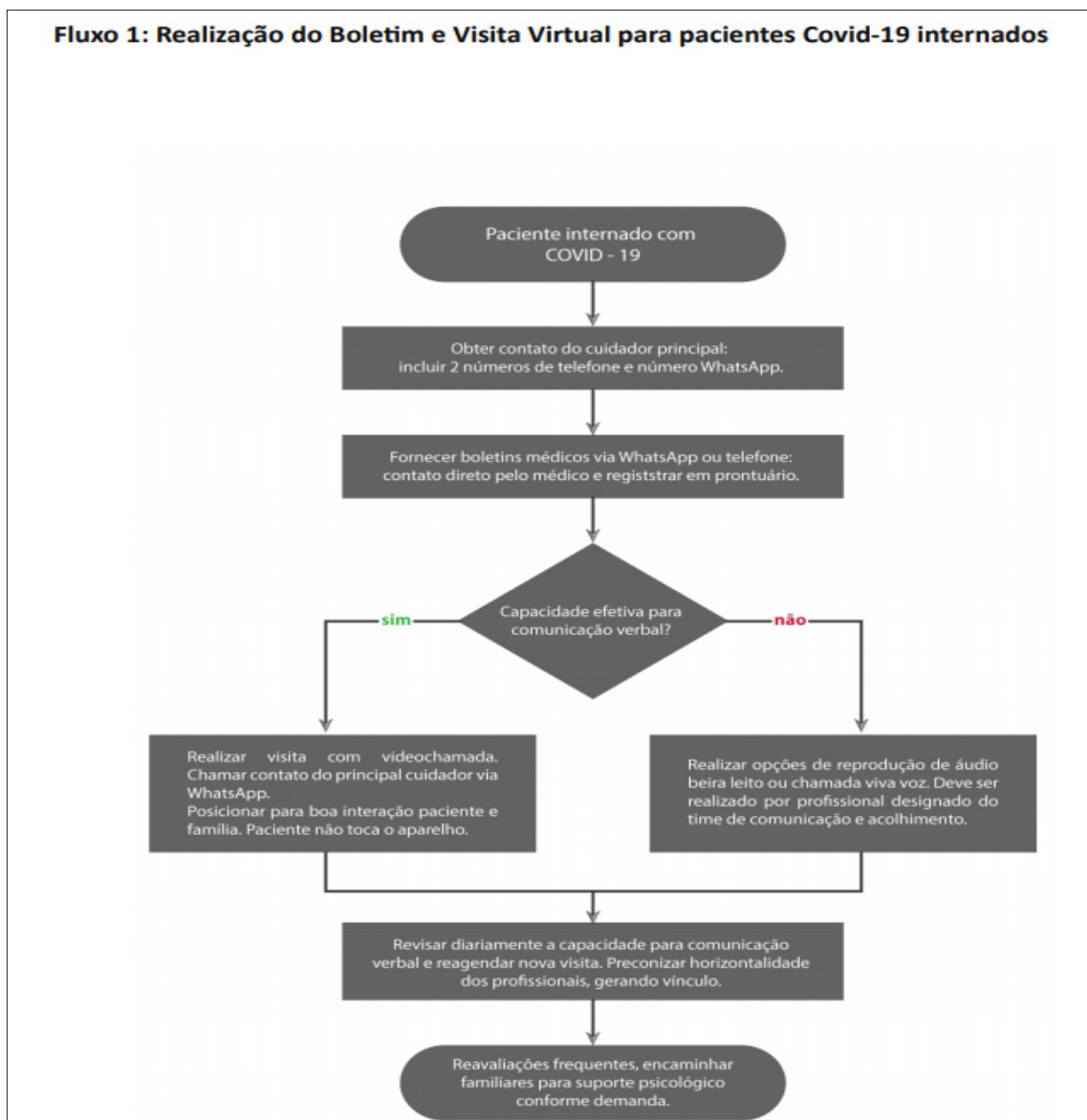
28 BACHELET, Michele. *COVID is “a colossal test of leadership” requiring coordinated action, High Commissioner tells Human Rights Council*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=E>. Acesso em: 10 jun. 2020.

29 Disponível em: <https://www.vitaltalk.org/guides/covid-19-communication-skills/>.

30 CRISPIM, Douglas et. al. *Comunicação Díficil e Covid-19*. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/04/comunicacao-COVID-19.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.



médicos e ao registro dessas comunicações, em um claro exemplo prático de efetivação do direito do paciente e de seus familiares à informação.



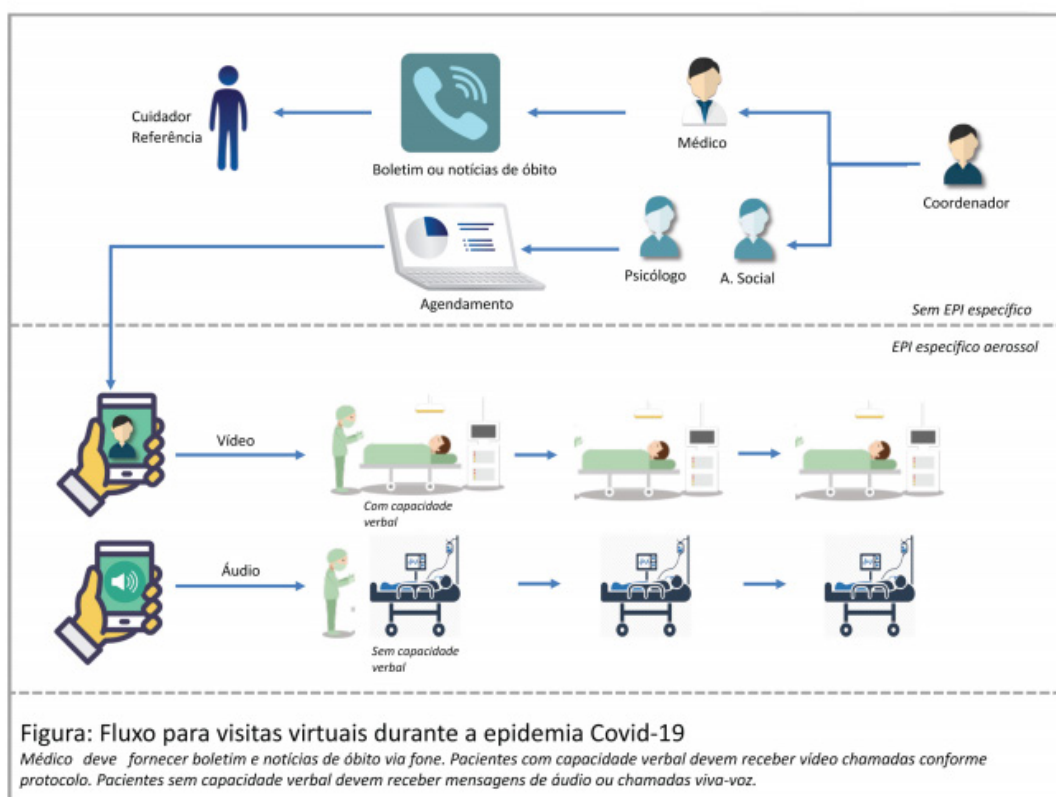
Fonte: Comunicação difícil e Covid – 19: Recomendações práticas para comunicação e acolhimento em diferentes cenários da pandemia<sup>31</sup>

Os autores propõem ainda um modelo de visita intra-hospitalar, a fim de possibilitar visitas virtuais mesmo quando o paciente não possui capacidade verbal.

31 CRISPIM, Douglas *et. al.* *Comunicação Difícil e Covid-19: Recomendações práticas para comunicação e acolhimento em diferentes cenários da pandemia.* Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/04/comunicacao-COVID-19.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.



**Figura 1: Modelo de visita virtual intra hospitalar:**



Fonte: Comunicação difícil e Covid – 19: Recomendações práticas para comunicação e acolhimento em diferentes cenários da pandemia<sup>32</sup>

Essas iniciativas demonstram ser plenamente possível a efetivação do direito à informação sem que haja necessidade de disposição legislativa ou qualquer constrição judicial. Todavia, é imperioso compreender que fluxos como esses não se constituem – e nem podem – benesses do profissional e da instituição de saúde, mas sim o reconhecimento de que o direito à informação é um direito fundamental mesmo em momentos de pandemia e, portanto, não pode ser suprimido ou minimizado.

Por essa razão, as instituições de saúde que não realizem ações para garantir o exercício do direito à informação do paciente e dos familiares devem ser responsabilizadas por má prestação do serviço de saúde. Já os médicos que descumpram seu dever de informação poderão ser responsabilizados tanto administrativamente no Conselho Regional de Medicina de seu estado quanto civilmente, por violação a direitos existenciais.

32 CRISPIM, Douglas *et. al.* *Comunicação Difícil e Covid-19: Recomendações práticas para comunicação e acolhimento em diferentes cenários da pandemia.* Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/04/comunicacao-COVID-19.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A informação no contexto da pandemia assume maior relevância na medida em que, sem ela, diversos direitos fundamentais podem ser violados. Todavia, como o direito de informação pode assumir múltiplas facetas no contexto do direito à saúde, é primordial que haja a exata identificação da sua função e a forma de exercício.

Se outrora negado pelo médico, o mundo Pós Segunda Guerra Mundial reconheceu a autonomia do paciente e um dos desdobramentos desse reconhecimento foi o direito à informação sob o prisma existencial, de modo que não se trata de mero capricho ou preciosismo médico promover a integração do paciente ao seu próprio tratamento. Em verdade, o médico deve, antes de tudo, tratar o paciente como sujeito de direito, merecedor de todas as informações para que o negócio jurídico seja perfectibilizado.

Deste modo, considerando que o médico tem o dever de informar para garantir o respeito a autonomia do paciente, sob pena de ser repercussão na seara ética, cível, penal, a atual pandemia apenas maximizou esse dever de informação, em especial em razão dos efeitos extremos causados pela Covid-19.

Se, na ausência de crises sanitárias, o direito de ser informado assumia uma natureza positiva ou negativa, em que o paciente tinha o direito de optar por ser informado ou não acerca do seu quadro, na atual conjuntura pandêmica, o alto risco e consequências gravosas causadas pela Covid-19 impedem o direito de não saber face ao dever de saber e cuidar. A doença perdeu a natureza individualista e passou a ser um problema de saúde coletiva, de modo que o exercício da autonomia individual não pode ser utilizado de forma abusiva e em prejuízo a sociedade como um todo. Há verdadeira conexão entre a defesa da saúde e um aspecto coletivo e solidário, de modo que a defesa do todo só se dá através do engajamento dos indivíduos individualmente considerados.

Deve-se ainda considerar, no contexto da pandemia da Covid-19, que o direito à informação também abarca o direito de o paciente isolado manter ao contato com os familiares. Em verdade, instituições de saúde não podem ser transformados em porões, tão comuns em períodos obscuros da nossa História

Deste modo, na hipótese de o paciente estar lúcido, em observância ao dever de cuidado, é necessário que a instituição utilize dos meios disponíveis ao seu alcance para garantir o direito de informação sem intermediários, ou seja, que o paciente possa se comunicar, em especial através do uso da tecnologia, com seus familiares e entes queridos. Caso não possa se comunicar, é dever da instituição de saúde promover um efetivo canal de comunicação com o representante legal e familiares, de modo que estes possam acompanhar a evolução do paciente. Neste cenário, a informação e comunicação ultrapassam uma natureza estritamente formal e assumem um papel de cuidado - em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da vedação ao tratamento desumano ou degradante.

Em suma, o respeito ao direito do paciente à informação, no contexto da pandemia da Covid-19, assume novos vieses e ressalta antigos, demonstrando que o direito à informação é um dos pilares do tratamento humanizado, melhor nomeado de cuidado centrado no paciente.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; CARVALHO, Kalline; TANURE, Cintia. Direitos do Paciente e Covid-19. In: DADALTO, Luciana (Org.), *Bioética e Covid-19*. Indaiatuba -SP: Editora Foco, 2020.

BACHELET, Michele. COVID is “a colossal test of leadership” requiring coordinated action, High Commissioner tells Human Rights Council. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=E>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BORRELL-CARRIÓ, Francesc; EPSTEIN, Ronald M. Preventing errors in clinical practice: a call for self-awareness. *The Annals of Family Medicine*, v. 2, n. 4, p. 310-316, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1540580/DF*, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018.

CONSULTOR JURÍDICO. *TRF-3 restaura decisão que obriga Bolsonaro a apresentar exames*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-03/presidente-trf-mantem-divulgacao-exame-bolsonaro>. Acesso em: 09 jul. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. *Covid-19: Brasil tem 42.725 novos casos, o segundo maior número em 24 horas*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/06/24/interna-brasil,866614/covid-19-brasil-tem-42-725-novos-casos-o-segundo-maior-numero-em-24.shtml>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CRISPIM, Douglas; et. al. *Comunicação Difícil e Covid-19: Recomendações práticas para comunicação e acolhimento em diferentes cenários da pandemia*. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/wp-content/uploads/2020/04/comunicacao-COVID-19.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 7 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019.

GARCIA, Maria. A pessoa do paciente e o princípio da dignidade humana. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Direito dos pacientes*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.21-31.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária*. Curitiba: Juruá, 2014.

GOZZO, Débora. Transparência, informação e a relação médico-paciente. In: GOZZO, Débora (Org.) *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.75-90.

KFOURI NETO, Miguel; DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à COVID-19. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Orgs.). *Debates contemporâneos em Direito Médico e da Saúde*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p.505-541.

MIZIARA, Ivan D. Ética para clínicos e cirurgiões: consentimento. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 59, n. 4, p. 312-315, 2013.

NEVES, André Luiz Batista. A Recusa ao Exame Diagnóstico da COVID -19. In: BAHIA, Saulo José Casali (Orgs.). *Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p.42-50.

NILO, Alessandro Timbó. *Direito Médico: o contrato de tratamento no Direito Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2020.

NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. O *minimum minimorum* existencial do direito fundamental à saúde e o modelo hermenêutico no procedimento decisório: um olhar sob a perspectiva da alteridade. *Revista da AGU*, v. 18, n. 01, p. 19-48, 2019

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXVI, 2000.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Revista Bioética*, v. 6, n. 1, 2009.

SILVA, Michael César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Direito à informação qualificada na relação médico-paciente: estudo das implicações da diferença entre Certificado de Pós-Graduação Lato Sensu e Título de Especialista em Dermatologia. *Revista Paradigma*, n. 19, 2010.

SOARES, Guilherme. Restrições aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável? In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. Páginas do intervalo.

UNESCO. *Statement on Covid-19: Ethical Considerations from a Global Perspective*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115>. Acesso em: 02 jun. 2020.

UOL. *STJ derruba liminar que determina entrega de exames de Bolsonaro*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/05/08/stj-entrega-exames-bolsonaro-coronavirus.htm>. Acesso em: 09 jul. 2020.

VASCONCELOS, Camila. *O Direito Médico e Bioética: história e judicialização da relação médico paciente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

# SEÇÃO III

## DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO CORONAVÍRUS

# WHO KILLED HIPPOCRATES? HEALTH CARE SYSTEMS, DUTIES AND LIABILITY'S RULES AT THE TIME OF THE PANDEMIC

**Virginia Zambrano**

Doutora em Dottorato en Giurispurdenza pela Universita degli Studi di Napoli Federico II, Italy. Professor of Comparative Law da Università degli Studi di Salerno, Italy.

---

**Sumário:** 1 COVID-19, the liability framework and the American experience; 2 Clinical negligence and the English approach; 3 Le Covid et la responsabilité des professionnels de santé; 4 Medical need and health choices: the Italian solution; 5 Patient's protection and the limitations imposed by the pandemic; References.



## 1 COVID-19, THE LIABILITY FRAMEWORK AND THE AMERICAN EXPERIENCE

If there is one lesson that the experience of the pandemic reveals is the fragility of modern societies, as well as their inability to develop a chain of command capable of effectively countering external events and threats such as the one caused by a virus of apparently trivial zoonotic origin. The transition to man, as well known, has been dramatic and has set an entire political, legal and social ecosystem in fibrillation. It comes as no surprise that, in all legal systems, the answer coincided with the strengthening of a state of sovereignty which, according to Foucault, takes the form of “subtraction” where - again to quote Foucault - only the biopolitical dimension gives rise “to a relationship of care, protection, growth, enhancement of life”<sup>1</sup>. The recovery of the sovereignty above mentioned has led to a stabilization of the state of exception and to the rewriting of limits and rules of responsibility which, not infrequently, have put rights and freedoms into quiescence.

More and more in the medical field where measures such as quarantine, isolation, social distancing, mandatory tests, screening, vaccinations and mandatory medical treatments, suspension of essential services have affected, deeply limiting them, on fundamental human rights<sup>2</sup>. It is true that, in theory, the solutions reached in the field of medical responsibility would seem able to bear the weight of the Covid-19 emergency. In this sense diagnostic and therapeutic errors, omissions related to the lack of compliance with prevention measures such as isolation, adoption of adequate therapeutic aids, environmental sanitation and so on, do not seem capable of altering the ordinary rules that govern the medical liability's regime. But the reality has offered a much more complex picture than it may appear at first.

On the one hand, the pressure on all national health systems has revealed the serious limits of a shortage of economic resources as reflected in structural and organizational deficits (from intensive care, to ventilation devices, to personal protective equipment), on the other it has opened a debate that invests the validity of the rules of responsibility in cases of medical malpractice upon the occurrence of an adverse event that couldn't be adequately dealt with, both because of the absence of effective therapies both because of the diffusive capacity and exceptional virulence of SARS-CoV-2. The need to rely on people acting outside the areas of their competence or on personnel called upon to support either the infectious disease specialists or the resuscitators has done the rest.

In all legal systems, traditional rules governing medical malpractice have experienced, facing the emergency, a renewed debate. Concepts as fault, negligence, causal link, consensus have thus returned to fuel - with different tones - a debate which, although never dormant, seemed to have happily settled on a milieu favourable to the patients. COVID emergency thus seems to inaugurate a new path, giving rise to the need both to refine the existing categories both to expand the spectrum of responsibilities that weigh on the doctor or on the health facility, shifting the risk for the occurrence of the harmful event to insurance.

But let's proceed in order.

---

1 FOUCAULT, Michel. *Le maglie del potere*. Archivio Foucault 3. Interventi, colloqui, interviste, 3, 1978-1985. Trad. it. a cura di Alessandro Pandolfi. Milano, 1998, p. 156.

2 BURRIS, S.; DE GUIA, S.; GABLE, L.; LEVIN, D. E.; PARMET, W. E.; TERRY, N. P.; *Assessing Legal Responses to COVID-19*, Boston, Public Health Law Watch, 2020, p. 199; SPECE, R. G. COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships, in *Arizona Legal Studies*, The University of Arizona, E. Rogers College of Law, 29-30, 2020, p. 4 ss; WILEY, L.. Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against “Suspending” Judicial Review, 133 *Harv. Law Rev.*, 2020. Accessibile: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3585629](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3585629); SHAPIRO, M., *Updating Constitutional Doctrine: An Extended Response to the Critique of Compulsory Vaccination*, 12 *Yale J. Health Pol'y Law Ethics* 87, 83-85, 2012, p.103-105.

In the U.S., since the spread of the pandemic, the emotional participation that has surrounded the activities of the health workers has not seemed sufficient to let caregivers feel safe from liability actions. Risky blessed by a bad recourse to medical litigation, which has always been affected in USA (as it is well known) by an exponential growth of the lawsuits and by the development of legal solutions in favour of the patient (to be used both in terms of evidence both on the level of appreciation of the fault) COVID emergency raised the fears that new fronts could be opened in a sector that is already a fertile ground of legal clashes.

Over the time, the National Academy of Sciences (NAS) through the Institute of Medicine (IOM) had not failed - in order to define the standard of care required by a professional - to develop precise guidelines aimed at defining standards of care when there is a substantial change in the level of care that can be provided. In a Report of 2009 the distinction, made by the Institute of Medicine, between the medical standard of care, as the type and level of medical assistance prescribed by the professional standards and in line with the objectives of the care institution<sup>3</sup>, and the legal standards of care, intended as the parameter to which every reasonable and prudent professional must inspire his own conduct, is clearly underlined. At issue is the need to highlight that the crisis contexts affect the level of the medical service abstractly enforceable. The reference to the legal standard of care includes a summon to the judges to take into account both the context in which the service is rendered, and the level of preparation required by that professional<sup>4</sup>.

What happened at the time of the Hurricane Katrina had, in fact, emphasised the importance of using more flexible parameters to define what a diligent conduct should be. In that circumstance, the reference to the doctrine of the so-called Double Effect to Protect Physicians had allowed to believe that the doctor “can unintentionally cause foreseen ‘evil’ effects that would never be permissible to cause intentionally”<sup>5</sup> and thus to exempt from liability those doctors forced to make “tragic choices” or whose performance had been conditioned by the emergency situation in which the therapeutic choice was made<sup>6</sup>. It is interesting to observe how fairness, duty of care and management of resources according to criteria of transparency, consistency, proportionality, equal access and responsibility - all diligently evoked - act as a rhetorical framework for grounding a “national framework guidance on the key elements that should be included in standards of care protocols in case of disaster situations”<sup>7</sup>.

---

3 It is of particular interest to observe how the reference to the medical standard of care has often led judges to believe that the criterion of the prevalent medical practice is unable to cope with the exceptional nature of the situation. On this basis, the liability of the doctors who had followed the standard was recognized, *Helling v. Carey*, 83 Wash. 2d 514, 519 P.2d 981, 1974; *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972); SPECE, R. G.. COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships, in *Arizona Legal Studies*, The University of Arizona, E. Rogers College of Law, 29-30, 2020, p.23.

4 Cfr. the leading case, *Hood v. Phillips*, 554 S.W.2d 160, 165 (Tex. 1977).

5 CASTELLANO, G.. The Criminalization of Treating End of Life Patients with Risky Pain Medication and the Role of the Extreme Emergency Situation, 76 *Fordham L. Rev.*, 203, 2007, p. 220. The doctrine has been applied in the famous case of Dr. Pou, a physician at Memorial Medical Center in New Orleans, charged with a second degree murder for allegedly hastening the deaths of several patients during Hurricane Katrina. Although she was not criminally indicted, she faced several compensation claims for causing the deaths of her patients. In response, Louisiana enacted Law No. 301 of the Louisiana Senate, Law No. 538 (2008) to protect health workers who act in good faith during emergencies.

6 BERLINGER, B.; WYNIA, M.; POWELL, T.; HESTER, D.M.; MILLIKEN, A.; R. FABI, R. *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19): Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19*, 2020, accessible at: <https://www.thehastingscenter.org/ethicalframeworkcovid19>; MANTEL, J.. A Defense of Physicians' Gatekeeping Role: Balancing Patients' Needs With Society's Interests, 42 *Pepp. L. Rev.*, 633, 725, 2015.

7 ALTEVOGT, B. M.; STROUD, C.; HANSON, S. L.; HANFLING, Dan MD.; GOSTIN, L. O.; Guidance for Establishing Crisis Standards of Care for Use in Disaster Situations: Letter Report, 2009. *Emergency Books. Book 2*, [http://www.inovaideas.org/emergency\\_books/2](http://www.inovaideas.org/emergency_books/2); Institute of Medicine (2012). Crisis Standards of Care: A Systems Framework for Catastrophic Disaster Response, accessible a <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24830057>; Institute of Medicine (2013). Crisis Standards of Care: A Toolkit for Indicators and Triggers, Washington, D.C.: The National Academies Press.

In this context, although the American Bar Association had expressed its disappointment for the introduction of rules that “would alter the legal duty of reasonable care in the circumstances owed to victims of a natural or a man-made disaster by relief organizations or health care practitioners”<sup>8</sup>, many American states and local governments have consistently advocated the need to rewrite the rules of responsibility for doctors and volunteers during emergencies. Sometimes even (Virginia Code, Secs. 8.01-225.01, 8.01-225.02) absorbing the exemption of liability in case of disaster in a legislation of primary rank, obviously except for the hypotheses of “gross negligence or wilful misconduct”<sup>9</sup>.

Nor had the federal government remained extraneous to such requirements. Strongly urged by the pharmaceutical industries producing vaccines and, therefore, interested in liability exemption rules for the resulting damages, the Federal legislator with the Public Readiness and Emergency Preparedness (PREP) Act 2005, tried to mitigate the liability of doctors and health personnel forced to operate in emergency situations<sup>10</sup>.

This immunity from tort liability, when the medical service is provided to respond to pandemics, epidemics, or any biological, chemical, radiological, or nuclear threat, has recently been extended to mitigate the consequences of the COVID and every “covered countermeasure”. Therefore, any damage resulting from safety measures, products or tools whose use in emergency situations has been approved is exempt from liability for its use “during a public health emergency so declared under section 247d of this title” (PREP Act). The CARES Act 2020 moves in the same line when it reminds that the volunteers “shall not be liable under Federal or State law for any harm caused by an act or omission of the professional in the provision of health care services during the public health emergency with respect to COVID – 19”<sup>11</sup>. Obviously, the exemption does not extend to cases of *reckless misconduct* or *serious violation* of the patient’s rights, although the “evidential dynamics” (i.e. the proof of evidence) are still worsened by the context in which the damage occurred. However radical the direction followed by the American legislator (but the French choice is also located on this track) may appear, it is aimed at sealing a choice motivated by the concern to contain the risks of *defensive medicine* and the growth of liability actions. Both profiles have disturbing insurance repercussions<sup>12</sup>.

On a closer inspection, even beyond these tensions and any socio-legal judgments on the strategy adopted, it must be recognized that in the case of medical liability lawsuits, the plaintiff must always persuade a jury that the professional has behaved negligently, causing the damage. In the case of COVID-19, the viral transmission remains possible even when the doctor

---

8 ABA (American Bar Association). American Bar Association House of Delegates: Delegate Handbook. Chicago, IL: ABA; 2011. Report to the House of Delegates Resolution 125 (revised August 6, 2011). In: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house\\_of\\_delegates/final\\_new\\_delegate\\_handbook\\_2011\\_2012.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house_of_delegates/final_new_delegate_handbook_2011_2012.authcheckdam.pdf).

9 Virginia Code, Sect. 8.01-225.02 (West 2014). Certain liability protection for health care providers during disasters. A. In the absence of gross negligence or willful misconduct, any health care provider who responds to a disaster shall not be liable for any injury or wrongful death of any person arising from the delivery or withholding of health care when (i) a state or local emergency has been or is subsequently declared in response to such disaster, and (ii) the emergency and subsequent conditions caused a lack of resources, attributable to the disaster, rendering the health care provider unable to provide the level or manner of care that otherwise would have been required in the absence of the emergency and which resulted in the injury or wrongful death at issue. Ma in tale direzione muovono anche il Del. Code Ann. tit 20, § 3129 (West 2007); Iowa Code Ann. § 135.147 (West 2007); Louisiana Stat. Ann. § 29:771(B)(2)(c), 2003.

10 42 U.S. Code § 247d-6d - Targeted liability protections for pandemic and epidemic products and security countermeasures.

11 Sect. 3215, Part III, *Coronavirus, Aid, Relief, and Economic Security Act*, Pub. L. No. 116-136, §3215, 134 Stat. 281, 374-75, 2020.

12 SAKS, M. J.; LANDSMAN, S.. The Paradoxes of Defensive Medicine, in *Health Matrix*, 30, 2020, p. 29 ss. In Italy, see GRANELLI, C.. La medicina difensiva in Italia, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p.32.

followed the legal standard of care mentioned above, making it difficult to distinguish, in terms of responsibility, between human and natural factors that caused the event. Not even easy is to identify the proximate cause – which, in place of the *but for test* (also used in some courts), absorbs both the material and the legal causality - in presence of some asymptomatic vectors, the unpredictable transmission factors of the virus, a variable incubation period etc.<sup>13</sup> More.

If it is true that a concurrent cause, such as a pre-existing lung disease (or other serious associated pathology) is not sufficient to exclude the liability of the doctor, it is also true that, in hypothesis of a causal concurrence, the unknown characteristics of the virus, associated with conditions of co-morbidities, makes the evidential framework even more obscure, with regard to the proof of the causal link or the identification of a concurrent liability<sup>14</sup>. Clearly, such outcomes do not affect nursing homes and much less alter the framework of responsibilities in the case of decisions aimed at postponing elective medical treatments<sup>15</sup>. However, the real uncovered nerve of the lawsuits in case of medical malpractice is the evidence of the causal link. This problem is well known also to the Italian judges. In Cass. 18392/2017, a judgment made in a context other than the pandemic, the judges rely on the concept of “double causal cycle” to establish how the distribution of the evidence between plaintiff and defendant works. Their way of reasoning lends a hand to manage the liability framework in case of damages caused by the doctor in emergency situations. According to the Italian judges once the plaintiff has proved the harmful event is up to the debtor/defendant to offer the rebuttal evidence of the impossibility to perform correctly the medical treatment<sup>16</sup>. For the Supreme Court the unknown cause “in relation to the harmful event”, remains on the plaintiff, while is on the defendant the evidence of the concrete circumstances that have prevented his performance.

Therefore, in cases where the cause of the damage remains uncertain or, on the other hand, it is not possible to demonstrate the impossibility of performance, the unfavourable consequences stay respectively with the patient or the structure. Which, from an operational point of view, means nothing more than, in the event of exceptional and uncontrollable events, proving that the medical conduct is at the origin of the damage is anything but easy. The American legislator seems to be well aware of this and, rather than leaving the parties free of challenging each other to establish who is liable for the damage, has moved towards an exemption model. A model that, of course, can't be applied in cases of gross negligence.

The direction marked by the above-mentioned law (PREP ACT and the CARES Act 2020) has been accepted by a great number of the American states that, with the exception of a few (see note 9), have taken *orders* or *temporary measures* to cope with the emergency situation, favouring a *health care policy* aimed at controlling the exponential developments

---

13 On this topic the scientific literature is huge. See the classic HART, H. L. A.; HONORÉ, T.. *Causation in the Law*, Oxford University Press, 1985, *passim*; DOBBS, Dan B.; HAYDEN, P. T.; BUBLICK, E. M.. *Hornbook On Torts*, West Academic Publishing, § 9.5, 2d. ed. 2016.

14 On the “on the compensation in relation to the causal efficiency of the injurer's conduct” in Italian law, cfr., Cass., 21 luglio 2011, n. 15991.

15 SPECE, R. G.. COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships, in *Arizona Legal Studies*, The University of Arizona, E. Rogers College of Law, p.29-30, 2020, p.13.

16 Cass. civ., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2018, 4, I, c. 1348. The judges observe that at issue is not “the failure to comply with the (pre-existing) rule of expert execution of professional services as an obligation to conduct, but the choice to act in one way rather than another that would have been effective for the purpose of preventing cause that made the performance impossible. This cause remains not attributable if not foreseeable and avoidable. The debtor's fault lies not in the non-fulfillment, which is an objective phenomenon of failure to implement a rule of conduct (and in particular the rule of expert execution of the professional service), but in not having prevented a cause, foreseeable and avoidable, from rendering performance impossible “. In the present case, the action was brought by the wife for the death of her husband which occurred during a surgery; Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28991, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1, p. 193.



of medical litigation<sup>17</sup>. In the background remains the fact that the emergency departments, during the pandemic peaks, were invaded by patients seeking medical treatment. In these cases, the patient's health and life have been threatened by a shortage of staff, equipment (PPE), intensive care beds (ICU) and ventilators, and it can't be ignored that doctors could have resorted to those tragic choices we have spoken about. In these cases, however, the traditional rules of liability could be applied as usual by showing that the physician acted negligently. But even in these cases, proving whether or not the conduct of the doctor was diligent and reasonable is a question that must always be defined in the light of the existing circumstances. And, as Siegler observes, "it's a narrow gray line. Nobody knows how we would react under extreme circumstances"<sup>18</sup>.

## 2 CLINICAL NEGLIGENCE AND THE ENGLISH APPROACH

The American lesson - even in the face of the same circumstance - does not cross the ocean and does not affect the whole Europe. It certainly does not extend to the English experience which the system resists the lure of the "immunity doctrine". The solutions reached in terms of clinical negligence are, in fact, the product of a case law that has been accumulating over the years and which is based on criteria whose flexibility continues to provide, even in this emergency situation, a valid reference framework. And indeed, duty of care, breach of that duty, causation are the backbone of a system of responsibility whose pivot is represented by the fact that in medical liability actions it is always necessary to prove whether the doctor "has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art" (*Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 583, at 587). The diligence is therefore measured in the light of what is generally accepted by the medical practice and the mere fact that divergent opinions may exist does not alter the picture of responsibilities.

The accepted standard of care is, then, objective and refers to what a reasonable man would do under the same circumstances. The "reasonable man" is the competent professional who is supposed to have adequate knowledge of medical science and appropriate skills to successfully treat the patient. The level of knowledge and skill is related to the position held by the doctor in a hospital or other health care facility<sup>19</sup>. Nor does the adoption of guidelines by the National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) affect the way English judges look at the medical malpractice. The identification of practices that have received general approval, and the ability to monitor their application, are undoubtedly indicative of a good practice that helps in establishing a fiduciary relation between doctor and patient. But then again, the therapeutic protocols, while scientifically reliable because they are developed and applied under the strict control of the National Institute for Health and Clinical Excellence, must be considered on a par with mere guidelines and not 'tramlines'<sup>20</sup>. In other words, their function

---

17 GREY, B.; ORWOLL, S.. Tort Immunity in the Pandemic, 96 *Ind. L.J. Supp.* 1, 2020, p.71 ss.; HYMAN, D.; SILVER, C.. The Poor State of Health Care Quality in the U.S.: Is Malpractice Liability Part of the Problem or Part of the Solution? 90 *Cornell L. Rev.*, 2005, p. 949; BURRIS, S.; DE GUIA, S.; GABLE, L.; LEVIN, D. E.; PARMET, W. E.; TERRY, N. P.; *Assessing Legal Responses to COVID-19*, Boston, Public Health Law Watch, 2020, p.201.

18 GRADY, D.. *Medical and Ethical Questions Raised on Deaths of Critically Ill Patients*, N.Y. Times, July 20, 2006; SPECE, R. G.. COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships, in *Arizona Legal Studies*, The University of Arizona, E. Rogers College of Law, 29-30, 2020, p.23.

19 *Wilsher v Essex Health Authority* [1987] Q.B. 730, where the judges say "the length of experience of the clinician was not relevant, and the duty of care related not to the individual but to the post they occupied". (GILIKER, P. *Tort*. 6th edn. London, 2017).

20 *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 20 (QB), par. 79. Sul punto altresì, Department of Health, *A Commitment to Quality, a Quest for Excellence* (HMSO 2001). D'altra parte, la Sect. 18 dell'Health Act 1999, prevede espressamente l'adozione di linee guida da parte del NHS. Su questi aspetti e sul rilievo delle linee guida, WOLF, S. H.. An Organised Analytical Framework for Practice Guideline Development: Using Analytical Logic as a Guide for Reviewing Evidence, Developing Recommendations and Explaining the Rationale, in MCCORMICK, K.; MOORE, S. R.; SEGAL, R. (eds). *Methodology Perspectives* (United States Department of Health & Human Services Agency for Health Care Policy and Research, 1994, p.105).

is merely to build an image of transparency, efficiency and reliability of medical practice. More.

In *Mulholland v Medway NHS Foundation Trust* [2015] EWHC 268 (QB) the judges are very much concerned about the definition of what “standard of care” means, on the assumption that the context in which care is provided is far from irrelevant for the purposes of establishing the liability<sup>21</sup>. It follows that the transition from the *Bolam test* to the *Bolitho doctrine*<sup>22</sup> - in order to link the responsibility to the objective violation of the standard of care - does not exclude that it is always necessary to look at the concrete circumstances in which the service is rendered<sup>23</sup>. Not surprisingly, in *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 20 (QB), English judges evaluate the medical conduct in the light of the practical difficulties met “in the real world”<sup>24</sup>. The same in *FB v Princess Alexandra Hospital NHS Trust*<sup>25</sup> where the judges strive to demonstrate how the standard of care in negligent actions is that of the 1) reasonably competent professional 2) of the same level 3) within the same department. The pressure of the COVID emergency, creating a “hostile” environment for doctors, affects the standard of care required, in spite of what is established in controversial or not yet existing guidelines.

The pandemic should not be considered to offer doctors the opportunity to behave in a manner not inspired by the canons of diligence. But, for the English judges it is the context in which the doctor performs his service - in one with his level of qualification - that marks the coordinates of liability. Therefore, if the doctor has been appointed to perform functions that do not reflect his current level of qualification (as it can happen in the case of doctors called to solve problems of staff shortages or even for the activity provided by volunteers), health facility will respond for the damages caused by the professional sent to perform functions outside their competence and qualifications. Here the so called “rescuer principle” (long accepted by the English courts)<sup>26</sup> serves as a protection and guide to evaluate the medical conduct. The defendant has a duty of care<sup>27</sup> towards the person he is rescuing but “if a person embarks upon a rescue, and does not carry it through, he is not under any liability to the person, to whose aid he has come so long as discontinuance of his efforts did not leave the other in a worse condition than when he took charge”<sup>28</sup>.

English judges move in the same direction when a shortage of economic resources is at issue. Even when this situation envisages a clear violation of art. 3 of the ECHR, it is difficult for the judges to condemn the health facility, for the violation of the duty of care, to compensate for

---

21 “The assessment of breach of duty is not an abstract exercise but one formed within a context—which here is that of a busy A&E where the task of the triaging nurse is to make a quick judgment call as to where next to send the patient”.

22 BRAZIER, M.; MIOLA, J.. Bye Bye Bolam: a Medical Litigation Revolution?, *8 Med. L.R.*, 2000, p.85; SAMANTA, A.; SAMANTA, J.. Legal Standard of Care: a Shift From the Traditional Bolam Test, *3 Clinical Medicine*, 2003, p.443.

23 MARATOS, S.; HOVINGTON, J. *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust: the role of NICE Guidelines in clinical negligence cases*, acessibile a <https://tinyurl.com/yda2m7jn>.

24 According to Justice Lambert “The Guidelines are a practical tool to be used in conjunction with clinical management. The only way in which the Guidelines are intelligible and workable is if the reasonable obstetrician also exercises his or her own judgement to assess the appropriate response to the trace as a whole”. In *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 1 All ER 821, per Lord Goff “if a doctor acts in accordance with the medical practice now being evolved by the Medical Ethics Committee of the BMA, he will be acting with the benefit of guidance from a responsible and competent body of relevant professional opinion, as required by the Bolam test”, e analogamente in *Burke v. General Medical Council (defendant) and Disability Rights Commission (interested party) and the Official Solicitor (intervenor)* [2005] E.W.C.A 103.

25 [2017] EWCA Civ 334.

26 LINDEN, A. M.. *Rescuers And Good Samaritans*, in *The Modern Law Rev.*, 1971, p. 251 ss. Per il dibattito in tema il rinvio classico è a PROSSER, W. L.. *Handbook of the Law of Torts*, 3rd ed., 1964, p. 334; FLEMING, J.. *The Law of Torts*, 3rd ed., 1965, p.145. nonché HONORÉ, T. *Law, Morals and Rescue*, The Good Samaritan and The Law, 1966.

27 *Alcock v CCSYP* [1992] 1 AC 310 [1110h].

28 *University College London Hospitals NHS Foundation Trust v MB* [2020] EWHC 882 (QB).



damages. To protect the patient's rights, then, the Coronavirus Act 2020 establishes that the appropriate authority (the NHS) may "(a) indemnify a person in respect of a qualifying liability incurred by the person, or (b) make arrangements for a person to be indemnified, in respect of a qualifying liability incurred by the person, by an authorised person" (Coronavirus Act 2020, Section 11)<sup>29</sup>. In England (unlike in the United States), lawsuits for clinical negligence do not seem to have prospect, despite the lack of a specific provision. Rather, the judges prefer to look at both the standard of care in relation to the concrete circumstances in which the service is rendered, and at the "rescuer principle" which allows medical conduct to be assessed with less rigor in extreme circumstances.

The reflections just made are interesting in light of a comparison with what American law produces on the same fronts. Even within the same legal tradition, the misalignment regarding the type of response to be offered in the face of the same situation appears inevitable. It has a lot to do with the different cultural, economic and social context of reference. It does not necessarily lead to different outcomes.

### 3 LE COVID ET LA RESPONSABILITÉ DES PROFESSIONNELS DE SANTÉ

The Covid-19 crisis offers a very interesting analytical framework in France. It can be considered a formidable laboratory for the medical liability regime, albeit in theory the French system is very well "equipped" to face the challenges of the epidemic.

In France - as is well known - the contractualization of medical liability is carried out by the arrêt Mercier.<sup>30</sup> The doctor - said the judges - is obliged to "des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science", in this way they also define the parameters of that diligent conduct referred to in Articles 32-33 of the deontological code (décret n° 2012-694 du 7 mai 2012)<sup>31</sup>. The doctor is, therefore, responsible if it is shown that he departed from the standards of care<sup>32</sup> in a context in which it is still up to the actor "de prouver la faute du médecin et le lien de causalité avec le préjudice subi"<sup>33</sup>. But the denial of the medical liability's contractual nature is affirmed through a more recent jurisprudence of the Cour de Cassation which re-evaluates the concept of *faute médicale* which "soit éthique ou technique, elle consistera donc toujours désormais en la violation d'une obligation déontologique professionnelle de nature extracontractuelle"<sup>34</sup>. From this point of view, the way in which the medical responsibility is considered makes clear that "la réparation des conséquences de aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont

---

29 La Sect. 1 del *Social Action, Responsibility and Heroism Act 2015* provides that in a liability action, the judges must not only identify the standard of care, but also they have to (Sections 2-4) take into account all the relevant circumstances in order to verify whether the breach of duty has occurred to assist a person in danger or to protect his safety or the interests of another person's in danger.

30 20 mai 1936, in *Dalloz*, 1936, Jur. p. 88, note E. P., Rapp. Josserand, concl. Matter.

31 Cass. 1er, 12 nov. 1985, *Bull. civ.* I, n° 29; e più di recente, Cass. 1er, 6 juin 2000, *JCP*, 2001, 10.447, note MÉMETEAUX, G.. "L'obligation pesant sur le médecin est donc de donner à son patient des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science à la date des soins". E, ancora, "La responsabilité médicale nécessite donc, en principe, la preuve d'une faute caractérisée du praticien, laquelle ne peut se déduire de la seule anomalie d'un dommage et de sa gravité", Cass. 1er, 27 mai 1998, in *Dalloz*, 1999, p.21, note PORCHY, S.

32 Loi 2002-303 du 4 mars 2002 (art. 98, JO 5 mars) introduces into the French system the notion of compensation for the consequences of health risks which extends to the damage caused by the doctor and attributable to him.

33 Civ. 1er, 14 oct. 2010, no 09-69.195, in *RTD civ.*, 2011, p. 128, obs. Jourdain; Gaz. Pal. 19-21 déc. 2010, obs. PERINI MIRSKI, Marie. See also, LEDUC, F.. Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier, in *Revue droit civile*, 2011, p.345.

34 JOURDAIN, P. Le changement de nature de la responsabilité médicale in *RTD civ.*, 2011, p.128; Civ. 1re, 28 janv. 2010, n°09-10.992, in *Dalloz*, 2010, p.1522. On this topic, ZENCOVICH, V. Zeno. A comedy of errors? Medical liability between wrongdoing and non-fulfillment, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p.329.

un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient"<sup>35</sup> as there is a "part d'aléa inhérente à tout acte chirurgical"<sup>36</sup>. The renewed centrality attributed to the concept of *faute* implies, therefore, that the protection of the patient relies on a mechanism of compensation that is carried out by way of a national solidarity system<sup>37</sup>.

The liability, on the other hand, presupposes some "défaillance", that is, a non-compliance with the "règles de art médical". In a perspective of great consideration to the patient, when a "service public hospitalier est engagé", the judges then use the concept of *aléa thérapeutique* to introduce a principle of no-fault responsibility or to compensate even the "perte certaine d'une incertaine chance"<sup>38</sup>. However, the parameter for evaluating the medical conduct remains that of the scientific knowledge at the time the medical act was performed; knowledge whose correct application the judges are called to assess, weighing a decision that does not flatten out on mere technical results<sup>39</sup>. In providing "(...) the exonération de responsabilité des professionnels de santé en cas de dommages résultant des mesures administratives, prise en charge de indemnisation des préjudices par the Office national d'indemnisation des accidents médicaux (art. L. 3131 -3 et L. 3131-4), recueil de données concernant les victimes (art. L. 3131-9-1), mesures de protection des réservistes (art. L. 3131-10) and dispositions sur appel aux volontaires (art. L. 3131-10-1)", the French legislator - before the COVID - had therefore structured a system which, by remitting to the ONIAM the compensation for damages suffered by patients, intended to offer them an extensive protection in situations when the evidence of the fault is uncertain<sup>40</sup>. The choice of resorting to national solidarity for the victims of damage resulting from the application of emergency health measures, on the other hand, had already affected victims vaccinated against influenza A (H1N1) in 2010. The French legislator with the Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, used the situation of health emergency as an exemption for *décharges de responsabilité des professionnels de santé et des industries fabricant pour toute prescription médicamenteuse faite en-dehors des indications* (L.3131-20 CSP). In so doing, it was aimed at introducing a damages' repair mechanism identical to the pre-existing one, with the laudable objective of protecting professionals and patients at the same time<sup>41</sup>. In the

35 Civ. 1er, 8 nov. 2000, n. 99-11.735, in *Dalloz*, 2001, Somm. 2236, obs. MAZEAUD, D.; Civ. 1er, 8 nov. 2000, n. 99-11.735 in *Bull. civ. I*, n. 287; Civ. 1re, 29 nov. 2005, n. 03-16.308, in *Bull. civ. I*, n. 456; Civ. 1er, 22 nov. 2007, n. 05-20.974, in *Dalloz*, 2008, p. 816, note BACACHE M.; Civ. 1er, 18 sept. 2008, n. 07-13.080, in *Gaz. Pal.*, 2008, 2. Somm. 4147, obs. C. Baby-Gareau

36 Cass. 1er, 26 janv. 1970 (*Bull. civ. I*, n° 34). L. Leveueur, *Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation: la recherche de l'équilibre*, in *CCC*, 1997, chron. 5. On the question of the therapeutic risk, and the following debate, please refer to ZENCOVICH, V. Zeno. Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p.327. For its part, the loi Kouchner of March 3, 2002 recognizes the compensation of the therapeutic risk pursuant to art. L.1141-1 II of the Code de la Santé Publique. The damages covered are represented by a) nosocomial infections; b) risks inherent in any type of medical service; 3) iatrogenic infections. However, the compensation is subject to compliance with two conditions, since there must be an anomalous evolution of the patient's state of health and the damage must have resulted in an incapacity greater than 24%, or have compromised the existential conditions and / or work of the patient.

37 On the renewed centrality attributed in France to the fault in medical malpractice cases, except for hospital infections where it is presumed, ZENCOVICH, V. Zeno. A comedy of errors? Medical liability between wrongdoing and non-fulfillment, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p.329. On the other side, the "therapeutic hazard" does not give rise to compensation but, when it involves produces serious consequences, it opens the way to compensation.

38 Civ. 1re, 14 oct. 2010, no 09-69.195, cit. where the judges say "Il est extrêmement difficile de dire si l'évolution eut été différente en cas d'hospitalisation plus rapide. En revanche, si tel avait été le cas, on pourrait dire que le Docteur Y... avait fait preuve de soins consciencieux, attentifs et diligents et tel n'est pas le cas".

39 Cass. 1er, 29 Novembre 2006, 03-16.308, GP 23 Mars 2006, Avis Sainte-Rose.

40 TOUZEIL-DIVINA, M. Quand le Conseil d'Etat n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil « d'Etat » et non «des collectivités, in *Journal du Droit Administratif*, 2020, p.22.

41 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, JO, 24 mars 2020; rect. 25 mars; Coronavirus: loi d'urgence et autres mesures – Aperçu rapide par la rédaction, *La Semaine Juridique Social* n° 13, 31 Mars 2020, act. 134; LEVADE, A.. État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception, in *JCP G*, n°13, 30 Mars 2020, p.369. PETIT, J.. L'état d'urgence sanitaire, in *AJDA*, 2020 p. 833. Sulla campagna di vaccinazione per la influenza H1N1, *Ministre de la Santé des 4 novembre 2009 et 13 janvier 2010* (ONIAM. *Rapport d'activité*, 2018, p.36).

presence of a serious threat to health, the administration of the drug (eg hydroxychloroquine) is not a source of responsibility for doctors, nor does it extend to the manufacturers of medicines, who cannot “be held responsible for damages deriving from the use of a medicine outside the therapeutic indications or normal conditions of use” (L.3131-3)<sup>42</sup>. Article L.3131-20 apparently reassures, because it defines a mechanism that works for the “benefit of all”, creating the conditions for doctors and laboratories to carry out their work safely, albeit in a context of health emergency and uncertainty. And yet the consecration of this reparation regime creates many problems. On the one hand, the difficulty of obtaining compensation overshadows the virtuous mechanism that the 2002 legislator intended to create. The difficult recognition of the plaintiff’s position in case of medical malpractice, the role played by the *aléa thérapeutique*<sup>43</sup>, the complex application of the theory of adequate causality, by increasing the number of disputes, had contradicted that original spirit of national solidarity. The mediation and conciliation techniques, in case of repairing the damage caused by medical malpractice, managed by ONIAM have in fact proved illusory due to the cumbersome functioning of the “commissions de conciliation et d’indemnisation des accidents médicaux (CCI)” which made it illusory the declaimed socialization of the damage<sup>44</sup>. On the other hand, precisely that system of compensation designed to deal with medical errors protects the doctor, but only if his conduct “a été recommandé ou exigé par le ministre chargé de la santé ...”, recalling protocols and guidelines, since only in that case the professional ne peut voir sa responsabilité engagée (L.3131-3) having held the conduct “recommandé”. In short, the French legislator seems to be screwing up on himself, creating the premises for a more complex reality than, at first glance, he would be inclined to grasp. The discrepancy between rules, patient expectations and medical practice will end up at the judicial level soon. In other words, the prediction of irresponsibility doesn’t appear able to operate as a limit to the spread of compensation claims against the medical professionals who do not comply with the recommendations of the Minister of Health.

Evaluations of other signs conclude these observations. The choice of the Italian legislator seems, at the moment, wise. Satisfied by that triad represented by the “obligations of means”/ guidelines / art. 2236 cc. which constitutes the backbone of medical liability, the “Cura Italia” decree does not introduce any liability limitations, despite some requests in this direction were made by several parties.

The actual problem seems to be that of the health facilities and their insurance coverage (Article 10 of the Gelli Law). The sector, covered by the claims made policies, will suffer - as it has correctly observed - from contractions and difficulties to provide for “coverage exclusions for all damages deriving from the ongoing epidemic”. However, it does not seem that the French mechanism of social solidarity is a model capable of effectively remedying this eventuality, as the experience from across the Alps indicates.

Nor can the solution offered by the Italian law n. 210/1992 be taken as a reference. This law, intended to provide for a compensation scheme in case of damages caused by compulsory vaccinations and blood products, is unable to grant adequate coverage to claims concerning coronavirus patients.

---

42 LAMI, A.. Accesso ai medicinali di fronte alle emergenze sanitarie. *Rev. droit de la famille*, 2020, p.46.

43 Cass. 1e, 30 marzo 2011, ONIAM c / M. e Mme H..., n° 327669, p. 148; Cass. 1e, 13 settembre 2011, n° 11-12536).

44 On the difficult judicial battle that led to the recognition that narcolepsy was caused by vaccination against the H1N1 flu, CAA de Bordeaux, 5 March 2018, req N° 17BX03135. Also, in this regard, CAA Nancy, July 4, 2017, n° 17NC00649; related to an injury sustained during the H1N1 flu; CE 4 November 2016, n° 397729, CE 27 May 2016, 391149.

#### 4 MEDICAL NEED AND HEALTH CHOICES: THE ITALIAN SOLUTION

“The lack of life, the shortage of time (...) is the exceptional way of being in which we find ourselves, nailed to this story of an external nature”. The human being, although equipped with the “means to go on the moon, on Mars, to make the great interplanetary journeys “is forced to surrender” in front of a tiny living being, such as a virus, of which we are prisoners at the moment “<sup>45</sup>. The breakthrough on the scene of the coronavirus (responsible for the acute severe respiratory syndrome coronavirus 2 better known with the acronym SARS-CoV-2 or more simply with that of COVID-19) has produced devastating effects in every area of our civil life and, in the overwhelming certainties and behaviours. It has revealed, in all its drama, the fragility of our health care systems. It suffices to think of the diagnostic difficulties, the correct classification of the disease’s symptoms as well as the shortage of personal protective equipment, mechanical ventilators, hospital beds and intensive care units.

The scarcity of resources, generated by the fact that the care and assistance services were quantitatively lower than the maximum foreseeable needs, resulted in not simple choices; choices on which depended the survival of one patient rather than another, the chance to access the treatment or the quality of care to provide to them. Dramatically ethical and legal dilemmas have then arisen to find convincing answers capable of justifying the exceptions made to triage in hospitals, usually based on the seriousness of the patient’s pathological situation<sup>46</sup>. The so-called “fair innings arguments” (FIA) has been put forward as a justification, in a context of “severe equipment shortage”, for denying elderly patients’ treatment, reserving ICT (intensive care treatments) only to patients with the greatest chance of therapeutic success and consequently favouring the younger’s “greater life expectancy”. The debate between “clinical appropriateness” and “distributive justice” (which takes place against the backdrop of “disaster medicine”), has gone so far as to maintain that the resources should be directed at the young, who have not had a chance to live their lives, in preference to elderly people, who have already lived a major part of theirs<sup>47</sup>.

The theme of the so called “tragic choices” is not new. In its complexity, it has already been considered in relation to organ transplants where the limited number of beneficiaries attaches a decisive role to the clinical criterion. The situation is different in the case of the current pandemic. Faced with increasing requests for care and hospitalization due to the spread of the coronavirus, even this criterion has wavered - let say overcome - in more than a moment, for the objective difficulty of considering and analysing the condition of the individual patient, suffering from a disease largely unknown to the scientific literature, such as the COVID-19. Although the notion of fairness is vague and it is unacceptable - as the Italian Courts say - to distinguish “between worthy and unworthy lives”, the hospital doctors have been often forced to make decisions not always fair or understandable, according to the ordinary obligations cast on them<sup>48</sup>. The need not to leave the doctor on the spot to decide to whom to allocate the only remaining ventilator, artificial lung machine, intensive care bed, etc., or to adapt the framework

---

45 MASULLO, A.. Riflessioni sulla vita ai tempi della nuova peste, in *Voce delle voci*, 20 marzo 2020.

46 Cfr. CATINO, M.; PESENTI CAMPAGNONI, M.; LOCATELLI, C. I ragionamenti inferenziali nella gestione delle emergenze, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 425.

47 RIVLIN, M. M.. Why the fair innings argument is not persuasive. *BMC Med Ethics* 1, 1, 2000, available at: <https://doi.org/10.1186/1472-6939-1-1>. On this topic, see the debate generated by the SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva), *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020, available at: <http://www.siaarti.it/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI.aspx> and the analysis of DA RE, A.; NICOLUSSI, A. *Raccomandazioni controverse per scelte difficili nella pandemia. Appunti etico-giuridici su responsabilità dei medici e linee guida*, in *Medicina e morale*, 2020, p.347 ss.

48 Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 1, p. 77 ss.



of responsibilities is crucial. Law is, therefore, forced to review rules and principles, criteria of imputations, juridical schemes within which to place the rules of medical responsibility.

Thus, also in Italy, the pandemic has opened an interesting debate on the opportunity of an “ad hoc” regulatory intervention, to deal with this exceptional health situation. On the one hand, it has been stressed the need to establish new rules on medical liability, especially in the presence of diagnostic and therapeutic errors<sup>49</sup>. On the other hand, on the basis of a more careful reading of the existent regulatory framework, it has been observed that a special legislation could open up to inconsistent choices, perhaps taken in the wake of emotionality and the (albeit noble) purpose of protecting the medical class, engaged in the fight against the pandemic. On these premises, the Italian legislator decided not to alter the framework of the ordinary rules that assist the medical liability system.

The system, was assumed, finds in the civil code and in the proper laws the interpretative tools capable of framing and resolving the issues raised by the spread of the coronavirus<sup>50</sup>. In Italy, therefore, the pandemic does not seem to have produced any hypotheses of special medical liability dissimilar to the one we ordinarily witness. The rules that assist the Italian liability system for medical negligence seem to offer an appropriate scheme to evaluate the conduct of the doctor, in the light of the exceptional nature of the situation and of the special technical difficulty in which medical services are offered. The exceptional nature of the situation, indicative of force majeure, determines the supervening impossibility of the service which rules out the responsibility of the physicians and of the medical institutions too. Whereas the technical difficulty of the service, reflecting the peculiarities of the concrete event, defines the level of expertise objectively required in the face of the disease in question<sup>51</sup>.

But the application of the traditional categories takes place, once again, along the temporal coordinates traced by the pandemic. In fact, we must distinguish between the conduct that, at the outbreak of the pandemic, in a situation of complete absence of certainty, one could expect from the doctor and the health facility and the conduct that is reasonable to expect in a subsequent phase of the pandemic, characterized by a progressive scientific awareness of the phenomenon and the development by the NHS (National Health System) of a management strategy able to manage the pandemic. As an example, let's think of the diagnostic error. Upon the outbreak of SARS-CoV-2, the impossibility of finding guidelines to follow (according to the provision of art. 5, paragraph 1, Law No. 24/2017) or, paradoxically, the presence of unsuitable guidelines<sup>52</sup> (such as the first ministerial indications that excluded the possibility of swabs to people who did not come from China) offer a valid argument for excluding any charge for medical mistake in which the doctor may have incurred. The high

---

49 See FACCI, G.. La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 706; FACCIOLI, M.. Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19, su [www.rivistaresponsabilitamedica.it](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it), 2020, p. 8.

50 The attempt to adapt the framework of medical responsibility to the progress of science and technology, as well as to the changed social sensitivity has led to reflect on old, traditional legal concepts, such as the distinction between obligation de moyen et obligation de resultat or has given rise to new categories such as the so called ex § 311 BGB *die ähnliche geschäftliche Kontakte*. PERFETTI, U.. La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso, in *Giust. civ.*, 2018, p. 359.

51 Cass., 9 maggio 2017, n. 11208, in *Giust. civ. Mass.*, 2017.

52 ZAMBRANO, V.. Il pendolo di Foucault e la responsabilità medica. tra regole definitorie e linee guida, in *La Responsabilità Sanitaria - Teoria e Pratica Del Diritto - Maior*, 2018, p. 151 ss.; ZECCHIN, F.. La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 132; MARCHISIO, E.. Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina “difensiva”, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 189 ss.; DI MAJO, A.. Il giudizio di responsabilità del medico dopo la legge Gelli e la perizia “guidata”, in *Giu. It.*, 2018, p.841 ss.; TURA, A. de. Li rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici, in A.A. V.V., *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, a cura di BALDUZZI, R., Bologna, 2010, p. 247 ss. Some scholars maintain that they should be considered as soft law, GUERRA, G.. La rilevanza giuridica delle linee guida nella pratica medica: spunti di diritto americano, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 2037 ss.

intellectual commitment and professional training required by the doctor, in this situation of health emergency, seems to exclude his responsibility for medical mistakes due to his lack of expertise, such as administering a therapy that is unable to lead to the recovery of the patient affected by COVID or who even accelerated his death (as long as we remember the first deaths were caused by medical treatments that were later proved to be counterproductive). A similar conclusion should be reached in case of the medical mistakes caused by an unskilled doctor - or a doctor lacking the necessary specialization for the treatment of the coronavirus - nevertheless called to intervene to cope with the shortages of staff caused by the large hospital admissions. More.

What about the possible harm to patients from the administration (at least in the initial phase) of some off-label drugs, i.e. drugs registered but intended for use other than the treatment of COVID-19 or an experimental drug, perhaps still lacking the marketing authorization issued by the Ministry of Health?<sup>53</sup> The attempt to save lives has not infrequently induced medical practitioners, in the immediacy of the pandemic, to resort to drugs that - even in the absence of certain data or scientific publications proving their efficacy - were deemed capable of saving the patient's life<sup>54</sup>.

In order to protect the patient's rights, some Italian scholars have then proposed to qualify as "dangerous" the practice of administering drugs whose effects are unknown or, in any case, not yet sufficiently known<sup>55</sup>. The scope of the proposed qualification is to bring the application of the liability rules back to art. 2050 of the Italian Civil Code. The no fault scheme of art. 2050 c.c., in this view, appears able to better protect the patient's right by imposing on the physician, who is required to demonstrate that he has adopted "all suitable measures to avoid the damage", the proof of the evidence<sup>56</sup>.

Nevertheless, the seriousness of the pandemic event and the need to ponder, in consideration of the scientific evolution, any benefits and shortcomings coupled with the scientific experimentation seems to suggest another solution. Thus, the general rule fixed in art. 2236, paragraph 2, of the Italian Civil Code, which excludes or strongly limits liability if the damage to the patient, even if foreseeable, is acceptable on the basis of the scientific and ethical evaluation seems not to lose its importance and its *raison d'être*<sup>57</sup>. With regard to health facilities, however, the two mentioned elements of the a) exceptional nature of the situation and b) the special conditions in which the service was rendered should be evaluated, also, in relation to the distinct profile of the equipment's' shortages caused by COVID<sup>58</sup>.

The pandemic has revealed, in fact, the impossibility for those entities to fulfil exactly the "primary institutional obligation" arising from the hospitalization contract<sup>59</sup>. All this, despite the fact that the current legislation was extremely clear on this point. The Decree 02/04/2015,

---

53 Cfr. d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, in *G.U.* 21 giugno 2006, n. 142.

54 Art. 1, comma 4, d.l. 21 ottobre 1996, n. 356, convertito in l. 23 dicembre 1996, n. 648.

55 BELLELLI, A., *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, p. 134.

56 CASTRONOVO, C., *La responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 449 ss.; IORIO, C., Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus, in *Judicium*, 2020, p. 7; GROTTIERA, F., Il paradigma della responsabilità civile nella sperimentazione clinica: alla ricerca di un equilibrio tra canoni tradizionali ed incertezza scientifica, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1301.

57 Cfr. BELLELLI, A., *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, p.123. On this topic, for a more general approach MASONI, R., La sperimentazione di terapie innovative: la ricostruzione del quadro normativo, *Dir. fam. e pers.*, 2019, p. 968 ss.

58 Cfr. Cass., 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1629. FACCIOLI, M., L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1851; Id., Il contratto tra il paziente e la struttura sanitaria: natura, oggetto e disciplina applicabile, in *Studium iuris*, 2004, p. 519 ss.

59 Cass., sez. un., 1° luglio 2002 n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 689; Cass., 14 luglio 2004 n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, p. 537; Cass., 28 novembre 2007 n. 24759, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 11.



n. 70 (Regulation defining the qualitative, structural, technological and quantitative standards relating to hospital care), offers an example of the efforts made by the Italian legislator to allow citizens to benefit, also in terms of the diagnostic and therapeutic equipment and devices, from a high-quality level of care. In spite of this worthy declaration, the abstract provision of the Ministerial Decree has clashed with the urgent need for care asked by a significant number of people, with the absence of guidelines and good clinical-care practices, with the limited financial resources available and with the need to use it in harmony with criteria of adequacy, rationality and efficiency<sup>60</sup>. The peculiarities of the situation at issue and the circumstance that the debtor (here the health facility) could not have prevented the breach of the duty it normally owes to the patient have thus ended up - at the onset of the pandemic - in justifying the debtor's breach<sup>61</sup>. Not for this, the doctors and the health facility are, always and in any case, held not liable. They, first of all, even in the era of COVID-19, are responsible for the failure, or incorrect fulfilment, of those obligations assumed upon the admission of the patient to the hospital and not affected, in their feasibility and execution, by the pandemic. The example of the lack of organization and therapeutic devices is exemplary. The doctor is, in fact, at fault if he does not inform the patient "of the possible inadequacy of the structure due to the unavailability, even temporarily, of the necessary tools needed for the therapy or for the adequate prevention of a possible complication"<sup>62</sup>. Furthermore, a sort of "corrective duty" weighs on the physician who works in a hospital without adequate medical equipment<sup>63</sup>. He has a duty to implement any conduct or solution suitable for reducing or remedying, totally or partially, the effects of any organizational and / or structural deficiency of the health institution adapting, to the extent that it is technically possible, the level of his diligence to the specific situation.

The physician, therefore, must verify the existence of the conditions for a correct fulfilment of the service. In the event of structural and / or organizational deficiencies, he should arrange for the patient to be transferred to another health facility, capable of offering the health treatment lacking in the one in which he carries out his activity. However, if the latter solution is not feasible and the doctor is not able to neutralize the structural and organizational deficiencies of the health facility where he is working, it might be concluded for its exemption from liability pursuant to art. 1218 of the Italian Civil Code<sup>64</sup>. In Italy, therefore, it is up to the judge to define, on the basis of the concrete circumstances and according to a fair-proportional causality model, the "part of damage that can be related" to a fortuitous event and that part which is attributable to human cause (i.e. the error of the health professionals). This judgement is difficult to render for the complexity of ascertaining not "the etiological relevance of a conduct (that of the doctor), but the role played by the health institution's inefficiency, particularly when it does

---

60 The hospital is also responsible in case of insufficient equipment, or in the delay in transferring the patient to another better equipped hospital: Cass., 11 Maggio 2009, n. 10743, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 5, p.749; FACCIOLI, M.. Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19, su [www.rivistaresponsabilitamedica.it](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it), 2020, p.6; Cass., 21 aprile 2016, n. 8035, in *Guida al dir.*, 2016, 26, p. 38.

61 REALMONTE, F.. Caso fortuito e forza maggiore, in *Dig. it.*, Torino, II, 1988, p. 253 ss.

62 So the judges in Cass., 16 maggio 2000, n. 6318, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 130.

63 D'ONOFRIO, P. *Libertà di cura e autodeterminazione*, Padova, 2015, p. 101; GUERINONI, E.. Attività sanitaria e responsabilità civile, in *Corr. giur.*, 2013, p. 36; FACCIOLI, M.. L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 1852; NOCCO, L.. La responsabilità delle e nelle strutture, in COMANDÈ, G.; TURCHETTI, G.. (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, p.92. But contrary to this approach, FIORI, A.; LA MONACA, G.. L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti, in *Resp. it. med. leg.*, 2000, p. 1312.

64 CARUSI, D.. Responsabilità de medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera, in *Giur. it.*, I, c. 94.

not go with the negligence of a specific health professional or group of doctors, or when the organizational defect consists of a specific device that does not work"<sup>65</sup>. For its part, the health facility should be held liable if it does not take all the necessary steps to prevent the spread of the infection within the hospital wards<sup>66</sup>. This has been the case where patients, hospitalized for different diseases, or even elderly people, contracted COVID because of the organizational deficiencies of the health facility. Some scholars, in truth, have considered this solution as "excessively penalizing" for health authorities, since the liability for nosocomial infections is evaluated according to the jurisprudential approaches reached in a context of "normality"<sup>67</sup>. On the contrary, however, it should be said that it is a non-normality context to call for a higher threshold of attention<sup>68</sup>. The hospital therefore needs even more stringent measures to contain infections, if he does not want to escape from civil liability.

## **5 PATIENT'S PROTECTION AND THE LIMITATIONS IMPOSED BY THE PANDEMIC**

But there is more. The way in which medical action is declined, especially in the era of the pandemic, must take into account the different position recognized to the patient. If, under normal conditions, the object of the agreement between patient and the health facility (from which the relationship with the doctor originates) refers to a series of services, not only - strictly speaking - diagnostic and therapeutic and so on<sup>69</sup>, during the pandemic, the same content of the care contract changes, as the patient is deprived (as in fact has been deprived) of all those services that require, for example, places in intensive care, special care devices and any other tool which was not available for the relevant request of hospitalizations generated by the pandemic. A similar situation of scarcity of resources has appeared in temporally distinct moments, either at the time of admission or after it, resulting respectively in the impossibility to perform or in the relevance to attribute at a supervening cause, with consequent exemption of the innocent debtor (the health facility) from liability.

This means that the patient/creditor cannot demand the delivery of the service, when this involves excessive economic, physical or psychological costs. From this point of view, it can be said that the patient is, in every sense, the true victim of a pandemic which, by significantly affecting his rights, has forced him to make decisions either imposed by the urgency to intervene or by the solitude to which he is forced by a contagious virus. The same therapeutic alliance with the doctor is affected, by reason of a consent that, in spite of it being said informed, is less and less conscious to the extent that the information provided by the healthcare professional is more and more rigorous and peremptory (art.1, paragraph 3, l. 22 December 2017, n.219). And it is precisely the denial of the treatment, for the scarcity of devices and, with it, of any true therapeutic option, that reduces the consent to a mere acknowledgment of the health situation. If, in fact, the consent plays the role of allowing a conscious participation of the patient in the therapeutic process, it misses its role in front of the doctor's declaration on the absence of any recovery. Nor does the law help. The Italian legislator, for example, has provided for the refusal of treatment, but not the hypothesis of the lack of therapeutic treatment due not to a choice of

---

65 NOCCO, L.. La responsabilità delle e nelle strutture, in COMANDÈ, G.; TURCHETTI, G.. (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, p. 90; PUCELLA, R.. Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 1018 ss.

66 PAPI, L.. Infezioni correlate all'assistenza: verso un riequilibrio dell'onere probatorio? in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 1359 ss.

67 FACCI, G.. La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 707.

68 DAVOLA, A.. Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria, in *Danno e resp.*, 2017, p. 360 ss.

69 PARTISANI, R.. *Dal contratto di spedalità al contatto sociale con effetti protettivi*, in AA.VV., *Le responsabilità nei servizi sanitari*, a cura di FRANZONI, M. Bologna, 2011, p. 172 ss.

the patient or the inexperience of the doctor but to the objective possibility of administering it.

The same Italian jurisprudence, on the other hand, has founded the duty to inform on the possibility of treatment and not, therefore, its objective impossibility. No story as much as that of Covid thus demonstrates how information and consent are distinct and not coincident entities. In fact, the information can be separated from consent whenever the non-postponement of the intervention and the reduced or absent capacity of the patient do not allow its acquisition. Likewise, no story as much as that of Covid demonstrates how dangerous information can be whenever it results in the sterile communication of the impossibility of treatment. The only bulwark against the negative emotional impact that such information is destined to bring to the patient, in a context that does not allow it to be delegated to others, is the principle of graduality and appropriateness to measure the quantity of information to render to the patient and its content. "The pathetic and the cognitive", after all - recalls the philosopher - are not two different dimensions: in fact, there is no "topic or cognitive activity that can be separated from emotionality"<sup>70</sup>. In the face of catastrophe, thus, it is only humanity that can mark the difference and, in marking it, restore dignity to the person.

## REFERENCES

ABA (American Bar Association). American Bar Association House of Delegates: Delegate Handbook. Chicago, IL: ABA; 2011. Report to the House of Delegates Resolution 125 (revised August 6, 2011). In: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house\\_of\\_delegates/final\\_new\\_delegate\\_handbook\\_2011\\_2012.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house_of_delegates/final_new_delegate_handbook_2011_2012.authcheckdam.pdf).

*Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 1 All ER 821.

*Alcock v CCSYP* [1992] 1 AC 310 [1110h].

ALTEVOGT, B. M.; STROUD, C.; HANSON, S. L.; HANFLING, Dan MD.; GOSTIN, L. O.. Guidance for Establishing Crisis Standards of Care for Use in Disaster Situations: Letter Report, 2009.

BELLELLI, A.. *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983.

BERLINGER, B.; WYNIA, M.; POWELL, T.; HESTER, D.M.; MILLIKEN, A.; R. FABI, R. *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19): Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19, 2020*, accessible at: <https://www.thehastingscenter.org/ethicalframeworkcovid19>.

BRAZIER, M.; MIOLA, J.. Bye Bye Bolam: a Medical Litigation Revolution?, *8 Med. L.R.*, 2000.

*Burke v. General Medical Council (defendant) and Disability Rights Commission (interested party) and the Official Solicitor (intervenor)* [2005] E.W.C.A 103.

BURRIS, S.; DE GUIA, S.; GABLE, L.; LEVIN, D. E.; PARMET, W. E.; TERRY, N. P. Assessing Legal Responses to COVID-19, Boston, *Public Health Law Watch*, 2020.

*Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, D.C. Cir. 1972.

CARUSI, D.. Responsabilità de medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera, in *Giur. it.*, I, c. 94.

CASTELLANO, G.. The Criminalization of Treating End of Life Patients with Risky Pain Medication and the Role of the Extreme Emergency Situation, *76 Fordham L. Rev.*, 203, 2007.

---

70 MASULLO, A.. Riflessioni sulla vita ai tempi della nuova peste, in *Voce delle voci*, 20 marzo 2020.

- CASTRONOVO, C.. *La responsabilità civile*, Milano, 2018.
- CATINO, M.; PESENTI CAMPAGNONI, M.; LOCATELLI, C. I ragionamenti inferenziali nella gestione delle emergenze, in *Riv. it. med. leg.*, 2012.
- D'ONOFRIO, P. *Libertà di cura e autodeterminazione*, Padova, 2015.
- DA RE, A.; NICOLUSSI, A. Raccomandazioni controverse per scelte difficili nella pandemia. Appunti etico-giuridici su responsabilità dei medici e linee guida, in *Medicina e morale*, 2020.
- DAVOLA, A.. Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria, in *Danno e resp.*, 2017.
- DI MAJO, A.. Il giudizio di responsabilità del medico dopo la legge Gelli e la perizia "guidata", in *Giu. It.*, 2018.
- DOBBS, Dan B.; HAYDEN, P. T.; BUBLICK, E. M.. *Hornbook On Torts*, West Academic Publishing, § 9.5, 2d. ed. 2016.
- FACCI, G.. La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile, in *Resp. civ. e prev.*, 2020.
- FACCIOLI, M.. Il contratto tra il paziente e la struttura sanitaria: natura, oggetto e disciplina applicabile, in *Studium iuris*, 2004.
- FACCIOLI, M.. Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19, su [www.rivistaresponsabilitamedica.it](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it), 2020.
- FACCIOLI, M.. L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico, in *Resp. civ. e prev.*, 2016.
- FIORI, A.; LA MONACA, G.. L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti, in *Resp. it. med. leg.*, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Le maglie del potere*. Archivio Foucault 3. Interventi, colloqui, interviste, 3, 1978-1985. Trad. it. a cura di Alessandro Pandolfi. Milano, 1998, p. 156.
- GILIKER, P. *Tort*. 6th edn. London, 2017.
- GRADY, D.. *Medical and Ethical Questions Raised on Deaths of Critically Ill Patients*, N.Y. Times, July 20, 2006.
- GRANELLI, C.. La medicina difensiva in Italia, in *Resp. civ. e prev.*, 2016.
- GREY, B.; ORWOLL, S.. Tort Immunity in the Pandemic, 96 *Ind. L.J. Supp.* 1, 2020, p.71 ss.
- GROTTERIA, F. Il paradigma della responsabilità civile nella sperimentazione clinica: alla ricerca di un equilibrio tra canoni tradizionali ed incertezza scientifica, in *Riv. it. med. leg.*, 2017.
- GUERINONI, E.. Attività sanitaria e responsabilità civile, in *Corr. giur.*, 2013.
- GUERRA, G.. La rilevanza giuridica delle linee guida nella pratica medica: spunti di diritto americano, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.
- HART, H. L. A.; HONORÉ, T. *Causation in the Law*, Oxford University Press, 1985
- Helling v. Carey*, 83 Wash. 2d 514, 519 P.2d 981, 1974.
- HONORÉ, T. *Law, Morals and Rescue*, The Good Samaritan and The Law, 1966.
- Hood v. Phillips*, 554 S.W.2d 160, 165, Tex. 1977.

- HYMAN, D.; SILVER, C.. The Poor State of Health Care Quality in the U.S.: Is Malpractice Liability Part of the Problem or Part of the Solution? 90 *Cornell L. Rev.*, 2005.
- IORIO, C.. Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus, in *Judicium*, 2020.
- JOURDAIN, P. Le changement de nature de la responsabilité médicale in *RTD civ.*, 2011.
- LAMI, A.. Accesso ai medicinali di fronte alle emergenze sanitarie. *Rev. droit de la famille*, 2020.
- LEDUC, F.. Pas de requiem prématuré pour l'arrêt Mercier, in *Revue droit civile*, 2011.
- LEVADE, A.. État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception, in *JCP G*, n°13, 30 Mars 2020, p.369. PETIT, J.. L'état d'urgence sanitaire, in *AJDA*, 2020.
- LINDEN, A. M.. *Rescuers And Good Samaritans*, in *The Modern Law Rev.*, 1971.
- MANTEL, J.. A Defense of Physicians' Gatekeeping Role: Balancing Patients' Needs With Society's Interests, 42 *Pepp. L. Rev.*, 633, 725, 2015.
- MARATOS, S.; HOVINGTON, J. *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust: the role of NICE Guidelines in clinical negligence cases*, accessibile a <https://tinyurl.com/yda2m7jn>.
- MARCHISIO, E.. Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva", in *Riv. dir. civ.*, 2020.
- MASONI, R.. La sperimentazione di terapie innovative: la ricostruzione del quadro normativo, *Dir. fam. e pers.*, 2019.
- MASULLO, A.. Riflessioni sulla vita ai tempi della nuova peste, in *Voce delle voci*, 20 marzo 2020.
- NOCCO, L.. La responsabilità delle e nelle strutture, in COMANDÈ, G.; TURCHETTI, G.. (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004.
- ONIAM. *Rapport d'activité*, 2018.
- PAPI, L.. Infezioni correlate all'assistenza: verso un riequilibrio dell'onere probatorio? in *Resp. civ. e prev.*, 2019.
- PARTISANI, R.. *Dal contratto di ospedalità al contatto sociale con effetti protettivi*, in AA.VV., *Le responsabilità nei servizi sanitari*, a cura di FRANZONI, M. Bologna, 2011.
- PERFETTI, U.. La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso, in *Giust. civ.*, 2018.
- PROSSER, W. L.. *Handbook of the Law of Torts*, 3rd ed., 1964, p. 334; FLEMING, J.. *The Law of Torts*, 3rd ed., 1965.
- PUCCELLA, R.. Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012.
- REALMONTE, F.. Caso fortuito e forza maggiore, in *Dig. it.*, Torino, II, 1988.
- RIVLIN, M. M.. Why the fair innings argument is not persuasive. *BMC Med Ethics* 1, 1, 2000, available at: <https://doi.org/10.1186/1472-6939-1-1>.
- SAKS, M. J.; LANDSMAN, S.. The Paradoxes of Defensive Medicine, in *Health Matrix*, 30, 2020.
- SAMANTA, A.; SAMANTA, J.. Legal Standard of Care: a Shift From the Traditional Bolam Test, 3 *Clinical Medicine*, 2003.



Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust [2020] EWHC 20 (QB), par. 79. Sul punto altresì, Department of Health, *A Commitment to Quality, a Quest for Excellence* (HMSO 2001).

Sect. 3215, Part III, *Coronavirus, Aid, Relief, and Economic Security Act*, Pub. L. No. 116-136, §3215, 134 Stat. 281, 374-75, 2020.

SHAPIRO, M.. Updating Constitutional Doctrine: An Extended Response to the Critique of Compulsory Vaccination, *12 Yale J. Health Pol'y Law Ethics* 87, 83-85, 2012.

SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva), *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020, available at: <http://www.siaarti.it/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI.aspx>.

SPECE, R. G.. COVID-19 Control: Disrupting Doctor-Patient Relationships, in *Arizona Legal Studies*, The University of Arizona, E. Rogers College of Law, 29-30, 2020.

TOUZEIL-DIVINA, M. Quand le Conseil d'Etat n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil « d'Etat » et non « des collectivités, in *Journal du Droit Administratif*, 2020.

TURA, A. de. Li rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici, in A.A. V.V., *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, a cura di BALDUZZI, R., Bologna, 2010.

University College London Hospitals NHS Foundation Trust v MB [2020] EWHC 882 (QB), 20 mai 1936, in *Dalloz*, 1936.

WILEY, L.. Coronavirus, Civil Liberties, and the Courts: The Case Against "Suspending" Judicial Review, *133 Harv. Law Rev.*, 2020, accessibile: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3585629](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3585629).

WOOLF, S. H.. An Organised Analytical Framework for Practice Guideline Development: Using Analytical Logic as a Guide for Reviewing Evidence, Developing Recommendations and Explaining the Rationale, in MCCORMICK, K.; MOORE, S. R.; SEGAL, R. (eds). *Methodology Perspectives* (United States Department of Health & Human Services Agency for Health Care Policy and Research, 1994.

ZAMBRANO, V.. Il pendolo di Foucault e la responsabilità medica. tra regole definitorie e linee guida, in *La Responsabilità Sanitaria - Teoria e Pratica Del Diritto - Maior*, 2018.

ZECCHIN, F.. La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24, in *Europa e dir. priv.*, 2018.

ZENCOVICH, V. Zeno. A comedy of errors? Medical liability between wrongdoing and non-fulfillment, in *Rivista di diritto civile*, 2008.

ZENCOVICH, V. Zeno. Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento, in *Rivista di diritto civile*, 2008.



# OS FUNDOS COMO FERRAMENTA DE COMPENSAÇÃO NA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19

**Francesca Benatti**

Doutora em Direito Comparado pela Università degli Studi di Milano, Itália. Professora de Direito Comparado pela Università degli Studi di Padova, Itália.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A responsabilidade da administração pública; 3 A responsabilidade dos médicos e hospitais; 4 As atividades das empresas no Covid-19; 5 A função dos fundos; 6 Observações Finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A questão da responsabilidade civil em relação à Covid-19 parece menos discutida hoje do que os efeitos da pandemia nos contratos. No entanto, parece previsível que a situação tenha um desenvolvimento significativo e proporcione uma oportunidade para avaliar as funções do ilícito e seus limites. Uma análise cuidadosa revela, então, como a mesma responsabilidade civil pode não ser útil para lidar com as consequências da pandemia. Em primeiro lugar, é complexo não só reconstituir os acontecimentos de forma a identificar quais foram os erros decisivos cometidos, mas também é duvidoso que se encontre o nexo de causalidade entre a conduta e o dano e identifique com precisão os prejuízos sofridos. Nesta complexa cadeia global, alguns erros decisivos, e talvez os mais importantes porque os iniciais, também foram cometidos por organizações internacionais. Uma referência é a organização Mundial da Saúde - que não realizou investigações e excluiu o contágio humano, oscilando então nas indicações. Sendo um vírus novo, os erros são possíveis, mas uma certa superficialidade é evidente. Isso provavelmente impediu algumas decisões iniciais. Também foram recebidas talvez nem sempre comunicações oportunas ou corretas de outros Estados.

Um primeiro exame da situação permite identificar três hipóteses de responsabilidade:

a) da administração pública;

b) dos médicos, instalações de saúde e hospitais

c) das empresas, principalmente na fase subsequente ao bloqueio por contágio ocorrido nos locais onde são realizados os seus negócios.

## 2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No que diz respeito ao primeiro caso, é necessário especificar a conduta da Administração que poderia constituir um ilícito. Nessa análise, o conceito de gerenciamento de riscos é central e “refere-se ao processo sistemático de uso de diretivas administrativas, organizações e habilidades e capacidades operacionais para implementar estratégias, políticas e melhores capacidades de enfrentamento, a fim de diminuir os impactos adversos dos riscos e a possibilidade de um desastre”<sup>1</sup>. Portanto, o conceito de gerenciamento de riscos inclui o de desastres e a redução de riscos, que são baseados nas atividades da previsão e prevenção. A primeira é realizada com o apoio de especialistas independentes e “permite a implementação de um sistema de alarme e vigilância capaz de ativar atempadamente mecanismos de proteção civil no caso de eventos previstos ou em andamento, cuja intensidade estimada ou medida exceda os limites de criticidade pré-estabelecidos. Exceder esses limiares levará à implementação das atividades previstas no planejamento de emergência e, em particular, aquelas destinadas a proteger a segurança das pessoas.”<sup>2</sup> A prevenção, por outro lado, aproveita o conhecimento adquirido nas atividades de previsão para elaborar intervenções estruturais destinadas a eliminar ou minimizar a probabilidade de ocorrência de um evento prejudicial e quaisquer consequências daí decorrentes. Se a autoridade pública não realizar essas atividades com a devida diligência, cuidado e escrupulosidade, ela poderá ser responsabilizada por danos. Além disso, devido a importância desta função combinada com a relevância dos interesses envolvidos, as ferramentas disponíveis e os possíveis

---

1 UN Office for Disaster Risk Reduction (UNISDR), Terminology on Disaster Risk Reduction, (UNISDR, Geneva, 2017).

2 A definição é encontrada em <http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/meteo-idro/attivita-previsione-prevenzione>.

efeitos sociais, a conduta deve ser avaliada de acordo com um alto padrão. Simplificando, a administração pública deve ter tomado todas as medidas possíveis para evitar ou reduzir quaisquer efeitos prejudiciais. É claro que as informações e dados técnicos e científicos disponíveis no momento do evento, incluindo quaisquer incertezas e a probabilidade de risco, devem ser consideradas.

Na gestão de riscos, o público deve receber informações decisivas para melhor preparar e enfrentar a situação de crise. No caso de Covid-19, o governo italiano declarou adequadamente um estado de emergência nacional em 31 de janeiro de 2020 e suspendeu os voos de e para a China. No entanto, vale ressaltar que o mês seguinte foi marcado por confusão e uma certa subestimação geral da gravidade da epidemia. Essa confusão impediu as autoridades de tomarem medidas imediatas e adequadas e talvez tenha contribuído para a disseminação do contágio. Entre as iniciativas mais questionáveis estão #Milanononsiferma e #Bergamononsiferma, lançadas com o apoio dos prefeitos de Milão e Bérghamo, depois que os primeiros casos de coronavírus já haviam sido apurados na Lombardia e Veneto. Esses slogans instaram a população a manter seu estilo de vida e hábitos sociais como de costume - sem tomar nenhuma (ou, de qualquer forma, limitada) precauções - em um momento decisivo na história do surto. Assim, essas campanhas sociais poderiam constituir um comportamento negligente, pois, provenientes de cargos públicos e líderes comunitários, influenciavam as escolhas das pessoas e agravavam uma situação já desafiadora. Além disso, a situação ficou pior pelo fracasso do governo em fornecer medidas de proteção ou instruções claras sobre como o público deve se comportar.

Ao mesmo tempo, ao avaliar o papel de uma omissão na ocorrência de um evento ou o relacionamento entre a psique de uma pessoa e sua conduta material, pode ser difícil determinar o nexo de causalidade necessário para estabelecer a responsabilidade. De fato, é complexo medir como um fator sobre outro afeta uma decisão, especialmente porque as pessoas desfrutam de uma liberdade de escolha geral quando se trata de seus comportamentos pessoais<sup>3</sup>. No entanto, apesar das consequências óbvias (e significativas) das iniciativas em Milão e Bérghamo, deve ser enfatizado que infelizmente os que pediram ação foram responsabilizados por criar pânico excessivo.

A resposta inadequada da Administração à situação (tanto quando foi certo que um surto ocorreu como quando ficou claro que a infecção se espalhou) pode ser uma fonte de responsabilidade. A falta geral de respostas parece indicar manejo abaixo do ideal e a ausência de um plano eficaz para lidar com a emergência. As mensagens contraditórias, os atrasos nas medidas de contenção, a coordenação confusa entre o Estado e as Regiões, as dificuldades no fornecimento de máscaras e instrumentos de proteção (que há muito estão indisponíveis para o próprio pessoal de saúde) são emblemáticos.

Nesse contexto, é significativo que a jurisprudência nacional e internacional avalie a ação do governo de acordo com o chamado teste de melhores esforços<sup>4</sup>. No entanto, os problemas devem ser examinados: o vírus era novo, havia informações contraditórias, como apontado, nem sempre era possível intervir corretamente. Por exemplo, na Itália, os cortes

---

<sup>3</sup> A questão da causalidade psicológica na Itália foi examinada na decisão do Tribunal de Cassação relativa ao terremoto de L'Aquila Cass., 19.11.2015, n. 12478/16.

<sup>4</sup> Budayeva & Others v. Russia, App. Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02 (TEDH, 20 Marzo 2008); Kolyadenko and Others v. Russia, App. Nos. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (TEDH 28 Febrero 2012).

nos investimentos em saúde não poderiam garantir respostas ótimas<sup>5</sup>. Mas também não é possível culpar a atual administração por décadas.

O principal problema diz respeito ao lockdown provavelmente estabelecido com atraso. Mas isso, era uma escolha entre duas opções muito difíceis. Fechar uma economia em um país como a Itália já em crise não era fácil, porém outros países como a Suécia não o fizeram. As mesmas escolhas dos prefeitos podem ser lidas como um apoio para economia. Porque é verdade que Covid era assustador, mas os dados eram incertos<sup>6</sup> e as crises econômicas têm consequências muito sérias. Não parece possível ler a subestimação da Covid ou mesmo os possíveis atrasos em termos de responsabilidade legal. Escolhas políticas são frequentemente feitas. E muitas vezes a seriedade das consequências é determinada pelas escolhas de administrações anteriores. Entre outras coisas, pensamos ao contrário: se o bloqueio fosse excessivo, poderíamos raciocinar em termos de responsabilidade igualmente.

Cabe destacar, ainda, que as atas desclassificadas do CTS (Comitato tecnico-scientifico) mostram certa indecisão dos especialistas em apoiar as escolhas do governo. Em 28 de fevereiro, ao decidir sobre a implantação das áreas vermelhas da Lombardia, afirmou-se que “não são necessárias novas medidas restritivas”, apenas para mudar de opinião em 3 de março, quando, no entanto, a situação era já caída. Da mesma forma, no dia 4 de março numa discussão sobre o fechamento de escolas, o CTS considerou que “no momento não há dados que abordem irrefutavelmente a utilidade” desta medida. Isso poderia sugerir uma responsabilidade por parte do Comitê, o que, no entanto, seria inadequado. A incerteza da informação disponível provavelmente não permitiu uma escolha clara e decisiva e preferiu-se uma gradação compreensível, embora com consequências negativas. Justamente esta dificuldade dos especialistas permite questionar algumas teorias sobre a governança dos competentes: o Covid-19 destacou e descobriu a impossibilidade de deixar escolhas importantes para dados científicos. A ciência não é uniforme, pode estar errada, outras avaliações também podem ser necessárias.

### **3 A RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS E HOSPITAIS**

Embora as regras padrão de responsabilidade civil se apliquem em casos contra hospitais e médicos<sup>7</sup>, o julgamento deve ser exercido com cautela ou sem paternalismo judicial. A conduta deles deve ser avaliada à luz de todos os fatores que contribuem para as circunstâncias da situação de emergência, incluindo o impacto de anos de cortes no orçamento e a falta de investimentos, bem como a ausência de protocolo ou direção. O número significativo de mortes de médicos e trabalhadores de hospitais atesta as difíceis condições de saúde no momento do surto. Portanto, para ser relevante, qualquer falha deve apresentar as mesmas características que são normalmente atribuídas a negligência grave qualificada, pois sujeitar os médicos às regras de mera negligência seria inaceitável, considerando a situação de emergência e novidade do vírus. Além disso, não parece apropriado adotar a tese que distingue entre pessoal médico e hospitais<sup>8</sup>, pois essa distinção tornaria possível atribuir culpa a estes últimos por falta de estrutura organizacional<sup>9</sup>, sem considerar o fato de

---

5 Na Itália, os cortes contínuos nos investimentos em saúde totalizaram aproximadamente 37 bilhões de euros entre 2011 e 2020 apenas. Os cortes no orçamento resultaram no fechamento de pequenos hospitais, uma redução significativa de locais de terapia intensiva e as demissões de mais de 46 mil unidades de pessoal entre 2009 e 2017.

6 KAY, Jay; KING, Mervin. *Decision-Making Beyond the Numbers*. Radical Uncertainty. New York: Norton & Company Inc, 2020.

7 OLIVERI, Luca. Responsabilità medica e covid-19: prime impressioni. *Attualità Juridica Iberoamericana*. n.12, 2020, p.526.

8 A posição é expressa na *Lettera ai soci*, Associazione civilisti italiani, 24.04.2020

9 OLIVERI, Luca. Covid-19: il primo tassello per un (non desiderabile) effetto domino sanitario, *Revista Iberc*, v.3, n. 2, 2020, p.268.

que muitas deficiências se devem em grande parte a problemas políticos e as decisões que minaram a eficiência do sistema.

Esta solução também é defendida nos Princípios ELI que sugerem no art. 14 uma “isenção de responsabilidade por negligência simples”:

1) dadas as circunstâncias urgentes e dramáticas, nas quais os médicos, profissionais de saúde e outros prestadores de serviços nos centros médicos, os Estados devem garantir que esses profissionais não sejam responsabilizados por eventos adversos relacionados à Covid-19, exceto no caso de pelo menos negligência grave. 2) o mesmo se aplica a outros profissionais ou titulares de cargos públicos que tiveram dificuldades diretamente relacionadas à crise da Covid-19. 3) estas isenções de responsabilidade não se aplicam à responsabilidade do Estado, que permanece responsável nos termos do regime específico de responsabilidade existente.<sup>10</sup>

As leis de proteção contra responsabilidade civil que os Estados americanos estão introduzindo gradativamente e que tendem a proteger as unidades de saúde também parecem orientadas nesse sentido. Por exemplo, a legislação de emergência do Mississippi<sup>11</sup> prevê que os estabelecimentos e profissionais de saúde não podem ser processados por ferimentos ou morte causados por atos ou omissões durante a prestação de serviços de saúde relacionados ao estado de emergência Covid-19 declarado. A imunidade dura um ano após o término do estado de emergência. A imunidade se estende a atos não relacionados ao estado de emergência que apoiam a resposta de emergência do estado, tais como: atrasar ou cancelar procedimentos não urgentes ou eletivos; diagnosticar ou tratar pacientes fora do escopo normal da licença ou prática do profissional de saúde; usar equipamentos ou suprimentos fora de seu uso normal, testar ou tratar pacientes fora das instalações de serviços de saúde, atos realizados devido à falta de pessoal, instalações, equipamentos ou suprimentos devido ao Covid-19. Outros Estados, por outro lado, consideram o comportamento de negligência grosseira suficiente para integrar a hipótese de responsabilidade.

No entanto, deve-se destacar que este requisito de conduta é difícil de ser encontrado na prática. Primeiro, as diretrizes pareciam incertas<sup>12</sup> e eram frequentemente alteradas. Por exemplo, as atas do CTS mostram como em 24 de fevereiro de 2020 se considerou que “na ausência de sintomas o teste não se justifica, pois não fornece uma indicação indicativa para fins clínicos de acordo com as definições de caso” e em 28 de fevereiro o as máscaras foram recomendadas “apenas se você suspeitar que está doente ou cuidar de pessoas doentes”. As escolhas subsequentes mostram o equívoco dessas avaliações, provavelmente por falta de conhecimento sobre o vírus.

Um outro perfil delicado depende da presença de numerosos pacientes assintomáticos que ainda hoje se debatem se podem infectar outras pessoas e em que medida. Então, por não apresentar efeitos empiricamente detectáveis da infecção, estes pacientes podem ser considerados menos em risco de resultados críticos ou fatais e, portanto, nesses casos, o elemento final do “dano” estaria ausente no julgamento da responsabilidade pelo diagnóstico omitido, mas também há a possibilidade de o paciente ou o médico confundirem os primeiros

---

10 EUROPEAN LAW INSTITUTE. *ELI Principles for the Covid-19 Crisis*. 2020. Disponível em: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_COVID-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf).

11 MISSISSIPPI LEGISLATURE. *Senate Bill No. 3049*. 2020. Disponível em: <http://billstatus.ls.state.ms.us/documents/2020/pdf/SB/3000-3099/SB3049SG.pdf>.

12 Mesmo algumas escolhas que se revelaram desastrosas, como a transferência de pacientes da Covid-19 para asilos e que foram feitas em diferentes áreas, como algumas regiões da Itália ou o estado de Nova York, foram aprovadas por especialistas e podem parecer corretas em uma situação ainda pouco clara, com dados incertos e falta de estruturas.

sintomas como manifestação de outra patologia (como a gripe sazonal).

Além disso, especialmente no início, faltavam alguns protocolos e não se conheciam as consequências e possíveis cursos do vírus, nem os efeitos dos diferentes tratamentos nas pessoas. São indicativas as inúmeras terapias experimentadas, anunciadas, negadas, como atesta o debate sobre o tratamento com plasma inicialmente iniciado em alguns hospitais italianos. Essa dificuldade também foi afetada pela opção geral de não realizar autópsias, o que, ao invés, teria permitido algumas avaliações imediatamente. É também claro que o progresso através das tentativas parece bastante normal diante de um novo vírus e em uma situação de particular estresse, com também uma atenção da mídia e da opinião pública particularmente pesada.

A mesma abordagem também deve ser tomada em relação aos casos de pessoas que sofreram danos devido a terem seus tratamentos transferidos ou adiados para privilegiar os pacientes da Covid. Esta escolha, de facto, antes mesmo da de cada médico ou estrutura parece ter sido uma decisão nacional e, portanto, política: numa situação de emergência resultante de uma pandemia, preferia-se tratar os infectados, em vez dos doentes normais. A questão não parece legal, mas diz respeito ao papel do Estado e, portanto, à necessidade de evitar que essas decisões sejam alcançadas por meio de investimentos e políticas sérias. É interessante notar que as citadas *shield liability laws* consideram justamente essas hipóteses ao estabelecer a não responsabilização de médicos e hospitais pelo cancelamento de procedimentos não urgentes ou aqueles desejados pelo paciente. É claro que a avaliação deverá ter lugar sobre a necessidade e urgência do tratamento não realizado de acordo com os protocolos e com uma análise *ex ante*, sem ter em conta desenvolvimentos posteriores.

Por fim, é preciso considerar a pluralidade de figuras que se enquadram na categoria de médico: desde os especialistas da disciplina até o clínico geral básico que talvez não tivesse os instrumentos para lidar com tais situações. E a mesma diferenciação ocorre em relação às estruturas.

Portanto, uma primeira análise sugeriria que em muitos países a verdadeira responsabilidade reside em uma unidade de saúde que foi enfraquecida por cortes contínuos e investimentos escassos e não estava preparada para enfrentar uma pandemia da maneira mais adequada. Em muitos casos, esforços extraordinários têm sido feitos por médicos e profissionais de saúde para responder à situação.

#### **4 AS ATIVIDADES DAS EMPRESAS NO COVID-19**

Outra hipótese de responsabilidade poderia surgir para as empresas pelo contágio ocorrido nos locais onde seus negócios são exercidos. Verifica-se que, se eles respeitarem correta e cuidadosamente as diretrizes impostas para a proteção da saúde, é difícil encontrar sua responsabilidade.

Diferente é o caso em que as diretrizes e medidas de segurança não foram respeitadas ou apenas parcialmente. Portanto, parece necessário avaliar a situação concreta e no sistema italiano a prova nos termos do art. 2043 do Código Civil Italiano por parte do demandante, do contágio efetivo naquele local, o que não é fácil, principalmente se for um visitante casual, e do nexo de causalidade entre a omissão de precaução e o dano. No entanto, deve-se sublinhar uma possível direção que poderia ser desenvolvida na jurisprudência italiana também com fins punitivos e dissuasores que consiste em qualificar a atividade empresarial, especialmente, em locais públicos como restaurantes, bares, clubes, hotéis, ginásios como uma atividade perigosa dada a disseminação de Covid, com fundamento no art. 2050 do Código Civil Italiano e, portanto, responsabilizar o empresário “se ele não provar que tomou



todas as medidas adequadas para causar o dano”. Em ambos os casos, nota-se como a lesão poderia, no entanto, ser desprezível, principalmente se fosse um positivo assintomático, a menos que se quisesse atribuir uma nuance sancionatória ao dano.

Essa hipótese, apesar de sua incerteza, poderia dar origem a inúmeras controvérsias, com algumas consequências graves. Em primeiro lugar, haveria um agravamento do sistema judicial em alguns países, como a Itália, que já é muito lento e ineficiente. Acima de tudo, tanto o risco de convocação como o procedimento possível podem desencorajar a atividade empresarial ou a sua normalização, que antes parecem necessárias neste momento histórico. De fato, é necessário distinguir os casos em que houve desprezo pelo risco daqueles em que as numerosas e muitas vezes contraditórias diretrizes, também pelo conhecimento parcial do vírus, ou acontecimentos fortuitos determinaram um contágio inocente.

Portanto, também parecem interessantes com referência a essa hipótese as *shield liability laws* americanas que visam a proteger, ainda que em extensão e formas diferentes, empresas, escolas, organizações sem fins lucrativos e outras entidades e indivíduos de responsabilidade por danos em ações judiciais envolvendo COVID-19, a menos que o reclamante prove por evidências claras e convincentes que a empresa, provedor de saúde, escola, organização sem fins lucrativos, entidade ou indivíduo que causou a perda, dano, lesão ou morte por ato que constitua negligência grosseira ou conduta dolosa. Deve-se notar que estas não são “*blanket shields law*” que protegem completamente a empresa independentemente de sua conduta, mas servem para limitar sua responsabilidade às hipóteses de negligência grosseira, má conduta intencional e arbitrária, infração imprudente de danos ou intencionalidade infração de dano.

Esta disposição pode ser acompanhada nas leis pela introdução de uma *rebuttal presumption*. A lei da Geórgia<sup>13</sup> prevê que, na ausência de negligência grave, a empresa pode incluir em “qualquer recibo ou comprovante de pesquisa para entrada” esta isenção de responsabilidade: “qualquer pessoa que entrar nas instalações renuncia a qualquer responsabilidade civil contra o proprietário e operador deste local por qualquer lesões causadas pelo risco inerente associado à contratação de COVID-19 em reuniões públicas, exceto por negligência grosseira, má conduta intencional e arbitrária, infração imprudente de dano ou infração intencional de dano pelo indivíduo ou entidade das instalações”, expôs um aviso na entrada do local que avisa como “de acordo com a lei da Geórgia, não há responsabilidade por ferimentos ou morte de um indivíduo que entre nessas instalações se tais ferimentos ou morte resultarem dos riscos inerentes à contratação de COVID-19. Você está assumindo esse risco ao entrar nessas instalações.” Em algumas jurisdições, no entanto, as disputas sobre segurança no trabalho são deixadas para as regras gerais.

O objetivo desses regulamentos é evitar a propagação de disputas por motivos incertos que poderiam constituir um obstáculo ao retorno à atividade comercial normal. Porém, muito dependerá da interpretação dos Tribunais tanto porque essas leis costumam utilizar uma linguagem ampla na definição do vírus que não se refere apenas à Covid, mas também para a especificação das condutas que integram a negligência grosseira, que poderia depender da percepção particular do juiz e do contexto. É evidente, de facto, que se a evolução da situação se mantivesse grave, poderiam ser consideradas necessárias medidas mais cuidadosas e rigorosas e, portanto, a negligência grosseira poderia configurar-se mais facilmente, caso contrário, com uma melhoria, os cuidados normais poderiam ser suficientes.

---

13 Senate Bill 359.

Portanto, deve-se notar que a responsabilidade civil não é muito útil e oportuna como uma ferramenta para lidar com as consequências da pandemia Covid-19, tanto devido à dificuldade de usar categorias tradicionais, quanto porque processos longos e difíceis podem ser insatisfatórios mesmo no caso de um resultado positivo. o mesmo danificado. Uma solução diferente poderia ser considerada atribuindo funções de sanção-dissuasão ou de assistência social ao delito que dobram as regras gerais a novos requisitos. No entanto, deve-se notar que a prossecução da finalidade punitiva<sup>14</sup> não se afigura adequada devido às suas características excepcionais e imprevisíveis. Uma exceção poderia ser encontrada no caso da administração pública que tinha a função de proteger a população. Sente-se, no entanto, que talvez nesta hipótese pareça preferível configurar a responsabilidade em termos políticos do que jurídicos, dada a sucessão de diferentes escolhas feitas por diferentes atores, talvez até mesmo em oposição entre si.

Por outro lado, o uso da responsabilidade civil para a assistência social também poderia ser mais convincente devido às graves consequências. A principal objeção reside na própria natureza do processo judicial<sup>15</sup>, que tende à decisão de uma disputa específica, mas não deve representar uma maneira de resolver problemas políticos complexos. As políticas de assistência social devem basear-se em conhecimentos e informações que nem sempre estão disponíveis para o juiz no julgamento, ou, possui tempo suficiente e as ferramentas necessárias para elaborar a referida decisão. Mas, acima de tudo, elas geralmente envolvem um compromisso e um equilíbrio entre as diferentes necessidades do destino das finanças públicas que o tomador de decisão não pode operar<sup>16</sup>.

## 5 A FUNÇÃO DOS FUNDOS

Verifica-se, portanto, que, neste contexto, a utilização de um fundo sem culpa, subtraído dos esquemas do ilícito pode parecer útil, acompanhando-o a uma lei que preveja a proteção da responsabilidade civil dos atores envolvidos para as pessoas que sofreram a perda de parentes próximos ou tiveram problemas de saúde devido à pandemia de Covid-19. Desse modo, uma função previdenciária obediente ao princípio da solidariedade teria o privilégio de uma função dissuasora ou mesmo sancionadora. As vantagens também seriam encontradas em uma maior rapidez de indenização, que seria automática na presença de requisitos pré-definidos e não sujeita aos tempos, custas e incertezas de um processo judicial. Por outro lado, como afirma Nagareda<sup>17</sup>, a transação é o fim de todas *mass tort litigations*, por meio do fundo é apenas antecipada.

Este instrumento tem assumido grande importância nos últimos anos e a doutrina tem questionado os eventos que poderiam justificá-lo. O modelo mais conhecido é o implementado nos Estados Unidos para as vítimas do 11 de setembro. No entanto, conforme apontado pelo próprio administrador do fundo Kenneth Feinberg:

[...] não se pode justificar o Fundo da perspectiva das vítimas de tais tragédias ou desastres. Teríamos que ser capazes de explicar por que havia um fundo

---

14 GRONDONA, M.. *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*. Napoli: Esi, 2017.

15 *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d 219, 309 N.Y.S.2d 312 (N.Y. 1970) : “a court performs its essential function when it decides the rights of parties before it. Its decision of private controversies may sometimes greatly affect public issues. Large questions of law are often resolved by the manner in which private litigation is decided. But this is normally an incident to the court’s main function to settle controversy. It is a rare exercise of judicial power to use a decision in private litigation as a purposeful mechanism to achieve direct public objectives greatly beyond the rights and interests before the court...”

16 *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918).

17 NAGAREDA, R. A.. *Mass Torts in a World of Settlement*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, p.XI.

do 11 de setembro para as vítimas do 11 de setembro, mas nenhum para as vítimas do bombardeio na cidade de Oklahoma. E por que não havia fundo para as vítimas do Katrina em que morreram 1000 pessoas ... (O Fundo 9/11) foi um programa único; nunca será replicado.<sup>18</sup>

O instrumento decidido pelo Congresso pretendia ser uma resposta única a um evento único expressando a força e a unidade dos Estados Unidos diante de um ataque sem precedentes. Parte da doutrina destacou como seu mecanismo foi inspirado por diferentes princípios extraídos da responsabilidade civil, do sistema de seguro e dos modelos de previdência. Embora tenha sido considerado um sucesso, surgiram grandes preocupações nos casos em que foram feitas tentativas de replicar o uso do fundo por empresas para responder a desastres por negligência, a fim também de evitar a responsabilidade civil. Um exemplo foi o Gulf Coast Claim Facility (GCCF) criado pela BP com a concordância do presidente dos EUA Obama após o desastre ambiental causado pela plataforma de petróleo Deepwater Horizon e também administrado por Feinberg<sup>19</sup>. As críticas foram variadas e incidiram sobre a falta de transparência do GCCF, a pequenez da indenização paga<sup>20</sup>, mas, sobretudo, destacaram a diferença substancial entre o caso 11 de Setembro e o caso Deepwater Horizon. Na primeira, de fato, não foram identificados potenciais culpados, principalmente na etapa inicial; na segunda, porém, foi possível identificar os sujeitos contra os quais processar.

Foi efetivamente notado que nos EUA agora testemunhamos uma evolução de “1) um fundo de ação coletiva aprovado e administrado judicialmente para 2) um fundo mandatado e supervisionado pelo Congresso para 3) um fundo dirigido e criado pelo réu ... essencialmente sem restrições por lei”.<sup>21</sup> Isso leva à questão de saber se os fundos são sempre um instrumento legítimo ou se podem representar uma forma para os réus “cumprirem suas responsabilidades legais em seus próprios termos e favoráveis aos seus próprios interesses.”<sup>22</sup>

No entanto, o caso da Covid-19 parece próximo ao de 11 de setembro para justificar o uso da mesma ferramenta<sup>23</sup>. Foi um acontecimento imprevisível, com graves consequências que afetaram todo o país, embora de formas diversas. Também parece difícil que uma compensação efetiva possa ser alcançada em quase todos os casos por meio do uso de regras de responsabilidade civil. Ressalta-se<sup>24</sup> que a utilização de um fundo é recomendada justamente quando alguns danificados não podem ser indenizados ou apenas de forma desprezível, como poderia acontecer neste caso. Seria também uma medida simbólica de resposta e unidade diante de uma tragédia.

Constatou-se que embora os fundos tenham características comuns, na prática existem diferentes modelos que dependem do evento a que têm de responder, das suas finalidades, das formas como são financiados, dos procedimentos de compensação<sup>25</sup>. Portanto, emerge a

---

18 FEINBERG, Kenneth R.. The September 11th Victim Compensation Fund of 2001: Policy and Precedent. *NYL Sch. L. Rev.*, v. 56, i. 3, 2012, p. 1116-1118.

19 BENATTI, Francesca. La giustizia statunitense alla prova dei mass torts; il caso In Re Deepwater Horizon, *Responsabilità Civile e Previdenza*. 2015, p. 675-687.

20 ISSACHAROFF, S.; RAVE, D. T.. *The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation*, 74 *La. L. Rev.*, 2013, p. 397.

21 MULLENIX, L. S. Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Revolving Mass Tort Claims-A Fund Too Far. *Louisiana Law Review* v. 71, 2011, p. 819-916.

22 MULLENIX, L. S. Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Revolving Mass Tort Claims-A Fund Too Far. *Louisiana Law Review* v. 71, 2011, p. 916.

23 STEENSON, Michael K; SAYLER, Joseph Michael. Legacy of the 9/11 Fund and the Minnesota I-35W Bridge-Collapse Fund: Creating a Template for Compensating Victims of Future Mass-Tort Catastrophes. *William Mitchell Law Review*, v. 35, i. 2, 2009, p. 528. sublinham a necessidade de abordar também a questão política na definição do fundo. É especialmente importante nesses casos.

24 RABIN, Robert L. Some Thoughts on the Efficacy of a Mass Toxics Administrative Compensation Scheme. *Maryland Law Review* v. 52, i. 4, 1993, p. 1190.

25 MULLENIX, L. S. Designing Compensatory Funds: In Search of First Principles. *Stanford Journal of Complex Litigation*. v. 3, 2015, p. 1.

importância das escolhas feitas no momento da constituição do fundo que podem influenciar sua efetividade posterior. É necessário que a estrutura seja flexível e seja avaliada

(the) 1) understanding all the relevant factors that drive the success of the accepted norm that is to be changed in the new design; 2) making assumptions about uncertainties that emanate from the accepted norm; 3) identifying and disaggregating the variables of the new design; 4) identifying the actors and their preferences in reacting to the design; 5) selecting short- and long-term goals to be achieved; 6) devising a plan and an endgame; 7) anticipating resistance; and 8) revising the plan and adding continuous feedback loops. <sup>26</sup>

Mas especificamente<sup>27</sup>, as escolhas dizem respeito principalmente à extensão e duração do fundo, os métodos de financiamento, as categorias que podem ser indenizadas, os critérios e metodologia utilizados para a quantificação, a relação com a responsabilidade civil e outros métodos de compensação<sup>28</sup>, a possibilidade de revisão da decisão assumindo uma compensação<sup>29</sup>.

Outro aspecto delicado é representado, então, pela nomeação do Diretor, a quem podem ser atribuídos poderes mais ou menos amplos. Sabe-se que, no caso do fundo do 11 de setembro, Kenneth Feinberg obteve discricção quase absoluta. No entanto, esta escolha, embora motivada por razões de urgência e simplificação, não parece aconselhável, especialmente quando os fundos são públicos. Em vez disso, parece necessário identificar claramente os limites das competências do Administrador de forma a garantir transparência e racionalidade, reduzindo a arbitrariedade e possíveis abusos.

Na hipótese da Covid-19, embora seja aconselhável a utilização do fundo, podem surgir problemas na forma de financiamento. Parte da doutrina sublinha como, a fim de melhorar a saúde geral e também para fins específicos, como o financiamento da pesquisa para uma vacina contra a Covid-19, poderia ser facilitada alocando uma parte do dano imaterial concedido a esses fins:

[...] não é muito difícil admitir uma ideia de indenização em espécie (concedida ao abrigo do artigo 2058 do Código Civil italiano em alternativa à do equivalente) que consiste em proporcionar as estruturas responsáveis pelo tratamento e assistência aos doentes com patologias clínicas, talvez semelhantes às causadas pelo gestor da ofensa, em proporcionar-lhes os meios para melhorar os seus serviços e, portanto, proporcionar a todos, incluindo a vítima da ofensa, uma assistência e cuidados mais adequados e especializados, mais capazes de ajudar a curar ou melhorar as condições da vida. Além disso, a solidariedade social é um dever, diz a Constituição. E não podemos e não queremos questionar o fato de que em nome da solidariedade social o autor do delito pode ser forçado a indenizar também o dano imaterial. Mas a solidariedade social é dever de todos, é o que realmente diz a Constituição. De tudo isso significa nada mais e nada menos do que a parte lesada. Penso, portanto, que impor ao lesado o cumprimento dos deveres de solidariedade social é mesmo necessário para respeitar

---

26 MCGOVERN, Francis. The What and Why of Claims Resolution Facilities. *Duke Law School*. v. 57, 2005, P.1361-1389.

27 MULLENIX, L. S. Designing Compensatory Funds: In Search of First Principles. *Stanford Journal of Complex Litigation*. v. 3, 2015, p. 1-31. Observa a necessidade de considerar também os princípios e valores que devem nortear as operações do fundo.

28 Um exemplo onde é permitido é a *collateral rule*.

29 COOPER, Alexander Janet. Procedural design and terror victim compensation. *DePaul Law Review*. v. 53, 2003, p.627-718; HENSLER, Deborah. Alternative Courts-Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review* v. 57, 2005, p.1429-1439.

a lei. E creio que a solidariedade social vista do lado do lesado pode e deve consistir precisamente em desviar uma componente da obrigação de indenização para a proteção da saúde pública.<sup>30</sup>

Esse argumento, que poderia ser estendido de forma análoga ao financiamento para a criação de um fundo, suscita inúmeras dúvidas que surgem da própria função do dano imaterial. Embora, na verdade, também possa ser usado para fins dissuasivos e punitivos, não se deve esquecer que tende a indenizar o lesado por perdas não quantificáveis economicamente, mas muitas vezes graves. Parece questionável atribuir um dever de solidariedade a uma pessoa que já foi afetada quando ela mesma poderia precisar. O primeiro dever de solidariedade, justamente nos termos do art. 2 da Constituição italiana pertence ao Estado que tem ou deveria ter os instrumentos para o cumprir.

A natureza social do dano nos leva a crer que um fundo financiado integralmente pelo Estado pode ser considerado no caso da Covid-19.<sup>31</sup> No entanto, a utilização do dinheiro público torna fundamentais os métodos de identificação das categorias de compensação e a metodologia de quantificação.<sup>32</sup> A mais ampla transparência e respeito pelos princípios de justiça processual e substantiva, equidade e igualdade devem ser garantidas a esse processo.

É claro que os fundos são uma ferramenta excepcional e, no caso da Covid, podem ser usados para preencher as lacunas, nunca devem ser uma forma de reduzir a função de responsabilidade, como Rabin já advertiu.<sup>33</sup>

## 6 OBSERVAÇÕES FINAIS

Covid-19 foi e ainda é um evento trágico, que abalou muitas de nossas certezas e mudou nossos paradigmas. Isso determina a necessidade hoje de avaliar com prudência e equilibrar as escolhas a serem feitas também no plano jurídico. Nas últimas décadas, houve um abuso da responsabilidade civil que se estendeu a novas áreas e assumiu novas funções. No entanto, a Covid-19 nos confronta com sua insuficiência em responder às consequências de uma grave pandemia e nos leva à pergunta “o que a justiça completa gostaria em face de um desastre. Como a justiça tem muitas dimensões, o exercício é difícil. Quando se pensa que a justiça está sendo feita após uma catástrofe ... o foco natural é a justiça compensatória. Mas a justiça compensatória é ela própria complexa”<sup>34</sup> e depende da ideia filosófica de justiça à qual aderimos. A própria noção de compensação mostra sua ilusão. A aplicação de regras tradicionais parece insatisfatória, mas a criação desordenada, especialmente jurisprudencial, de regras ad hoc é igualmente perigosa. Embora uma resposta simbólica como a criação de um Fundo possa servir para aliviar algumas consequências até certo ponto, talvez seja hora de considerar o papel da lei e suas limitações com mais profundidade. Num momento de perda generalizada de legitimidade do Estado e das suas instituições, de enfraquecimento das comunidades, dos corpos intermediários, da família com a consequente atomização do indivíduo<sup>35</sup>, o direito preenche estas lacunas de forma inadequada, sobretudo nas situações

---

30 MAGGIOLLO, Marcello. Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute. *Giustiziacivile.com*. 2020, p.4-5.

31 Uma abordagem híbrida também pode ser considerada, GILLES, Myriam. Public-Private Approaches to Mass Tort Victim Compensation: Some Thoughts on the Gulf Coast Claims Facility. *DePaul Law Review*. v. 61, i. 2, 2011, p. 419.

32 É claro que, por se tratar de fundos públicos, também é necessária atenção para evitar o aumento dos custos sociais.

33 RABIN, Robert L. Poking Holes in the Fabric of Tort: A Comment. *DePaul Law Review*. v. 56, i. 2, 2006, p.294.

34 GOLDBERG, John C. P. Doing Justice in the Face of a Disaster. *Akron Law Review*. v.45, i.3, 2012, p.583-589.

35 DENNEN, Patrick J. *Why Liberalism failed*, New Haven, Yale University Press, 2018.



difícil. Talvez a verdadeira resposta à emergência da Covid-19 deva partir da busca por um mundo “mais humano”.

## REFERÊNCIAS

COOPER, Alexander Janet. Procedural design and terror victim compensation. *DePaul Law Review*. v. 53, 2003, p. 627-718.

BENATTI, Francesca. La giustizia statunitense alla prova dei mass torts; il caso In Re Deepwater Horizon, *Responsabilità Civile e Previdenza*. 2015, p. 675-687.

DENNEN, Patrick J. *Why Liberalism failed*, New Haven, Yale University Press, 2018.

EUROPEAN LAW INSTITUTE. ELI Principles for the Covid-19 Crisis. 2020. Disponível em: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_COVID-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf).

FEINBERG, Kenneth R. The September 11th Victim Compensation Fund of 2001: Policy and Precedent. *NYL Sch. L. Rev.* v. 56, i. 3, 2012, p. 1116-1118.

GILLES, Myriam. Public-Private Approaches to Mass Tort Victim Compensation: Some Thoughts on the Gulf Coast Claims Facility. *DePaul Law Review*. v. 61, i. 2, 2011, p. 419.

GOLDBERG, John C. P. Doing Justice in the Face of a Disaster. *Akron Law Review*. v.45, i.3, 2012, p.583-589.

HENSLER, Deborah. Alternative Courts-Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review* v.57, 2005, p.1429-1439.

ISSACHAROF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*. v. 74, 2014, p. 397-431.

KAY, Jay; KING, Mervin. *Decision-Making Beyond the Numbers*. Radical Uncertainty. New York: Norton & Company Inc, 2020.

MAGGILOLO, Marcello. Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute. *Giustiziacivile.com*. 2020.

MCGOVERN, Francis. The What and Why of Claims Resolution Facilities. *Duke Law School*. v. 57, 2005, P:1361-1389.

MISSISSIPPI LEGISLATURE. *Senate Bill No. 3049*. 2020. Disponível em: <http://billstatus.ls.state.ms.us/documents/2020/pdf/SB/3000-3099/SB3049SG.pdf>.

MULLENIX, L. S. Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Revolving Mass Tort Claims-A Fund Too Far. *Louisiana Law Review* v. 71, 2011, p. 819-916.

MULLENIX, L. S. Designing Compensatory Funds: In Search of First Principles. *Stanford Journal of Complex Litigation*. v. 3, 2015, p. 1-31.

OLIVERI, Luca. Responsabilità medica e covid-19: prime impressioni. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. n. 12, 2020, p. 526-535.



OLIVERI, Luca. Covid-19: il primo tassello per un (non desiderabile) effetto domino sanitario, *Revista Ibero*, v. 3, n. 2, p. 268-288, 2020.

RABIN, Robert L. Some Thoughts on the Efficacy of a Mass Toxics Administrative Compensation Scheme. *Maryland Law Review* v. 52, i. 4, 1993, p. 1190-1209.

RABIN, Robert L. Poking Holes in the Fabric of Tort: A Comment. *DePaul Law Review*. v. 56, i. 2, 2006, p.293-306.

STEENSON, Michael K; SAYLER, Joseph Michael. Legacy of the 9/11 Fund and the Minnesota I-35W Bridge-Collapse Fund: Creating a Template for Compensating Victims of Future Mass-Tort Catastrophes. *William Mitchell Law Review*, v. 35, i. 2, 2009, p. 524-557.

# VACUNA POR COVID-19 Y RIESGOS DE DESARROLLO<sup>1</sup>

**Erika Isler Soto**

Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad de Talca, Chile. Abogada.

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Los riesgos de desarrollo y su calificación jurídica; 2.1 Concepto y elementos; 2.1.1 Los riesgos no previsibles; 2.1.2 El momento jurídicamente relevante; 2.1.3 Los conocimientos técnicos de la ciencia o arte; 2.2 La calificación jurídica de los riesgos de desarrollo; 3 Reconocimiento normativo de los riesgos de desarrollo: una aproximación comparada; 4 Riesgos de desarrollo y vacuna que prevenga el contagio del Covid-19; 4.1 La asunción de riesgos por parte del laboratorio y la responsabilidad objetiva; 4.2 La necesidad de reconocer los riesgos de desarrollo y la seguridad social; 5 Conclusiones; Referencias.

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT N° 11190230: “Los medios de tutela del consumidor ante el producto defectuoso, en la Ley 19.496” del que la autora es investigadora responsable.

## 1 INTRODUCCIÓN

Una vez advertida la gravedad de la pandemia derivada del COVID-19, pero sobre todo de su altísima aptitud de contagio, las esperanzas del mundo entero se han situado en el descubrimiento de una vacuna que pueda evitar su descontrolada propagación. La importancia de un hallazgo en tal sentido es múltiple, desde que no sólo podrá contribuir a detener una pandemia que ha costado la vida de muchos seres humanos, sino que también a hacer frente a la indiscutible crisis económico-social que se ha derivado de la sanitaria.

Con todo, varios laboratorios de distintos países han dirigido su trabajo hacia la obtención de tal resultado, con mayores y menores avances. No obstante, cuando ello ocurra, resulta esperable que no sólo consideraciones médicas y biológicas sean tomadas en cuenta al momento de que el fabricante o proveedor responsable decida su distribución y comercialización. En efecto, atendido a que no es posible asegurar la total y absoluta inocuidad de un producto elaborado -más aún si ha de aplicarse a seres complejos- podemos representarnos la factibilidad de que aparezcan también efectos colaterales dañinos que alteren la integridad del individuo que se somete al tratamiento. De esta manera, una eventual atribución de responsabilidad, probablemente será incorporada en el juicio de conveniencia que la empresa formule al tiempo de decidirse a liberar o no la vacuna.

En este contexto, los riesgos de desarrollo, esto es, aquellos que no pudieron advertirse al momento de la entrada en circulación del producto de acuerdo a los conocimientos científicos vigentes en tal época, y la posibilidad de ser invocados como causal de exención de responsabilidad, constituirán un elemento fundamental que integrará el cálculo del laboratorio.

El presente trabajo entonces, tiene por objeto analizar la posible aplicación de este mecanismo a propósito de la pandemia por la que actualmente transitamos. Se compone de tres partes. La primera contiene una aproximación conceptual a los riesgos de desarrollo y a su calificación jurídica. La segunda revisa su recepción actual, que devendrá finalmente en el análisis de una posible adecuación al panorama post Sars Cov-2.

## 2 LOS RIESGOS DE DESARROLLO Y SU CALIFICACIÓN JURÍDICA

Una primera cuestión que se debe examinar al analizar la procedencia de los riesgos de desarrollo como eximente de responsabilidad al caso planteado, se refiere precisamente a su concepto y presupuestos de configuración.

### 2.1 Concepto y elementos

De acuerdo a Zentner, los riesgos de desarrollo constituyen un “fenómeno de la nocividad de un producto defectuoso, considerado inocuo al momento de su introducción en el mercado de consumo masivo, dado que su potencialidad dañosa no resulta conocida ni cognoscible en el estado de la ciencia y de la técnica, sino después de un cierto tiempo”<sup>2</sup>.

Para Kemelmajer, en tanto, corresponden a “riesgos que no eran previsibles en el momento en el que la conducta tecnológica se producía, en tanto el conocimiento

---

<sup>2</sup> ZENTNER, D. La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Argentino. In: VILLALBA, J.; ALARCÓN, A. (Diret.). *Escritos de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos, Responsabilidad y Mercado en el Siglo XXI*. Bogotá: Ibañez, 2017, p. 316.

científico no era suficiente para esa previsibilidad, pero que ulterior y ciertamente, causan daños significativos”<sup>3</sup>.

Entre nosotros, Corral, los trata como una tipología de defectos (de desarrollo) definiéndolos como las “fallas que no fueron detectables cuando se fabricó el producto, pero que son advertidas posteriormente merced a un mayor desarrollo del conocimiento científico y tecnológico”<sup>4</sup>. No obstante, el fenómeno en análisis no constituye una categoría autónoma de anomalía, desde que pueden enmarcarse dentro de otra previa<sup>5</sup>. En efecto, principalmente quedaría cubierto bajo el paraguas de los defectos de diseño<sup>6</sup>, esto es que “afectan a la concepción misma del producto al momento en que se determinan sus características, de modo que se repiten en todos los ejemplares de la o las series afectadas”<sup>7</sup>. Lo que ocurre en esta ocasión entonces, es que el riesgo existía ya desde la elaboración del producto<sup>8</sup> –la vacuna –, sólo que los conocimientos científicos que se tenían en tal momento, no permitían advertirlo.

Con todo, de lo anterior se puede desprender que los elementos que deben presentarse para que nos encontremos en la situación descrita, son los siguientes: la presencia de riesgos no previsibles, que ellos se ponderen en relación a una oportunidad determinada, y los conocimientos que se deben utilizar como parámetro.

### 2.1.1 Los riesgos no previsibles

El primer presupuesto que debe concurrir es la presencia de un riesgo para la integridad del consumidor, esto es, en el caso planteado, de algún efecto de la vacuna que pueda provocar un daño colateral no pesquizable. Ahora bien, debe tratarse de una amenaza a la seguridad que vaya más allá de los daños que un usuario deba soportar de acuerdo a los estándares socialmente aceptables, que es precisamente lo que dirigirá la decisión del legislador en orden a hacer cargar con estos riesgos al laboratorio o bien al paciente. En efecto, no resultaría defendible que sólo pudieran ponerse en circulación productos sanitarios o de uso médico respecto de los cuales se hubiere descartado total y absolutamente cualquier posible nocividad, puesto que en tal extraño e improbable escenario, su costo sería tan alto que la población mayoritaria no podría acceder a ellos.

3 CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Presente y futuro de la responsabilidad civil. In: YÁÑEZ, Gonzalo Figueroa; BOURIE, Enrique Barros; RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: Abeledo-Perrot, 2011, p. 451. Conceptos similares: CRUZ, Gastón Fernández. Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los Sistemas del Civil Law. *Revista de Derecho*, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. n. 3, p. 93-118, 2001, p. 102; MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, pp. 125-150, 2005, p. 125; PARRA LUCÁN, María De Los Ángeles. Sobre si un producto es defectuoso por los riesgos que presenta aunque no haya causado un daño y sobre si los gastos de retirada y recuperación son indemnizables. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 144-154, 2015, p. 180.

4 TALCIANI, Hernán Corral. La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos. *Revista Chilena de Derecho Privado*. n. 2, p. 71-94, 2004, p. 74. Sentido similar: TALCIANI, Hernán Corral. *Responsabilidad por productos defectuosos*. Santiago: Abeledo Perrot, 2011, p. 132; TALCIANI, Hernán Corral. Artículo 48 LPDC. In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; CARLOS, Pizarro Wilson (edit.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013, p. 937.

5 Clasificación del defecto según su origen: de fabricación, de diseño, de información y de transporte.

6 ZENTNER, D. La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Argentino. In: VILLALBA, J.; ALARCÓN, A. (Diret.). *Escritos de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos, Responsabilidad y Mercado en el Siglo XXI*. Bogotá: Ibañez, 2017, p. 317.

7 CALLE, Esther Gómez. La responsabilidad civil derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos. In: SÁNCHEZ, Antonio Cabanillas; DÍEZ-PICAZO, Luis (coords.). *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo 2. Madrid: Thomson Civitas, 2002, p. 1978. Concepto similar: Contreras, L.. 2015, p.276.

8 CRUZ, Gastón Fernández. Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los Sistemas del Civil Law. *Revista de Derecho*, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. n. 3, p. 93-118, 2001, p. 102.

En todo caso, al proceder los riesgos de desarrollo, respecto de daños no previsibles, su concurrencia se vinculará directamente con la diligencia exigible, y el cumplimiento de deberes de cuidado. Así explica Prieto: “la detección de la causa del daño superaba las posibilidades del conocimiento tecnológico y científico existentes al tiempo del lanzamiento del producto; todo lo cual, determina que en este caso el ‘grado’ de exigencia trascienda el ámbito de lo que podía hacer un productor particular y pase a convertirse en una imposibilidad absoluta y objetiva para cualquier sujeto”<sup>9</sup>.

Se incorpora entonces al análisis, la revisión del carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad susceptible de ser atribuida, tal como se indicará más adelante. No obstante, cabe adelantar que en Chile, ni el Código Sanitario (CSAn.) ni la Ley 19.966, que son precisamente las normativas que se refieren al fenómeno en análisis, explicitan los criterios que deben utilizarse para determinar la representatividad anticipada de los daños. La Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC) en tanto, ni siquiera contempla un estatuto general de responsabilidad por productos, lo que unido a la ausencia de la mención del régimen supletorio aplicable, conlleva a una confusión en lo que dice relación con la eventual naturaleza contractual o extracontractual de la acción, y con ello, de las exigencias referentes a la culpa.

### *2.1.2 El momento jurídicamente relevante*

La previsibilidad de los riesgos debe medirse en un momento considerado por el ordenamiento como jurídicamente relevante. Así, el hecho al que se recurre para examinar los conocimientos científicos y técnicos, pueden ser diversos, mencionando en general legislaciones foráneas, la fabricación o la entrada en circulación del producto (Art. 7 letra e Directiva 85/374/CEE; Art. 22.6 Ley 1480, Estatuto del Consumidor, Colombia).

La legislación chilena en tanto, recurre a dos eventos diversos: mientras para los ensayos clínicos se lo sitúa en la producción del daño (Art. 41 inc. 2 Ley 19.966 y Art. 111 E C. San.), respecto de la responsabilidad por productos sanitarios, se prefiere su puesta en circulación o uso (Art. 111 K C. San.). El primero de ellos grava más la responsabilidad que el segundo, puesto que entre la realización del hecho del que se puede originar perjuicio y la producción de éste, es posible que aparezcan nuevas evidencias científicas, por las cuales se advierta la relación causal que las vincule.

### *2.1.3 Los conocimientos técnicos de la ciencia o arte*

Otra cuestión sobre la cual se deberá reflexionar dice relación con los conocimientos que serán tomados en consideración al momento de determinar la previsibilidad, en un escenario en el cual cada día vemos aparecer nuevos tratamientos con sustento en la medicina tradicional y no tradicional, y particularmente en un continente que comienza a relevar las técnicas y conocimientos vernáculos y ancestrales.

Por otra parte, y aunque lo anterior fuese claro, tampoco suelen resolver las normativas –entre ellas la chilena- aquello que dice relación con la información relevante dentro de una propia ciencia o arte. Así, en la invocación de los riesgos de desarrollo, necesariamente surgirán dudas tales como las siguientes: ¿se exige conocer todos los resultados de las investigaciones

---

9 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p.125-150, 2005, p. 130.

que se realicen respecto de un determinado producto? ¿sólo los más relevantes, o los que provienen de los científicos más destacados (y en este último caso, qué ocurre con la ciencia incipiente)? ¿cuál es la conducta esperable cuando existen técnicas contradictorias: basta con atender a la tendencia mayoritaria o bien es preciso evitar todo tipo de riesgos, o quizá cumplir con la observancia de un protocolo erigido conforme a la *lex artis*?

A propósito de la Directiva Europea (Art. 6.2 Directiva 85/374/CEE), Mantilla y Ternera explican que el estándar que se debe utilizar corresponde a aquel que se represente “un profesional muy bien informado y no de un especialista en ciencia ficción; un profesional que debe garantizar que sus productos ofrezcan la seguridad que puede esperarse por los riesgos conocidos, seguridad que ofrecen los otros productos del mismo tipo o que ofrecería una opción alternativa razonable, y no la supuesta seguridad que ofrecería un objeto futuro meramente imaginario”<sup>10</sup>.

## 2.2 La calificación jurídica de los riesgos de desarrollo

Cuando así lo ha establecido el ordenamiento jurídico, los riesgos de desarrollo producen el efecto de eximir al fabricante del deber de indemnizar los perjuicios causados por un producto inseguro. No obstante no existe consenso en cuanto a su calificación jurídica.

Una primera posible explicación podría situarse en el examen de causalidad, por la cual el vínculo se suprimiría frente a la aparición de un riesgo posterior a la entrada en circulación del producto.

No obstante, dicho planteamiento no resulta satisfactorio, si consideramos que el nexo causal entre el defecto y el daño, no se ve alterado simplemente por su descubrimiento ulterior. Por el contrario, siempre estuvo presente<sup>11</sup> sólo que los conocimientos que se esperaba tuviera el proveedor no eran suficientes para develarlo. Incluso podría ocurrir que el perjuicio se hubiere manifestado en una época muy próxima al disfrute del producto, pero cuyo origen no era identificable.

Conforme a una segunda respuesta, podría considerarse que el riesgo de desarrollo permite al proveedor liberarse de su responsabilidad, en atención a que no concurriría culpa ni dolo en su actuar<sup>12</sup>. El fundamento de ello radicaría en la irreprochabilidad de la falta de representación de la ocurrencia de daños, si el estado de la ciencia o arte, no lo permitía.

Por otra parte, y constituyendo la previsibilidad un factor relevante al momento de determinarse la licitud o ilicitud de la conducta, es que se vincularían los riesgos de desarrollo con la noción de fuerza mayor o caso fortuito<sup>13</sup>, concebida en el ordenamiento jurídico chileno como el “imprevisto a que no es posible resistir” (Art. 45 CC).

---

10 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio e TERNERA BARRIOS, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*. v. 20, n. 1, 2014, p. 50.

11 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio e TERNERA BARRIOS, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*. v. 20, n. 1, 2014, p. 54.

12 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio e TERNERA BARRIOS, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*. v. 20, n. 1, 2014, p. 55-59.

13 Ello tendrá incidencia al calificarse la responsabilidad del proveedor, desde que el caso fortuito recibe mayor aplicación en la responsabilidad contractual que en la extracontractual: ABELIUK, R., 2008, p.235; BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 414-415. Por otra parte, si se considera que los riesgos de desarrollo proceden por ausencia de culpa, su vinculación con el caso fortuito, dependerá también de si se concibe a este último como un problema de causalidad o de ausencia de culpa. Defienden la primera tesis: BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 414; GREZ, Pablo Rodríguez. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 436. Se decantan por la segunda: ABELIUK, R., 2008, Tomo 1, p. 235; RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri. *La responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 433-434.



Esta tesis propondría entonces, la formulación de un juicio de valor:

si el productor no se comportó como un profesional avisado y muy bien informado, debe indemnizar los daños. Si, por el contrario, fue diligente y prudente en la utilización de la tecnología más avanzada conocida para garantizar la seguridad de sus productos, pero, aun así, no le fue posible evitar el defecto, el sistema le permite exonerarse alegando un riesgo de desarrollo<sup>14</sup>.

Asimismo, sostienen Mantilla y Ternera, que esta doctrina permite justificar el deber de vigilancia<sup>15</sup>(seguimiento) que pesa sobre un fabricante, con posterioridad a la entrada en circulación del producto<sup>16</sup>.

No obstante, la dificultad en esta ocasión radica en que la responsabilidad por productos suele tener el carácter de objetivo<sup>17</sup>, por lo que igualmente no se exigiría la acreditación de un elemento subjetivo<sup>18</sup>. De hecho, precisamente tal ha sido el argumento que alguna doctrina ha invocado para negar que se trata de un sistema purista de responsabilidad por el solo riesgo<sup>19</sup>.

Finalmente, conforme a una tercera respuesta, que considero correcta, el riesgo de desarrollo correspondería simplemente a una excepción normativa por la cual el legislador ha decidido liberar a un sujeto que inicialmente debió responder por ciertos daños.

Integrarían por lo tanto el catálogo de causales de justificación, que suprime la antijuridicidad del acto<sup>20</sup>. Con todo, este tipo de eximentes son definidas como “excusas, que puede hacer valer quien ha cometido una conducta que es ilícita en principio”<sup>21</sup>.

Ahora bien, la razón que trasunta detrás de la incorporación de un supuesto de exclusión de responsabilidad en los términos indicados obedece a un juicio de ponderación de los bienes jurídicos que pueden verse comprometidos tanto por la atribución del deber de indemnizar, como por su eximición, lo que incidirá directamente en la conducta económica del agente. Así, en el caso planteado inicialmente, la inclusión de la causal estaría motivada por la esperanza del Estado -requieren una fuente normativa<sup>22</sup> - de que los laboratorios no se vean incentivados a abandonar sus investigaciones destinadas a obtener una vacuna que pueda devolver una cierta “normalidad” a la sociedad y la economía, en virtud de la aparición de un

14 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio; TERNERA BARRIOS, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*. v. 20, n. 1, 2014, p. 55.

15 Por el deber de vigilancia, el proveedor debe mantenerse informado acerca de las posibles amenazas a la seguridad a que pudieren dar lugar los productos que introduce al mercado (Directiva 2001/95; RD 1801/2003 España, CCon Francia). En Chile, la LPDC nada dice, lo cual constituye un problema en relación a la certeza de su procedencia: aunque se lo podría extraer del derecho a la seguridad (Art. 3 LPDC), ello se confronta con su posible carácter meramente programático.

16 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio; TERNERA BARRIOS, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*. v. 20, n. 1, 2014, p. 57.

17 Se ha reemplazado la prueba de la culpa por la del defecto como presupuesto de la responsabilidad, con el objeto de facilitar una eventual pretensión indemnizatoria (Art. 4 Directiva 85/374/CEE; § 1 *ProdHaftG*; Arts. 12 y 14 *Código de proteção e defesa do consumidor*, Brasil, etc). No obstante, en la práctica dicho cambio no resolvió del todo la desventajada situación del consumidor, debido a que igualmente la prueba requerida es de difícil obtención.

18 Acerca de la responsabilidad por productos y su calificación como objetiva o subjetiva: BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 750-752; MÚJICA, Santiago Cavanillas. Tendencias en materia de responsabilidad civil. In. ALLIENDE, Federico McKay (edit.). *Responsabilidad Civil del Empresario*. Cuadernos de Extensión Jurídica. N. 1. Santiago: Universidad de los Andes, 1996, p. 13; ESPINOZA, Juan Espinoza. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. *Portal de Información y Opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. p. 6. Disponible em: <http://dike.pucp.edu.pe>. Acceso em: 29 maio 2020; YRARRÁZAVAL, A. Protección al consumidor y libre competencia. In: CORRAL, H. (Edit.). *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Cuadernos de Extensión. n. 3. Santiago: Universidad de los Andes, 1999, p. 42.

19 CRUZ, Gastón Fernández. Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los Sistemas del Civil Law. *Revista de Derecho*, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. n. 3, p. 93-118, 2001, p. 102.

20 BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 132; GREZ, Pablo Rodríguez. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 150.

21 BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 132.

22 GREZ, Pablo Rodríguez. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 151.

deber posterior de resarcimiento.

Con todo, cabe señalar que existe también doctrina que sitúa a las causales de justificación como factores excluyentes de la culpa<sup>23</sup>, lo que desafía una vez más el carácter objetivo de la responsabilidad por productos.

### 3 RECONOCIMIENTO NORMATIVO DE LOS RIESGOS DE DESARROLLO: UNA APROXIMACIÓN COMPARADA

La normativa comunitaria europea reconoce la procedencia de los riesgos de desarrollo como una causal de exención de responsabilidad (Art. 7 letra e Directiva 85/374/CEE). Si bien se deja en libertad a cada Estado de adoptar o no tal solución en sus ordenamientos internos (Art. 15 Directiva 85/374/CEE), sólo algunos países se acogieron a dicha permisión (Luxemburgo, Art. 4 *Loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux*; Finlandia, Section 7, *Product Liability Act*).

La mayoría en efecto, acogió la propuesta (Art. 8 letra e *Loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux*, Bélgica; § 8.2 *Produkthaftungsgesetz*, Austria; Art. 140.1 LGDCU, España; Art. 1245-10 CC, Francia; § 1.5 *ProdHaftG*, Alemania). Explican Mantilla y Terner que ello se debió a razones económicas: una diversidad de reglas podría haber devenido en desventajas competitivas entre empresas que se ubicasen en el mismo espacio europeo, pero situadas en países que adoptasen soluciones disímiles<sup>24</sup>.

No obstante también se consagran limitaciones. Así, España los excluye para los medicamentos, alimentos y productos alimentarios para consumo humano (Art. 140.3 LGDCU, España), salvo que el prestador fuere la Administración Pública (Art. 141.1 Ley 30/1992)<sup>25</sup>. El sistema gallo en tanto, excepciona a los productos del cuerpo humano o derivados de él (Art. 1245-11 CC). Alemania por su parte, excluye los medicamentos (§ 84 *Arzneimittelgesetz*).

En Latinoamérica naturalmente no existe una normativa supranacional que pueda contribuir a la armonización y unificación de los regímenes jurídicos, incluidos los que se refieren a los productos defectuosos, a consecuencia de lo cual el panorama en cada uno de los países suele ser diverso.

Así, Colombia (Art. 22.6 Estatuto del Consumidor) efectivamente reconoce a los riesgos de desarrollo como un supuesto exoneratorio de responsabilidad, a la vez que otros países como Argentina (Ley 24.240) omiten una referencia expresa a la hipótesis en análisis.

En Chile, la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, no contiene un régimen general sobre productos defectuosos, omisión que desde luego alcanza a los riesgos de desarrollo<sup>26</sup>. No obstante, a propósito de las prestaciones de salud, tanto la

23 ABELIUK, R., 2008, Tomo 1, p. 235; RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri. *La responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 433; BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 132.

24 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio e TERNERA BARRIOS, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*. v. 20, n. 1, 2014, p. 60.

25 La procedencia o improcedencia de los riesgos de desarrollo, según si el potencial responsable fuere privado o público, ha sido criticado: PARRA LUCÁN, María De Los Ángeles. Sobre si un producto es defectuoso por los riesgos que presenta aunque no haya causado un daño y sobre si los gastos de retirada y recuperación son indemnizables. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 144-154, 2015, p. 185-186.

26 La LPDC (Art. 47) de acuerdo a Corral, H. (2013) p. 937, no los contempla, puesto que exige una comprobación previa de la peligrosidad o toxicidad, procediendo en estos casos una responsabilidad sólo por culpa, si el proveedor, percatándose de los riesgos, no los pone en conocimiento de la autoridad y de los consumidores (Art. 46 LPDC). Sobre riesgos de desarrollo en Chile: Corral, H. (2013) p. 937; ISLER, E., 2013, p.160-163; URRUTIA, S., 2011, p.643-653. El citado Art. 47 inc. 2 LPDC podría importar la exclusión de la responsabilidad de quienes han observado las regulaciones legales o administrativas y demás reglas generales del debido cuidado, BARROS, E., 2007, p.758. Se ha presentado la discusión acerca de la posibilidad de que el proveedor se libere de responsabilidad cuando cumple con los estándares reglamentarios para la fabricación de cecinas: *Sernac con Productos Fernández S.A.* (2008): 2 JPL Las Condes, Rol 17907-5-07, 2 25 de enero de 2008, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 1097-08, 23 de abril de 2008; *Sernac con Cecinas San Jorge S.A.* (2003): 1 JPL Pudahuel, Rol 9.712-3-2003, 29 de diciembre de 2003, confirmada por la C. Ap. Santiago, Ing. 904-2004, 13 de julio de 2005; *Halpern Britz con Productos Fernández S.A.* (2008): C. Ap. Santiago, Ing. 11.534-2008, 18 de marzo de 2009, que revoca Rol 5.878-1-08, 3 JPL Providencia, 29 de octubre de 2008.

Ley 19.966, como la Ley 20.850 sí se refieren a ellos, aunque con disímiles resultados: mientras la primera acepta su procedencia (Art. 41), la segunda los rechaza (Art. 111K C.San). Una cuestión por tanto, sobre la cual se deberá reflexionar, dice relación con el régimen jurídico aplicable a todos aquellos casos que no se encuentran regulados.

#### **4 RIESGOS DE DESARROLLO Y VACUNA QUE PREVENGA EL CONTAGIO DEL COVID-19**

Revisado el panorama acerca de la recepción de los riesgos de desarrollo en los ordenamientos jurídicos, corresponde cuestionarnos la pertinencia de su procedencia respecto de la vacuna que pueda descubrirse para prevenir el COVID-19. Eventualmente un cálculo en un sentido u otro podrá sugerir una adecuación normativa o bien la mantención de un régimen actualmente vigente.

Con todo, la importancia de la respuesta que se otorgue tendrá incidencia en diversos frentes: afectará no sólo la resarcibilidad de un perjuicio, sino que también la decisión de los fabricantes-laboratorios en orden a investigar, producir y comercializar el producto. En efecto, desde el punto de vista instrumental, el Derecho de Daños puede concebirse como un conjunto de incentivos y desincentivos capaz de dirigir la conducta del ser humano, hacia estándares socialmente aceptables<sup>27</sup>. En ese sentido, no cabe duda de que las reglas por las cuales un fabricante-laboratorio pueda verse o no en la necesidad de responder por los daños causados, así como la extensión temporal y cuantitativa de la responsabilidad, constituirán elementos que muy probablemente serán ponderados al momento de establecer sus prácticas empresariales y profesionales.

En este contexto, la decisión de atribuir o no responsabilidad a un proveedor, constituirá una asignación inicial de derechos, por la cual los legisladores efectivamente optan entre situar la asunción de los riesgos y daños en el patrimonio del dañado o del hechor.

##### **4.1 La asunción de riesgos por parte del laboratorio y la responsabilidad objetiva**

Conforme a una primera respuesta no resultará pertinente hacer cargar al consumidor el riesgo del desarrollo científico y tecnológico, por lo que el laboratorio o fabricante deberá indemnizar incluso aquellos daños que no eran previsibles al tiempo de la entrada en circulación del producto.

Puede encontrar sustento esta tesis en el principio solidarístico que la postmodernidad ha introducido a la dimensión patrimonial del Derecho Privado (Derecho de Contratos, de Obligaciones y de Daños), por el cual el sujeto más poderoso en una relación jurídica, deberá soportar también mayores costos en una transacción. Así, se ha señalado que la justicia distributiva impediría que se exima inicialmente a quien creó un riesgo y hacérselo cargar al consumidor<sup>28</sup>.

Por otra parte, el imperante principio de inocuidad en el consumo podría verse neutralizado, de aceptarse la exención de responsabilidad del fabricante en el supuesto planteado<sup>29</sup>.

Talasz en tanto explica que precisamente el interés en la protección del consumidor de

---

27 BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 43.

28 ZENTNER, D. La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Argentino. In: VILLALBA, J.; ALARCÓN, A. (Diret.). *Escritos de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos, Responsabilidad y Mercado en el Siglo XXI*. Bogotá: Ibañez, 2017, p. 319.

29 ZENTNER, D. La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Argentino. In: VILLALBA, J.; ALARCÓN, A. (Diret.). *Escritos de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos, Responsabilidad y Mercado en el Siglo XXI*. Bogotá: Ibañez, 2017, p. 319.

medicamentos, justificaría que se extienda también a los riesgos de desarrollo<sup>30</sup>, particularmente si se considera que estos productos –al igual que las vacunas<sup>31</sup>- tienen por objeto resguardar bienes jurídicos de orden público, consistentes en la seguridad y la salud del consumidor<sup>32</sup>.

#### 4.2 La necesidad de reconocer los riesgos de desarrollo y la seguridad social

Otros autores se decantan por una respuesta positiva, invocando la injusticia de una solución por la cual un individuo que elabora un producto útil para la sociedad debe además hacerse cargo de daños no detectables al tiempo de su liberación<sup>33</sup>. Sobre este punto cabe señalar que la urgencia de una vacuna que pueda prevenir al COVID-19 se encuentra fuera de toda duda, desde que los gravísimos impactos económico-sociales pero sobre todo de costo de vidas humanas que se han derivado del Sars Cov-2, no sólo suelen ser irreparables, sino que además de difícil anticipación en el mediano plazo.

Así, explica Patti que se hace necesario permitir la realización de actividades peligrosas -representen un riesgo más alto que lo normal para la comunidad-, siempre que se obtenga de ello una utilidad social<sup>34</sup>.

Por tal razón, el costo de los avances científicos, particularmente de aquellos que se vinculen con la salud y la seguridad de los consumidores, debería repartirse entre los integrantes de la sociedad toda, y no hacerse radicar únicamente en el laboratorio, toda vez que es aquella la que se encuentra interesada y esperanzada, en el avance de la medicina y el consiguiente descubrimiento de la vacuna. De optarse por una regla diversa, la propia investigación podría verse detenida o desarrollada de una manera más conservadora, por el temor al pago de cuantiosas indemnizaciones.

Como se puede apreciar, la decisión de posibilitar o no a los laboratorios la invocación de los riesgos de desarrollo, incorpora un juicio económico pero también bioético. Así, por ejemplo, deberá cuestionarse si sería lícito o no poner en peligro la salud de algunos individuos, si de ello pudiera derivarse el eventual hallazgo de un antídoto que beneficie a un mayor número de seres humanos. Así se pregunta Prieto Molinero: “La innovación es un elemento clave y, en lo que hace a sus efectos contraproducentes, también se ha visto que permite salvar más personas de las que indudablemente terminan siendo víctimas de ella. Entonces, la disyuntiva real será, ¿corresponde que por exigirle al fabricante que intente cubrirse aun respecto de unos pocos se terminen perdiendo los beneficios, e incluso las vidas, de la mayoría?”<sup>35</sup>.

En ese sentido, la excepción por riesgos de desarrollo, al favorecer la innovación, finalmente mejorará la propia protección de los seres humanos en general<sup>36</sup>. Dicha reflexión

30 TALASZ, C. La responsabilité du fait des produits défectueux en cas d'effets secondaires de médicaments. Rapport autrichien. In: *La responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: IRJS Éditions, 2013, p. 278.

31 Explica Sueli Gandolfi, que se hace necesario compatibilizar el derecho de propiedad y la propiedad intelectual en el desarrollo de productos, entre ellos, médicos, lo que tendrá incidencia cuando se descubra la vacuna que pueda hacer frente al COVID-19. (DALLARI, Sueli Gandolfi. Saúde não é mercadoria. *Revista de Direito Sanitário*. v. 19, n. 3, p. 8, 2019)

32 TALASZ, C. La responsabilité du fait des produits défectueux en cas d'effets secondaires de médicaments. Rapport autrichien. In: *La responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: IRJS Éditions, 2013, p. 278. Acerca de las políticas de salud pública y la teoría de la justicia: MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni. Teorías da justiça e saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*. v. 19, n. 3, p. 34-53, 2019.

33 TAMAYO, Javier. *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá: Legis, 2016, p. 184.

34 PATTI, Salvatore. La evolución de la responsabilidad en Italia. In: DÍAZ, Rodrigo Barría; FERRANTE, Alfredo.; NEIRA, Lilian C. San Martín (Edit.). *Presente y futuro de la responsabilidad civil*. Santiago: Thomson Reuters, 2017, p. 8.

35 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, pp. 125-150, 2005, p. 145.

36 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, pp. 125-150, 2005, p. 145.

propone entonces una nueva lectura del principio pro consumidor, por la cual frente a dos posibles soluciones de política-legislativa, deberá preferirse aquella que termine beneficiando al colectivo.

Con todo, contribuye también a esta doctrina, la defensa de la ausencia de culpa como la explicación jurídica de los riesgos de desarrollo, en el sentido de que no resultaría justo atribuir responsabilidad a quien no tiene un real control de los daños<sup>37</sup> y sobre todo que ha actuado con la debida diligencia<sup>38</sup>. Tampoco sería pertinente forzarlo a representarse un futuro desconocido<sup>39</sup> y razonablemente imprevisible.

Parra en tanto, ha defendido la procedencia de la regla general (exención) respecto de los medicamentos, debido a que se encuentran sometidos a rigurosos controles de calidad y seguridad<sup>40</sup>.

Prieto agrega que incluso la propia configuración de los estatutos de responsabilidad por productos puede sustentar esta misma doctrina. Así, explica este autor que si la propia noción de producto defectuoso se configura sobre la base de la legítima seguridad que cabe esperar de él, ella no se vería defraudada por amenazas advertidas con posterioridad a su entrada en circulación, por lo que técnicamente ni siquiera el afectado se habrá visto enfrentado a un bien que adolezca de un defecto: “nadie puede esperar legítimamente que un fabricante conozca lo que sólo se podrá descubrir en el futuro”<sup>41</sup>. Contribuye a lo anterior, la invocación de una ausencia de relación causal entre el daño y el producto, al tiempo de su lanzamiento al mercado<sup>42</sup>.

Con todo, la respuesta descrita no implica necesariamente que el propio consumidor sea quien deba cargar con el costo del desarrollo científico y tecnológico, sino que simplemente que aquel no se deba situar en el patrimonio de quien se encuentra en la mejor posición para terminar con la emergencia sanitaria. Así, por ejemplo, se ha propuesto que sea el Estado quien finalmente termine soportándolo, mediante el otorgamiento de ayudas a los afectados<sup>43</sup>, toda vez que sería él y no el proveedor, el verdadero sujeto pasivo del principio de precaución<sup>44</sup>. Un antecedente de ello lo encontramos en el auxilio económico que el gobierno español otorgó a las víctimas de la ingesta del medicamento Talidomida en el año 2010<sup>45</sup>. La seguridad social entonces, se alzaría como el mecanismo al cual debería recurrirse para asumir el precio de la investigación<sup>46</sup>.

37 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 127.

38 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 126.

39 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 133-135.

40 PARRA LUCÁN, María De Los Ángeles. Sobre si un producto es defectuoso por los riesgos que presenta aunque no haya causado un daño y sobre si los gastos de retirada y recuperación son indemnizables. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 144-154, 2015, p. 184.

41 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 136.

42 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 134.

43 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 146-147.

44 El principio de precaución obligaría al Estado y no a los particulares: MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 147-148.

45 Real Decreto 1006/2010, BOE 6 de agosto de 2010. Análisis del caso: NAVARRO-MICHEL, Mónica. Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. *Revista de Bioética y Derecho* n. 37, p. 133-148, 2016. p. 133-148.

46 MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, p. 125-150, 2005, p. 148.



De seguirse este planteamiento, no sería extraño que en aquellos Estados en los cuales el laboratorio deba responder incluso por los riesgos de desarrollo, se dictare una ley de emergencia en el contexto de la pandemia, que altere la regla general. También se requerirá aclaración normativa, cuando el ordenamiento omitiere un estatuto de responsabilidad por productos.

Hacia el futuro en todo caso, podrá resolverse la situación mediante la instauración de sistemas de seguros obligatorios que procedan precisamente respecto de productos de utilidad social, como ocurre con las vacunas y los medicamentos. Asimismo, será coherente con la securitización a que ha dado lugar el aumento de parcelas de responsabilidad objetiva.

Finalmente cabe señalar que la incorporación de riesgos de desarrollo como eximentes de la responsabilidad reparatoria, no suprimen ni hacen mermar los deberes preventivos del proveedor (vigilancia, información, retirada), puesto que estos últimos tienen el carácter de autónomos.

## 5 CONCLUSIONES

De las anteriores reflexiones se puede concluir que se configurará un riesgo de desarrollo, cuando un daño causado por un producto defectuoso, no sea previsible en un momento jurídicamente relevante, de acuerdo a los conocimientos científicos que se espera el proveedor tenga en tal época. En caso de aceptarse su procedencia como eximentes de responsabilidad, podría explicarse como un supuesto de causal de justificación.

La recepción de este mecanismo es diversa, variando los sistemas entre su rechazo y su aceptación amplia con limitaciones. Algunas legislaciones como la argentina o la chilena no contemplan una solución general. No obstante, la segunda los reconoce a propósito de las prestaciones sanitarias.

Convendría asimismo incorporarlos respecto de los daños a que pudiere dar lugar una vacuna que prevenga el SARS COV-2, con el objeto de que la investigación que se dirija a obtener tal resultado, no se vea desincentivada. No obstante, han de instaurarse mecanismos de seguridad que permitan resguardar los derechos de los eventualmente afectados. En todo caso, no se verían alterados los deberes preventivos que pudieren surgir a propósito de la advertencia posterior de una amenaza.

## REFERENCIAS

RODRÍGUEZ, Arturo Alessandri. *La responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020.

BOURIE, Enrique Barros. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

MÚJICA, Santiago Cavanillas. Tendencias en materia de responsabilidad civil. In: ALLIENDE, Federico McKay (edit.). *Responsabilidad Civil del Empresario*. Cuadernos de Extensión Jurídica. N. 1. Santiago: Universidad de los Andes, 1996, p. 9-18.

TALCIANI, Hernán Corral. La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos. *Revista Chilena de Derecho Privado*. n. 2, p. 71-94, 2004.

TALCIANI, Hernán Corral. *Responsabilidad por productos defectuosos*. Santiago: Abeledo Perrot, 2011.

TALCIANI, Hernán Corral. Artículo 48 LPDC. In: MAZA GAZMURI, Iñigo de la; CARLOS, Pizarro Wilson (edit.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.



MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni. Teorías da justiça e saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*. v. 19, n. 3, p. 34-53, 2019.

ESPINOZA, Juan Espinoza. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. *Portal de Información y Opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Disponível em: <http://dike.pucp.edu.pe>. Acesso em: 29 maio 2020.

CRUZ, Gastón Fernández. Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los Sistemas del Civil Law. *Revista de Derecho*, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. n. 3, p. 93-118, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Saúde não é mercadoria. *Revista de Direito Sanitário*. v. 19, n. 3, p. 7-15, 2019.

CALLE, Esther Gómez. La responsabilidad civil derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos. In: SÁNCHEZ, Antonio Cabanillas; DíEZ-PICAZO, Luis (coords.). *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo 2. Madrid: Thomson Civitas, 2002.

SOTO, Erika Isler. *El producto defectuoso en la Ley 19.496*. Santiago: Librotecnia, 2013.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Presente y futuro de la responsabilidad civil. In: YÁÑEZ, Gonzalo Figueroa; BOURIE, Enrique Barros; RODRÍGUEZ, Mauricio Tapia. *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: Abeledo-Perrot, 2011.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio; TERNERA BARRIOS, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*. v. 20, n. 1, p.39-66, 2014.

NAVARRO-MICHEL, Mônica. Daños causados por la Talidomida. La batalla legal que no cesa. *Revista de Bioética y Derecho* n. 37, p. 133-148, 2016.

PARRA LUCÁN, Maria De Los Ángeles. Sobre si un producto es defectuoso por los riesgos que presenta aunque no haya causado un daño y sobre si los gastos de retirada y recuperación son indemnizables. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 144-154, 2015.

PATTI, Salvatore. La evolución de la responsabilidad en Italia. In: DÍAZ, Rodrigo Barría; FERRANTE, Alfredo.; NEIRA, Lilian C. San Martín (Edit.). *Presente y futuro de la responsabilidad civil*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.

MOLINERO, Ramiro José Prieto. El riesgo de desarrollo y la Directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. *Cuadernos Europeos de Deusto*. n. 32, pp. 125-150, 2005.

GREZ, Pablo Rodríguez. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020.

TALASZ, C. La responsabilité du fait des produits défectueux en cas d'effets secondaires de médicaments. Rapport autrichien. In: *La responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: IRJS Éditions, 2013.

TAMAYO, Javier. *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá: Legis, 2016.

URRUTIA, S. La exclusión de responsabilidad sanitaria por los riesgos del desarrollo en la Ley N° 19.966. In: VARAS, J.; TURNER, S.; CORRAL, H. y otros (Coords.). *Estudios de Derecho Civil. Jornadas de Derecho Civil 2005-2009*. Tomo IV. Santiago: Thomson Reuters, 2011.

YRARRÁZAVAL, A. Protección al consumidor y libre competencia. In: CORRAL, H. (Edit.). *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Cuadernos de Extensión. n. 3. Santiago: Universidad de los Andes, 1999.

ZENTNER, D. La responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Argentino. In: VILLALBA, J.; ALARCÓN, A. (Diret.). *Escritos de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos, Responsabilidad y Mercado en el Siglo XXI*. Bogotá: Ibañez, 2017.

# EM BUSCA DE UMA RESPONSABILIDADE RAZOÁVEL, SOLIDÁRIA E PROPORCIONAL DO ESTADO EM TEMPOS DE COVID-19

**Eugênio Facchini Neto**

Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze/Itália. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor Titular dos Cursos de graduação, mestrado e doutorado da Escola de Direito da PUC/RS. Professor e ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris. Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Paralisação ou redução de Atividades Econômicas, por determinação Governamental, e seus reflexos na Responsabilidade Civil do Estado; 2.1 A inadequação da responsabilidade civil para eliminar os danos causados pela paralisação das atividades econômicas; 2.2 A distinção entre danos decorrentes de atos ilícitos e danos oriundos de atos lícitos; 2.3 A controvérsia sobre a indenizabilidade ou não de danos puramente econômicos; 2.4 Danos patrimoniais decorrentes de intempestiva, desproporcional ou desarrazoada interdição de atividades empresariais; 3 Responsabilidade do Estado por Danos à saúde; 4 Considerações Finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 será tristemente inesquecível para todos. Será o ano em que as rotinas de bilhões de pessoas foram alteradas. Infindáveis horas de confinamento social, paralisia temporária de boa parte das atividades econômicas. Ano de angústia, perplexidade, medo, insegurança, dúvidas. Essas as sensações que tomaram conta de nossos espíritos especialmente durante os momentos iniciais desta pandemia. Mas essas sensações negativas também foram acompanhadas, em um momento posterior, por sentimentos mais leves, de esperança na proteção de uma vacina, de orgulho do engenho humano e da capacidade da ciência de, em tão pouco tempo, avançar tão significativamente na identificação e conhecimento do vírus, suas formas de propagação e no desenvolvimento de tecnologias tendentes ao desenvolvimento de uma vacina. Sentimentos positivos também vieram ao percebermos que, forçados a mudar hábitos e rotinas, há outras formas, além daquelas a que estávamos acostumados, de trabalhar, de lecionar, de se comunicar. Plataformas digitais permitiram que se trabalhasse em casa, que se lecionasse praticamente sem perda de qualidade, que se assistissem palestras e conferências originadas dos locais mais remotos, sem custos, que se realizassem reuniões de trabalho, sem perdas de tempo com deslocamento, etc. Algumas mudanças na forma de trabalhar e de se comunicar permanecerão conosco, mesmo quando não mais for uma questão de necessidade. Novas formas de comércio e de prestação de serviços surgiram. Enfim, a pandemia também foi sinônimo de oportunidade para alguns.

Para outros setores de atividade e para uma infinidade de pessoas, porém, o ano só deixou marcas negativas. Incontáveis negócios foram fechados. Milhões de empregos se perderam, muitos dos quais de forma irreversível. E milhões de pessoas morreram, em escala global, sem contar os afetados pela doença que ficarão com sequelas. Só no Brasil, no momento que escrevo essas linhas, aproxima-se da marca dos cento e trinta mil cidadãos mortos, o que afeta um número muito maior de pessoas, quando se incluem os familiares, amigos, dependentes econômicos.

Pode o Estado (em sua ampla acepção) ser considerado responsável civilmente pelos danos econômicos sofridos por milhares de agentes econômicos, que tiveram que fechar suas atividades empresariais em razão de determinações governamentais? Podem as pessoas que perderam seus empregos ou foram compelidos a pararem de trabalhar autonomamente pretender alguma reparação econômica do Estado, em razão das medidas restritivas adotadas pelo governo? Podem os familiares das pessoas faleceram em razão da COVID-19 pretender alguma compensação do Estado?

A resposta às primeiras indagações tende a ser negativa, à luz de entendimentos jurídicos consolidados, ainda que possa haver exceções pontuais. As razões para a negativa podem variar, de acordo com o sistema jurídico.

A resposta à última pergunta, porém, pode oferecer mais nuances, uma vez que aqui as deficiências e carências do aparato estatal podem explicar parte dos óbitos.

Essas são as indagações e as hipóteses de solução que serão trabalhadas nesse estudo, no qual se utilizou o método dialético, lançando-se mão de pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, tanto nacional quanto estrangeira, com abordagem qualitativa.

## 2 PARALISAÇÃO OU REDUÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS, POR DETERMINAÇÃO GOVERNAMENTAL, E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Observando as recomendações dos especialistas e das autoridades sanitárias do mundo inteiro, especialmente a OMS, governos de todo o mundo determinaram o fechamento

temporário de algumas atividades econômicas, para evitar a aglomeração de pessoas e, com isso, tentar achatar a curva de crescimento da pandemia, já que o vírus é transmitido substancialmente pelo contato pessoal entre pessoas, pelas vias aéreas. Trata-se de uma orientação científica, não ideológica, razão pela qual governos de qualquer natureza deveriam seguir, e substancialmente seguiram, ainda que com comprometimento variável.

No Brasil, em razão da postura inicialmente adotada pelo Presidente da República, que no tristemente famoso pronunciamento à nação em 24 de março, minimizou a importância da doença, criticou medidas de confinamento e concitou a todos a continuar trabalhando, frequentando igrejas e escolas<sup>1</sup>, o Supremo Tribunal Federal, acionado<sup>2</sup>, reconheceu a competência e autonomia de Estados e Prefeituras para adotar as medidas que se revelassem necessárias ou úteis para o enfrentamento da grave pandemia, de acordo com as peculiaridades locais e regionais. Assim, devidamente autorizados, governadores e prefeitos adotaram medidas – algumas drásticas – no sentido de restringir, em momentos diversos, a diminuição ou a cessação completa de determinadas atividades econômicas. Tais medidas, como esperado, não evitaram o avanço da pandemia, mas certamente diminuíram seu ritmo de crescimento, dando tempo, com isso, para a preparação dos serviços públicos de saúde a fim de mais bem poderem enfrentar a crise sanitária, salvando vidas. Tais medidas foram adotadas em observância das recomendações científicas – a única bússola que deve orientar governantes nesses períodos. Todavia, como qualquer remédio potente usado para debelar patologias ameaçadoras, acarretaram efeitos colaterais igualmente impactantes.

A primeira pergunta que formulamos acima envolve os ingentes danos econômicos que milhões de agentes econômicos brasileiros sofreram, em razão dessas determinações governamentais que impuseram a suspensão de determinadas atividades econômicas, durante períodos mais agudos de aceleração da pandemia. Empresários tiveram que fechar suas portas e trabalhadores ficaram sem poder trabalhar, ambos sofrendo prejuízos econômicos. Seriam os entes governamentais – Estados e Municípios – responsáveis por tais danos?

Subsumida a questão na moldura dos pressupostos da responsabilidade civil estatal, teríamos que há danos que foram consequências diretas (nexo causal) das ações estatais. Conduta + dano + nexo causal = responsabilidade civil, segundo o esquema tradicional da responsabilidade civil do Estado, que dispensa a presença da culpa.

A questão, contudo, não é tão simples.

---

1 “O vírus chegou, está sendo enfrentado por nós e brevemente passará. Nossa vida tem que continuar. Os empregos devem ser mantidos. O sustento das famílias deve ser preservado. Devemos, sim, voltar à normalidade. Algumas poucas autoridades estaduais e municipais devem abandonar o conceito de terra arrasada, como proibição de transporte, fechamento de comércio e confinamento em massa. (...)” – disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/24/leia-o-pronunciamento-do-presidente-jair-bolsonaro-na-integra.htm?cmpid>, acesso em 06/09/2020. Posteriormente, mesmo após todas as pesquisas terem evidenciado a ausência de eficácia da cloroquina e da hidroxicloroquina, o Presidente continuou a defender enfaticamente sua utilização como uma forma de antídoto ao COVID-19, postura anticientífica que mantém até hoje. O Presidente Bolsonaro adotou uma postura substancialmente negacionista. Especialmente nos meses iniciais, deliberadamente provocou aglomerações urbanas e se recusou a usar máscara, praticamente incentivando a população a fazer o mesmo e a continuar com a rotina normal de suas vidas, contrariando frontalmente as recomendações de todos os órgãos sanitários mundiais e de todos os especialistas na área. Em razão dessa sua postura, seria possível, inclusive, cogitar-se de danos sociais, em razão da natural influência que um líder como o Presidente da República tem sobre a população mais desinformada e intelectualmente mais vulnerável da nação. Fala-se, quanto a isso, em causalidade psíquica, citando-se acórdão da Corte de Cassação italiana, de 2015, por ocasião do julgamento de caso envolvendo o terremoto de L'Aquila (DANTAS BISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p.71-92, maio/ago. 2020, p. 85). Mas esse ponto, por limitação de espaço, não será aqui abordado.

2 O governo federal havia editado a Medida Provisória 926/2020, que, entre outras providências, procurou restringir a liberdade de prefeitos e governadores para enfrentar a COVID-19. O PDT, então, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, questionando a validade da M.P. O STF, em 15 de abril, apreciou liminarmente a questão e entendeu que o governo federal somente pode intervir sobre serviços e atividades de interesse nacional, sendo que fora disso, prefeitos e governadores têm autonomia para regulamentarem a situação em seus respectivos territórios, podendo, inclusive, impor medidas de isolamento social, paralisação de atividades econômicas, etc.

Afirma-se, por exemplo, que, como regra, não haverá possibilidade de se responsabilizar o ente público que tiver ordenado medidas que afetem direitos e comprimam liberdades dos cidadãos nesse contexto, pois tais medidas – como isolamento, quarentena, realização compulsória de exames, testes e tratamentos, dentre outras (art. 3º da Lei 13.979/2020) – “observam, nestes termos, os limites fixados na norma (...). O mesmo se diga em relação à suspensão e interdição de atividades, objeto de normas municipais e estaduais sob a mesma justificativa.”<sup>3</sup>

Na verdade, vislumbram-se três tipos de argumentos para rejeitar a hipótese de uma responsabilidade civil do Estado pelos danos econômicos: o primeiro ligado à inadequação da responsabilidade civil para o enfrentamento dessa situação, que exigiria instrumentos ligados à justiça distributiva, não à justiça retributiva; o segundo ligado à distinção entre atos danosos lícitos e ilícitos; o terceiro ligado à concepção de danos puramente econômicos, nem sempre tuteláveis, especialmente em sede de direito comparado. Vejamos separadamente cada um desses argumentos.

### **2.1 A inadequação da responsabilidade civil para eliminar os danos causados pela paralisação das atividades econômicas**

Leva-se em conta, inicialmente, que uma série de medidas governamentais (decretos e medidas provisórias, posteriormente convertidas em lei pelo Congresso Nacional, algumas com importantes alterações) vem sendo adotada desde o início da pandemia, para o enfrentamento da crise, tanto na área da saúde, quanto em relação aos efeitos econômicos dela decorrentes. Dentre essas últimas, refere-se a permissão para o atraso no recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e do Simples Nacional (esta última implica uma renúncia temporária de R\$ 22,2 bilhões da União), para reforçar o caixa das empresas, e abertura de linhas de crédito subsidiado, em valores razoáveis - R\$ 24 bilhões para linha de crédito pessoal (com o intuito de ajudar trabalhadores autônomos) e R\$ 48 bilhões para empresas -; socorro à aviação civil; liberação de R\$ 5 bilhões pelo Programa de Geração de Renda (Proger), mantido com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), a fim de se conceder empréstimos voltados ao capital de giro das micro e pequenas empresas. Além disso, o Conselho Monetário Nacional (CMN) aprovou medidas para facilitar a negociação de dívidas bancárias ao dispensar os bancos de aumentarem o provisionamento, caso essa repactuação ocorresse nos seis meses à adoção da medida. Outras medidas envolveram permissão excepcional de redução de jornadas de trabalho e respectivos salários, em até 50%; antecipações de férias individuais, decretação de férias coletivas de maneira mais rápida e regras para facilitar o teletrabalho; antecipação das duas parcelas do 13º a aposentados e pensionistas do INSS para abril e maio (46 bilhões de reais); antecipação do pagamento do abono salarial para junho (12,8 bilhões de reais); transferência de valores não sacados do PIS/Pasep para o FGTS, para permitir novos saques (21,5 bilhões de reais); redução de 50% nas contribuições do Sistema S (SENAC, SENAI, SESI, SESC) por três meses (2,2 bilhões de reais); reforço de 3,1 bilhões de reais ao programa Bolsa Família; antecipação de 25% do que teriam direito os trabalhadores mensalmente caso requeressem o benefício do seguro-desemprego, para pessoas que recebem até 2 salários mínimos e tiverem redução de salário

---

<sup>3</sup> MIRAGEM, BRUNO. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em: 10 jul. 2020.

e jornada (10 bilhões de reais); abono emergencial de R\$600,00 para dezenas de milhões das pessoas mais diretamente atingidas pelos efeitos econômicos da pandemia, por 5 meses, com prorrogação por mais quatro, pela metade do valor (estas últimas medidas beneficiam diretamente a população de baixa renda, mas como se trata de dezenas de milhões de pessoas, elas representam uma importante injeção de dinheiro na economia do varejo, permitindo que certos setores da economia permaneçam relativamente aquecidos)<sup>4</sup>. Não se desconhecem as reportagens que afirmam que muitas das medidas não se concretizaram, não surtiram os efeitos esperados ou foram tímidas. Não emitirei opinião sobre tema complexo sobre o qual não tenho domínio. Para efeitos do raciocínio aqui exposto, aceita-se o dado incontestável que o governo agiu, adotando medidas econômicas que implicaram transferência de substanciais recursos orçamentários para a sociedade civil – quer para empresários, quer para trabalhadores.

Não há dúvidas que tais medidas, além de inúmeras outras que foram adotadas na área financeira, serviram para amortecer as perdas do setor produtivo, ao mesmo tempo que representam ingente assunção de encargos e implementação de renúncias que não estavam previstos no orçamento, acarretando enorme déficit orçamentário.

Poder-se-ia dizer, portanto, que o Governo também sofreu efeitos econômicos e deu sua contribuição para a grave crise econômica e que, portanto, não se poderia pensar em invocar o mecanismo da responsabilidade civil – pensado para uma justiça comutativa – quando o governo já teria feito a sua parte, usando ferramentas da justiça distributiva, melhor adaptadas para crises dessa natureza.

Todavia, pode-se contraargumentar de que tais medidas – necessárias e implementadas por quase todos os governos democráticos do mundo, justificando sua própria existência de governar no interesse dos governados – amenizaram a crise e reduziram os impactos econômicos, mas não os eliminaram. E se poderia pensar, então, que residualmente haveria espaço para se pensar em responsabilizar o Estado pelos prejuízos decorrentes da implementação de medidas de contenção e restrição de atividades econômicas. Nesse caso, não seria o governo federal o responsável, mas sim os governos estaduais e municipais, que foram os entes públicos que, respaldados pelo Supremo Tribunal Federal, adotaram tais medidas e diretamente causaram os alegados danos.

Nesse caso, uma segunda linha de argumentação poderia ser invocada.

## **2.2 A distinção entre danos decorrentes de atos ilícitos e danos oriundos de atos lícitos**

A partir da Constituição de 1946 (seguida por todas as posteriores), como se sabe, o direito brasileiro acolheu a teoria da responsabilidade objetiva para fundamentar a responsabilidade estatal<sup>5</sup>, prescindindo-se da análise da culpa de qualquer agente público. Costuma-se dizer que seu fundamento repousaria no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais (princípio da isonomia). Concordamos, porém, com a corrente doutrinária (Celso Antonio Bandeira de Mello, Yussef S. Cahali, Diógenes Gasparini e outros) que entende possível e adequado distinguir entre danos decorrentes de atos ilícitos (regidos pelo princípio da legalidade) e danos decorrentes de atos lícitos (regidos pelo princípio da isonomia).

---

4 Informações disponíveis em <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2020/03/quais-medidas-ja-foram-tomadas-pelo-governo-brasileiro-em-reacao-impacto-economico-do-coronavirus.html>; <https://www.camara.leg.br/noticias/646385-governo-anuncia-medidas-de-combate-a-pandemia-de-coronavirus/>; <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/veja-as-medidas-do-governo-para-minimizar-os-efeitos-da-crise-do-novo-coronavirus.shtml>. Acesso em: 06 set. 2020.

5 Não se trata de orientação muito difusa no direito comparado. Na Itália, segundo Alpa, na ausência de norma específica, tanto a Corte di Cassazione quanto o Consiglio di Stato exigem a prova da culpa de um agente público, não bastando a simples violação da lei. (ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Principi*. 2. ed. Vicenza: UTET Giuridica, 2017, p. 382).



Em relação aos danos decorrentes de atos ilícitos, por ter violado o princípio da legalidade, deve o ente público indenizar os danos causados, quaisquer que sejam, desde que certos.

Relativamente, porém, à responsabilidade estatal por atos lícitos no direito brasileiro, tem-se por assentado que o fundamento dessa responsabilidade é o princípio da isonomia, ou da igualdade dos ônus e encargos sociais. Ou seja, considerando que toda e qualquer atividade estatal, por essência, deve se dirigir a atender interesses públicos, caso essa atividade, feita no interesse da ampla comunidade, venha a causar danos a algumas pessoas, essas devem ser indenizadas, pois seria injusto que todos se beneficiassem com a obra/atividade pública e apenas alguns sofressem prejuízos. Nesse sentido, aliás, é pacífica a doutrina<sup>6</sup> e a jurisprudência, inclusive do STF (exemplificativamente, RE nº113.587, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/02/1992):

(...) A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Mas, para que isso ocorra, é necessário que tais danos sejam especiais e anormais<sup>7</sup>. Para Di Pietro<sup>8</sup>,

somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais.

Essa orientação origina-se do direito administrativo francês<sup>9</sup>, onde se invoca o princípio da *égalité devant les charges publiques*, sempre que alguém sofra um dano, decorrente de atividade realizada no interesse público, sob condição de que se trate de um dano *anormal e especial*<sup>10</sup>.

Danos *especiais* são aqueles que recaem apenas sobre um ou alguns poucos membros da comunidade, não atingindo a todos os que se encontram na mesma situação (v.g., obras públicas de vulto que impeçam o exercício do comércio numa determinada rua, durante longo tempo: a obra interessa a todos os municípios, mas sua realização acarretou prejuízos especiais àqueles específicos comerciantes do quarteirão afetado). Já danos *anormais*<sup>11</sup> seriam aqueles que não representam meros incômodos inerentes à vida de relação e, portanto, não indenizáveis (como seria o mesmo caso desses comerciantes, mas que tivessem prejudicadas suas atividades por apenas um ou poucos dias).

6 Por todos, RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.367-368; BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235-248, p.238.

7 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.67. A mesma ideia também é acolhida amplamente no direito comparado, segundo BELRHALLI, Hafida. La responsabilité de la puissance publique en droit compare – Conclusion. In: ANTOINE, Aurélien; OLSON, Terry (dir.) *La responsabilité de la puissance publique en droit compare*. Paris: Société de Législation Comparée, 2016, p. 544; mas não na Inglaterra.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

9 Tal fundamento não é aceito em alguns outros ordenamentos, por exemplo, na Inglaterra (VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 517).

10 FAIRGRIEVE, Duncan. *State Liability in Tort*. A Comparative law Study. New York: Oxford University Press, 2004, p. 144; 148-149.

11 Sobre a distinção entre danos normais, não indenizáveis, e danos anormais, remetemos a LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. São Paulo: Almedina, 2015.

No caso dos prejuízos econômicos sofridos por empresários que não puderam manter suas atividades econômicas e por empregados que perderam empregos ou que não puderam se dedicar, como autônomos, a atividades econômicas durante o período de isolamento social, os danos certamente podem se qualificar como anormais, tanto que muitas vezes isso representou o encerramento definitivo de algumas atividades. Todavia, não podem ser considerados especiais, pois não se exigiu somente deles tais sacrifícios, para que todos sse beneficiassem. Inteiros setores da atividade econômica de uma certa região foram atingidos. Toda uma comunidade (ainda que local ou regional) sofreu os impactos da pandemia.<sup>12</sup>

Especialmente no direito comparado, ainda que superassem os argumentos acima expostos, haveria um terceiro obstáculo a ser considerado: o da reparabilidade ou não dos danos puramente econômicos. É o que se aborda na sequência.

### **2.3 A controvérsia sobre a indenizabilidade ou não de danos puramente econômicos.**

Historicamente, danos materiais foram os primeiros – e praticamente únicos - a serem reconhecidos como geradores de uma responsabilidade civil, muito embora algumas espécies do que hoje é conhecido como danos à pessoa tivessem sido reconhecidas pelo direito romano (*actio de os fractum*, *actio iniuriarum*, por exemplo). Somente mais recentemente outros interesses extrapatrimoniais da pessoa passaram a ser mais difusamente protegidos pela responsabilidade civil.

Nas últimas décadas, porém, percebe-se uma ampla discussão acadêmica e forense sobre o polêmico tema dos *pure economic losses* ou danos puramente econômicos, que não envolvem danos a coisas, nem a pessoas: trata-se de danos que acarretam prejuízos puramente financeiros – perdas de dinheiro, perdas de oportunidade de lucro, aumento de despesas. Nem sempre se admite a reparabilidade desse tipo de dano, havendo grande resistência em muitos sistemas jurídicos como o alemão e o anglo-americano.

Os danos puramente econômicos que se têm em mira não se confundem com os chamados danos consequenciais, ou seja, consequências da lesão à propriedade ou à integridade psicofísica de alguém. Esses são costumeiramente tidos como reparáveis em praticamente todos os sistemas jurídicos. Seria o caso, relativamente comum na casuística de todos os países, de um taxista que tem seu carro abalroado por outrem, ou que é atropelado e tem que se afastar temporariamente do trabalho. O dano atingiu diretamente bem de propriedade do taxista ou a sua integridade corporal. O fato de o veículo ter ficado parado, para conserto, ou que o taxista ficasse impossibilitado de trabalhar, fez com que o taxista sofresse danos que vão além do simples valor do reparo ou das despesas médico-hospitalares – refere-se aos lucros cessantes.

Os danos sofridos pelos empresários que não puderam abrir seus estabelecimentos em certos momentos da pandemia, em razão de determinação de autoridades públicas, configuram danos puramente econômicos, pois não houve qualquer dano à sua propriedade, nem à sua integridade psicofísica.

A distinção de *pure economic loss* e de danos patrimoniais físicos não é facilmente percebida em ambientes jurídicos como o brasileiro, filiados à tradição francesa, que não identifica duas classes diversas de dano patrimonial - danos físicos à propriedade, de um

---

12 Segundo Gilmar Mendes “dano especial é aquele que onera, de modo particular, o direito do indivíduo, pois um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade, não pode ser acobertado pela responsabilidade objetiva do Estado” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020) (série IDP).

lado, e simples perda de dinheiro, de outro lado. No país fundador do modelo de atipicidade dos danos indenizáveis, a França, seguido por inúmeros outros países (inclusive o Brasil), não há uma definição legal do que consiste o dano indenizável. Naquele país, os autores<sup>13</sup> costumam referir que as diversas distinções entre danos à propriedade ou à pessoa, danos morais, puramente econômicos, pecuniários, não pecuniários, passados ou futuros, etc, teriam apenas valor descritivo, pois o regime francês não prevê regimes jurídicos distintos ou consequências diversas para tais danos. Para que um dano fosse indenizável, bastaria que fosse *certo, pessoal, direto e legítimo*.

A doutrina especializada costuma indicar quatro espécies de danos puramente econômicos como sendo os mais comuns: a) danos em ricochete; b) danos decorrentes de transferências contratuais ou legais; c) danos decorrentes de fechamento de mercados, de vias de acesso, de infraestruturas públicas, ou danos ao meio ambiente; d) danos decorrentes de falhas de serviços profissionais. Uma breve referência sobre cada um deles permitirá sua melhor compreensão.

a) Os danos em ricochete também são chamados de danos econômicos relacionais (que não se confundem com os consequenciais). Ocorrem quando a lesão a bens materiais de uma pessoa ou à integridade psicofísica de alguém acarreta simultaneamente um prejuízo puramente econômico a terceiros.

Um bom exemplo da primeira hipótese (lesão a bens de uma pessoa, com repercussão econômica para terceiros) foi julgado na França, em 1975, quando se acolheu pleito indenizatório movido por empregados de um cabeleireiro por não terem podido trabalhar durante o período em que o estabelecimento ficou fechado para reformas, em razão de um veículo desgovernado ter adentrado no mesmo. Responsabilizou-se o proprietário do veículo pela perda do salário e gorjetas que habitualmente eles recebiam de seus clientes.<sup>14</sup>

Famoso exemplo da segunda hipótese ocorreu na Itália, envolvendo conhecido time de futebol. Em 1971, a Corte de Cassação (*Torino Calcio SPA v. Romero*, conhecido mais simplesmente como *caso Meroni*<sup>15</sup>), reconheceu a viabilidade de uma pretensão indenizatória avançada por clube futebolístico de Torino, em face do responsável por acidente automobilístico que vitimou o principal jogador do seu time (Meroni), artilheiro do campeonato. Na época, o *Torino* liderava com folga o campeonato italiano da primeira divisão. Com a morte de Meroni, o time caiu notavelmente de rendimento e veio a ficar entre os últimos colocados. Com tal resultado o time perdeu bonificações e premiações atribuíveis aos primeiros colocados do campeonato, alguns patrocínios para a temporada seguinte, além da perda do valor do passe do jogador, caso fosse vendido, típicos danos puramente econômicos.

O acolhimento de tais danos, porém, não é universal. Ao contrário. A Alemanha e os países de *Common Law*, como regra, não admitem a reparação de danos sofridos por terceiros, que não os familiares, em razão da morte ou lesão de pessoas por ato imputável a alguém. É o que ocorre também no Brasil, onde o artigo 948, II, do Código Civil, prevê a concessão de pensão alimentícia apenas aos dependentes do falecido.

13 VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilité*. 2e. Éd. Paris : L.G.D.J., 1998, p. 19, § 251 a 251-3; LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2010, §1502, p. 505; GALAND-CARVAL, Suzanne. France. In: MAGNUS, Ulrich (ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001, p. 80; VAN GERVEN, Walter; LEVER, Jeremy; LAROUICHE, Pierre; VON BAR, Christian; VINEY, Geneviève. *Tort Law: Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 282.

14 BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of Frech Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 394. Sobre esses dois casos, v. também GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Vol. II – Instituti Giuridici. Torino: G. Giappichelli Ed., 1998, p. 310.

15 ITALIA. Corte di Cassazione. *Caso Meroni*. 16 de janeiro de 1971.

b) A segunda espécie refere-se a danos decorrentes de transferências contratuais ou legais. Trata-se da hipótese em que *A* causa dano à integridade psicofísica de *B* ou danifica sua propriedade. Todavia, por disposição contratual ou legal, o dano sofrido por *B* é transferido a *C*. Questiona-se, então, se *C* pode agir contra *A*, buscando ressarcir-se dos danos puramente econômicos que sofreu.

O caso de transferência contratual é relativamente comum, como ocorre com o seguro de danos, em que o dano material sofrido diretamente pelo segurado em razão do sinistro é transferido contratualmente para a seguradora, que se sub-roga nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.

Mais controvertidos e menos usuais se mostram os casos de transferências legais do dano. Suponha-se a seguinte situação: um caminhão desgovernado, da empresa *A*, colide contra a estrutura de um galpão de fábrica da empresa *B*, cujo teto vem a cair sobre 30 empregados que ali estavam. Em razão das suas lesões, ficam eles sem poder trabalhar durante algumas semanas. Pelas leis brasileiras, nos primeiros 15 dias de afastamento, seu empregador continuará obrigado a pagar seus salários. A lei, portanto, transfere parte dos danos sofridos pelos empregados para seu empregador. Trata-se de dano puramente econômico (pois não atinge bens da propriedade do empregador, nem sua integridade psicofísica), cogitando-se da possibilidade do empregador agir contra o responsável pela lesão a seus empregados, para ressarcir-se do prejuízo sofrido.

c) Hipótese mais próxima da dos tipos de danos puramente econômicos sofridos por empresários, em razão de determinações governamentais impondo o fechamento de seus estabelecimentos é aquela dos *danos decorrentes de fechamento de vias de acesso, de mercados, de infraestruturas públicas e de danos ao meio ambiente*.

Trata-se de uma das mais controvertidas espécies de danos puramente econômicos, especialmente diante da indeterminação do número de potenciais lesados. Alguns exemplos serão úteis para indicar a magnitude do problema.

(i) Começemos pelas situações de *fechamento de via de acesso*, como estradas ou pontes. O dano primário afeta bens públicos, mas acaba afetando atividades econômicas que deles dependam<sup>16</sup>. Suponha-se uma ilha turística cuja única ligação ao continente é representada por uma ponte, cuja estrutura é afetada pelo choque de uma embarcação contra um dos seus pilares, acarretando a necessidade de sua interdição durante os meses de veraneio, para reparos. Não é difícil perceber a ocorrência de danos puramente econômicos que teriam hotéis, restaurantes, lojas, prestadores de serviços, etc, em razão do súbito desaparecimento de turistas. Caso semelhante a esse foi julgado, com êxito negativo, pela *Supreme Court of New Jersey*, em 1945 (caso *Rickards v. Sun Oil Co.*)<sup>17</sup>.

(ii) Um exemplo de danos decorrentes de fechamento de mercado envolveria, hipoteticamente, um pecuarista que negligentemente deixasse escapar de seu rebanho algumas reses infectadas com doença altamente contagiosa, vindo a contaminar parte dos rebanhos adjacentes. Os proprietários dessas reses que foram contaminadas teriam regular direito à indenização (dano à propriedade). Mas pense-se na hipótese de uma agência sanitária governamental ter determinado o fechamento temporário do mercado de carne na região, para evitar a propagação da doença.

16 BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 18, DE MOT, Jef. *Pure Economic Loss. Encyclopedia of Law and Economics*, v. 1, 2ª ed., 2009, p. 2. Também nesse sentido: LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*. Tese (Doutorado em ciências jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007, p. 267.

17 Uma análise econômica deste caso encontra-se em LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 251 et seq.

Isso acarretaria danos puramente econômicos a todos os operadores econômicos que atuassem na área (abatedouros, frigoríficos, freteiros, os demais criadores que não puderam vender seus produtos, etc), que provavelmente não seriam indenizados.

(iii) Costuma-se, também, referir a hipótese de *fechamento de uma infraestrutura pública*, com potencial causação de danos puramente econômicos a quem delas costume se utilizar. Imagine-se um porto que venha a ser temporariamente fechado, até recolhimento de material químico negligentemente derramado de um navio. Diante disso, os demais navios deverão fazer percurso mais longo para alcançar outro porto para carregar/descarregar mercadorias ou pessoas. Os danos sofridos pelos donos desses navios seriam puramente econômicos. As pessoas que trabalhavam no setor de carregamento/descarregamento de mercadorias igualmente sofreriam danos puramente econômicos, ao ficarem temporariamente sem trabalho, mas dificilmente seriam indenizados.

(iv) Há, também, a hipótese de danos puramente econômicos derivados de *danos ao meio ambiente*. Sabidamente o dano ambiental pode acarretar muitos prejuízos a pessoas indeterminadas. Sirva de exemplo o vazamento de petróleo da BP – British Petroleum -, no Golfo do México, em 2010, que acarretou prejuízos enormes a empresas que tiveram que alterar suas rotas de navegação, indústria pesqueira e pescadores autônomos, estabelecimentos comerciais costeiros, etc. Para fazer frente a esses danos puramente econômicos, a British Petroleum teve de criar um fundo (*trust*) de 20 bilhões de dólares para fazer frente a tais prejuízos econômicos<sup>18</sup>.

d) Outra espécie de danos puramente econômicos, relativamente à qual há mais receptividade no direito comparado, são os *danos decorrentes de falhas de serviços profissionais*. Os exemplos mais comuns dizem respeito a atuações de auditores contábeis ou empresas de auditoria. Imagine-se o caso de uma empresa que pretenda abrir seu capital mediante uma I.P.O. - oferta pública inicial -, oferecendo suas ações ao público em geral, em uma determinada bolsa de valores. Para tanto, contrata uma auditoria independente para avaliar sua situação financeira. Suponha-se que o auditor responsável, de forma dolosa ou negligente, indique uma próspera situação financeira (quando na verdade a empresa estava deficitária). Confiando na auditoria, alguém compra volume razoável de ações, que logo perdem 50% de seu valor, ao se tornar pública a real situação da empresa. Esse hipotético investidor sofre grande dano puramente econômico.

Diante das polêmicas que rodeiam o tema, é imprescindível que se analisem os argumentos daqueles que se opõem à reparabilidade de tais danos. É o que se fará a seguir.

Gordley e Von Mehren informam que a recusa a indenizar *pure economic loss* teria surgido primeiro na Alemanha, no final do século XIX e início do século XX, e de lá se expandido para a Inglaterra e Estados Unidos. Citam os autores acórdãos do *Reichsgericht* de 1901 e 1904 sustentando que o §823 do BGB não oferecia proteção para danos puramente econômicos<sup>19</sup>. Na Inglaterra, em caso de *pure economic damages*, tradicionalmente há uma aversão à sua reparabilidade<sup>20</sup>. Trata-se da denominada *the economic loss rule* ou regra de

18 PALMER, Vernon. A Comparative Law Sketch of Pure Economic Loss. In: BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony J. *Comparative Tort Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 305.

19 GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law – Readings, Cases, Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 308;310.

20 PARISI, Francesco. Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine. In: BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 75. Também nesse sentido: POMAR, Fernando Gómez; GARCÍA Juan Antonio Ruiz. *La Noción de Daño Puramente Económico: una Visión Crítica desde el Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: InDret, 2002, p. 2, e MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations – Vol. II – The Law of Torts: a Comparative Introduction*. 3rd. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 45-46.



exclusão (*the exclusionary rule*)<sup>21</sup>.

O principal argumento contrário à reparação dos danos puramente econômicos é o chamado *floodgate argument* (argumento da abertura das comportas). Alega-se que o reconhecimento de danos puramente econômicos poderia vir a inundar as cortes de justiça de potenciais ações, já que apresentam consequências potencialmente ilimitadas, indeterminadas, não controláveis e número imprevisível de vítimas. Portanto, permitir indenizações por *pure economic loss* acarretaria responsabilidades potencialmente incomensuráveis<sup>22</sup>.

Especialistas dividem as abordagens dos países sobre a questão dos danos puramente econômicos em três modelos distintos: abordagem liberal, abordagem conservadora e abordagem pragmática.

O sistema liberal abrange países como França, Itália, Espanha, Bélgica, Grécia, Croácia, Japão e Holanda. Nesses países, inexistem listas de interesses protegidos especificados em lei. A noção de danos indenizáveis é ampla e potencialmente abrange também os danos puramente econômicos. Todavia, apesar do dado normativo, doutrina e jurisprudência controvertem a respeito do tema<sup>23</sup>. Teoricamente o Brasil enquadrar-se-ia nesse sistema.

Alemanha, Áustria, Portugal<sup>24</sup>, Finlândia, Suécia, Dinamarca, Polônia, adotariam uma *abordagem conservadora*. Os sistemas conservadores protegem, por meio de responsabilidade civil, direitos absolutos (propriedade, integridade psicofísica, direitos da personalidade sendo os principais), restando excluídos como regra geral, portanto, os *pure economic losses*. Dessa forma, indenizações a esse título são exceções, concedidas em casos de responsabilidade contratual ou quando houver expressa previsão legal<sup>25</sup>.

Já a *abordagem pragmática* seria adotada na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Escócia, Holanda, Israel, África do Sul. Nesses países, não há uma vedação legal à reparabilidade de danos puramente econômicos, conceitualmente falando. A abordagem é feita caso a caso, concretamente, deixando-se o seu acolhimento à prudência dos juízes<sup>26</sup>, mas que em geral mostram-se refratários à sua aceitação.

Apesar das diferenças conceituais, há também concordâncias práticas na experiência comparada. Isso porque, de uma forma ou de outra, todos os sistemas jurídicos admitem a reparabilidade dos danos puramente econômicos, quando se trata de: a) Danos econômicos previstos em norma legal (norma de proteção – *Schutzgesetz*); b) Danos consequenciais; c) Danos intencionais; d) Danos causados por negligência profissional (advogados, auditores, bancos, etc) que atinjam pessoas que não são seus clientes diretos; e) Danos decorrentes de transferências contratuais ou legais.

A situação debatida neste artigo, como se vê, não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses.

21 GERVEN, Walter van; LEVER, Jeremy; LAROCHE, Pierre. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*. Portland/Oregon: Hart Publishing, 2000, p.169;177.

22 FELDTUSEN, Bruce. Liability for Pure Economic Loss: Yes, but Why? *Western Australian Law Review*, v. 28, 1999, p. 87; GRIFFIN, Joshua. Pure Economic Loss: Out of Negligence and into the Unknown. *Oxford University Undergraduate Law Journal*, v. 3, 2014, p. 45; PARISI, Francesco. Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine. In: BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 90.

23 KOZIOL, Helmut. Recovery for Economic Loss in the European Union. *Arizona Law Review*, v. 48, 2006, p. 874; WISSINK, Mark H.; VAN BOOM, Willem H. The Netherlands. In: MAGNUS, Ulrich (ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001, p. 147; LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*. Tese (Doutorado em ciências jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007, p. 285.

24 PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João Sarmento. Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português. In: MORAIS ANTUNES, Ana Filipa; TAVEIRA DA FONSECA, Ana Maria; PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João; SÁ, Fernando. *Novas Tendências da Responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 150-151.

25 BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 125.

26 BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 44-45.



Todavia, se a regra é a ausência de responsabilidade<sup>27</sup>, pelas diversas razões enunciadas até agora, não se descarta a possibilidade de sucesso em ação indenizatória contra o ente federativo – especialmente municipal – que, ao adotar medidas restritivas da liberdade econômica, aja com desvio de finalidade ou excesso de poder, ou quando adote medidas claramente desarrazoadas, por intempestivas, exageradas, desproporcionais, em relação a algum caso concreto. É o que se passa a examinar.

#### **2.4 Danos patrimoniais decorrentes de intempestiva, desproporcional ou desarrazoada interdição de atividades empresariais**

Bruno Burini<sup>28</sup> entende que poderá haver responsabilidade do ente público por danos decorrentes de alguma medida que venha a ser considerada inconstitucional nesse contexto ainda incerto de repartição de competências. Já Bruno Miragem<sup>29</sup> pondera que as medidas adotadas no contexto da pandemia, restringindo determinadas atividades, “configuram exercício regular de competência legislativa ou regulamentar do Estado”, razão pela qual “não se cogita de responsabilização, uma vez que atua como conformador do próprio Direito”, embora ressalve hipóteses de atividade ilegal ou inconstitucional, desvio de finalidade, excesso de poder ou medidas desproporcionais em vista da finalidade a ser atendida<sup>30</sup>.

Assim, se algum prefeito determinar medidas de fechamento de determinada atividade econômica por perseguição política – v.g., determinando o fechamento de uma unidade frigorífica do município, alegadamente para controlar a disseminação da doença mas, na verdade, visando apenas prejudicar empresário ligado a partidos de oposição, sem que houvesse dados científicos que sugerissem ou recomendassem tal fechamento – parece-nos inequívoco que poderá ser manejada uma ação de reparação de danos derivados de ato praticado com desvio de finalidade.

O mesmo ocorreria se eventualmente o fechamento fosse ordenado sem que houvesse qualquer justificativa científica para tanto, nem recomendações da autoridade sanitária, diante dos dados concretos que indicassem estar a situação sob controle, por uma decisão baseada apenas no intuicionismo do governante local.

Também se poderia pensar em responsabilização civil no caso de governos que mantivessem o fechamento da economia após já ter sido debelado o ritmo de crescimento da pandemia, ou que tomassem medidas de restrição exageradas e claramente desnecessárias, por não seguir o governo local qualquer orientação científica e técnica a respeito.

Essas situações, porém, deverão ser muito raras, diante da difusão e acessibilidade

27 Essa vem sendo a solução adotada também em outros países, como se vê de recente decisão do Landgericht de Heilbronn (em 29.4.2020), Alemanha, no qual aquele órgão de primeira instância decidiu que o fechamento de um salão de beleza, em razão da pandemia, não gera o direito a uma indenização. O estabelecimento havia invocado a Lei de Proteção contra Infecções (Infektionsschutzgesetz), que prevê a possibilidade de concessão de indenização às pessoas afetadas pelas restrições às atividades econômicas. O órgão judiciário, porém, ponderou que “a atividade profissional da autora não foi paralisada em decorrência da infecção, suspeita ou ameaça de infecção da autora individualmente considerada, ou seja, de uma ameaça concreta, mas sim em consequência de medida governamental geral e abstrata, válida para toda a população” – segundo FRITZ, Karina. Estado não responde por perdas patrimoniais de empresa fechada por causa do coronavírus, diz magistrado de Heilbronn. Revista Migalhas: German Report. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/327621/estado-nao-responde-por-perdas-patrimoniaisde-empresa-fechada-por-causa-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 10 set. 2020.

28 BURINI, Bruno. A covid-19 e a responsabilidade civil do Estado. In: *Migalhas de Peso*, 20/05/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327194/a-covid-19-e-a-responsabilidade-civil-do-est>. Acesso em: 15 jul. 2020.

29 MIRAGEM, Bruno. Fato do príncipe, responsabilidade civil e pandemia. Publicado em *Migalhas de Responsabilidade Civil*, em 23/06/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329441/fato-do-principe-responsabilidade-civil-e-pandemia>. Acesso em: 23 jun. 2020.

30 MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *JusBrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>. Acesso em: 10 jul. 2020.

do conhecimento científico a respeito de como enfrentar a pandemia, além do fato de que normalmente quem fixa as coordenadas mais genéricas é o governo estadual, que quase sempre dispõe de um assessoramento técnico mais razoável e esclarecido.

Analisadas eventual responsabilidade estatal por prejuízos sofridos por operadores econômicos, passa-se a analisar a responsabilidade de entes públicos pelos danos à saúde dos cidadãos que contraíram COVID-19 e vieram a falecer ou sofreram sequelas.

### 3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS À SAÚDE

Os espaços de omissão lícita do Estado estão cada vez mais reduzidos<sup>31</sup>, pois modernamente espera-se que ele não apenas se abstenha de violar os direitos fundamentais de seus cidadãos – vida e integridade física em primeiro lugar – mas que concorra ativamente para a sua proteção<sup>32</sup>. Esses direitos, inclusive, foram ampliados, passando a abranger também o direito à saúde. Em momentos como esse, de grave risco à saúde de pessoas em todo o mundo, não se pensa mais que se trata apenas de um problema individual – cada um que cuide de si, como foi a solução adotada nos séculos precedentes. Trata-se de um problema que afeta diretamente os gestores públicos: cabe ao Estado, em sentido amplo, cuidar da saúde dos seus cidadãos, protegendo-a, na medida do possível, inclusive de inimigos invisíveis e insidiosos como vírus.

Evidentemente que ninguém pensaria em responsabilizar o Estado, em sentido amplo, por ter contraído COVID-19, com todas as potenciais consequências disso derivadas. Mas eventuais falhas no tratamento da doença poderão acarretar tal responsabilização.

No contexto da atual pandemia, diante da grandeza, imprevisibilidade e rapidez com que a crise se alastrou, mesmo países desenvolvidos, como a Itália, tiveram problemas em atender todos os pacientes contaminados, em momentos de pico, quando um grande número de pacientes necessitava dos mesmos serviços simultaneamente, sem que fosse possível atender a todos de forma adequada e eficiente. Como as principais características da doença são as mesmas e exigem o mesmo tratamento na fase aguda – especialmente o uso de sofisticados respiradores –, dependendo do número de pacientes simultâneos a serem tratados, não houve recursos suficientes para todos. Tal circunstância levou à necessidade de, por vezes, se efetuar escolhas trágicas entre quem iria receber tratamento imediato e quem teria de esperar (se conseguisse). Como alguns pacientes morrem sem ter tido a oportunidade do tratamento, diante da referida escassez, a pergunta que se faz é se haverá responsabilidade civil do Estado nessa situação.

Discorrendo sobre eventual responsabilidade estatal por danos à saúde no contexto da pandemia, salienta Miragem<sup>33</sup> que “em termos gerais, a pandemia é causa extraordinária (caso fortuito ou de força maior), que afasta a responsabilidade do Estado pelo dano, segundo os

31 Braga Netto sinaliza duas tendências recentes da responsabilidade civil do Estado: “a) a progressiva ampliação dos danos indenizáveis pelo Estado; b) a progressiva redução dos espaços de omissão estatal legítima”. Relativamente ao item b), pondera que a compreensão dos novos papéis do Estado leva à constatação de que “hoje não se permitem omissões que no passado talvez se permitissem. Em outras palavras: exige-se cada vez mais do Estado que aja. Não qualquer agir, mas um agir cauteloso, eficaz, proporcional” (BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235-248, p.239).

32 No espaço jurídico europeu, veja-se, por exemplo, a jurisprudência consolidada da Corte Europeia dos Direitos do Homem – CEDH –, no sentido de considerar que as autoridades públicas devem adotar as medidas “adequadas ao nível de risco, a fim de proteger os direitos fundamentais, como o direito à vida”, sob pena de responsabilidade – casos *R.Ş. c. Lettonie*, de 8.03.18, § 80; *Sinim c. Turquie*, de 6.6.17, § 58; *Cevrioğlu c. Turquie*, 4.10.16, § 51; *Cavit Tinarlioğlu c. Turquie*, 2.2.16; *Prilutskiy c. Ukraine*, 26.2.15, § 31; *Oruk c. Turquie*, 4.2.14, § 52; *Vilnes et autres c. Norvège*, 5.12.13, § 220; *Mosendz c. Ukraine*, 17.1.13, § 90; *Kolyadenko et autres c. Russie*, 28.2.12, § 158; *Boudaïeva c. Russie*, 20.3.08, § 132.

33 MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasil.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>, acesso em 10/07/2020.

esforços que lhe são exigíveis, em vista da impossibilidade concreta de evitar seu resultado.” Mas em seguida pondera que “quando demonstrada omissão específica em relação à providência que era possível ter sido adotada para evitar o dano (p.ex. a situação em que o serviço poderia ter sido prestado adequadamente, mas não o foi por desídia ou erro no atendimento ao paciente)”, então sim, seria possível se cogitar da responsabilidade estatal.

De fato, no campo da responsabilidade civil extracontratual, em lição aplicável também à responsabilidade do Estado, tem-se que, independentemente de previsão normativa expressa, o nexo de causalidade é rompido e, com isso, fica afastada a responsabilidade civil<sup>34</sup>, quando ocorrer (1) caso fortuito ou força maior<sup>35</sup>, (2) culpa (fato) exclusiva da vítima ou (3) culpa (fato) exclusiva de terceiro. No caso, o COVID-19 configuraria uma situação extraordinária, inevitável e grave, por cujas consequências não se responsabilizaria o Estado.

Todavia, acreditamos que as soluções deverão ser mais articuladas, pois não só no caso de desídia, erro ou omissões específicas, pode-se pensar em responsabilização do Estado. Oliveira<sup>36</sup> formula o exemplo de alguém que tenha sido internado por um problema qualquer, mas que não pode ser atendido adequadamente (vindo a sofrer danos) em razão de eventual superlotação momentânea que estivesse exigindo atenção imediata e intensa dos médicos e enfermeiros aos graves pacientes com COVID-19. Nessa hipótese, diz ele, esse paciente – ou seus familiares, no caso de óbito – poderiam vir a responsabilizar o Estado, que não teria direito de regresso contra o médico. Essa solução, acreditamos, deve ser adotada também para o caso de paciente de COVID-19 que tenha sido preterido em seu atendimento, pelas mesmas razões de superlotação ou de falta de aparelhos e equipamentos suficientes ou necessários.

O fundamento de tal responsabilização seria, a nosso sentir, uma leitura solidarista da responsabilidade do Estado. Essa possibilidade hermenêutica não passou despercebida ao grande tratadista da responsabilidade civil brasileiro, que já em meados do século passado dizia que “a responsabilidade do Estado progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas”<sup>37</sup>. Mais modernamente, Bodin de Moraes<sup>38</sup> referiu que “o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada”. Na esfera administrativa, o clássico Hely Lopes Meireles<sup>39</sup>, ao abordar o fundamento da responsabilidade do Estado como sendo a igualdade de todos perante ônus e encargos sociais, afirmou que “o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva”.<sup>40</sup>

34 Por todos, MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 233: “A responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal”.

35 Para uma excelente análise dogmática das noções de força maior e caso fortuito no contexto da pandemia, remete-se ao artigo de SILVA, Rafael Peteffi da. *Caso Fortuito ou de Força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do Coronavírus*. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 220-240, maio/ago. 2020.

36 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. *Responsabilidade Civil do Estado e responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos fora ou dentro do contexto da pandemia do covid-19 à luz da Medida Provisória nº 966/2020*. Disponível em 14/04/2020 em <https://civilemobiliario.com.br/responsabilidade-civil-do-estado-e-responsabilidade-civil-e-administrativa-dos-agentes-publicos-fora-ou-dentro-do-contexto-da-pandemia-do-covid-19-a-luz-da-medida-provisoria-n-966-2020/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

37 AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 641.

38 BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-206.

39 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.585.

40 Aliás, não só na responsabilidade estatal, mas na própria responsabilidade civil comum, invoca-se a influência dos valores constitucionais. É o caso, por exemplo, de Netto Lôbo, quando aborda as hipóteses de responsabilidade objetiva previstos na Constituição e afirma que elas “são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social” (NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23).

Na jurisprudência pátria, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 262.651/SP, em 16/11/2005, afirmou que “o dever de indenizar a vítima advém (...) de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo”.

Na Itália, no atual contexto da COVID-19, Ponzanelli<sup>41</sup> entende que aquelas pessoas que não puderam ser atendidas pelo serviço de saúde, em razão da superlotação dos hospitais com casos de COVID-19, vindo a sofrer danos à saúde ou até morrer, deveriam ser indenizados por uma questão de solidariedade social.

Aliás, nessa mesma linha, Freitas<sup>42</sup> refere o dever do Estado moderno de atender os “interesses existenciais legítimos dos cidadãos”, salvaguardando eficazmente os “direitos fundamentais, evitados ou reparados prontamente os danos juridicamente injustos”. Em outro artigo, o mesmo jurista havia já referido que “o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais. (...) A responsabilidade é proporcional, seja por ações, seja por omissões danosas por agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras dos serviços de titularidade do Poder Público”<sup>43</sup>.

Essa ideia de proporcionalidade é valiosa, repercutindo especialmente na avaliação dos danos. Como a causa originária dos males ligados ao COVID-19 é o próprio vírus, elemento externo, imprevisto e inevitável, não é possível se imputar ao Estado toda a responsabilidade por eventuais danos sofridos por seus cidadãos. Assim, em tal contexto, deve-se precisar que a responsabilidade do Estado é objetiva e proporcional, devendo o Estado assumir *a parte que lhe toca nesse latifúndio*, informado pelo princípio da solidariedade social. Na formulação de Braga Netto<sup>44</sup>, “o Estado poderá ser civilmente responsável se não tiver atuado, com proporcionalidade e eficiência, para garantir os direitos fundamentais do cidadão em determinado caso concreto”.

A ideia de uma responsabilidade proporcional vem ganhando espaço internacionalmente. Bergkamp<sup>45</sup> defendeu a responsabilização civil do governo holandês, por entender que não agiu de forma célere, no início da crise, para reduzir sua disseminação e impacto. E invoca, em sustento de sua tese, decisão recente (20.12.19) da *Hoge Raad*, a Suprema Corte daquele país, no caso conhecido como *Urgenda*<sup>46</sup>, que decidiu tema pertinente aos riscos associados às mudanças climáticas. Naquela ocasião, a corte flexibilizou a análise do pressuposto do nexo de causalidade, ao introduzir o conceito de responsabilidade parcial, relacionando-a à causalidade proporcional. Se tal responsabilização é possível em relação a riscos ao meio ambiente, aduz o autor, com muito mais razão o mesmo critério seria aplicável quando se está diante de riscos mais concretos e iminentes à vida e à saúde.<sup>47</sup>

41 PONZANELLI, Giulio. La sanatoria responsabilità e i possibili contenziosi da COVID. *Danno e responsabilità*, 19.05.2020. Disponível em <http://giustiziavivile.com/danno-e-responsabilita/articoli/la-responsabilita-sanitaria-e-i-possibili-contenziosi-da-covid>. Acesso em: 14 jul. 2020.

42 FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância”. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.170-197, p.196-197.

43 FREITAS, Juarez. A Constituição a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 381-401, p. 381.

44 BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235-248, p. 242.

45 BERGKAMP, Lucas. State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law. *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2020), pp. 343-349, em 2.4.2020. Publicação da Cambridge University Press. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7156574/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

46 A decisão é acessível em <https://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/klimaatzaak-urgenda>.

47 Para uma visão contrária à responsabilização do governo holandês, por entender que ele agiu de forma adequada (embora o início criticável), v. CAVALLANTI, Maria Francesca; TERSTEGGE, Matthijs Jan Terstegge. *The Covid-19 emergency in the Netherlands: a constitutional law perspective*. Saggi –DPCE online, 2020/2. Disponível em <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/977/951>. Acesso em: 15 jul. 2020.



Também se pode invocar, a sustento desta tese, a doutrina da responsabilidade proporcional proposta por Marco Capecchi<sup>48</sup>. Este autor genovês, tratando do nexo causal, relembra que as teorias sobre a responsabilidade civil se originaram daquelas elaboradas em sede penal, sendo que estas, quando concebidas, inspiraram-se nas discussões havidas a respeito da causalidade em outras ciências, da física à filosofia. Todavia, enquanto as teorias civilistas permaneceram praticamente inalteradas desde suas concepções, o pensamento sobre a causalidade evoluiu nas demais ciências. A ideia de que seria possível afirmar-se, com certeza, as causas de um evento, já teria sido abandonada pelas ciências não jurídicas. Partindo-se da constatação de que o conhecimento humano é limitado, o máximo que se pode afirmar seria a existência de uma probabilidade estatística vinculando determinado evento a uma certa consequência. Em razão disso, prega ele o abandono da lógica do tudo ou nada, *all or nothing*, normalmente usada nas causas envolvendo a responsabilidade civil, em favor da lógica da proporcionalidade. Ou seja, enquanto aquela constringe o juiz a oscilar de uma posição extrema (reconhecer a subsistência do nexo causal e, portanto, conceder uma indenização integral) a outra (negar o nexo causal e, portanto, a reparação), a segunda favorece uma concepção proporcional, na qual o lesante responde em medida proporcional ao aumento do risco de ocorrência do evento que constitui a lesão sofrida pela vítima. Capecchi defende uma responsabilidade proporcional “na qual o lesante tenha que assumir o custo do dano na medida proporcional ao aporte causal da conduta que lhe pode ser imputada”<sup>49</sup>.

Ele critica não só o posicionamento que somente admite o acolhimento de uma pretensão diante de prova cabal da presença do nexo causal entre a conduta e o dano, mas também a invocação do critério do *più probabile che non*, que se aplica também na Itália, a partir de uma importação da tradicional teoria do *more probable than not*, de cotidiana aplicação na jurisprudência anglo-americana. Ambos os posicionamentos poderiam ser injustos, em determinados casos. Na primeira hipótese, injusto para com o autor, que poderá nada receber por não ter logrado fazer uma prova cabal que, por vezes, é impossível. No segundo caso, pode ser injusta para com o demandado, que poderá vir a ter de reparar todo o dano, quando talvez não tenha sido ele o efetivo responsável. A lógica do tudo ou nada, assim, revela-se injusta e nem sempre razoável, ao passo que a lógica da probabilidade permite alcançar resultados mais adequados.<sup>50</sup>

Concordamos com tal posição e entendemos que a doutrina é aplicável ao caso, embora não tenha sido pensada para situações como essa. Mas a lógica é a mesma: a morte de pacientes por COVID-19, por não terem podido receber atendimento adequado, em razão de excesso de procura dos mesmos serviços ao mesmo tempo, não teve como causa principal a omissão do Estado, mas sim a contração da doença. Todavia, a impossibilidade

48 CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3.ed. Padova: CEDAM, 2012.

49 CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3.ed. Padova: CEDAM, 2012, p. 267; 304. Sobre a responsabilidade proporcional na Espanha, veja-se MARTÍN-CASALS, Miquel. *Proportional liability in Spain: a bridge too far?* In: MARTÍN-CASALS, Miquel; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.) *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 43 s.

50 Capecchi formula um exemplo bastante elucidativo: suponha-se que um empresário pretenda colocar no mercado um produto útil, mas contendo elementos nocivos (imagine-se que aumente em 5% a chance de alguém desenvolver câncer). Se este empresário, temeroso das consequências, consultasse um advogado, este lhe diria que, à luz das teorias sobre o nexo causal em vigor na Itália (e também na maioria dos países, inclusive o Brasil), o empresário não teria do que temer, já que não se conseguiria provar que eventual câncer desenvolvido por um consumidor do produto fosse originado do mesmo (ou por não atingir o limite do “mais provável do que não”). O autor, então, prossegue: suponha-se que o produto tenha sido consumido por 10.000 usuários e que 500 deles tenham desenvolvido câncer. Por esta lógica, nenhum deles teria obtido qualquer indenização, o que seria potencialmente injusto para com aqueles que desenvolveram a doença em razão do produto. Mas se eles tivessem ganho de causa integral, seria igualmente injusto para com o empresário, pois alguns deles certamente desenvolveram câncer em razão de outros fatores que não o consumo do produto. Mais justo, portanto, seria que o empresário fosse responsabilizado proporcionalmente ao aumento do risco de desenvolvimento da doença, ou seja, no caso, 5% do dano arbitrado pelo juízo – nesses termos, CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 259-260.

de atender a todos os pacientes, contribuiu causalmente para o desenlace, ao menos em parte. Além disso, jamais se saberá, com certeza, se teriam sobrevivido aqueles pacientes que não puderam se utilizar de ventiladores e outros equipamentos de suporte, necessários para o tratamento da doença, e morreram. Isto porque muitos são os pacientes que, ainda quando devidamente tratados, mesmo assim falecem. De qualquer sorte, a conhecida teoria da perda de uma chance, de aplicação rotineira no Brasil, também parece que possa ser invocada a essas situações.

Não iríamos ao ponto, porém, de endossar o Projeto de Lei (n. 2.033/2020), que se encontra tramitando no Senado, que atribui genericamente responsabilidade objetiva ao Estado, prevendo indenização aos familiares de paciente que vier a falecer por falta de leitos em UTI no valor prefixado de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), além de pensionamento, apurado pela média das últimas doze remunerações do paciente. O P.L. amplia a ideia de solidariedade social, dispensando qualquer análise da questão da causalidade, ainda que proporcional.<sup>51</sup>

Por outro lado, não se têm dúvidas de que o Estado responderá integralmente pelos danos à saúde, ou pela perda de vidas, dos profissionais da saúde que atuaram em hospitais públicos sem que lhes fossem fornecidos todos os equipamentos de proteção individual adequados e necessários para enfrentar, com segurança, a pandemia<sup>52</sup>. Aqueles que contraíram a doença (ou seus familiares, em caso de morte), certamente terão direito a uma indenização a ser paga pelo ente público responsável pelo nosocômio. Impossível, aqui, invocar-se a excludente da força maior ou do caso fortuito, por essas circunstâncias não poderem ser “consideradas estranhas ao risco”<sup>53</sup>.

É hora de concluir.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho, colocamos o problema da indenizabilidade ou não dos prejuízos financeiros sofridos por operadores econômicos, em razão da temporária paralisação de suas atividades, por determinação governamental, bem como da compensabilidade ou não dos danos à saúde dos cidadãos brasileiros que perderam suas vidas, ou que tiveram afetada sua saúde, em razão de falhas no atendimento hospitalar.

Diante do que foi exposto neste desprezioso trabalho, concluímos que, em princípio, não haverá qualquer direito a indenização pelos prejuízos econômicos sofridos por milhões de brasileiros, quer empresários que tiveram que cessar temporariamente suas atividades, quer para cidadãos que perderam seus empregos ou não puderam trabalhar, mesmo na informalidade. As razões para tal negativa são múltiplas. Tais razões passam pela inadequação de remédios vinculados à justiça retributiva ou comunitativa (típica da responsabilidade civil) para resolver problemas que estariam a exigir critérios de justiça distributiva, que foram postos

51 Análise crítica dessa pretendida solução encontra-se em DANTAS BISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 71-92, maio/ago. 2020, p. 82.

52 Aliás, legalmente poderiam os profissionais que estivessem nessa situação até mesmo se recusar a trabalhar, pois o Código de Médica Ética (Resolução CFM n. 2.217/2018) prevê (capítulo II, inc. IV) ser direito do médico “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais”. No caso dos enfermeiros, tal direito está previsto no Código de Ética da Enfermagem (Resolução COFEN n. 564/2017), art. 13 - DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos ela recusa no atendimento a pacientes. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 271-282, p. 277.

53 FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*, ano 5, n. 1, 2016, p. 23.



em prática, ainda que não tenham logrado neutralizar todos os prejuízos. Ou então passam pelo fato de que os prejuízos econômicos sofridos, embora certamente anormais, foram amplos e gerais, não atingindo apenas uns poucos operadores econômicos. Em se tratando de prejuízos oriundos de atividade governamental lícita, executada dentro da esfera da legalidade, somente danos anormais e especiais são indenizados. Além disso, tais prejuízos configuram o que se denomina de danos puramente econômicos, cuja indenizabilidade não é a regra, mas sim a exceção.

Por outro lado, em relação aos danos à saúde, a resposta é bem mais articulada. Isso porque, como regra, não haverá indenização às vítimas da COVID-19 ou seus familiares, quer pelo fato de terem contraído a infecção, quer pelo fato de terem falecido. Todavia, aventamos a possibilidade de existir tal responsabilidade nas hipóteses de falecimento de pessoas que não puderam receber o atendimento adequado, da parte do serviço público de saúde, em razão de colapso do serviço pela impossibilidade de atender simultaneamente todos os pacientes que, em um mesmo momento, necessitaram de cuidados especiais. Nessas hipóteses, porém, defendemos que a responsabilidade não deverá ser integral, mas sim proporcional, invocando-se a teoria da causalidade proporcional, ou eventualmente a teoria da perda de uma chance.

Espera-se que, uma vez superada a pandemia sanitária, não haja uma 'epidemia' de demandas forenses, pois se isso ocorrer, revelará que muitos foram os afetados pela incapacidade do Estado de atender adequadamente os seus cidadãos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Principi*. 2. ed. Vicenza: UTET Giuridica, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235-248.

BERGKAMP, Lucas. State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law. *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2020), pp. 343–349, em 2.4.2020. Publicação da Cambridge University Press. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7156574/>, acesso em 15 jul. 2020.

CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2012.

CAVALCANTI, Maria Francesca; TERSTEGGE, Matthijs Jan Terstegge. The Covid-19 emergency in the Netherlands: a constitutional law perspective. Saggi –DPCE online, 2020/2. Disponível em <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/977/951>, acesso em 15 jul.2020.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

BELRHALI, Hafida. La responsabilité de la puissance publique em droit compare – Conclusion. In: ANTOINE, Aurélien; OLSON, Terry (dir.) *La responsabilité de la puissance publique en droit compare*. Paris: Société de Législation Comparée, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-206.

- BURINI, Bruno. A covid-19 e a responsabilidade civil do Estado. In: *Migalhas de Peso*, 20/05/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/327194/a-covid-19-e-a-responsabilidade-civil-do-est>, acesso em 15 jul. 2020.
- BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CHARTIER, Yves. Mauro Bussani et Vernon V. Palmer, Pure Economic Loss in Europe. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v.56, 2004, p.224-228.
- DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos ela recusa no atendimento a pacientes. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 271-282.
- DANTASBISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID-19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 71-92, maio/ago. 2020.
- DE MOT, Jef. Pure Economic Loss. *Encyclopedia of Law and Economics*, v. 1, 2. ed., 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FAIRGRIEVE, Duncan. *State Liability in Tort. A Comparative law Study*. New York: Oxford University Press, 2004.
- FELDTHUSEN, Bruce. Liability for Pure Economic Loss: Yes, but Why? *Western Australian Law Review*, v. 28, 1999.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância". In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-197.
- FREITAS, Juarez. A Constituição a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 381-401.
- FRITZ, Karina. Estado não responde por perdas patrimoniais de empresa fechada por causa do coronavírus, diz magistrado de Heilbronn. *Revista Migalhas: German Report*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/327621/estado-nao-responde-por-perdas-patrimoniaisde-empresa-fechada-por-causa-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 10/09/2020.
- GALAND-CARVAL, Suzanne. France. In: MAGNUS, Ulrich (ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001.
- GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Vol. II – Instituti Giuridici. Torino: G. Giappichelli Ed., 1998.
- GÓMEZ POMAR, Fernando; RUIZ GARCÍA, Juan Antonio. La noción de daño puramente econômico: Una visión crítica desde el análisis económico del derecho. *Indret. Working Paper* nº 102. Barcelona, octubre de 2002. Disponível em [http://www.indret.com/pdf/102\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/102_es.pdf), acesso em 13 jan. 2019.
- GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. *An Introduction to the Comparative Study of Private Law – Readings, Cases, Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- GRIFFIN, Joshua. Pure Economic Loss: Out of Negligence and into the Unknown. *Oxford University Undergraduate Law Journal*, v. 3, 2014.
- KOZIOL, Helmut. Recovery for Economic Loss in the European Union. *Arizona Law Review*, v. 48, 2006.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*. Tese (Doutorado em ciências jurídicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2007.
- LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris : Dalloz, 2010.
- LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado legislador. São Paulo: Almedina, 2015.
- MARKESINIS, Basil S. *The German Law of Obligations – Vol. II – The Law of Torts: a Comparative Introduction*. 3<sup>rd</sup>. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- MARTÍN-CASALS, Miquel. Proportional liability in Spain: a bridge too far? In: MARTÍN-CASALS, Miquel; PAPAYANNIS, Diego M. (eds.) *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (série IDP).
- MIRAGEM, Bruno. Fato do príncipe, responsabilidade civil e pandemia. Publicado em *Migalhas de Responsabilidade Civil*, em 23/06/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329441/fato-do-principe-responsabilidade-civil-e-pandemia>, acesso em 23 jun. 2020.
- MIRAGEM, BRUNO. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>, acesso em 10 jul. 2020.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo, Atlas, 2002.
- NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. *Responsabilidade Civil do Estado e responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos fora ou dentro do contexto da pandemia do covid-19 à luz da Medida Provisória nº 966/2020*. Disponibilizado em 14/04/2020 em <https://civilemobiliario.com.br/responsabilidade-civil-do-estado-e-responsabilidade-civil-e-administrativa-dos-agentes-publicos-fora-ou-dentro-do-contexto-da-pandemia-do-covid-19-a-luz-da-medida-provisoria-n-966-2020/>. Acesso em 14 jul. 2020.
- PALMER, Vernon. A Comparative Law Sketch of Pure Economic Loss. In: BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony J. *Comparative Tort Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.
- PARISI, Francesco. Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine. In: BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João Sarmiento. Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português. In: MORAIS ANTUNES, Ana Filipa; TAVEIRA DA FONSECA, Ana Maria; PESTANA DE VASCONCELOS, Maria João; SÁ, Fernando. *Novas Tendências da Responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

PONZANELLI, Giulio. La sanitaría responsabilit  e i possibili contenziosi da COVID. *Danno e responsabilit *, 19.05.2020. Disponível em <http://giustiziacivile.com/danno-e-responsabilita/articoli/la-responsabilita-sanitaria-e-i-possibili-contenziosi-da-covid>, acesso em 14/07/2020.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. Caso Fortuito ou de Força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do Coronavírus. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 220-240, maio/ago. 2020.

VAN DAM, Cees. *European Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2007.

VAN GERVEN, Walter; LEVER, Jeremy ; LAROUCHE, Pierre ; VON BAR, Christian ; VINEY, Genevi ve. *Tort Law : Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

VINEY, Genevi ve; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilit *. 2 .  d. Paris : L.G.D.J., 1998.

WISSINK, Mark H.; VAN BOOM, Willem H. The Netherlands. In: MAGNUS, Ulrich (Ed.). *Unification of Tort Law: Damages*. The Hague/Holanda: Kluwer Law International, 2001.

# RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MATERIAIS NA PANDEMIA DA COVID-19

## **Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**

Mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Contratual e Direito de Danos pela Universidade de Salamanca (USal). Professor convidado em cursos de pós-graduação. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL) e do Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado.

## **Romualdo Baptista dos Santos**

Mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Contratual e Direito de Danos pela Universidade de Salamanca (USal). Professor convidado em cursos de pós-graduação. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL) e do Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Impactos da pandemia da Covid-19 sobre os bens materiais das pessoas e das empresas; 3 Elementos da responsabilidade civil; 4 Noção de dano; 5 Danos morais e danos materiais: dicotomia sedimentada; 6 Os danos materiais: danos emergentes, lucros cessantes e perda de uma chance; 7 Os danos materiais na pandemia da Covid-19; 8 Considerações finais; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

O advento da pandemia da Covid-19 suscita vários questionamentos de natureza jurídica, especialmente no que diz respeito à reparação dos danos relacionados com o enfrentamento da crise sanitária. Conquanto a pandemia em si não possa ser considerada um dano atribuível a determinada pessoa, é certo que constitui cenário para a tomada de decisões pelo poder público e para a prática de condutas pelas pessoas em geral, que constituem fontes de danos indenizáveis.

Durante muito tempo a responsabilidade civil se encarregava unicamente dos danos ditos patrimoniais, vedada a possibilidade de reparação de qualquer ofensa que não contivesse um valor econômico intrínseco. Em virtude da denominada constitucionalização do direito privado, que põe em relevo a tutela da pessoa humana pela ordem jurídica, tem-se dado maior ênfase ultimamente aos danos extrapatrimoniais, restando ao lado o problema da reparação dos danos materiais.

No entanto, há consenso em que a pandemia da Covid-19 trará a reboque uma importante crise econômica, com graves prejuízos para os negócios em geral e com expressiva queda de arrecadação pelo poder público. Trata-se de prejuízos concretos, quantificáveis, de natureza material, que afetam a saúde financeira das empresas e a subsistência das pessoas. Este cenário resgata a relevância dos danos materiais para o estudo e para a aplicação da teoria geral da responsabilidade civil.

O presente estudo tem por objeto a perquirição acerca da responsabilidade civil por danos materiais no âmbito da pandemia da Covid-19. O método de investigação adotado para a elaboração deste artigo é o teórico, no plano dogmático, consistente no levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre o tema abordado, com vista à fixação de parâmetros que possam orientar a aplicação aos casos práticos.

## 2 IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE OS BENS MATERIAIS DAS PESSOAS E DAS EMPRESAS

O direito moderno, que emerge no bojo das transformações sociais que desaguaram na Revolução Francesa, é tido como patrimonialista, na medida em que visa à proteção do patrimônio e da propriedade privada. Neste ambiente, não há preocupação com a tutela da pessoa em si nem qualquer aparato jurídico que cuide de danos à personalidade. A noção de dignidade humana é uma construção do direito contemporâneo, particularmente no pós-guerra, a fim de dar respostas jurídicas às violações que incidem diretamente sobre a pessoa.<sup>1</sup> A partir da inscrição da dignidade humana nas constituições dos Estados, aliada à formulação de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos e garantias individuais, operou-se a denominada despatrimonialização ou repersonalização do direito, de modo que os institutos jurídicos devem ser interpretados à luz deste vetor de tutela da pessoa humana.<sup>2</sup>

Uma das consequências dessa transformação é a possibilidade de reparação de

---

1 A respeito da dignidade da pessoa humana enquanto norte constitucional e elemento fundante do dever de indenizar, consulte-se: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 157-224.

2 Sobre a centralidade da pessoa humana e a repersonalização do direito contemporâneo, confira-se PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33-34; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78;216. Sobre a constitucionalização do direito privado, consulte-se MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006. Em uma perspectiva latino-americana, confira-se: ARIAS CÁU, Esteban Javier; LEONARDO NIETO, Matías. La constitucionalización del derecho privado argentino en el moderno derecho de daños. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 195-209. *E-book*.

danos por violações contra a pessoa e sua dignidade, os quais são destituídos de conteúdo econômico imediato. Estes danos são denominados morais ou extrapatrimoniais, em seu primeiro momento, porque atingem a esfera afetiva das pessoas, produzindo dor e sofrimento, que, a rigor, não possuem valor econômico. Ultimamente, tem-se dispensado a comprovação de dor e sofrimento para a caracterização do dano moral, bastando apreciar objetivamente a lesão a algum dos direitos da personalidade.

Fato é que, em razão de sua complexidade e de suas múltiplas possibilidades de desdobramentos, os danos morais ou extrapatrimoniais têm exigido maior atenção e alcançado maior desenvolvimento por parte dos teóricos da responsabilidade civil. A seu turno, os danos materiais têm exigido menor atenção por parte da doutrina e da jurisprudência, pois se trata apenas de proceder à sua demonstração e quantificação exata para exigir a respectiva reparação.<sup>3</sup>

O advento da pandemia da Covid-19 parece despertar a relevância dos danos materiais, não porque se deva esquecer ou deixar de lado a tutela da pessoa humana, mas porque os efeitos mais sensíveis da pandemia repercutem de maneira mais direta e incisiva sobre o direito de propriedade, sobre os contratos e sobre os negócios, que são dimensões da vida humana mais relacionadas aos bens e interesses materiais.

Um dos primeiros efeitos da pandemia foi a orientação emanada das autoridades sanitárias de isolamento e distanciamento social, que de imediato ocasionou drástica redução da circulação de pessoas, com impacto direto sobre as atividades comerciais.<sup>4</sup> Na esteira deste fenômeno, foi aprovada em tempo recorde a Lei 13.979, de 06/02/2020, que trata das medidas de enfrentamento da pandemia. Foram também editadas as Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020, esta última convertida na Lei 14.020/2020, que tornaram possível a flexibilização dos contratos de trabalho, de modo a minimizar o impacto da pandemia sobre a saúde financeira das empresas. Na mesma senda, foi apresentado o Projeto 1.179/2020, recentemente convertido na Lei 14.010/2020, que institui o Regime Jurídico Emergencial e Transitório – RJET, em matérias de Direito Privado. Houve a liberação de auxílio emergencial para pessoas em situação de especial vulnerabilidade, como trabalhadores autônomos e vendedores ambulantes, que tiveram sua situação agravada em razão da pandemia.<sup>5</sup> Houve também a liberação de linhas de crédito bancário para as empresas, a fim de enfrentarem as dificuldades financeiras relacionadas com a queda da atividade econômica.<sup>6</sup>

Fato é que, apesar de todas as medidas adotadas pelos governos federal, estaduais e municipais para minimizar os efeitos da pandemia, houve sensível redução da atividade

3 O art. 944, parágrafo único, do Código Civil é impositivo no que diz respeito aos danos materiais. Ao mesmo tempo em que consagra o princípio da reparação integral, impõe também um limite ao dever de indenizar. O dano material deve ter reparação na exata medida de sua extensão: nem mais, nem menos.

4 No dia 30/01/2020, a Organização Mundial de Saúde – OMS expediu alerta declarando que a Covid-19 caracteriza estado de emergência de saúde pública de importância internacional. No dia 11/03/2020, reconheceu a Covid-19 como pandemia. (FOLHA informativa sobre COVID-19. OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 20 ago. 2020; PAIVA, Deslange. Da descoberta de uma nova doença até a pandemia: a evolução da Covid-19 registrada nos tuitos da OMS. *G1*. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/03/da-descoberta-de-uma-nova-doenca-ate-a-pandemia-a-evolucao-da-covid-19-registrada-nos-tuitos-da-oms.ghtml>. Acesso em: 22 ago. 2020.) No Brasil, o Ministério da Saúde editou a Portaria MS 188, de 04/02/2020, com declaração de estado de emergência em saúde pública de importância nacional.

5 Lei 13.982, de 02/04/2020 e Lei 13.998, de 14/05/2020.

6 Os países membros da União Europeia injetaram em torno de 2 trilhões de euros para apoiar as empresas no enfrentamento da pandemia. No Brasil, o Banco Central dispensou os bancos de manter o depósito compulsório como forma de garantir maior liquidez e possibilitar a liberação de empréstimos às empresas. (ALEMANHA abre crédito ilimitado para ajudar empresas a enfrentar coronavírus. *Valor Econômico*. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/03/13/alemanha-abre-credito-ilimitado-para-ajudar-empresas-a-enfrentar-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2020; APOIO maciço da Alemanha a suas empresas provoca mal-estar na EU. *Estado de Minas*. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/05/12/interna\\_internacional,1146521/apoio-macico-da-alemanha-a-suas-empresas-provoca-mal-estar-na-ue.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/05/12/interna_internacional,1146521/apoio-macico-da-alemanha-a-suas-empresas-provoca-mal-estar-na-ue.shtml). Acesso em: 20 ago. 2020; VEJA medidas políticas e econômicas de países em resposta à pandemia. *Agência Brasil*. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/veja-medidas-politicas-e-economicas-de-paises-em-resposta-pandemia>. Acesso em: 19 ago. 2020.)

econômica, cujos desdobramentos ainda estão no porvir. É provável que muitas empresas não sobrevivam à crise sanitária, que se soma à crise econômica já crônica em nosso país e aos sobressaltos políticos que geram ainda mais incerteza e insegurança.<sup>7</sup>

A redução da atividade econômica produz o denominado efeito em cascata, pois o comerciante que tem sua atividade prejudicada pela pandemia é obrigado a rescindir ou suspender os contratos de trabalho de seus colaboradores, bem como a rever e reduzir seus custos com aluguel e insumos, eventualmente deixando de pagar ou postergando o pagamento aos fornecedores. Os colaboradores desempregados reduzem seus gastos pessoais, prejudicando outras atividades comerciais, assim como os locadores perdem renda e deixam de cumprir seus compromissos, do mesmo modo que os fornecedores são obrigados a promover demissões e reinicia-se o ciclo.<sup>8</sup>

Bem se vê que praticamente todos os atores das atividades econômicas são prejudicados pelo advento da pandemia e que seus prejuízos são de natureza eminentemente patrimonial, mesmo porque, diante de uma situação de pandemia e da gravidade dos prejuízos materiais, parece que os danos extrapatrimoniais são deixados de lado. A questão é saber em que medida esses prejuízos podem se converter em danos indenizáveis e, considerando que todos os agentes econômicos estão sujeitos aos efeitos da pandemia, quais as condições para que seja imposto o dever de indenizar.

### 3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema dos elementos da responsabilidade civil encontra variação, a depender da distinção entre as teorias subjetiva e objetiva e também da ênfase que se atribui ao dano ou ao ato ilícito como ponto de partida para o sistema de responsabilidade.<sup>9</sup>

Em sua origem mais ancestral, a responsabilidade civil figura ao lado da responsabilidade penal, como uma das consequências do ato ilícito. Ao desvencilhar-se da responsabilidade penal, no bojo das transformações que resultaram na promulgação do *Code Napoléon*, a responsabilidade civil subjetiva tem como base a noção de ato ilícito, isto é, de ato contrário ao direito, que tem como consequência o dever de indenizar.<sup>10</sup> Sob esta perspectiva, a doutrina aponta a conduta, a culpa, a ilicitude, o nexo de causalidade e o dano como elementos da responsabilidade civil.<sup>11</sup>

7 CAMPOS JÚNIOR, Geraldo. Ponto a ponto: os impactos da pandemia na economia e no seu bolso. *A Gazeta*. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/ponto-a-ponto-os-impactos-da-pandemia-na-economia-e-no-seu-bolso-0620>. Acesso em: 17 set. 2020.

8 CAMPOS JÚNIOR, Geraldo. Ponto a ponto: os impactos da pandemia na economia e no seu bolso. *A Gazeta*. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/ponto-a-ponto-os-impactos-da-pandemia-na-economia-e-no-seu-bolso-0620>. Acesso em: 17 set. 2020.

9 Agostinho Alvim ensina que “A culpa é ou não elemento do dano indenizável, conforme o fundamento que se dê à responsabilidade. [...] A responsabilidade civil, em face da teoria clássica, pressupunha a culpa. [...] Ultimamente, depois que a teoria do risco se difundiu, a culpa deixou de ser fundamento da responsabilidade” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p.259-260). Entre os autores contemporâneos, consulte: TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*. São Paulo: GEN, 2018, p. 225 e seguintes.

10 Caio Mário escreve que “Na teoria da responsabilidade subjetiva, o que sobressai no foco das considerações e dos conceitos é a figura do ato ilícito, como ente dotado de características próprias e identificado na sua estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 34).

11 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4: Responsabilidade civil. p. 13-14. De acordo com Antunes Varela, a responsabilidade civil pressupõe: a) o facto; b) a ilicitude; c) a imputação do facto ao lesante; d) o dano; e) um nexo de causalidade entre o facto e o dano (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, v. I. p. 526). Entre os doutrinadores argentinos, López Mesa assim escreve: “Por nuestra parte consideramos que son cuatro los presupuestos de la responsabilidad civil [...]. a) Existencia y acreditación de un daño causado. b) Antijuridicidad de ese daño producido por una acción u omisión ilícita. c) Existencia de un factor de atribución de responsabilidad. d) Un nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado” (MESA, Marcelo J. López. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 68). No mesmo sentido, María Josefina Tavano: “Cuatro son los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil en el Código Civil argentino: antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño” (TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fé: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 183).

No entanto, é inescindível a tendência à objetivação da responsabilidade civil, mesmo no bojo da teoria subjetiva, o que conduz a uma redução dos elementos subjetivos (agente, conduta, culpa e ilicitude) a apenas um elemento, a conduta culposa. Isto porque o agente é pressuposto da conduta; e a culpa é elemento qualificativo, sem o qual a conduta seria irrelevante para fins de responsabilidade civil.<sup>12</sup>

Quando se tem em perspectiva a teoria objetiva, os elementos da responsabilidade civil são reduzidos à conduta ou atividade, ao dano e ao nexo de causalidade entre o dano e a conduta ou atividade, dispensando-se a comprovação da culpa.<sup>13</sup> Não bastasse, embora parte da doutrina faça menção à antijuridicidade da conduta ou atividade entre os elementos da responsabilidade civil objetiva,<sup>14</sup> é certo que em muitos casos os danos são decorrentes de atividades perfeitamente lícitas, tanto que as cláusulas gerais de responsabilidade civil presentes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor não fazem menção à antijuridicidade (CC, art. 927, parágrafo único; CDC, art. 14, § 1º).<sup>15</sup>

Em virtude dos mais recentes desenvolvimentos da teoria geral da responsabilidade civil, tendo em vista a primazia da tutela da pessoa pela ordem jurídica, observa-se uma inversão na ordem desses elementos. No sistema de responsabilidade civil baseado na teoria subjetiva o ponto de partida é o ato ilícito, caracterizado por uma conduta culposa que contraria a ordem jurídica e produz dano. Dessarte, os elementos da responsabilidade civil são apresentados na seguinte ordem: o agente, a conduta, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.<sup>16</sup>

No sistema de responsabilidade civil objetiva, que se encaminha para a formulação de uma teoria do direito de danos, o ponto de partida é o dano, a partir do qual se torna possível indagar sobre o nexo de causalidade e a imputabilidade. Neste modelo, os elementos da responsabilidade civil são apresentados na seguinte ordem: o dano, o nexo de causalidade com a atividade, a imputabilidade.<sup>17</sup>

Em resumo, pode-se afirmar que são elementos comuns à responsabilidade civil objetiva e subjetiva a conduta ou atividade, o dano e o nexo de causalidade entre estes dois elementos. Para a teoria subjetiva, exige-se a conduta culposa, ao passo que a teoria objetiva dispensa prova da culpa e da antijuridicidade da conduta ou atividade. Em todo caso, o dano é o elemento central do sistema de responsabilidade civil, a partir do qual se desencadeiam

---

12 A respeito desta síntese, Sergio Cavalieri Filho escreve que “A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 37).

13 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.179.

14 Sergio Cavalieri Filho disserta que “Importa, isso, admitir que também na responsabilidade civil objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade civil independentemente de culpa” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.179.)

15 “Na expressão ‘atividade normalmente desenvolvida pelo agente’, a norma já afasta qualquer discussão sobre a anormalidade do ato danoso, posto evidenciar que se trata de atividade lícita, adequada à ordem econômica e social, que inclusive pode ser fonte de inegáveis ganhos para toda a coletividade. Daí que o dispositivo em comento não só rechaça a avaliação sobre uma possível falha de comportamento do autor do fato (fator anímico da culpa), como também abdica do pressuposto do fato ilícito – cerne da teoria subjetiva –, conforme se extrai do *caput* do artigo 927 do Código Civil [...] Porém, na cláusula geral do risco o Código Civil parte da premissa de que mesmo uma atividade lícita e regularmente exercitada pode ser fonte de danos injustos, sendo suficiente o liame causal entre o risco inerente ao seu desenvolvimento e as lesões sofridas pela vítima” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3: Responsabilidade civil. p. 434).

16 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4: Responsabilidade civil. p. 13-14; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, v. I. p. 526.

17 MESA, Marcelo J. López. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 2012, p.68;71-73.



os deveres de prevenção/precaução e de reparação.<sup>18</sup>

#### 4 NOÇÃO DE DANO

Na dogmática contemporânea da responsabilidade civil, o ponto de partida para a configuração de dever de reparar é a verificação de um dano efetivo ou potencial. Se, em outros tempos, o ponto de partida era a prática de um ato ilícito a ser coibido pelo sistema de responsabilidade, hoje se pensa antes de mais nada na configuração do dano, sem o qual não é possível cogitar de qualquer reparação.<sup>19</sup>

Dano é fenômeno que, por definição, acontece no mundo dos fatos e afeta negativamente a esfera de interesses da vítima. Por vezes, a conduta ou atividade danosa atinge um bem patrimonial; outras vezes, atinge diretamente a pessoa em sua existência e circunstancialidade. Não raro, a conduta ou atividade danosa atinge aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais simultaneamente. De todo modo, tanto a lesão aos bens patrimoniais quanto aos interesses extrapatrimoniais da vítima produz consequências que podem ser de natureza moral ou material.

O dano pode ser percebido como perda ou prejuízo sofrido pela vítima<sup>20</sup> ou como lesão a um bem ou interesse jurídico.<sup>21</sup> O melhor entendimento, porém, é aquele que compreende o dano como lesão e prejuízo, isto é, a agressão a um bem ou interesse juridicamente tutelado que ocasione prejuízo para a vítima.<sup>22</sup> Isto porque a lesão a um bem jurídico por si só não constitui dano se não houver prejuízo para alguém, assim como o prejuízo dissociado de uma lesão não pode ser compreendido como dano.<sup>23</sup> Neste sentido, o dano se define como

18 “La razón de ser de la responsabilidad civil ya no es el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien lo soporta. El fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose de tal modo el daño en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en eje alrededor del cual girará aquel, siendo esencial su presencia y su falta de justificación – como veremos más adelante – para que proceda la reparación del perjuicio. [...] Es el daño que origina la obligación de responder en quien lo causa” (CALVO COSTA, Carlos Alberto. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 51). Ver também: GHERBI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2003. *passim*, particularmente a introdução, p. 1-13; LORENZETTI, Ricardo Luis. Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI. In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coord.). *Responsa iurisperitorum digesta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2000. v. 4. p. 7; MESA, Marcelo J. López. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 2012, p.27.

19 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. II, p. 310: “O dano é, dos elementos necessários da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é um verdadeiro truismo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”. Também Agostinho Alvim sentença: “Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p.197). No mesmo sentido, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, v. I. p. 597; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.44; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.92-93; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva: 2005, v. 7: Responsabilidade civil. p. 63-64; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3: Responsabilidade civil. p.201; MESA, Marcelo J. López. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 2012, p.71-72.

20 Consta da obra de Pontes de Miranda que “dano é a perda, dano é o prejuízo sofrido” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. XXVI. p. 23). Também Antônio Jeová Santos escreve que “Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano” (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 81).

21 Carlos Alberto Bittar ensina que “Dano é, nesse contexto, qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo direito, incluindo, pois, o de caráter moral” (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p.18). Também Guido Alpa sustenta que “Danno, nell’accezione dell’art. 2043, è il danno ingiusto, cioè la lesione di un interesse protetto. La semplice lesione comporta risarcimento. Ciò perché l’ingiustizia è riferita al danno, non al fatto o a la condotta” (ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999, v. IV: La responsabilità civile. p. 100).

22 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. II, p.313.

BUERES, Alberto J. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 483; ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 1; CALVO COSTA, Carlos Alberto. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.61-97, particularmente, p. 94; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, v. I. p. 597; ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999, v. IV: La responsabilità civile. p.608.

23 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva: 2005, v. 7: Responsabilidade civil. p.67-68; CALVO COSTA, Carlos Alberto. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.72;80.



fenômeno translativo que se passa entre a lesão a um bem ou interesse jurídico e o prejuízo sentido pela vítima.<sup>24</sup>

É possível perceber que nem todo prejuízo constitui dano suscetível de reparação. Com efeito, a noção de prejuízo é mais ampla que a de dano porque envolve toda e qualquer perda patrimonial ou extrapatrimonial sentida pela pessoa, como aquelas que resultam de um negócio mal feito, de uma viagem mal empreendida ou de um fracasso amoroso, as quais decorrem de fortuito ou da vontade da própria pessoa.<sup>25</sup> Também o cumprimento de obrigações legais e contratuais são perdas que a pessoa está obrigada a suportar em virtude da lei ou do contrato.<sup>26</sup>

O dano, para fins de caracterização do dever de indenizar, é um prejuízo qualificado porque decorre necessariamente da conduta ou atividade de outra pessoa e porque a vítima não está obrigada a suportá-lo por força de lei nem em razão de contrato. Neste sentido, podemos dizer que o dano é um prejuízo injusto e heterônomo: injusto porque a vítima não está obrigada a suportá-lo; heterônomo porque decorre da conduta ou atividade de outra pessoa.<sup>27</sup>

Os danos materiais se enquadram perfeitamente na noção de dano-prejuízo, uma vez que são objetivamente quantificáveis. Assim, a aferição do dano material se obtém mediante verificação quantitativa da baixa patrimonial sofrida pela vítima.<sup>28</sup> De sua vez, os danos morais ou extrapatrimoniais em sentido estrito estão mais próximos daquele primeiro conceito de dano-lesão, visto que não produzem diminuição sobre o patrimônio da vítima, mas afetam alguma esfera de interesse de sua personalidade. Pode-se mesmo sustentar que para aferição dos danos morais observa-se mais a lesão perpetrada pelo agente, ao passo que para apuração dos danos materiais lança-se o olhar sobre o prejuízo material efetivamente sentido pela vítima.

## **5 DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS: DICOTOMIA SEDIMENTADA**

Não há dúvidas de que a classificação mais importante ainda é aquela que distingue entre danos materiais ou patrimoniais e danos morais ou extrapatrimoniais. São danos patrimoniais aqueles que decorrem de violações de interesses diretamente suscetíveis de avaliação em dinheiro. São danos morais ou extrapatrimoniais os que traduzem violações a quaisquer interesses não suscetíveis de avaliação pecuniária.<sup>29</sup>

Por vezes, os danos morais e materiais se fazem presentes simultaneamente por conta de um mesmo fato jurídico, o que pode tornar dificultosa a tarefa de categorizá-los. Por exemplo, a perda ou destruição de uma joia produz prejuízo material, mas pode alcançar aspectos morais relacionados com o valor afetivo daquele objeto para a vítima. Ao contrário, a vítima que se torna paraplégica sofre um dano moral relacionado com sua condição física e emocional, mas também sente abalo financeiro pela perda da capacidade de trabalho.

---

24 Agostinho Alvim ensina que o dano em sentido amplo é a lesão a qualquer bem jurídico, que inclui o dano moral, enquanto dano em sentido estrito é a lesão ao patrimônio, que é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p.187).

25 É Aguiar Dias quem afirma que a lesão causada pelo próprio indivíduo constitui dano em sentido vulgar, que não interessa para o direito (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 313).

26 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, v.I. p. 553-562.

27 Síntese conceitual alcançada por ocasião das pesquisas para a tese de doutorado *Responsabilidade civil por dano enorme*, defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2017 e em seguida publicada pela Editora Juruá (SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Curitiba: Juruá Editora; Porto: Juruá Editorial, 2018, p. 124-126).

28 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.94.

29 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 566.

Nesses casos, o ideal é verificar, não o bem jurídico imediatamente afetado, mas os efeitos produzidos para a vítima, conforme explica Maria Helena Diniz:

Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito da personalidade ou extrapatrimonial, como, p. ex., direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para trabalho, despesas com tratamento. O direito à integridade corporal, que é um direito da personalidade, pode sofrer um prejuízo patrimonial, caso em que a lesão ao interesse patrimonial será representada pelas despesas (dano emergente) com o tratamento da vítima e pela sua incapacidade de trabalho (lucro cessante), e um prejuízo extrapatrimonial, hipótese em que se terá uma lesão ao interesse à incolumidade física que esse direito pressupõe e que sofreu, p. ex., um menoscabo em razão de dano estético que pode provocar complexos provenientes das deformações. Igualmente, se a injúria feita a alguém em artigo de jornal provocar, p. ex., queda de seu crédito, alterando seus negócios, levando-o à ruína, ter-se-á dano moral e dano patrimonial indireto, pois ocorre, além do dano ao amor-próprio, uma sensível diminuição de sua renda. Logo, nada obsta a coexistência de ambos os interesses como pressupostos de um mesmo direito, portanto o dano poderá lesar interesse patrimonial ou extrapatrimonial. Deveras, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material. Realmente, poderá até mesmo suceder que, da violação de determinado direito, resultem ao mesmo tempo lesões de natureza moral e patrimonial. Eis por que o dano moral suscita o problema de sua identificação, uma vez que, em regra, se entrelaça a um prejuízo material, decorrente do mesmo evento lesivo. O dano moral é, na verdade, lesão ao direito da personalidade. Deveras, “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento” (Enunciado n. 445 da V Jornada de Direito Civil)<sup>30</sup>.

Em sentido análogo, Fernando Noronha explica que o dano patrimonial é assim chamado porque incide diretamente sobre o patrimônio da vítima, entendido como o complexo de direitos e obrigações suscetíveis de apreciação econômica imediata.<sup>31</sup> Por seu turno, os danos extrapatrimoniais ou danos morais em sentido amplo atingem interesses não suscetíveis de apreciação econômica imediata. No entanto, esse autor esclarece que os danos extrapatrimoniais podem produzir prejuízos morais e materiais, exemplificando com a hipótese do comerciante ofendido em sua reputação e da pessoa que se torna paraplégica em razão de um acidente. Nos dois casos, os bens jurídicos atingidos pela lesão são extrapatrimoniais, mas os prejuízos experimentados pelas vítimas são materiais.<sup>32</sup>

Sob o prisma da distinção formulada por Antonio Junqueira de Azevedo entre dano-

---

30 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 7: Responsabilidade civil, p.108.

31 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 566.

32 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 568.

evento e dano-prejuízo,<sup>33</sup> percebe-se que o dano material aproxima-se da noção de dano-prejuízo, uma vez que pode ser aferido mediante apreciação quantitativa da perda patrimonial. Por seu turno, o dano moral ou extrapatrimonial se aproxima do dano enquanto lesão a um interesse juridicamente tutelado, visto que não traduz prejuízo material imediato para a vítima.<sup>34</sup>

A distinção entre danos morais e materiais se torna mais evidente quando se analisam as consequências sofridas pela vítima. No caso de danos materiais, as consequências são concretas, perceptíveis e mensuráveis, tanto que a lei condiciona a reparação à comprovação de sua existência e extensão (CC, art. 944, *caput*). A seu turno, os danos morais não comportam mensuração objetiva, de sorte que a reparação é sempre compensatória e equitativa. Não sem razão, os danos materiais são definidos como perda patrimonial, cujo valor é objetivamente mensurável, ao passo que os danos morais, que antes se identificavam pela dor e sofrimento sentidos pela vítima, hodiernamente se definem como ofensa a algum dos direitos da personalidade, cujo valor é estabelecido por equidade.<sup>35</sup>

## 6 OS DANOS MATERIAIS: DANOS EMERGENTES, LUCROS CESSANTES E PERDA DE UMA CHANCE

Nas palavras de Clóvis Bevilacqua, o dano “é material, quando causa diminuição no patrimônio, ou offende interesse econômico”. Assim, se alguém é titular de um patrimônio que vem a ser atingido de alguma maneira, trata-se de dano material.<sup>36</sup>

Ocorre que, além da titularidade dos bens presentes, as pessoas têm legítima expectativa de realização de patrimônio em momento futuro. Não se trata de expectativa de direito, mas de legítima expectativa de realização patrimonial projetada no futuro com base em posições assumidas e em decisões tomadas no presente. Por isso, é perfeitamente possível a configuração de dano material sobre bens de titularidade da pessoa no presente, assim como é possível identificar a perda patrimonial sobre bens projetados no futuro, inviabilizando a concretização da expectativa de lucro ou de vantagem por causa de um evento provocado por outrem. No primeiro caso, temos a hipótese de danos emergentes; no segundo, trata-se de lucros cessantes.

Isso está normatizado no artigo 402 do Código Civil, sob a rubrica das perdas e danos: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Quando a lei diz aquilo que efetivamente foi perdido, ela se refere a danos emergentes. Quando diz aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar, fala em lucros cessantes.

Os danos emergentes são de mais fácil configuração porque *emergem* diretamente do fato danoso.<sup>37</sup> O exemplo típico é o do abaloamento de um veículo, que produz prejuízo

33 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-como-sistemacomplexo-e-de-segunda-ordem/>. Acesso em: 8 set. 2016. Ver também, em sentido análogo: CALVO COSTA, Carlos Alberto. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.78-82.

34 “Desde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio” (ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982, p.1). Ver também: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.94; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 568-569).

35 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p.568-569. Sobre a natureza do dano moral, confirmam-se: BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p.57-65; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.105-109; SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.101-105.

36 BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (CC/16), comentado por Clóvis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Rio, 1970, v. IV, p. 662.

37 Segundo Sergio Cavalieri Filho, “O dano emergente importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito [...] A mensuração do dano emergente importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.94). Ver também: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 652.

imediatamente para o dono, consistente na destruição total ou parcial do bem, para cuja restauração despenderá determinada quantia. Podemos citar também um escândalo de corrupção envolvendo uma sociedade anônima, que faz cair o valor das ações na bolsa de valores, com prejuízo imediato para os acionistas. No cenário da pandemia da Covid-19, a determinação do fechamento de inúmeras atividades comerciais traz prejuízo imediato para os consumidores que adquiriram e pagaram por produtos e serviços dos quais não podem usufruir.

Os lucros cessantes apresentam maior dificuldade de delimitação porque dizem respeito a evento projetado no futuro, no campo das probabilidades.<sup>38</sup> No exemplo citado acima, do veículo acidentado, pode ser que o motorista seja motorista de táxi, que utilize o veículo para trabalhar. Neste caso, além do dano que emerge imediatamente do acidente, com a perda total ou parcial do veículo, há frustração de sua expectativa de ganho futuro, expectativa esta que se reveste de razoabilidade, uma vez que, se não ocorresse o acidente, a vítima provavelmente teria um ganho com a exploração do veículo. No ambiente da pandemia da Covid-19, a determinação de fechamento do comércio acarreta perda de receita razoavelmente esperada pelos empresários, que se enquadra perfeitamente na categoria de lucros cessantes.

Uma terceira espécie de dano material tem se desenhado na contemporaneidade, sob a rubrica de perda de uma chance, que consiste na perda da oportunidade de obter vantagem ou de impedir prejuízo futuro.<sup>39</sup> Trata-se de modalidade que muito se assemelha com os lucros cessantes, uma vez que consiste em prejuízo que se projeta no futuro da vítima como probabilidade de realização de lucro ou de vantagem. Difere, porém, dos lucros cessantes porque, nestes, a vítima possui expectativa de realização de um resultado já projetado no momento em que ocorre o evento danoso, ao passo que na perda de uma chance a vítima perde a oportunidade de assumir uma posição que provavelmente a levaria a um lucro ou vantagem. Tomando como exemplo o caso do veículo acidentado, há lucro cessante se a vítima trabalha com o veículo e o evento danoso a impede de exercer seu trabalho e obter o rendimento já projetado; há perda de uma chance se o acidente ocorre no momento em que a vítima se dirige com seu veículo até o local onde prestaria um concurso, perdendo a oportunidade de concorrer a um cargo público.<sup>40</sup>

Por último, anote-se que a perda de uma chance só pode ser enquadrada como modalidade de dano patrimonial, visto que se trata de resultado material projetado para o futuro, embora o mesmo fato danoso possa produzir dano moral. No exemplo do veículo acidentado, pode ocorrer perda de uma chance se a vítima for um advogado que, em razão do acidente, perca o prazo para interpor um recurso ou contestar uma ação. Além deste prejuízo, que é de natureza material, o mesmo fato pode abalar a reputação do advogado, produzindo dano de natureza moral. Disso resulta que a perda de uma chance produz sempre dano de natureza patrimonial, não se podendo confundir a natureza deste dano material com outras consequências oriundas do mesmo fato, que atingem os direitos da

---

38 Segundo Sergio Cavalieri Filho, “Consiste o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.95). Ver também: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 652.

39 Segundo Sergio Cavalieri Filho, “Caracteriza-se a perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.98). Ver também: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p.671; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3: Responsabilidade civil. p.230.

40 A respeito da comparação da perda de uma chance com os danos emergentes e com os lucros cessantes, confira-se: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3: Responsabilidade civil. p.239-240.

personalidade da vítima.<sup>41</sup>

Em síntese, os danos materiais ou patrimoniais podem ser definidos como aqueles dotados de materialidade, cuja extensão pode ser objetivamente aferida e cujo valor pode ser diretamente traduzido em dinheiro. Os danos materiais se identificam mais diretamente com a noção de prejuízo porque sua verificação se aprecia mediante análise das consequências sentidas concretamente pela vítima. Diante do evento danoso, a vítima sofre prejuízo imediato, consistente na perda ou destruição do bem material, bem como pode sofrer frustração da expectativa razoável de prejuízos futuros. No primeiro caso, temos danos emergentes, que emergem diretamente do evento danoso; no segundo, temos lucros cessantes, que são prejuízos projetados no futuro; e a perda de uma chance, que consiste na perda da oportunidade de assumir uma posição que provavelmente a levaria a um lucro ou vantagem.

## **7 OS DANOS MATERIAIS NA PANDEMIA DA COVID-19**

Conforme foi explicitado na introdução deste trabalho, a pandemia da Covid-19 não pode ser considerada um dano atribuível à conduta ou à atividade de determinada pessoa ou entidade para fins de indenização. Neste sentido, não é dano indenizável porque lhe falta a causalidade. Em todo caso, a pandemia constitui cenário para a prática de ações e para a tomada de decisões que afetam a vida das pessoas e podem produzir danos.

É importante perceber que as condutas e atividades podem gerar danos patrimoniais e extrapatrimoniais, conforme a natureza dos bens jurídicos atingidos. Nos últimos tempos, tendo em vista a despatrimonialização ou repersonalização do direito privado, com o que se prestigia a tutela da pessoa, tem-se dado maior relevo aos danos extrapatrimoniais, que atingem a pessoa pela via dos direitos da personalidade, restando em segundo plano as preocupações relacionadas com a reparação dos danos patrimoniais. Isto se deve também, em grande parte, ao fato de os danos patrimoniais ou materiais apresentarem menor complexidade dogmática, visto que sua dimensão se extrai da simples mensuração do patrimônio da vítima. A seu turno, os danos extrapatrimoniais apresentam maior dificuldade de configuração e de aferição, em razão das várias dimensões da personalidade que podem ser atingidas e da impossibilidade de quantificação objetiva.

Ao que tudo indica, o advento da pandemia recoloca os danos patrimoniais no centro das preocupações, uma vez que os efeitos mais visíveis e imediatos são de natureza material. De fato, entre as medidas mais impactantes de enfrentamento à pandemia, destacam-se a orientação de isolamento e distanciamento social e a proibição do funcionamento das atividades consideradas não essenciais. Estas medidas governamentais, em seu conjunto, ocasionaram drástica redução da circulação de pessoas e, por conseguinte, redução das atividades comerciais.

Muitas pessoas, principalmente os trabalhadores autônomos, perderam suas ocupações e muitas empresas tiveram que encerrar as atividades, ambos deixando de honrar os compromissos como o pagamento de aluguel e de fornecedores.

Um dos problemas frequentes é que a proibição de atividades não essenciais enseja

---

41 Por isso, é justificada a crítica ao Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, pois “A perda de uma chance será invariavelmente dano patrimonial, pois o dano extrapatrimonial, se houver, será representado pela ofensa a qualquer outro bem jurídico que traduza um *plus* à privação da propriedade de um bem por dano injusto” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, *Felipe Peixoto*. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3: Responsabilidade civil. p.239). Ilustrativamente, transcreve-se o teor do Enunciado 444, acima referido: “A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.



pedidos de redução dos valores dos aluguéis, principalmente por lojas estabelecidas em *shopping centers*. A título exemplificativo, citem-se decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que concedem liminares para suspensão do pagamento de aluguel por lojas instaladas em *shoppings*:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE LOCAÇÃO DE LOJA EM *SHOPPING CENTER*. Decisão agravada que concedeu à locatária a isenção temporária dos aluguéis e demais encargos locatícios, enquanto perdurar a interdição do *shopping center* determinada pelo Governo Estadual. Plausibilidade da alegação de onerosidade excessiva. Presença dos elementos autorizadores a que alude o artigo 300 do Código de Processo Civil. Teoria da imprevisão. Fato público e notório que o mundo e, especificamente, o país, passam por uma pandemia decorrente do novo coronavírus (COVID-19), tendo sido tomadas várias medidas governamentais a fim de garantir o isolamento social e evitar a propagação do vírus, entre elas o fechamento de inúmeros estabelecimentos comerciais considerados “serviços não essenciais”. Agravada que vem suportando os efeitos financeiros da impossibilidade de exercer, plenamente, sua atividade econômica. Plausibilidade da isenção temporária, até a reabertura do estabelecimento, dos valores devidos a título de aluguel e fundo de promoção, excetuando-se os encargos condominiais, posto que independentes do faturamento da autora, bem como voltados ao próprio custeio do empreendimento. Decisão parcialmente reformada. RECURSO PROVIDO EM PARTE (TJSP, 32ª Câmara. Dir. Privado, Agravo de Instrumento 2118168-29.2020.8.26.0000, Piracicaba, rel. Des. LUIS FERNANDO NISHI, j. 15/07/2020, v.u.).

Ementa: Locação comercial. Loja em “shopping center”. Pandemia por COVID19. Tutela de urgência deferida para dispensar a locatária do pagamento do aluguel e fundo de promoção e propaganda “vigente a partir do mês de maio de 2020”. Suspensão das atividades iniciada em abril (Decreto estadual n. 64.881/2020 e Decretos municipais ns. 59.285/2020 e 59.298/2020), a afetar, por isso, o locativo do próprio mês, a vencer em maio. Rateio nas despesas condominiais devido, já que sem relação com o faturamento, sendo imprescindível à manutenção do local onde o locatário estabeleceu seu ponto comercial. Recurso parcialmente provido (TJSP, 36ª Câmara. Dir. Privado, Agravo de Instrumento 2097570-54.2020.8.26.0000, Rel. Des. ARANTES THEODORO, j. 20/05/2020, v.u.).

Em ambos os casos, o Tribunal de Justiça entendeu que a suspensão do funcionamento das atividades não essenciais, em virtude do advento da pandemia, ocasionou prejuízo para os lojistas em molde a autorizar a redução do valor do aluguel. Devemos lembrar que este mesmo fato da pandemia autoriza a revisão de contratos dos comerciantes com seus fornecedores e a suspensão dos contratos de trabalho com seus colaboradores, em uma espécie de efeito cascata. Todos estes atores são acometidos por prejuízos de natureza estritamente material, porque relacionados com a perda de investimentos realizados e com a redução dos ganhos razoavelmente projetados para o futuro.

Até este momento, há diversas ações mandamentais contra o Estado e contra vários Municípios, nas quais os impetrantes questionam a necessidade das medidas de isolamento social e de fechamento do comércio. No entanto, já se cogita a possibilidade de demandar o poder público por danos morais e materiais decorrentes da pandemia.<sup>42</sup> É bem verdade

---

42 CUNHA, Joana. Bares processam governos por dano moral na pandemia. *Folha de São Paulo*. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2020/06/bares-processam-governos-por-dano-moral-na-pandemia.shtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

que o fato da pandemia constitui justificativa suficiente para as medidas adotadas pelo poder público, mas podem ocorrer equívocos, exageros ou abusos por parte do poder estatal, a ensejar responsabilidade civil por perdas e danos.

Além disso, em outros países há uma verdadeira batalha entre as empresas e as companhias seguradoras pela cobertura dos prejuízos decorrentes da pandemia. No nosso país, a discussão é mais restrita porque, como regra, os contratos de seguro não cobrem danos relacionados com pandemias.<sup>43</sup>

Em todo caso, seja em face do poder público seja contra as companhias de seguro, a discussão a respeito dos danos decorrentes da pandemia se refere aos prejuízos de natureza material, efetivamente experimentados pelas empresas.

No plano do direito do consumidor, a pandemia também se tornou palco para a prática de abusos por parte dos fornecedores de produtos e serviços, com graves prejuízos para os consumidores. Em breve pesquisa no *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que a maior parte dos problemas relacionados com a pandemia da Covid-19 diz respeito ao atraso ou cancelamento de voos, dos quais resultam prejuízos materiais relacionados com o valor da passagem e com o custeio de refeição e estadia dos passageiros prejudicados. Outro fato que ganhou o noticiário nos últimos meses foi o abuso praticado pela empresa de fornecimento de energia elétrica na cidade de São Paulo, fato que levou o Procon-SP a multar a companhia em R\$ 10,2 milhões.<sup>44</sup>

Nestes dois exemplos de danos ao consumidor, há prejuízos de natureza material relacionados com a devolução do valor das passagens dos voos cancelados pelas companhias aéreas e com a cobrança a maior nas contas de luz pela Enel.

Podem ocorrer abusos também por parte dos particulares, a exemplo do comerciante que suspende unilateralmente o pagamento do aluguel, suspende os pagamentos aos fornecedores e aos empregados ou suspende a entrega de produtos e serviços comercializados e pagos pelos consumidores.<sup>45</sup>

Nos casos dos comerciantes que sofreram prejuízos decorrentes da suspensão de suas atividades, acaso resulte comprovada a responsabilidade do poder público ou da companhia seguradora, vislumbra-se a configuração de danos emergentes, que *emergem* imediatamente do evento danoso, em razão direta da conduta ou atividade lesiva. Ademais, é perfeitamente possível caracterizar a perda de lucros cessantes, tendo em vista que a paralisação das atividades impediu a realização de lucros razoavelmente projetados para o futuro, como é próprio da atividade comercial.

Nos casos dos consumidores prejudicados pelo cancelamento de voos pelas companhias aéreas, que tiveram majoração injustificada em suas contas de luz ou pagaram mensalidades indevidas, sem embargo de eventuais danos morais, é possível entrever a modalidade de danos emergentes, que resultam direta e imediatamente do evento danoso, mas não de lucros cessantes, visto que estes não são próprios da posição do consumidor na relação de consumo.

---

43 EMPRESAS querem indenização por paralisações na pandemia. *SOPESP*. 2020. Disponível em: <https://www.sopesp.com.br/2020/07/22/empresas-querem-indenizacao-por-paralisacoes-na-pandemia/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

44 PROCON-SP multa Enel. *Procon SP*. 2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-multa-enel-2/>. Acesso em: 22 ago. 2020.

45 Em muitos casos, prestadores de serviços como academias, escolas particulares, cursos de idiomas etc. simplesmente baixaram as portas dos estabelecimentos e continuaram a descontar as mensalidades no cartão de crédito dos consumidores (GONÇALVES, Siumara. Mensalidade da escola da academia de cursos o que fazer em tempos de isolamento. *A Gazeta*. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/mensalidade-da-escola-da-academia-de-cursos-o-que-fazer-em-tempos-de-isolamento-0320>. Acesso em: 22 ago. 2020.)

Resta ainda saber se é possível vislumbrar a figura da perda de uma chance por danos relacionados com a epidemia da Covid-19. No caso de atraso ou cancelamento de voos pelas companhias aéreas, é possível ocorrer um prejuízo específico para algum passageiro, consistente na perda da oportunidade de participar de um concurso ou competição ou de realizar um negócio, situações estas que a doutrina e a jurisprudência têm tratado como perda de uma chance. Não será demasiado ressaltar que, consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalecente, a perda de uma chance constitui prejuízo material, embora seu valor seja estabelecido por equidade.<sup>46</sup>

Em síntese, a pandemia constitui cenário para a tomada de decisões pelo poder público e para a prática de ações pelos particulares, das quais podem resultar danos. A esta altura, já se cogita a possibilidade de mover ações indenizatórias contra o poder público por erros ou excessos nas medidas de isolamento social. Caso seja reconhecida a responsabilidade do Estado por danos sofridos pelos comerciantes, trata-se de danos materiais que envolvem os danos emergentes e os lucros cessantes, aquilo que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente se deixou de ganhar em razão do fato lesivo. No caso dos prejuízos sofridos pelos consumidores, nas duas situações aventadas, trata-se somente de danos emergentes, visto não ser da natureza das relações de consumo a projeção de lucros futuros. Ademais, pode ocorrer a hipótese de perda de uma chance, particularmente nos casos de cancelamento ou atraso de voos, se ficar demonstrado que, em razão deste fato, o consumidor perdeu a oportunidade de assumir uma posição que provavelmente o levaria a um lucro ou vantagem.<sup>47</sup>

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em síntese conclusiva, a inscrição da dignidade humana no cerne dos ordenamentos jurídicos ocidentais enfatizou a tutela da pessoa mediante reparação dos danos de natureza extrapatrimonial. No entanto, o advento da pandemia da Covid-19 trouxe de volta à cena a necessidade de recomposição dos danos materiais, que envolvem os danos emergentes, os lucros cessantes e a perda de uma chance.

No estágio atual de desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil, o dano é o ponto de partida para a configuração do dever de indenizar. O dano pode ser entendido como fenômeno translativo que se passa entre a lesão a um interesse jurídico e o prejuízo sentido pela vítima. Entre as principais classificações do dano está aquela que distingue o dano material ou patrimonial e o dano moral ou extrapatrimonial. Os danos materiais se distinguem por serem objetivamente quantificáveis, de sorte que a lei vincula a indenização à sua extensão. Ademais, os danos materiais podem ser presentes, também chamados danos emergentes, uma vez que emergem direta e imediatamente do evento danoso; ou futuros, chamados lucros cessantes, que consistem no que a vítima razoavelmente deixou de auferir em razão do evento.

No caso da pandemia da Covid-19, é possível entrever a ocorrência de danos emergentes e lucros cessantes em decorrência do fechamento do comércio por determinação do poder público. Pode ocorrer responsabilidade civil do poder público se ficar demonstrado erro, exagero ou inadequação das medidas, bem como pode ocorrer responsabilidade civil do

---

46 A respeito da comparação da perda de uma chance com os danos emergentes e com os lucros cessantes, confira-se: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3: Responsabilidade civil. p.239-240.

47 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3: Responsabilidade civil. p.239-240.

particular se ficar demonstrado algum tipo de abuso, seja no âmbito das relações contratuais seja nas relações de consumo.

Os comerciantes prejudicados pelo fechamento indevido ou abusivo de seu estabelecimento comercial têm direito a indenização por danos emergentes e por lucros cessantes. Os consumidores prejudicados pela conduta abusiva dos fornecedores têm direito a indenização por danos emergentes, sem prejuízo de eventual reparação por dano moral, mas não fazem jus a lucros cessantes. Todavia, é possível ocorrer perda de uma chance, que tem natureza de dano patrimonial e alguma similitude com os lucros cessantes.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA abre crédito ilimitado para ajudar empresas a enfrentar coronavírus. *Valor Econômico*. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/03/13/alemanha-abre-credito-ilimitado-para-ajudar-empresas-a-enfrentar-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. IV: La responsabilità civile.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

APOIO maciço da Alemanha a suas empresas provoca mal-estar na EU. *Estado de Minas*. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/05/12/interna\\_internacional,1146521/apoio-macico-da-alemanha-a-suas-empresas-provoca-mal-estar-na-ue.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/05/12/interna_internacional,1146521/apoio-macico-da-alemanha-a-suas-empresas-provoca-mal-estar-na-ue.shtml). Acesso em: 20 ago. 2020.

ARIAS CÁU, Esteban Javier; LEONARDO NIETO, Matías. La constitucionalización del derecho privado argentino en el moderno derecho de daños. In: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 195-209. *E-book*.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Acesso em: 8 set. 2016.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (CC/16), comentado por Clóvis Bevilacqua*. Rio de Janeiro: Rio, 1970, v. IV.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

BUERES, Alberto J. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

CALVO COSTA, Carlos Alberto. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CAMPOS JÚNIOR, Geraldo. Ponto a ponto: os impactos da pandemia na economia e no seu bolso. *A Gazeta*. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/ponto-a-ponto-os-impactos-da-pandemia-na-economia-e-no-seu-bolso-0620>. Acesso em: 17 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Joana. Bares processam governos por dano moral na pandemia. *Folha de São Paulo*. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2020/06/bares-processam-governos-por-dano-moral-na-pandemia.shtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. II.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva: 2005, v.7: Responsabilidade civil.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva: 2018, v.7: Responsabilidade civil.
- EMPRESAS querem indenização por paralisações na pandemia. *SOPESP*. 2020. Disponível em: <https://www.sopesp.com.br/2020/07/22/empresas-querem-indenizacao-por-paralisacoes-na-pandemia/>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3: Responsabilidade civil.
- FOLHA informativa sobre COVID-19. *OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde*. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- GHERBI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Siumara. Mensalidade da escola da academia de cursos o que fazer em tempos de isolamento. *A Gazeta*. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/mensalidade-da-escola-da-academia-de-cursos-o-que-fazer-em-tempos-de-isolamento-0320>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI. In: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coord.). *Responsa iurisperitorum digesta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2000, v. 4.
- MESA, Marcelo J. López. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- PAIVA, Deslange. Da descoberta de uma nova doença até a pandemia: a evolução da Covid-19 registrada nos tuítes da OMS. *G1*. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/03/da-descoberta-de-uma-nova-doenca-ate-a-pandemia-a-evolucao-da-covid-19-registrada-nos-tuites-da-oms.ghtml>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. XXVI.
- PROCON-SP multa Enel. *Procon SP*. 2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/procon-sp-multa-enel-2/>. Acesso em: 22 ago. 2020.



- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4: Responsabilidade civil.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Curitiba: Juruá Editora; Porto: Juruá Editorial, 2018.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*. São Paulo: GEN, 2018.
- TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fé: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 12. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, v. I.
- VEJA medidas políticas e econômicas de países em resposta à pandemia. *Agência Brasil*. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-03/veja-medidas-politicas-e-economicas-de-paises-em-resposta-pandemia>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1982.

# IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NAS INDENIZAÇÕES POR DANO MORAL

## **Alexandre Bonna**

Doutor e Mestre em Direito pela UFPA. Diretor Adjunto do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Professor do Centro Universitário do Estado Pará (CESUPA) e Faculdade FACI (Belém, PA). Advogado.

## **João Vitor Penna**

Mestre em Direito pela UFPA. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Conselheiro e Membro fundador da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). Professor da Faculdade FACI (Belém, PA). Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O princípio da reparação integral do dano; 3 A crise da reparação integral do dano moral; 4 Projeções para o dano moral no pós-pandemia; 4.1 A expansão do mero aborrecimento; 4.2 A situação econômica dos ofensores; 5 Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Diretor-geral da Organização Mundial da Saúde - OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, afirmou que “o coronavírus vai ter sérias consequências sociais, econômicas e políticas na América do Sul e África”<sup>1</sup>. Nessa linha, sabe-se que a ordem jurídica é responsável por regular os direitos e deveres na sociedade e, invariavelmente, necessitará de profundas reflexões em seus mais diversos ramos.

No presente artigo, nosso objeto de análise será a reparação dos danos morais<sup>2</sup> diante dos impactos possíveis da crise econômica no contexto pós-pandemia da COVID-19. Buscaremos avaliar se a reparação integral do dano moral, na forma como construída pela doutrina e jurisprudência nacional, pode sofrer algum impacto em razão da referida crise econômica, especialmente em seu duplo aspecto, quais sejam na configuração na quantificação dos danos morais. Assim, após identificados os possíveis impactos, analisaremos se eles se justificam teoricamente, formulando um argumento sobre se eles devem ocorrer ou se devem ser combatidos.

Assevera-se, desde logo, que o dano moral é identificado a partir da violação de um interesse existencial/extrapatrimonial protegido juridicamente<sup>3</sup>, como a igualdade, liberdade, cuidado em razão de vínculos de parentesco, integridade física, integridade psíquica, honra, imagem, privacidade, perda de ente querido, dano temporal etc., bens jurídicos esses todos decorrentes de uma cláusula geral de proteção da pessoa humana (art. 1, III, CF/88)<sup>4</sup>, portanto, aberta à constante evolução e construção pelo legislador e tribunais. Assim, uma vez identificado um interesse existencial digno de proteção em um caso concreto, outros desafios não menos complexos surgem na segunda etapa relativa a qualquer decisão completa sobre dano moral: a quantificação do valor indenizatório.

Destaca-se que a presente pesquisa não tratará da função punitiva do valor indenizatório, haja vista que a mesma não é admitida expressamente no direito brasileiro e a sua aplicação é claudicante<sup>5</sup>. O ponto central da discussão que será desenvolvida envolvendo os impactos da COVID-19 no campo do dano moral se encontra na função compensatória, a qual busca eliminar o dano injusto, nem que seja de forma aproximativa, aprofundando a repercussão do dano na vida da vítima.

Cabe mencionar que no direito brasileiro não existem parâmetros máximos ou mínimos para a fixação do valor indenizatório, nem mesmo uma fórmula cartesiana que permita o julgador alcançar o “*quantum*” ideal. Claro, existem alguns critérios que auxiliam nessa tarefa, como o chamado método bifásico, desenvolvimento pelo STJ, e os previstos na lei n.13.467/2017 (chamada de reforma trabalhista, que alterou e acrescentou dispositivos na

---

1 BERALDO, Paulo. Coronavírus terá sérios impactos sociais, econômicos e políticos na América do Sul. Estadão, São Paulo, 2020. Disponível em <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-coronavirus-tera-serios-impactos-sociais-economicos-e-politicos-na-america-do-sul,70003256490>. Acesso em: 01 set. 2020

2 Cientes da controvérsia acerca da nomenclatura e a melhor adequação do termo “danos extrapatrimoniais”, neste texto não diferenciaremos “dano moral” de “dano extrapatrimonial”, tratando-as como categorias sinônimas.

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 232.

4 Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

5 Para compreender melhor as críticas à aplicação da indenização punitiva no Brasil, ler: BONNA, Alexandre Pereira. Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p.97-108; BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Consolidação das Leis do Trabalho), a qual traz parâmetros mínimos em seu art. 223-G, incisos I a XII<sup>6</sup> e limites máximos de indenização em seu art. 223-G, § 1º.<sup>7</sup>

Contudo, ao longo dos últimos anos instaurou-se uma celeuma acerca de tais critérios de quantificação do dano moral compensatório, pois alguns critérios utilizados pela jurisprudência e endossados por parte da doutrina podem estar em afronta ao espírito por trás da proteção da pessoa humana no campo da indenização, que tem como pilar o princípio da reparação integral. Tal princípio já se encontrava em crise antes da pandemia do coronavírus e, no contexto pós-pandemia, tende a ser cada vez mais aviltado, conforme será investigado no presente trabalho.

## 2 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Quando se fala em indenização por dano moral, pode soar estranho para pessoas que não lidam com o Direito, haja vista que obviamente nenhum valor em dinheiro seria capaz de apagar o estado de coisas danosas, como na morte de um ente querido ou amputação de uma perna. Contudo, diante dessa pergunta, os irmãos Mazeaud e André Tunc<sup>8</sup> problematizam: “es ésa una razón para negarle a lavíctimael abono de daños y perjuicios? En manera alguna; porque se trata precisamente de ponerse de acuerdo acerca del exacto sentido de la palabra ‘reparar’”. Faz sentido, porém, na dimensão do dano moral a reparação se chama compensação e visa “reparar eldaño, a menos encierta medida”<sup>9</sup>.

Seguindo essa linha, em um estado ideal de coisas, o valor indenizatório deveria ser suficiente para conduzir a vítima a um estado tal qual não tivesse sofrido o dano, ou seja, busca, tanto quanto possível, a exata extensão do mesmo<sup>10</sup>, em prestígio ao *restitutio in integrum* com vistas a pôr a vítima em situação idêntica à de antes do evento danoso, com o conjunto de seus interesses inteiramente preservados. Esse estado perquirido pela função reparatória é denominado de *status quo ante*:

6 Art. 223-G, CLT: Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa;

7 Art. 223-G, § 1º, CLT: Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III ofensa de natureza grave, até 20 vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

8 MAZEAUD, Henri y Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Vol. 1, Tomo Primeiro, 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p.438.

9 MAZEAUD, Henri y Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Vol. 1, Tomo Primeiro, 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p.439.

10 O Código Civil de 2002 (Lei Federal 10.406/2002) estabelece, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar<sup>11</sup>.

Por conseguinte, a exata extensão do princípio da reparação integral só se aplica ao dano material, pois torna-se possível recompor perfeitamente o muro, o celular, o computador, a casa, os móveis, o veículo quebrado, etc. Porém, tal princípio, ainda que em outra medida, também se aplica à indenização do dano moral, significando buscar alcançar em maior grau possível um valor compatível com a magnitude do dano, geralmente em dinheiro, mesmo que aproximativa e imperfeita.

Diversas pesquisas sólidas já foram produzidas sobre o tema da quantificação do dano moral no Brasil<sup>12</sup>. Nessa linha, e considerando que o valor indenizatório do dano moral serve para recompor em alguma medida a dignidade da vítima (já que o dano moral decorre da cláusula geral de tutela da pessoa), os critérios de quantificação devem aferir o nível/grau/magnitude do dano, potencializando a concretude da justiça corretiva, buscando em maior grau recompor o equilíbrio quebrado pela atuação danosa.

O STJ vem aplicando o chamado método bifásico na quantificação do dano moral, orientando que na primeira fase o juiz fixe o valor do dano moral tendo em vista outros julgados sobre o mesmo assunto e na segunda aumente ou diminua o valor em face das circunstâncias do caso, como explicado no Recurso Especial n. 1127913/RS, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014:

O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.<sup>13</sup>

Neste caso, o próprio STJ, seja pelo método bifásico, seja pelo que dispõe a Súmula 281<sup>14</sup>, a qual estabelece que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”, ressalta a importância de uma reflexão particularizada de cada problema que chega ao Judiciário, não admitindo qualquer forma de pré-fabricação e tarifação/tabelamento do valor dos danos morais, pois a tarefa de arbitrar a indenização por dano moral deve ser uma tarefa individualizada para a vida da vítima, jamais limitado a uma

---

11 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo XXII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p.183.

12 Tem-se como exemplo: COUTO, Igor Costa; SALGADO, Isaura. Pesquisa Jurisprudencial: Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do STJ. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a.2, n.1, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://civilistica.com/criterios-stj/>. Data de acesso: 01 set. 2020; SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set, p.21-40, 2007; SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015; SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Crerios para a fixação da indenização por dano moral*. 2009 In: *Congresso Nacional de Procuradores de Estado – PGE-AL*, 35, 2009, Alagoas. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-deestudos/teses/xxv-.congressonacionaldeprocuradoresdeestado/direitocivil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACAO%20DA%20INDENIZACAO%20PR%20DANO%20MORAL.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

13 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1127913/RS*, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014. Dizer o Direito. Manaus, 2016. Disponível em: <https://www.buscardordizerdireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cee631121c2ec9232f3a2f028ad5c89b>. Acesso em: 01 jul. 2019.

14 BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula 281*. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 177, n. 16, p. 19-61, maio de 2004. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj- revista-eletronica-2004\\_177.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj- revista-eletronica-2004_177.pdf). Acesso em: 14 abr. 2018.



prova dos autos ou a um caso já julgado.

Portanto, o desafio do aplicador do direito de danos está em conhecer parâmetros para quantificar a indenização, e, embora “os danos morais não sejam quantificáveis com precisão exata”<sup>15</sup>, isso não afasta o desenvolvimento alguns critérios objetivos e em harmonia com o ideal de proteção da vítima. Tais critérios, que serão sucintamente demonstrados abaixo, servem para investigar de forma séria o desequilíbrio injusto nas mais diversas dimensões da vida da vítima, de modo a fixar de modo aproximativo a “reparação” integral:

- a. Afetação no mundo interior da vítima ou aquisição de problema psíquicos, considerando a existência da perda do prazer de realizar atividades ou a aquisição de perturbações psíquicas. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- b. Afetação na vida familiar ou nos afazeres domésticos. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- c. Perda de projetos de vida. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- d. Nível de sofrimento da vítima. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso II, Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) diz que o juiz deverá avaliar “a intensidade do sofrimento ou da humilhação”;
- e. Duração do sofrimento. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a extensão e a duração dos efeitos da ofensa”;
- f. Repercussões no mundo exterior da vítima, no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários. Sobre tal análise, o art. 223-G, em seus incisos IV e XII, da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão” e “o grau de publicidade da ofensa”;
- g. Quantidade de bens jurídicos e interesses violados.
- h. A possibilidade de recomposição/recuperação do dano psíquico, físico, à imagem, à honra, etc. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso III, da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a possibilidade de superação física ou psicológica”;
- i. Grau de ofensa ao bem jurídico<sup>16</sup>.

### 3 A CRISE DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL

Neste tópico, a pesquisa demonstrará a crise relacionada ao princípio da reparação integral do dano no campo do dano moral, crise essa que curiosamente não existe no âmbito do dano material. Em outras palavras, embora todos os ramos do direito sejam marcados

15 SANTOS, Romualdo Baptista dos. Critérios para a fixação da indenização por dano moral. 2009. In: *Congresso Nacional de Procuradores de Estado – PGE-AL*, 35, 2009, Alagoas. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-deestudos/teses/xxxv-congressonacionalprocuradoresdeestado/direitocivil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACAO%20DA%20INDENIZACAO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019, p. 17.

16 BONNA, Alexandre Pereira. *Identificação e quantificação do dano moral: fundamentação da decisão judicial a partir na perspectiva jurídica e ética da lei natural*. 2018. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito). Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018, p 109-113.

pela primazia das relações existenciais sobre as patrimoniais (ser sobre o ter)<sup>17</sup>, não existem razões racionais/éticas/jurídicas para que quando se fala em dano moral, uma série de critérios surjam para mitigar o valor da indenização a ser paga à vítima.

Em respeito ao princípio da *restitutio in integrum*, o qual fundamenta a busca do valor indenizatório em uma visão humanista, critica-se a lei n. 13.467/2017 (denominada de reforma trabalhista, que alterou e acrescentou dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por diversas razões. Primeiro, o art. 223-G, § 1º prevê que o juiz fixe o valor indenizatório conforme o salário do trabalhador<sup>18</sup>.

O referido dispositivo legal afronta a base humanista do direito de danos em diversas dimensões: a) acentua uma prevalência de relações patrimoniais em detrimento de relações existências, onde o bem jurídico vale mais em relação a quem ganha mais, causa inúmeras outras distorções; b) promove quebra da isonomia em relação ao direito do jurisdicionado de ter seu conflito (seu dano) julgado e valorado da mesma forma perante o Judiciário, independentemente de sua condição social ou salário; c) promove uma impossibilidade de qualquer racionalidade que dê respaldo, por exemplo, a um funcionário que ganha um salário mínimo de uma grande multinacional receber aproximadamente R\$ 50.000,00 (50 vezes o valor do último salário) pela perda de uma perna (ofensa gravíssima) enquanto que o engenheiro da mesma multinacional que percebe R\$ 10.000,00, pela mesma lesão, receba R\$ 500.000,00, como se o valor da pessoa humana no tocante aos bens necessários para o seu florescimento e realização tivesse que ver com a posição ou *status* ocupado na sociedade.

Além do mais, o ordenamento jurídico deve ter como epicentro a tutela da pessoa humana. Portanto, ao imputar os fracassos empresariais às indenizações justas pagas aos trabalhadores e limitá-las, a lei em comento vai no caminho exatamente oposto ao da civilística contemporânea, aumentando a proteção patrimonial dos empregadores em detrimento da tutela da pessoa humana, quando o adequado seria que as categorias do direito privado se adequassem “aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”<sup>19</sup>.

Discorda-se também da análise do grau de culpabilidade do ofensor, presente no Recurso Especial n. 959.70 do STJ<sup>20</sup>, possibilidade prevista no art. 223-G, inciso VII da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e no art. 944, parágrafo único do CC/2002<sup>21</sup>, visto que a perspectiva eminentemente compensatória olha apenas para a vítima e o seu menoscabo, desequilíbrio e perda em relação aos bens existenciais, de modo que apenas na perspectiva punitiva/pedagógica/preventiva/educativa tal parâmetro tem relevância.

Discrepa-se também da análise calcada na capacidade econômica do ofensor<sup>22</sup>, prevista inclusive como critério de quantificação no art. 223-G, inciso XI, da lei n. 13.467/2017

17 Isso não significa que as relações patrimoniais não tenham importância, mas sim que “vai operar-se uma inversão, e o ser converter-se-á no elemento mais importante do binômio” (Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91).

18 Art. 223-G, § 1º: Limite de 3 (três) vezes o último salário da vítima para ofensa de natureza leve; 5 (cinco) vezes o último salário para ofensa de natureza média; 20 (vinte) vezes o último salário para ofensa de natureza grave e 50 (cinquenta) vezes o último salário para ofensa de natureza gravíssima.

19 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33.

20 “Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp n. 959790/ES, 2007/0055491-9. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento 26/04/2011, Terceira Turma, Data da Publicação 06/05/2011. JUSBASIL, 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>. Acesso em: 10 ago. 2019).

21 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

22 Aponta Antonio Jeová Santos: “A situação econômica, tanto do ofensor, como da vítima diz respeito, sobretudo, à sua solidez econômica. Seja qual for a preferência doutrinária do julgador, a situação econômica de quem causa dano moral também assume importante rol.” (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 156).

(reforma trabalhista), e do contexto econômico do país<sup>23</sup>, em princípio, porque o elemento nuclear do direito de danos é a recomposição do equilíbrio - de forma perfeita ou aproximada - da vida da vítima, em nada tendo importância a capacidade econômica do ofensor ou o momento econômico vivenciado pelo país.

Na mesma linha, absolutamente infundados os critérios previstos no art. 223-G, incisos VIII, IX e X, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), que asseveram que o juiz deve estar atento à existência de “ocorrência de retratação espontânea”, “o esforço efetivo para minimizar a ofensa” e “o perdão, tácito ou expresso”. Embora tais condutas sejam virtuosas e necessárias do ponto de vista ético, contribuindo para um melhor viver em sociedade e até mesmo para atenuar o dano, o fato é que não diminuem o menoscabo sofrido pela vítima, não o tornam menos importante, nem tampouco devem autorizar o juiz a reduzir equitativamente o valor da indenização compensatória, na medida em que o princípio que rege a compensação é a restituição integral e o dano injusto sofrido pela vítima não deve ser suportado pela mesma caso haja pedido de desculpas ou retratação. Em outras palavras, uma vez que o leite é derramado, o braço é amputado, a humilhação é consumada, os salários são atrasados e/ou o abandono afetivo é realizado, o juiz deve centrar sua análise exclusivamente na magnitude do dano sofrido pela vítima. Analogicamente, o CDC, entre os arts. 8º e 10, estabelece a obrigação do fornecedor de produtos e serviços que após a inserção do mesmo no mercado de consumo obter conhecimento do seu alto grau de periculosidade, deve imediatamente comunicar as autoridades competentes e os consumidores, contudo, a jurisprudência é pacífica que tal conduta em nada afeta o dever de indenizar em toda a abrangência do dano.

Ademais, a crise da reparação integral do dano moral também sofre os influxos de um Judiciário inchado e massificado, o qual se socorre a sentenças e acórdãos padronizados para julgar os conflitos, mesmo ciente de que é preciso reconhecer diferentes valores indenizatórios para pessoas distintas em razão da magnitude do dano, como por exemplo na diferença que deve existir na compensação da perda da perna de um escritor em comparação com a de um esportista. Por este motivo, rechaça-se a prática judiciária voltada para uma fixação do “quantum” indenizatório de forma automática e padronizada em total desconsideração às múltiplas formas de realização humana, já que cada “sujeito é único, irrepetível e distinto”<sup>24</sup>.

Há outro elemento da aludida crise, que carece de um rigor acadêmico mais forte, mas que será explicado discutido em breves linhas a seguir. Diz respeito a preconceitos por parte dos julgadores, que criam categorias de seres humanos, onde uns valem mais que outros, tal como no Admirável Mundo Novo de Aldous Huxley. Tal fato pode ser inferido a partir das indenizações extremamente baixas em casos de dano moral por perda de ente querido, quando o falecido fazia parte do sistema penitenciário, os valores girando em torno de R\$ 35.000,00<sup>25</sup>, R\$ 30.000,00<sup>26</sup>, R\$ 40.000,00<sup>27</sup>, R\$ 50.000,00<sup>28</sup>, enquanto que em outros

23 Neste sentido: “O julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do País. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro. Ter em conta a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços”. (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.149.)

24 SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.175-176.

25 ESTADO deve indenizar filho de preso morto em presídio, fixa TJ-MT. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-11/estado-indenizar-filho-presos-morto-presidio-fixa-tj-mt>. Acesso em: 07 set. 2020.

26 ESTADO é condenado a indenizar companheira de detento por morte em presídio. *JORNAL JURID*, [s. l.], 05 de jul. de 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/estado-e-condenado-a-indenizar-companheira-de-detento-por-morte-em-presidio>. Acesso em: 07 set. 2020.

27 ESTADO deverá indenizar por morte dentro de presídio: Mãe de preso que morreu por suposta queda de beliche receberá R\$ 40 mil. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 15 de mai. De 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/estado-devera-indenizar-por-morte-dentro-de-presidio.htm#.X1qlbZNKjAJ>. Acesso em: 10 jul. 2018.

28 JUIZ determina indenização de R\$ 100 mil a familiares de preso morto dentro de penitenciária no RN: Mãe e filho de detento morto em janeiro de 2017, durante rebelião na Penitenciária Estadual do Seridó, deverão receber R\$ 50 mil cada, por danos morais. *G1 RN*, Natal, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2019/01/17/juiz-determina-indenizacao-de-r-100-mil-a-familiares-de-homem-morto-dentro-de-penitenciaria-no-rn.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2019.

casos de morte (pessoas de fora do sistema prisional), o valor indenizatório varia entre R\$ 300.000,00 e R\$ 500.000,00<sup>29</sup>.

Diante disso, poderiam dizer que o valor indenizatório baixo é consequência do polo passivo ser o Estado. Contudo, tal raciocínio não prospera, haja vista que quando a proteção é patrimonial não há qualquer alívio ou mitigação de valores indenizatórios que condenam o Estado, com cifras que chegam normalmente a R\$ 1.300.000,00<sup>30</sup>, R\$ R\$ 15.000.000,00<sup>31</sup>, R\$ 16.000.000,00, R\$ 24.000.000,00<sup>32</sup> e R\$ 80.000.000,00<sup>33</sup>. Assim, as desapropriações realizadas pelo INCRA, entre 2011 e 2016, segundo a AGU, geraram gastos “com juros compensatórios em torno de 978 milhões, enquanto o valor principal girou em torno de 555 milhões”<sup>34</sup>.

Todo este contexto de crise se reflete na formação de uma percepção preconceituosa em nossa jurisprudência acerca da litigância por danos morais. É a observação, um tanto incerta, de que haveria uma “indústria dos danos morais” que deveria ser contida. Buscando sistematização neste conceito, é válido observar o que afirma Flávia Portella Püschel, para quem a indústria dos danos morais é:

A percepção segundo a qual haveria no Brasil um excesso de ações judiciais propostas por supostas vítimas, as quais estariam, na verdade, interessadas em lucrar com o recebimento de altos valores concedidos pelo Poder Judiciário a título de reparação por danos morais<sup>35</sup>.

Esta é uma percepção formada pelo senso comum, sem o devido amparo empírico. Quando devidamente analisado, não se sustenta. Em pesquisa encabeçada pela autora supracitada, constatou-se que as indenizações que ultrapassam o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) não passam de 3% de todos os casos coletados<sup>36</sup>, o que permite concluir, em suma, a busca por ganhos elevados não é, para efeitos de política legislativa, uma preocupação real, pois ela já é modulada pelos processos de quantificação realizados na prática dos tribunais<sup>37</sup>.

Em outros trabalhos, já apontamos que essa percepção é ainda mais alongada na

29 STJ aumenta em mais de R\$ 400 mil indenização por morte de ciclista. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/stj-aumenta-400-mil-indenizacao-morte-ciclista>. Acesso em: 12 ago. 2018.

30 MEDEIROS, Ângelo. Município bancará indenização milionária por desapropriação de área no litoral do SC. *Poder Judiciário de Santa Catarina*, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/municipio-bancara-indenizacao-milionaria-por-desapropriacao-de-area-no-litoral-de-sc>. Acesso em: 03 jul. 2018.

31 PREFEITURA é condenada a pagar R\$ 15 milhões pela desapropriação do mocambo. *Patos Hoje, Patos de Minas*, 2010. Disponível em: <https://www.patoshoje.com.br/noticia/prefeitura-e-condenada-a-pagar-r-15-milhoes-pela-desapropriacao-do-mocambo-5888.html>. Acesso em: 15/ 07/ 2018.

32 NAZARETH, Lucione. Juiz manda prefeitura pagar indenização de R\$ 16 milhões de reais por desapropriação de área em VG. *VG Notícias*, Várzea Grande, 2019. Disponível em <https://www.vgnoticias.com.br/juridico/juiz-manda-prefeitura-pagar-indenizacao-de-r-16-milhoes-por-desapropriacao-de-area-em-vg/62258>. Acesso em: 03 ago. 2018.

33 INCRA deve indenizar donos da fazenda Teijin. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jun-19/trf-determina-desapropriacao-indireta-indenizacao-dono-teijin>. Acesso em: 03 ago. 2019.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2332*. Rel. Ministro Roberto Barroso. Julgado em 17/05/2018. Distrito Federal, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749609804>. Acesso em: 10 set. 2019, p.12.

35 PÜSCHEL, Flávia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: Senso comum e política legislativa. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.389-403, p.390.

36 PÜSCHEL, Flávia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: Senso comum e política legislativa. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.389-403, p.395. Para uma leitura completa da pesquisa coordenada por Flávia Portella Püschel, sugerimos a análise de PÜSCHEL, Flávia Portella et al. A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, Segurança e Eficiência. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 37, 2011. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando\\_Direito1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf). Acesso em: 10 jan. 2018.

37 PÜSCHEL, Flávia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: Senso comum e política legislativa. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.389-403, p.400-401.

prática, não abarcando apenas o as hipóteses de busca por indenizações milionárias, mas também uma tentativa desenfreada de fazer com que tudo seja considerado dano moral para satisfação dos interesses ilegítimos de litigantes<sup>38</sup>. É o que justifica que, na perspectiva de limitar a configuração desmedida do dano moral, imponham-se filtros como o chamado mero aborrecimento ou mero dissabor do cotidiano.

Por todo o apontado, percebemos que a crise na reparação dos danos morais não é uma questão nova e ataca todos os seus domínios. O contexto de crise econômica, aliada com o fato de que as formas mais tradicionais de reparação dos danos extrapatrimoniais geralmente se traduzem em pecúnia, tendem a aprofundar a crise rumo à um recuo na proteção jurídica existencial da pessoa.

#### 4 PROJEÇÕES PARA O DANO MORAL NO PÓS-PANDEMIA

Este artigo não busca abordar as consequências de alguma legislação nova, imposta pela pandemia, sobre a responsabilidade civil por danos morais, mas, por outro lado, discutir formas como os danos morais, como tratados hoje, podem ser afetados pelo raciocínio estabelecido no contexto de crise econômica iminente.

Deveria a prática da responsabilidade civil por danos morais ser modificada em alguma medida? Diversas vezes, nosso Judiciário é colocado diante desta questão e decide atuar positivamente, intervindo socialmente e aplicando microcorreções sociais e econômicas as quais não tem nenhum controle.

Um exemplo do que queremos apontar está no recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT que tratou de caso de responsabilidade por danos morais em caso de inadimplemento contratual. O tema é bastante discutido na jurisprudência superior<sup>39</sup>, mas o que é interessante notar é a menção explícita à pandemia da COVID-19 como referencial para a contenção de um determinado tipo de postura dos litigantes nestes tipos de casos. Vejamos trecho da ementa:

Apelação. Instrumento particular de cessão de direitos. Compra e venda de imóvel. Procuração em causa própria (*in rem suam*). Obrigações acessórias não adimplidas. Impostos. Taxas. IPTU. TLP. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Coisa julgada. Alcance. Dispositivo. Sentença. Dano moral não configuração.

(...) 4. Este voto foi elaborado em pleno cerco sanitário - quarentena - provocado pela pandemia da doença covid-19. O Poder Judiciário, nesta difícil fase existencial da humanidade, precisa rever não só o conceito de dano moral, construído com excesso de voluntarismo nas últimas décadas, mas, também, os valores fixados em alguns casos. Não é justo nem é razoável impor ou manter condenações por dano moral para qualquer átimo de sensibilidade. Negócios são atividades da vida cotidiana e inadimplência contratual não gera, como regra, dano moral. 5. Haverá, como decorrência desta pandemia, um aumento exponencial dos litígios por inadimplência contratual e não só. O Poder Judiciário, como nunca, será chamado para impedir que o coronavírus transforme a sociedade em uma barbárie. É preciso conter o ânimo de se ganhar reparação econômica por qualquer desconforto, por qualquer desvio de tempo útil, por qualquer intolerância. E

38 PENNA, João Vitor; VERBICARO, Dennis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo judiciário brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, p. 75-99, 2017, p. 89.

39 Existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e de diversos Tribunais no sentido de que o mero inadimplemento contratual não configura, em si, dano moral, devendo se dispor de provas para a configuração da lesão extrapatrimonial. Como exemplo, citamos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no REsp1.399.937* - MG (2013/0281903-4). Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 11/02/2014. CONJUR, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resp-1399931-mg-3a-turma-stj-manteve.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.



quando for cabível e inafastável a reparação, os valores deverão ser fixados de maneira razoável, proporcional, parcimoniosa, considerando, também, o contexto da economia brasileira e mundial e não os valores sem critérios dos pedidos que chegam aos Juízes<sup>40</sup>.

O julgado pode ser um prenúncio do que está por vir. Muito além de questionar a questão do dano moral diante de inadimplementos contratuais, ele atribui ao Poder Judiciário o papel quase heroico de intervir na sociedade, retirando-a da plena barbárie.

O Judiciário, porém, não possui esse papel. Dentro de um sistema de direitos, cabe ao Judiciário o papel de garantir dentro das relações particulares o exercício regular destes direitos, protegendo-os de intervenções indevidas<sup>41</sup>. Ele não intervém na sociedade; isto é o papel dos gestores de políticas públicas que, especialmente, detém as informações pertinentes para realizar a intervenção. O juiz olha para o conflito e para as partes, com os seus respectivos atos e danos causados. Ele não está de posse dos dados reais como é possível intervir e aliviar os impactos gravíssimos da crise, que estão de posse dos gestores públicos; estes que não vem medindo esforços para estabelecer medidas de socorro no contexto da pandemia, com as diversas Medidas Provisórias e Leis de flexibilização das relações privadas, bem como com a concessão ampla de crédito.

Diante de todo este contexto, em que as medidas de socorro e intervenção nas relações econômicas foram pensadas e implementadas pelos órgãos competentes, será que o Judiciário ainda terá um papel na flexibilização da garantia de incolumidade nestas relações? Entendemos que é muito provável que esta intervenção seja desordenada e acabe gerando mais injustiça do que correção e proteção às relações particulares.

A intervenção anunciada pelo julgado do TJDFT é bem direcionada, devendo o Judiciário trabalhar para conter o “ânimo de se ganhar reparação econômica por qualquer desconforto” e considerar no processo de fixação dos valores das indenizações o “contexto da economia brasileira e mundial”. Tais elementos correspondem a duas questões muito sensíveis no tratamento dos danos morais, que se ligam a duas fragilidades da própria natureza da reparação extrapatrimonial. Se ligam à forma é colocado o julgador a raciocinar acerca do direito à reparação de danos através de dois processos de avaliação distintos, mas interligados: a) a identificação do dano indenizável no caso; b) a quantificação do valor da indenização, ou seja, a conversão em pecúnia da lesão extrapatrimonial, como é a técnica utilizada na maioria dos casos de indenização por danos morais.

Queremos a seguir discutir estas duas questões, não apenas em razão do julgado acima apontado em si, mas especialmente porque entendemos que estes serão fatores intensamente afetados pela racionalidade imposta pela crise pós-pandemia e que, em razão da fragilidade própria do instituto dos danos morais, pode ser alvo de um recrudescimento na proteção dos valores existenciais<sup>42</sup>. O julgado do TJDFT não é o problema, é apenas uma

---

40 Para conferir na íntegra: BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão n. 1246280*, 07018205320198070009, Relator(a): DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, Julgado em: 29/04/2020, Publicado em: 13/05/2020. Distrito FEDERAL, 2020. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 ago. 2020

41 A defesa de que o Direito Privado – cuja racionalidade imanente é a justiça corretiva – não é um espaço de política, devendo se concentrar na relação entre as partes, é exposta por Ernest Weinrib. A despeito de alguns exageros, o autor possui insights importantes que devem ser levados em conta em nossa dogmática (WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p.210-211).

42 Não somente estas questões sensíveis são relevantes no contexto pós-pandêmico. Outra forma como a pandemia da COVID-19 afetou inegavelmente os danos morais é na sua situação probatória com o impedimento legal da configuração do dano moral presumido (dano moral in reipsa) nos casos de responsabilidade civil do transportador aéreo. Pela recente Lei nº 14.034/2020, que corresponde à conversão em Lei da Medida Provisória nº 925, foi introduzido o art. 251-A no Código Brasileiro de Aeronáutica cujo teor trata explicitamente do dever da vítima de “demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão”, fato este que em diversos casos é difícil ou às vezes impossível por parte dos ofendidos. Para uma primeira análise crítica deste dispositivo, Cf. PENNA, João Vitor. Danos extrapatrimoniais e pós-pandemia: notas críticas sobre a lei 14.034/20. *Portal Migalhas*, [s. l.], 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331941/danos-extrapatrimoniais-e-pos-pandemia-notas-criticas-sobre-a-lei-14034-20>. Acesso em: 7 set. 2020.

primeira manifestação, um elemento de diagnóstico.

Cada um desses processos denota sensíveis fragilidades dos danos extrapatrimoniais, e diante destas fragilidades a própria expansão da sua proteção acaba sendo afetada. Estes problemas não são novos e são continuidades das questões que apontamos no tópico anterior. Mas precisaremos abordá-las dentro do contexto da crise econômica pós-pandemia para uma visualização inicial do que está por vir.

#### **4.1 A expansão do mero aborrecimento**

A noção de que os danos morais não podem se confundir com meros aborrecimentos e dissabores do cotidiano não é nova. Como exemplo, tal questão já foi objeto do Enunciado n. 159, da III Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2004, com o seguinte teor: “O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

O objetivo desta construção doutrinária é o que os danos morais não sejam banalizados e conservem um núcleo conceitual protetivo mais rígido. Como referência para explicação da questão, vejamos o que expõe Sergio Cavaliere Filho:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos<sup>43</sup>.

Esta ideia, porém, possui contornos muito incertos. Não é claro o que, na prática, conta como mero dissabor ou aborrecimento do cotidiano e as linhas de distinção com os danos morais são muito tênues. Ainda, os doutrinadores não vêm se preocupando em definir conceitualmente esta categoria, talvez sob a perspectiva de que abarcaria casos muito pequenos, cuja pretensão indenizatória talvez se confundisse com uma má-fé ou exagero da parte litigante.

Diante disto, o mero aborrecimento entra em um contexto de expansão, reduzindo – sob pretexto de combater a alegada “indústria dos danos morais” – a garantia de reparação de violações que, em situações normais, deveriam ser protegidas<sup>44</sup>.

Seguimos o entendimento de Flávio Tartuce:

Um dos grandes desafios práticos relativos ao dano moral diz respeito à sua presença no caso concreto, especialmente pelo fato de que, nos últimos

---

43 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.93.

44 Em um pequeno artigo, Amanda Flávio de Oliveira expõe a inversão gerada pela expansão da ideia: “A verdade é que pode ter sido criada a ‘indústria do mero aborrecimento’ no Brasil. O Judiciário nacional, ainda que não o perceba, pode estar enviando estímulos ao mercado de que vale a pena ser negligente com os consumidores ou descuidado com os produtos e serviços que fornece. Do ponto de vista da competitividade entre as empresas, esse incentivo pode ser nefasto, muito mais do que o da alegada ‘indústria do dano moral’. É sabido que fornecer produtos e serviços seguros e de boa qualidade custa caro. É igualmente notório que o custo de se respeitar os padrões da lei é repassado no preço. Contudo, se o desrespeito não é punido economicamente, o produto inseguro e de qualidade duvidosa se torna mais barato e tende a ganhar mercado por esse motivo” (OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *A indústria do mero aborrecimento*. Conselho Federal da OAB (site), 2016. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/52130/artigo-a-industria-do-mero-aborrecimento>. Acesso em: 20 jan. 2017).

anos, um filtro tornou-se muito forte na prática jurisprudencial brasileira, qual seja a afirmação de que os danos morais não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos sofridos pela pessoa no seu dia a dia, na sua vida cotidiana. A afirmação surgiu com o fito de evitar que o instituto caia em descrédito, como geralmente se argumenta na prática. Todavia, parece-me que, da forma como vem sendo aplicado, o efeito tem sido justamente o oposto, pois o filtro tornou-se muito espesso, fazendo com que casos que deveriam ser tidos como reparáveis deixassem de sê-lo<sup>45</sup>.

Incentivado pelo combate à alegada “indústria dos danos morais”, este processo de descrédito do dano extrapatrimonial já estava em curso, especialmente quanto a violações de menor tamanho ou cujas violações são tão corriqueiras e internalizadas que deixam de ser visualizadas, como é o caso do dano pela perda do tempo útil.

Vislumbramos, porém, que a crise econômica pós-pandemia deve aprofundar a problemática, estabelecendo um contexto de redução cada vez maior dos casos de danos morais e freando um processo de tutela da pessoa estabelecido desde a Constituição de 1988.

Um abalo mundial, com isolamento, sofrimento, perdas amigos e parentes, apreensão pode elevar o padrão de desconforto que os juízes consideram indenizável. Afinal, o juiz é um ser humano envolvido no seu seio social, na sua comunidade, que sente na pele os influxos das transformações econômicas, culturais, políticas, jurídicas e sociais. Em outras palavras, se antes da pandemia diversas situações envolvendo atrasos de voo, desvio produtivo, vícios reiterados de produtos e serviços, dentre outras, já vinham sendo consideradas como mero dissabor, com o baque sofrido pelo Brasil e pelo mundo, a tendência é o plexo de situações consideradas mero aborrecimento cresça.

Os problemas com isso são diversos e devemos apontá-los<sup>46</sup>. O primeiro deles é que a expansão da ideia de mero aborrecimento é desorientada e realizada em caso a caso, permitindo que não existam linhas minimamente claras sobre o que devem contar como danos morais em uma situação concreta. Isto porque a maioria dos casos de mero aborrecimento não chegam nas cortes superiores pela própria natureza das ações – em razão dos valores da causa, as demandas por violações de pouco tamanho geralmente são remetidas para os juizados especiais – e a uniformização jurisprudência nestes casos é muito fragilizada. O problema que segue é que o próprio conceito de mero aborrecimento continua indeterminado, fornecendo pouca segurança aos litigantes quanto aos direitos e deveres que possuem.

Em segundo lugar, o fundamento para uma forte preocupação com barrar a confusão entre danos morais e meros dissabores, ou seja, a alegada “indústria do dano moral”, é – como anteriormente tratamos – uma preocupação exagerada ou até irreal, baseada em um senso comum prático, nunca empiricamente comprovado. Isto porque não existe, de fato, uma prova de que a grande quantidade de ações de indenização por danos morais seja derivada de uma conduta de má-fé dos litigantes, e não de pessoas que estejam movimentada por um sentimento legítimo de justiça. Referenciando novamente Flavia Portella Püschel<sup>47</sup>:

---

45 TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 301.

46 Para uma crítica mais sólida à noção de mero aborrecimento e de indústria do dano moral, Cf.: PENNA, João Vitor; VERBICARO, Dennis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo judiciário brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v.26, p.75-99, 2017.

47 PÜSCHEL, Flavia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: Senso comum e política legislativa. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389-403, p.398.

Uma vez que os valores baixos das reparações dificilmente podem ser considerados estímulo à propositura de ações com objetivo de enriquecimento, é preciso considerar a possibilidade de que o grande número de ações seja simplesmente reflexo de um número maior ainda de violações de direitos não patrimoniais.

Por fim – e também o ponto mais importante, consequência do que anteriormente foi levantado –, não é possível ser insensível à mensagem que a expansão do conceito leva às relações privadas, em geral. Com um aumento das hipóteses acobertadas pelo mero aborrecimento, a informação passada ao sujeito violado é o de ele deverá suportar o risco vinculado àquela atividade danosa que não foi desenvolvida por ele, produzindo uma distribuição inversa dos riscos dos danos.

Esta informação, juntamente com o dever de suportar algumas perdas sendo direcionado ao ofendido, leva à uma flexibilização da proteção jurídica da pessoa, em desacordo com a tendência constitucional. Nas relações negociais e consumeristas, levar a precarização dos serviços em detrimento do dever de segurança dos sujeitos participantes na relação jurídica, tendendo os agentes econômicos a preocupar-se menos com a prestação adequada dos serviços e do cumprimento regular dos negócios, em detrimento do lucro e dos ganhos.

O que podemos concluir com essas críticas para o contexto pós-pandemia? Com estas linhas não queremos fornecer uma crítica que leve ao abandono completo da figura do mero aborrecimento – questão que deve ser tratada com maior cuidado –, mas especialmente defender que o contexto de crise econômica não é uma boa justificativa para aprofundamento da expansão do mero aborrecimento. Isto porque em um contexto de fragilidade econômica é fácil impor aos sujeitos mais frágeis na relação – como é o caso clássico dos consumidores – a necessidade de suportar a flexibilização de normas e a perda de direitos. São nestes contextos, porém, que o papel do Judiciário na afirmação dos direitos e das garantias mínimas protetivas da pessoa é mais evidente e deve ser invocado com maior força. Cabe ao Judiciário servir de espaço para a proteção dos mais frágeis diante da iminente flexibilização econômica e política imposta pela agenda do mercado em tempos de crise.

#### **4.2 A situação econômica dos ofensores**

Diante do que se vislumbra em um contexto pós-pandemia e tendo em conta a já instaurada crise da reparação dos danos morais e do princípio da reparação integral, o processo de quantificação deste tipo de indenização é mais um alvo fácil.

O questionamento que surge é se a situação econômica e social do país deve influenciar no processo de quantificação das indenizações por dano moral, como o julgado analisado nos induz a pensar.

Este questionamento precisa ser destrinchado com cuidado. Quando ele é levantado – como é o caso do julgado do TJDF –, o argumento serve para que o *quantum* indenizatório seja reduzido e que os ofensores – geralmente empresas – não sejam muito afetados em sua atividade, já economicamente debilitadas pela crise. Dificilmente este argumento será levantado em favor da vítima e de um aumento do valor das indenizações.

Como tal, o que essa redução representa? Ela é uma forma de mitigação do princípio da reparação integral do art. 944 do Código Civil, levando-se em conta a situação econômica das partes.

Este não é um critério novo. A situação econômica do ofensor e da vítima como critério de mensuração do dano moral já é discutida há muito pela doutrina. É possível observar o

critério em diversas análises doutrinárias<sup>48</sup> e em decisões judiciais. O critério compõe, inclusive, a segunda fase do chamado método bifásico, proposto pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino e popularizado em diversos julgados recentes do STJ<sup>49</sup>. Já foi, inclusive, legislativamente previsto no já mencionado art. 223-G da CLT, em seu inciso XI, que indica que o juiz, ao apreciar o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, considerará “a situação social e econômica das partes envolvidas”.

Mesmo já sendo bem conhecido, seu conceito e a forma como pode influenciar processos de quantificação são questões incertas e de difícil análise<sup>50</sup>. O critério possui diversas formas como pode se manifestar e uma delas é a possibilidade de reduzir o valor de indenizações em razão da fragilidade econômica do ofensor.

A natureza própria do critério é a limitação da reparação integral – e, como tal, reparação do próprio princípio de justiça corretiva<sup>51</sup> tão caro à responsabilidade civil. Tal limitação deve ser vista com cuidado, pois ela implica em retirar do ofendido um pouco da sua compensação, ou seja, fazer com que o ofendido tenha que suportar uma parte do dano que lhe foi injustamente imposto. A razão do porquê deve a vítima suportar este encargo não é evidente.

Isto porque, novamente, o Judiciário, perante as relações privadas, não é um espaço de promoção de políticas públicas de tratamento de danos. O juiz possui um olhar restrito à lide, ao conflito levado à sua análise, tendo poucos elementos para julgar se aquela política de redução de indenização se justifica em um sentido consequencialista. Assim, em um contexto em que o governo não vem medindo esforços para aliviar os impactos da crise sobre as empresas, com diversas Medidas Provisórias e Leis de flexibilização das relações privadas, com a concessão de crédito e auxílios; será que estas empresas devidamente socorridas devem ainda contar com a benevolência judicial para, além de tudo isto, ainda terem que arcar menos com os danos que elas mesmas causaram?

A única forma como vislumbramos ser possível haver esta limitação da incidência da reparação integral – e da justiça corretiva – é a aplicação da ideia de justiça distributiva<sup>52</sup>. Esta forma de raciocínio implicaria na distribuição proporcional dos encargos dos danos conforme

---

48 Como exemplos, conferir: FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p.241-242; SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 156; SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set, p. 21-40, 2007, p.35.

49 De acordo com o Min. Sanseverino, são quatro os critérios que devem ser levados em conta: a) a gravidade do fato em si; b) a culpabilidade do agente; c) a eventual culpa concorrente da vítima e; d) a condição econômica das partes (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288-289).

50 Para uma análise aprofundada das formas de manifestação do critério na prática da responsabilidade civil e na quantificação de indenizações, com uma proposta de análise com base na noção de justiça distributiva. Cf. PENNA, João Vitor. *A situação econômica das partes como critério distributivo na quantificação das indenizações*. Orientadora: Pastora do Socorro Teixeira Leal. 2018. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/10837>. Acesso em: 07 set. 2020.

51 Justiça Corretiva é, na concepção de Aristóteles, a de justiça aplicada às relações entre indivíduos que se encarrega na retificação dos injustos surgidos tanto nas transações voluntárias (como os contratos) quanto nas involuntárias (como no roubo e no dano). Ela se contrapõe à Justiça Distributiva que é a forma de justiça preocupada com a distribuição dos bens e dos encargos sociais entre os membros da comunidade e tendo em vista seus méritos relevantes. A exposição aristotélica sobre a justiça é um modelo muito influente na formação dos ordenamentos jurídicos ocidentais e, muito além da mera sistematização dos significados da ideia de Justiça, podem ser interpretados filosoficamente como compo a racionalidade estruturante do Direito em si. Um bom exemplo desta leitura das formas de Justiça é encontrado em *The Idea of Private Law*, de Ernest Weinrib.

52 Existe longo debate sobre a possibilidade de aplicação da racionalidade da justiça distributiva ao Direito Privado, sendo Ernest Weinrib um dos principais defensores da sua negação, sendo o Direito Privado como um todo e a Responsabilidade Civil em especial uma prática de justiça corretiva. Aliamo-nos, porém, com a corrente que defende a aplicação excepcional da racionalidade distributiva, especificamente quando se está diante de contextos em que as relações privadas traduzem desigualdades que se tornam evidentes além da superestrutura e acabam afetando a interação dos indivíduos em si. Neste sentido, para uma discussão mais aprofundada do tema, Cf. PENNA, João Vitor. *A situação econômica das partes como critério distributivo na quantificação das indenizações*. Orientadora: Pastora do Socorro Teixeira Leal. 2018. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/10837>. Acesso em: 07 set. 2020.



às pessoas que melhor consigam suportá-los, o que eventualmente pode fazer com que os ofensores não sejam integralmente chamados para suportar tais encargos – como é a regra própria da justiça corretiva.

Ocorre que esta distribuição deve ser orientada por um critério. Se o critério de distribuição for econômico, para esta distribuição proporcional funcionar e ser considerada justa, deve o ofensor estar em condição econômica deficiente e também a vítima encontrar-se em condição de poder suportar este dano, ou seja, estarmos diante de uma desigualdade em que a balança acaba pesando mais para o lado do ofensor.

Nas relações econômico-privadas tradicionalmente levadas à discussão judicial, porém, este dificilmente será o caso. Especialmente tendo em vista todas as medidas de socorro financeiro e jurídico operadas pelo Governo diante da pandemia, é muito improvável, por exemplo, que um consumidor se encontre em condição social e econômica mais frágil que a empresa causadora dos danos para justificar a possibilidade de relativização da reparação integral.

## 5 CONCLUSÕES

Concluindo estas breves linhas, buscamos traçar alguns apontamentos e projeções acerca de pontos que podem ser afetados na responsabilidade civil por danos morais em razão da crise econômica instaurada pela pandemia do COVID-19.

A crise é inevitável e já está instalada. Porém, no afã de aliar-se à sociedade no enfrentamento dela, não pode o Judiciário recorrer a saídas fáceis e frágeis, que podem, a despeito de seu nobre objetivo, reduzir a proteção da pessoa e auxiliar na precarização das relações negociais privadas.

Projetamos como duas possíveis fontes de influência da crise sobre os danos morais a expansão do mero aborrecimento e a limitação ou redução do *quantum* indenizatório sob a justificativa da situação econômica, pois estas já eram questões centrais dentro de um contexto anterior em que a reparação dos danos morais já se encontrava em crise.

Não encontramos, porém, razões para que o contexto de crise pós-pandemia justifique a relativização, a redução ou a limitação de proteções existenciais constantes no instrumental da responsabilidade civil por danos morais.

Quanto à expansão do mero aborrecimento, argumentamos que o aumento dos casos de perdas que, por qualquer motivo, não merecem tutela judicial é sinalizar em favor da precarização das relações negociais e diminuição da incidência do dever de cuidado para com as potenciais vítimas naquela relação. Isto porque se exclui da esfera de tutela um determinado conjunto de perdas de menor tamanho, derivada de atos geralmente reiterados.

Por sua vez, quanto à quantificação das indenizações por dano moral, não vislumbramos fundamento teórico coerente para justificar que o processo de estabelecimento do *quantum* seja afetado pela crise econômica pós-pandêmica. O raciocínio desenvolvido para limitar o valor de uma indenização no pós-pandemia invoca raciocínios que superam a demanda em si e que não estão dentro do espectro de possibilidade análise do magistrado que, ao permitir uma relativização da reparação integral, afeta a vítima e faz com que ela suporte o dano, sem nenhum benefício coligado. Afinal, quem, na maioria dos casos, recebeu diversos benefícios em forma de medidas de socorro foram as empresas, geralmente envolvidas nas discussões em questão gerando danos e que poderiam invocar a situação econômica do país como referência para redução do seu dever compensatório.

Em ambos os casos, o que se tem é uma certa benevolência com o ofensor, como

se o dano fosse derivado da situação pandêmica em si e não da intervenção ilícita na seara jurídica da pessoa. Tal postura pode levar à redução da proteção da pessoa e de seus direitos existenciais, que perde espaço diante da proteção do patrimônio – que, curiosamente, não enseja as mesmas discussões.

## REFERÊNCIAS

BERALDO, Paulo. Coronavírus terá sérios impactos sociais, econômicos e políticos na América do Sul. *Estadão*, São Paulo, 2020. Disponível em <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-coronavirus-tera-serios-impactos-sociais-economicos-e-politicos-na-america-do-sul,70003256490>. Acesso em: 01 set. 2020.

BONNA, Alexandre Pereira. Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p.97-108.

BONNA, Alexandre Pereira. *Identificação e quantificação do dano moral: fundamentação da decisão judicial a partir na perspectiva jurídica e ética da lei natural*. 2018. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito). Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.

BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no REsp1.399.931 - MG (2013/0281903-4)*. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 11/02/2014. CONJUR, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resp-1399931-mg-3a-turma-stj-manteve.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp: 959790 ES 2007/0055491-9*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento 26/04/2011, Terceira Turma, Data da Publicação 06/05/2011. JUSBRASIL, 2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099275/recurso-especial-resp-959780-es-2007-0055491-9/inteiro-teor-19099276>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1127913/RS*, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014. Dizer o Direito. Manaus, 2016. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cee631121c2ec9232f3a2f028ad5c89b>. Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula 281*. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 177, n. 16, p. 19-61, maio de 2004. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2004\\_177.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2004_177.pdf). Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2332*. Rel. Ministro Roberto Barroso. Julgado em 17/05/2018. Distrito Federal, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749609804>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal dos Territórios. *Acórdão*. 1246280, 07018205320198070009, Relator(a): DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, Julgado em: 29/04/2020, Publicado em: 13/05/2020. Distrito FEDERAL, 2020. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. *Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Orientação da Prof. Maria Celina Bodin de Moraes. Departamento de Direito da PUC/RJ, 2011.

ESTADO é condenado a indenizar companheira de detento por morte em presídio. *JORNAL JURID*, [s. l.], 05 de jul. de 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/estado-e-condenado-a-indenizar-companheira-de-detento-por-morte-em-presidio>. Acesso em: 07 ago. 2020

ESTADO deve indenizar filho de preso morto em presídio, fixa TJ-MT. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-11/estado-indenizar-filho-presos-morto-presidio-fixa-tj-mt>. Acesso em: 07 set. 2020.

ESTADO deverá indenizar por morte dentro de presídio: Mãe de preso que morreu por suposta queda de beliche receberá R\$ 40 mil. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/estado-devera-indenizar-por-morte-dentro-de-presidio.htm#.X1qIbZNKjAJ>. Acesso em: 10 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

INCRA deve indenizar donos da fazenda Teijin. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jun-19/trf-determina-desapropriacao-indireta-indenizacao-dono-teijin>. Acesso em: 03 ago. 2019.

JUIZ determina indenização de R\$ 100 mil a familiares de preso morto dentro de penitenciária no RN: Mãe e filho de detento morto em janeiro de 2017, durante rebelião na Penitenciária Estadual do Seridó, deverão receber R\$ 50 mil cada, por danos morais. *G1 RN*, Natal, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2019/01/17/juiz-determina-indenizacao-de-r-100-mil-a-familiares-de-homem-morto-dentro-de-penitenciaria-no-rn.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2019.

MAZEAUD, Henri y Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Vol. 1. Tomo Primeiro. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

MEDEIROS, Ângelo. Município bancará indenização milionária por desapropriação de área no litoral do SC. *Poder Judiciário de Santa Catarina*, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/municipio-bancara-indenizacao-milionaria-por-desapropriacao-de-area-no-litoral-de-sc>. Acesso em: 03 jul. 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo XXII, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

NAZARETH, Lucione. Juiz manda prefeitura pagar indenização de R\$ 16 milhões de reais por desapropriação de área em VG. *VG Notícias*, Várzea Grande, 2019. Disponível em <https://www.vgnoticias.com.br/juridico/juiz-manda-prefeitura-pagar-indenizacao-de-r-16-milhoes-por-desapropriacao-de-area-em-vg/62258>. Acesso em: 03 ago. 2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *A indústria do mero aborrecimento*. Conselho Federal da OAB (site), 2016. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/52130/artigo-a-industria-do-mero-aborrecimento>. Acesso em: 20 jan. 2017.

PENNA, João Vitor. *A situação econômica das partes como critério distributivo na quantificação das indenizações*. Orientadora: Pastora do Socorro Teixeira Leal. 2018. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/10837>. Acesso em: 07 set. 2020.

PENNA, João Vitor. Danos extrapatrimoniais e pós-pandemia: notas críticas sobre a lei 14.034/20. *Portal Migalhas*, [s. l.], 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331941/danos-extrapatrimoniais-e-pos-pandemia-notas-criticas-sobre-a-lei-14034-20>. Acesso em: 7 set. 2020.

PENNA, João Vitor; FAMPA, Daniel Silva. A quantificação das indenizações por danos morais e o método bifásico na jurisprudência do STJ. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.); SANTANA, Ágatha Gonçalves. *Responsabilidade Civil no século XXI e a construção do direito de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-154.

PENNA, João Vitor; VERBICARO, Dennis; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo judiciário brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, p. 75-99, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3º ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PREFEITURA é condenada a pagar R\$ 15 milhões pela desapropriação do mocambo. *Patos Hoje, Patos de Minas*, 2010. Disponível em: <https://www.patoshoje.com.br/noticia/prefeitura-e-condenada-a-pagar-r-15-milhoes-pela-desapropriacao-do-mocambo-5888.html>. Acesso em: 15 jul. 2018.

PÜSCHEL, Flavia Portella et al. A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, Segurança e Eficiência. *Série Pensando o Direito*, Brasília, n. 37, 2011. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando\\_Direito1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf). Acesso em: 10 jan. 2018.

PÜSCHEL, Flavia Portella. O problema da “indústria dos danos morais”: Senso comum e política legislativa. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389-403.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set, p. 21-40, 2007.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Critérios para a fixação da indenização por dano moral. 2009. In: *CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADOS DE ESTADO – PGE-AL*, 35, 2009, Alagoas. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-deestudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/CRITERIOS%20PARA%20FIXACaO%20DA%20INDENIZACaO%20POR%20DANO%20MORAL.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STJ aumenta em mais de R\$ 400 mil indenização por morte de ciclista. *Consultor Jurídico*, São Paulo. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/stj-aumenta-400-mil-indenizacao-morte-ciclista>. Acesso em: 12 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

# DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DA PANDEMIA: A RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS NA “RUA” DA SOCIEDADE ATUAL

## **Karine Moura Pinheiro**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp. Professora da Universidade Federal do Pará e da Faculdade Estácio do Pará. Advogada.

## **Pastora do Socorro Teixeira Leal**

Pós-doutora em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid, Espanha. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora de graduação e de pós-graduação da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região (PA).

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O aumento da imersão da criança e do adolescente na rua da sociedade atual em face da pandemia; 2.1 Os atos praticados pelas crianças e adolescentes contra seus “colegas de rua”; 3 A responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos na “rua” da sociedade atual; 3.1 Os efeitos do abandono digital na responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos; 3.2 A concretização da responsabilidade civil dos pais no mundo virtual; 4 Considerações Finais; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

Empatia foi um termo muito empregado no período enfrentado pela pandemia em face do Coronavírus. No entanto, muitos ignoraram a importância do termo vigilância, acreditando que, pelo fato de estarem dentro das suas próprias casas, estariam protegidos dos riscos comuns da vida em sociedade. Ignoraram o fato de que a situação pandêmica fez com que muitos integrantes das famílias trouxessem para casa os ofícios que, até então, exerciam fora dela e, como consequência, o acúmulo de obrigações gerou a transformação de uma obrigação originária em obrigação derivada, no que diz respeito a obrigação de vigilância inobservada.

As obrigações possuem diversas fontes: ato ilícito, lei ou vontade das partes. Nesse sentido, a concepção de um filho, a despeito do elemento volitivo que permeia este ato, faz surgir uma obrigação originária, cuja fonte é a lei, insculpida, de forma elucidativa no artigo 1.634<sup>1</sup> do Código Civil - CC, que enumera alguns dos atributos do "poder familiar"<sup>2</sup>.

Segundo a legislação, é dever dos pais dirigir-lhes a criação e a educação, bem como o exercício da guarda, seja ela unilateral ou compartilhada. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA acrescenta que esse atributo deve ser observado prioritariamente pelos pais da criança e do adolescente, ao descrever, em seu artigo 22<sup>3</sup>, que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

O parágrafo único do supracitado artigo determina que a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais, deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos naquela lei.

Observa-se que o vínculo que une os pais aos filhos vai muito além de uma relação de afeto. O vínculo legal que os une se trata de um liame obrigacional de observância de deveres de cuidado, vigilância e convívio para que seja dirigida a criação e educação de um menor de idade, tal qual previsto nas normas legais já mencionadas.

Esse dever obrigacional revela que a responsabilidade parental (mais conhecida como poder familiar) traduz uma prestação obrigacional cujo objeto imediato é uma obrigação de fazer personalíssima, uma vez que a legislação é muito clara em atribuir essa incumbência àqueles que exercem a função de "pais", verdadeiros responsáveis pelo desenvolvimento sociopsicológico da criança.

Portanto, muito mais que uma obrigação de prestar alimentos - que igualmente se revela uma obrigação de fazer (dever de sustento) na relação oriunda do poder familiar, cujo descumprimento permite inclusive a coerção física de o prestar; o dever de cuidado e vigilância, outrossim, deve ser observado pelos detentores da responsabilidade parental, sob pena de sofrer as consequências legais pelo seu respectivo inadimplemento, que culminará

---

1 BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 06 out. 2019.

2 Segundo Maria Berenice Dias, a expressão "poder familiar" adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, possuindo uma conotação machista flagrante ao só mencionar o poder do pai com relação aos filhos, assim, explica a autora, que, como se trata de termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento isonômico dos filhos impuseram a mudança. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.456).

3 BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 06 out. 2019.

na obrigação derivada, que é a responsabilidade civil do inadimplente da obrigação originária.

Gagliano e Pamplona Filho explicam que a obrigação, em sentido estrito, corresponde ao dever do sujeito passivo de satisfazer a prestação positiva ou negativa em benefício do credor, ao passo que a responsabilidade se refere à autorização legal do credor acionar o devedor em face do seu inadimplemento, alcançando o seu patrimônio para responder pela prestação<sup>4</sup>.

A regra é que o devedor inadimplente responda diretamente pela inobservância de sua obrigação originária, contudo, sabe-se que essa regra não é absoluta, uma vez que na seara da Responsabilidade Civil resguarda-se a possibilidade de alguém responder por fato de terceiro que lhe esteja vinculado juridicamente. É o caso existente do vínculo jurídico estabelecido entre os pais e seus filhos menores. Essa responsabilidade decorre justamente em face do dever de cuidado e vigilância que os pais possuem em face de sua prole, ou mesmo daquele responsável legalmente pelo menor de idade.

Diante do quadro pandêmico enfrentado pela sociedade, as crianças e os adolescentes também sofreram consequências na sua rotina, foram obrigados a migrarem parte do seu turno externo na escola para um turno em casa, longe dos cuidados dos educadores e do convívio social físico com os amigos. Significa dizer que deixaram de se relacionar de forma presencial com o seu meio social e passaram a relacionar-se de forma exclusivamente remota, via digital, com os seus pares.

Essa situação foi fruto de uma força maior, obviamente que não era intenção das instituições de ensino cessarem suas atividades presenciais para “impor” aos menores de idade o contato direto com a mídia para fins de cumprimento do calendário escolar. Mas o fato é que as crianças e os adolescentes foram obrigados a ter um contato mais intenso e direto com as mídias, vinculadas pela internet, chegando ao ponto de uma superexposição. Algo que estaria pondo em risco sua integridade.

Pinheiro faz uma pergunta categórica: “e onde estão os pais?”<sup>5</sup> A jurista parte do entendimento de que os pais têm responsabilidade civil de vigiar os filhos, e por essa razão precisam saber que, segundo a autora: “a internet é a rua da sociedade atual”. Dessa forma, uma obrigação originária de vigiar pode estar sendo negligenciada e a consequência é o surgimento de uma obrigação derivada, que é responsabilidade civil dos pais diante dos atos praticados pelos seus filhos na “rua” da sociedade atual.

## **2 O AUMENTO DA IMERSÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA RUA DA SOCIEDADE ATUAL EM FACE DA PANDEMIA**

Não há que se olvidar que o distanciamento social em função da pandemia fez com que as pessoas passassem a exercer de casa as funções desempenhadas no trabalho externo. E esse trabalho, conhecido como *home office*, contemplou inúmeras profissões. Não obstante, outras profissões não puderam ser exercidas de forma remota, como o caso das empregadas domésticas, babás, diaristas, dentre outros. Essa realidade fez com que o acúmulo de tarefas desempenhadas pelos pais dentro de casa não permitisse o acompanhamento efetivo das crianças e dos adolescentes em seus lares, sobretudo no que diz respeito ao dever de vigilância.

Estudos apontam que a pandemia trouxe um aumento significativo da imersão das

---

4 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 212.

5 PINHEIRO, Patricia Peck. *Abandono digital*. 2014. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/patriciapeck-pinheiro/abandono-digital\\_a\\_21670532/](https://www.huffpostbrasil.com/patriciapeck-pinheiro/abandono-digital_a_21670532/). Acesso em: 16 out. 2020.

crianças e dos adolescentes na internet. Foi realizada uma pesquisa em 21 estados brasileiros e se constatou que 8, em cada 10 lares, os pais têm buscado a internet como solução de entretenimento para as crianças e adolescentes, a fim de permitir o equilíbrio entre o trabalho e as tarefas de casa<sup>6</sup>.

Recente estudo indiano, realizado com o intuito de pesquisar o impacto da quarentena na saúde das crianças, constatou que cerca de 65% delas estão viciadas em dispositivos eletrônicos. De acordo com a pesquisa, durante o período de afastamento social em função do Coronavírus, dobrou e, em certos casos, triplicou o tempo de tela das crianças. Um dos fatores apontados da pesquisa foi justamente o fato de a maioria das escolas envolverem crianças em aulas online por, em média, 3 horas por dia<sup>7</sup>.

De acordo com o Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernanda Filgueiras – IFF/Fiocruz, o impacto da pandemia na infância teria efeitos diretos e indiretos. Para o Instituto, os diretos estariam relacionados com as manifestações clínicas da COVID-19, ao passo que os indiretos seriam os efeitos reflexos da doença, que inclui, dentre outros, prejuízos no ensino, na socialização e no desenvolvimento, em face do fechamento das creches e colégios, o afastamento do convívio familiar ampliado, com amigos e com toda rede de apoio agravando vulnerabilidades, o estresse (e sua toxicidade associada), que afeta enormemente a saúde mental de crianças e adolescentes, gerando um claro aumento de sintomas de depressão e ansiedade, bem como o exagero no uso de mídias/telas, como televisão, computadores, tablets e smartphones.<sup>8</sup>

Segundo o IFF/Fiocruz, a comunicação, a escuta e o acolhimento das diferentes percepções podem contribuir para ajudar as crianças e adolescentes a compreenderem a situação delicada que estamos vivendo, fazendo-se imprescindível dosar a qualidade de informações. Nesse sentido, ressalta que, embora a inserção digital tenha sido um importante recurso para encontros virtuais, contribuindo com a manutenção dos laços sociais e afetivos, devendo ter mais flexibilidade em seu uso nesse momento, destaca que o tempo diante das telas precisa ser observado, com acompanhamento da adequação e a qualidade do conteúdo.<sup>9</sup>

Portanto, diante dos efeitos indiretos da COVID-19 na criança e no adolescente, a obrigação de vigilância não pode ser negligenciada pelos seus responsáveis legais, pois, se considerarmos a internet a atual rua da sociedade, como sustenta Pinheiro, os pais estarão abandonando as crianças e adolescentes na calçada digital da internet<sup>10</sup> e, como consequência, deverão responder pelos danos que seus filhos vierem a causar aos seus “colegas de rua”.

## **2.1 Os atos praticados pelas crianças e adolescentes contra seus “colegas de rua”**

Conviver em comunidade é um desafio e tanto para qualquer indivíduo, imagina para aqueles que estão em plena transformação física e psicológica. De acordo com Silva, Viana e

---

6 *Oito em cada dez famílias permitem maior uso de telas por crianças durante pandemia*. UOL [online]. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/pernambuco/2020/07/11956922-oito-em-cada-dez-familias-permitem-maior-uso-de-telas-por-criancas-durante-pandemia.html>. Acesso em: 16 out. 2020.

7 *Telas x Pandemia: 65% das crianças estão viciadas em eletrônicos*. Revista Crescer [online]. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Crianças/Comportamento/noticia/2020/07/telas-x-pandemia-65-das-criancas-estao-viciadas-em-eletronicos.html>. Acesso em: 16 out. 2020.

8 *COVID-19 e Saúde da Criança e do Adolescente*. Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernanda Filgueiras – IFF/Fiocruz. Disponível em: [http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19\\_saude\\_crianca\\_adolescente.pdf](http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19_saude_crianca_adolescente.pdf). Acesso em: 15 out. 2020, p.7.

9 *COVID-19 e Saúde da Criança e do Adolescente*. Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernanda Filgueiras – IFF/Fiocruz. Disponível em: [http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19\\_saude\\_crianca\\_adolescente.pdf](http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19_saude_crianca_adolescente.pdf). Acesso em: 15 out. 2020, p.24.

10 PINHEIRO, Patricia Peck. *Abandono digital*. 2014. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/patriciapeck-pinheiro/abandono-digital\\_a\\_21670532/](https://www.huffpostbrasil.com/patriciapeck-pinheiro/abandono-digital_a_21670532/). Acesso em: 16 out. 2020.

Carneiro, o desenvolvimento mental tem relação com a interação do organismo com o meio. Baseiam-se na teoria de Piaget, cujo objetivo é mostrar como o indivíduo vai evoluindo, desde os primeiros meses da vida, até adquirir uma solidez e uma consistência própria, que acaba por o distinguir do resto do meio onde está contido<sup>11</sup>.

Os estudiosos explicam que a criança vai se ajustando à realidade circundante à medida em que evolui, aumentando a eficácia de superação das inúmeras situações com que se confronta. Os adolescentes, nas relações sociais, passam por um processo de se caracterizar por uma fase de interiorização, preconcebida como antissocial, pois se afasta da família, não aceita conselhos dos adultos, entretanto, o mesmo estaria apenas refletindo sobre a sociedade. O adolescente vive conflitos no período da afetividade, e acaba por querer libertar-se do adulto, no entanto, seu desejo é ser aceito pelos amigos e pelos adultos. Dessa forma, Silva, Viana e Carneiro informam que o grupo de amigos é um importante referencial para o jovem, influenciando nas palavras, vestimentas e outros aspectos de seu comportamento. Para os estudiosos, é nesse momento que ele começa a estabelecer sua moral individual, cuja referência é a moral do grupo<sup>12</sup>.

Partindo desse entendimento, constata-se o quanto a interação do adolescente com o seu grupo de amigos é importante para a sua formação psíquica, além de ser determinante para o seu comportamento social. Há algum tempo atrás, essa interação social acontecia principalmente fora de casa, nas escolas, cursos e ruas. A forma como se relacionavam e se expressavam era predominantemente verbal e restrita ao grupo social em que conviviam. Atualmente, com a internet e as redes sociais, sobretudo com o isolamento social em face da pandemia, a interação social do adolescente passou a ser predominantemente escrita, traduzida por imagens, mas não restrita ao grupo social de convivência, o que significa dizer que os atos por eles praticados nas "ruas" da sociedade atual passaram a estar registrados e alcançar pessoas indefinidas.

Segundo Fortim e Martinez, as redes sociais fazem parte das tecnologias da informação e comunicação e ajudam os jovens a construir suas identidades, aprender sobre o mundo, além de se expressar e se relacionar. Os pesquisadores constataram que o uso das redes sociais é mais frequente entre os adolescentes, alcançando quase uma unanimidade entre aqueles na faixa de 15 a 17 anos, cujo acesso tem se tornado uma das três atividades mais frequentes entre crianças e adolescentes, ficando atrás apenas do uso da internet para envio de mensagens instantâneas e para pesquisas escolares<sup>13</sup>.

Fortim e Martinez explicam que grande parte da interação no ambiente digital é medida tanto pelas redes sociais quanto pelos comunicadores instantâneos. Os pesquisadores apontaram que essa forma de interação social entre as crianças e os adolescentes tem proporcionado determinadas práticas de discriminação entre eles dentro do mundo digital<sup>14</sup>. Os atos por eles praticados se tornaram mais complexos, com repercussão direta no direito da

---

11 SILVA, Paulo Sérgio Modesto da; VIANA, Meire Nunes; CARNEIRO, Stania Nágila Vasconcelos. *O desenvolvimento da adolescência na teoria de Piaget*. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0250.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

12 SILVA, Paulo Sérgio Modesto da; VIANA, Meire Nunes; CARNEIRO, Stania Nágila Vasconcelos. *O desenvolvimento da adolescência na teoria de Piaget*. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0250.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

13 FORTIM, Ivelise; MARTINEZ, Mateus Donia. *REDES SOCIAIS E INDICADORES DE SAÚDE MENTAL NAS PESQUISAS TIC KIDS ONLINE BRASIL (2013–2017)*. Disponível em [https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic\\_kids\\_online\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 17 out. 2020.

14 FORTIM, Ivelise; MARTINEZ, Mateus Donia. *REDES SOCIAIS E INDICADORES DE SAÚDE MENTAL NAS PESQUISAS TIC KIDS ONLINE BRASIL (2013–2017)*. Disponível em [https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic\\_kids\\_online\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 17 out. 2020.

personalidade uns dos outros, seja pelo uso de expressões ofensivas (que até, então, ficava restrita ao mundo dos fatos) ou pela divulgação indevida de imagens, cuja circulação ultrapassou o mundo dos fatos e passou a ter acesso ao mundo das provas. E mais, determinados atos foram conceituados, a fim de identificar com mais nitidez o que eles representam.

Um desses atos ficou conhecido como *cyberbullying*, que representa o emprego virtual do termo famoso e tão debatido *bullying*, constituindo, segundo Alves, violação de direito à identidade da pessoa, decorrente da intenção de empreender agressões de maior extensão, com práticas de discriminação, perseguição e a exclusão da vítima do grupo social<sup>15</sup>. Com a internet, esse tipo de prática passou a se dar em redes sociais, cuja exposição da vítima tornou-se ainda mais exacerbada. Fortim e Martinez, revelam que, em 2017, 54% dos adolescentes, entre 15 a 17 anos, disseram que já viram alguém sendo discriminado *on-line*, ao passo que 39% dos entrevistados informaram que a principal delas estaria relacionada com a cor ou a raça<sup>16</sup>.

Outro ato praticado por adolescentes nos ambientes virtuais ficou conhecido como *sexting*<sup>17</sup>, que, segundo Alves, seria a prática de produção e compartilhamento de imagens ou vídeos, sensuais e lascivos, em exposição de atos de natureza sexual ou erótica. A situação se agrava ainda mais, quando o autor do ilícito cria um perfil falso, mais conhecido como *fake*, impedindo que se identifique o autor do ato<sup>18</sup>.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, o distanciamento social acabou por não conferir alternativa para se manter o trabalho ou o relacionamento com familiares, clientes e amigos, algo que contribuiu para o aumento da utilização da tecnologia para a interação social, entretanto, alerta que aumentou em ordem diretamente proporcional as dificuldades e problemas que podem estar mais com os pais e não com os filhos, em face do desconhecimento e da falta de informação<sup>19</sup>.

Nesse sentido, o IBDFAM faz o alerta:

A discussão da autonomia para utilização, especialmente no que se refere aos adolescentes, passa necessariamente pela necessária possibilidade de responsabilização de quem deseja exercer a liberdade. Dito de outro modo, se quero agir livremente, preciso estar preparado para responder por meus atos e isso passa pelo desenvolvimento de uma consciência e educação para a vida digital, que deve ser compromisso de todos os integrantes do núcleo familiar<sup>20</sup>.

15 ALVES, Jones Figueirêdo. *Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#_ftnref1). Acesso em: 17 out. 2020.

16 FORTIM, Ivelise; MARTINEZ, Mateus Donia. *Redes sociais e indicadores de saúde mental nas pesquisas tic kids online brasil (2013-2017)*. Disponível em: [https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic\\_kids\\_online\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 17 out. 2020.

17 Alves informa que pesquisas indicam que o *sexting* tem sido utilizado por cerca de um quinto dos adolescentes nos Estados Unidos, e apresenta o caso que tornou-se conhecido como "Jessica Logan", cujo namorado, após a ruptura do relacionamento, teria compartilhado, com um grande número de alunos de escolas da comunidade em que moravam, a foto que a adolescente lhe enviara com o corpo nu. A consequência do ato do compartilhamento foi o suicídio da autora da imagem por enforcamento em 2008. (ALVES, Jones Figueirêdo. *Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#_ftnref1). Acesso em: 17 out. 2020).

18 ALVES, Jones Figueirêdo. *Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#_ftnref1). Acesso em: 17 out. 2020

19 *Abandono digital: responsáveis devem estar atentos à exposição de crianças e adolescente na internet*. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7662/Abandono+digital%3A+respons%C3%A1veis+devem+estar+atentos+%C3%A0+exposi%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+internet>. Acesso em: 17 out. 2020.

20 *Abandono digital: responsáveis devem estar atentos à exposição de crianças e adolescente na internet*. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7662/Abandono+digital%3A+respons%C3%A1veis+devem+estar+atentos+%C3%A0+exposi%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+internet>. Acesso em: 17 out. 2020.



Se as crianças e os adolescentes têm permissão dos pais para frequentar as “ruas” da sociedade atual, reunindo-se com seus colegas virtuais, sem apresentá-los aos seus responsáveis legais ou mesmo sem ter hora para voltar para “casa”, os pais precisam compreender que o direito lhes atribuído como consequência: responsabilidade civil por ato de terceiros ou responsabilidade indireta.

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS NA “RUA” DA SOCIEDADE ATUAL**

A falsa percepção de que os filhos estão seguros dentro de casa, sobretudo quando, em função do isolamento social, estariam necessariamente na presença dos pais, precisa ser demonstrada. White alerta que a solene responsabilidade repousa sobre os pais de educarem os filhos de tal maneira que, ao saírem para o convívio em sociedade façam o bem e não o mal aos outros, por essa razão orienta os pais a jamais, seja qual for o motivo, considerar leviana a obra de educar seus filhos, muito menos negligenciá-los<sup>21</sup>.

Embora essa responsabilidade repouse sobre os pais, sabe-se que nossa realidade social apresenta crianças e adolescentes que possuem como responsáveis legais terceiros que não seus genitores, mas que os ligam em face do afeto, albergado implicitamente pela Constituição Federal e que culminou na normatização do princípio da pluralidade de entidades familiares<sup>22</sup>.

De acordo com o Código Civil, não apenas os pais são responsáveis pelos atos praticados pelos seus filhos menores, mas também seus tutores que tiverem sobre eles autoridade e companhia<sup>23</sup>. O que se precisa ter em mente é que o dever de vigilância e guarda é o liame jurídico que une o autor do ato ilícito e o terceiro que assumirá a obrigação derivada.

A doutrina civilista reconhece essa obrigação derivada como responsabilidade por fato de outrem ou responsabilidade indireta. Cavalieri Filho explica que não seria muito próprio falar em fato de outrem, pois o autor material do dano é apenas a causa imediata, cuja mediata é a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância, portanto, considera ser esta causa eficiente do ato ilícito, logo, a infração do dever de vigilância geraria a responsabilização por fato próprio e não por fato de outrem.<sup>24</sup>

O legislador civil normatiza que os pais ou tutores respondem ainda que não haja culpa de sua parte<sup>25</sup>, o que significa dizer que a responsabilidade imputada aos responsáveis legais do menor de idade é objetiva e não subjetiva, não cabendo alegação de que não teriam contribuído para o dano, ou mesmo que se teria feito o possível para evitá-lo.

Segundo Braga Netto, Chaves de Farias e Rosenvald, essa hipótese de responsabilidade civil não se fundamenta na culpa dos pais por não terem impedido o filho de praticar o ato, a obrigação de reparar os danos repousa no risco assumido por quem o fez nascer ou dele tirou proveito, essa teria sido a opção do legislador por substituir a presunção da culpa pela responsabilidade objetiva<sup>26</sup>. Entretanto, Cavalieri Filho critica ao afirmar que os pais assumem

---

21 WHITE, Ellen G. *Orientação da criança*. Tradução Renato A. Bivar. 9 ed. Tatuí – São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2007, p. 21.

22 “Com a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 52).

23 Previsão do artigo 932 do Código Civil Brasileiro (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 18 out. 2020).

24 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 205.

25 Previsão do artigo 933 do Código Civil Brasileiro (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 18 out. 2020).

26 BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de Responsabilidade Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 608.

o risco pelo fato de optarem por colocar um filho no mundo, considerando um exagero falar em risco de se ter um filho ou assunção do risco em ser pai, situação essa que seria ainda mais agravada quando se fala na suposta assunção do risco por um tutor ou curador, uma vez que tal função constitui um verdadeiro *múnus publicum*<sup>27</sup>.

Para Cavalieri Filho, a responsabilidade objetiva decorre do fato de a obrigação legalmente imposta de cuidado e vigilância, portanto, o simples fato de ser pai ou mãe (ou tutor ou curador) já lhe imputa essa responsabilidade de responder pelos atos praticados por seus pupilos. Entretanto, ressalva que, quanto ao ato dos menores de idade, a responsabilidade permanece subjetiva, havendo necessidade de se provar que o ato é considerado culposo, o que significa dizer que deve se interpretar a norma no sentido de que, somente haverá responsabilidade dos pais, e, conseqüentemente obrigação de indenizar, se o ato praticado pelo menor de idade for considerado culposo se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável. Desse modo, seus responsáveis não poderão ser demandados caso o menor de idade agisse em condições em que não se pudesse atribuir culpa alguma se o ato fosse praticado por alguém imputável<sup>28</sup>.

Tartuce esclarece que foi banida a presunção relativa da culpa, como a culpa presumida dos pais, anteriormente configurada pela culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, a qual foi substituída pela responsabilidade sem culpa, de natureza objetiva que impescinde da prova de culpa dos filhos, tutelados ou curatelados<sup>29</sup>. Por essa razão, se torna ainda mais necessária a observância do dever de cuidado e vigilância dos pais em relação aos seus filhos, sobretudo quando estes estão nas "calçadas da rua" atual, pois muitos estão completamente abandonados, vulneráveis aos riscos que essa superexposição oferece.

### 3.1 Os efeitos do abandono digital na responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos

White ensina que a educação de uma criança deve iniciar-se no lar, sendo ali a sua primeira escola, tendo seus pais (ou tutores) como instrutores por toda a vida, que lhes deverão ensinar lições de respeito, reverência e domínio próprio, por esse motivo adverte que a educação no lar jamais deverá ser considerada secundária<sup>30</sup>. Essa missão, de educar, vigiar, cuidar atribuída aos pais ou tutores jamais deverá ser negligenciada, pois, como visto, essa omissão repercute da responsabilidade civil do negligente, do omissor.

Muitos pais estão abandonando seus filhos dentro da própria casa, ignorando o dever de cuidado, educação e vigilância a eles impostos pela própria lei, em que pese a prescindibilidade de tal normatização. Ignoram que a "rua" agora adentrou ao lar e, portanto, o abandono do menor de idade agora tornou-se digital, conhecido pela doutrina moderna como "abandono digital". Para Pereira, esse ato "é a negligência dos pais com relação à segurança dos filhos no ambiente virtual"<sup>31</sup>, representando a ausência de fiscalização ou supervisão da vida virtual dos filhos. Segundo Alves:

o abandono digital é a negligência parental configurada por atos omissos dos genitores, que descuidam da segurança dos filhos no ambiente ciberné-

27 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 206.

28 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.206-207.

29 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Volume único. 5 ed. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 526.

30 WHITE, Ellen G. *Orientação da criança*. Tradução Renato A. Bivar. 9 ed. Tatuí – São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2007, p. 17 e 18.

31 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O que significa abandono digital e qual o impacto na vida dos filhos*. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-significa-abandono-digital-e-qual-o-impacto-na-vida-dos-filhos/#:~:text=Abandono%20digital%20%C3%A9%20a%20neglig%C3%A2ncia,crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual>. Acesso em: 18 out. 2020.

tico proporcionado pela internet e por redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeras situações de risco e de vulnerabilidade.<sup>32</sup>

O IBDFAM informa que uma das consequências da pandemia do Coronavírus tem sido a superexposição das crianças e adolescentes às telas e ao mundo digital, tornando-se um terreno de novos conflitos e aumento de antigos perigos, deixando-os mais suscetíveis ao abandono digital, configurando negligência dos pais a ausência de supervisão, pois a autoridade parental vale tanto para o mundo físico, analógico, quanto para o ciberespaço<sup>33</sup>.

Segundo Ehrhardt, vice-presidente da Comissão Nacional de Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a ausência de informações às crianças e adolescentes sobre o uso dos programas e demais recursos digitais também configura o abandono digital, necessitando definir para eles o que seria considerado boas práticas<sup>34</sup>. Afinal, os pais possuem responsabilidade parental perante seus filhos, precisando estar preparados para responder pelos atos por eles praticados nas “ruas”, mesmo estando dentro de casa.

### 3.2 A concretização da responsabilidade civil dos pais no mundo virtual

Alguns julgados já demonstram que o abandono digital, embora seja considerado por alguns doutrinadores como ato ilícito praticado em face do menor de idade, capaz de repercutir, inclusive na perda do poder familiar nos moldes do artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro<sup>35</sup>, isto porque a inobservância do dever de cuidado e vigilância tem ocasionado a prática de atos ilícitos pelos menores nas “ruas” da sociedade atual e, como consequência da responsabilidade objetiva, os pais estão sendo condenados à reparação civil.

Em 2010 tornou-se público o Acórdão da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria da desembargadora Liége Puricelli Pires, que condenou uma mãe a pagar o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) pelos danos que seu filho, menor de idade, teria causado. Segundo relatado, ele teria copiado e alterado fotos do colega, dando origem a um fotolog, postando mensagens levianas e ofensivas, além de fazer montagens fotográficas nas quais o colega aparece com chifres ou com o rosto ligado a um corpo de mulher. O ato ilícito praticado pelo menor de idade foi considerado *cyberbullying*, que violou o direito da personalidade do colega, como à imagem e à honra, e a mãe do autor respondeu pela inobservância do dever de guarda, orientação e zelo pelo filho<sup>36</sup>.

Em setembro de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou ser responsabilidade primária dos pais pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores de idade, não podendo as crianças e adolescentes responderem de forma direta. O caso relata que uma adolescente

32 ALVES, Jones Figueirêdo. *Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#_ftnref1). Acesso em: 17 out. 2020.

33 *Abandono digital: responsáveis devem estar atentos à exposição de crianças e adolescente na internet*. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7662/Abandono+digital%3A+respons%C3%A1veis+devem+estar+atentos+%C3%A0+exposi%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+internet>. Acesso em: 17 out. 2020.

34 *Abandono digital: responsáveis devem estar atentos à exposição de crianças e adolescente na internet*. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7662/Abandono+digital%3A+respons%C3%A1veis+devem+estar+atentos+%C3%A0+exposi%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+internet>. Acesso em: 17 out. 2020.

35 Código Civil, art. 1.638: “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] II - deixar o filho em abandono” (BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 18 out. 2020).

36 *Mãe é responsabilizada por ofensas do filho na web*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-02/mae-responsabilizada-cyberbullying-praticado-filho>. Acesso em: 18 out. 2020.

teria postado nas redes sociais uma foto sua, comparando-a com a foto da empregada da escola, fazendo uma montagem com uma legenda difamatória<sup>37</sup>.

Em março de 2016, outro recurso foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso em análise uma adolescente divulgou nas redes sociais uma fotomontagem de outra adolescente, com comentários desabonadores, como "maria gasolina", tendo repercussão perante terceiros, que igualmente debocharam do teor da imagem postada. Assim, o tribunal responsabilizou os pais da menor de idade pelo dano moral causado a outra adolescente, condenando-os ao pagamento de R\$7.000,00 (mil reais)<sup>38</sup>.

Em fevereiro de 2020, outro julgado que repercutiu foi o fato de o Tribunal de Justiça de São Paulo ter condenado os pais de um adolescente a pagarem o valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) por danos morais, por ter o filho compartilhado, via *whatsapp*, fotos íntimas de sua ex-namorada.<sup>39</sup>

Esses são apenas alguns exemplos de como a responsabilidade civil dos pais está sendo concretizada em face do abandono digital de seus filhos em face dos atos ilícitos que estes têm praticado nas "ruas" atuais, mesmo estando dentro de casa, supostamente sob a guarda e companhia de seus genitores. Agora imaginemos o que há de vir, após a superexposição das crianças e dos adolescentes ao mundo digital em face do isolamento social provocado pela pandemia.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade, que segundo a Constituição Federal da República, tem como base a família<sup>40</sup>, precisa compreender que as crianças e os adolescentes são seres vulneráveis e que a proteção integral dos mesmos, alvo da norma constitucional<sup>41</sup>, não se limita a tê-los sob guarda e companhia, o dever de cuidado e vigilância estão, também, na "rua" que passa dentro das casas. Afinal, como exposto, a internet se tornou a "rua" da sociedade atual, e como tal, está dentro dos lares.

A pandemia, conforme pesquisas apontadas, apenas acentuou a superexposição de nossas crianças e adolescentes ao mundo digital, que agora passaram a ter as redes sociais como principal forma de interação social e, como consequência, sofreram os efeitos

37 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº. 4003600-47.2013.8.26.0602*. Apelante: Camila Fabiele de Proença. Apelada: Rebeca Salto Laino e Sistema Educacional Sorocaba - EIRELI. Magistrado: José Eliar Themer. Julgado em: 22 set. 2015. São Paulo. SP. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=8832802&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_ef83146e8a1549a585e00fe9cf51dd6a&g-recaptcha-response=03AGdBq27\\_S2CjaoDwQPY4DBalJTyQgSxyqwDQFW2\\_DqYkv0GWiPeyle6un0wUMjPepHXjybp5nq4T-Q1hVrCgLLi3A4HHVEglf3dUncpufqm-0mzNi6QnfoK2Xsqb0BawL6Ow2f3BfdrDsBT35v19ufr21I8VKIKDGew4Qukc\\_23Ycaq2MR\\_aNgUQBokOPE-g-Dadeu0bh0hRITgMsbM4s-ly03gCmB9GYZOE6EBaYVW8e20bZctNvLso-N6c7cG3GIAGwMUbkBgrJMBGYfp4sNpsGcaGbEaÑHRGbNdfxSUA-V6Bkc1pc-6DI-8MI73RhAA6M30yDqK09xT0GetoUw2CaJunZWISA2Lz74BHdV-JFmGzlddKCYSaBvBRP8urUKhRzuTB8JMLp-5biktyYUOM3N\\_WA-kBakBu6law\\_4dxU3a05Gd-7GUBX37w2RSGmWT31aa8xRQA9PhluPe419H9jcYcmKFm2q7Fg](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=8832802&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_ef83146e8a1549a585e00fe9cf51dd6a&g-recaptcha-response=03AGdBq27_S2CjaoDwQPY4DBalJTyQgSxyqwDQFW2_DqYkv0GWiPeyle6un0wUMjPepHXjybp5nq4T-Q1hVrCgLLi3A4HHVEglf3dUncpufqm-0mzNi6QnfoK2Xsqb0BawL6Ow2f3BfdrDsBT35v19ufr21I8VKIKDGew4Qukc_23Ycaq2MR_aNgUQBokOPE-g-Dadeu0bh0hRITgMsbM4s-ly03gCmB9GYZOE6EBaYVW8e20bZctNvLso-N6c7cG3GIAGwMUbkBgrJMBGYfp4sNpsGcaGbEaÑHRGbNdfxSUA-V6Bkc1pc-6DI-8MI73RhAA6M30yDqK09xT0GetoUw2CaJunZWISA2Lz74BHdV-JFmGzlddKCYSaBvBRP8urUKhRzuTB8JMLp-5biktyYUOM3N_WA-kBakBu6law_4dxU3a05Gd-7GUBX37w2RSGmWT31aa8xRQA9PhluPe419H9jcYcmKFm2q7Fg). Acesso em: 18 out. 2020.

38 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº. 1003435-92.2014.8.26.0286*. Apelante: Milena Santana Tricta Mantovani. Apelada: Rafaela Pereira Cirino. Magistrado: Fernando França Viana. Julgado em: 22 set. 2015. São Paulo. SP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9268613&cdForo=0>. Acesso em: 18 out. 2020.

39 *Pais indenizarão ex-namorada do filho por divulgação de fotos íntimas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-10/pais-indenizarao-ex-namorada-filho-divulgacao-fotos>. Acesso em: 18 out. 2020.

40 CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 out. 2020).

41 CF, art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 out. 2020).

indiretos da COVID-19 já relatados, como o agravamento da vulnerabilidade, o estresse, que afetou enormemente os menores de idade, gerando um claro aumento de sintomas de depressão e ansiedade<sup>42</sup>.

Diante desse cenário, os atos ilícitos praticados por crianças e adolescentes no mundo virtual passarão a ter maiores proporções, em face do aumento da intensidade do uso da internet pelos autores dos atos e do agravamento da vulnerabilidade das vítimas. Consequentemente, a responsabilidade civil será protagonista, e terá como coadjuvante os pais (ou tutores), pelo abandono digital de seus pupilos ou pela negligência do seu dever de vigiar e cuidar.

Muitos ainda ignoram que os atos ilícitos praticados pelos filhos foram além daqueles praticados da porta de casa para a rua, atualmente estão sendo praticados da porta de casa para a rua virtual (que está dentro da própria casa), e os danos causados ultrapassaram a esfera dos fatos, alcançando a esfera das provas, extremamente contundentes com os registros digitais. Por essa razão o cuidado e a vigilância perpassam pelo diálogo, a formação do caráter e a educação da criança e do adolescente. White explica que isso se inicia desde o bebê, quando ainda no colo da mãe, cujo caráter já está sendo moldado, e a educação não se resume a enviar os filhos para escola (sobretudo nos tempos atuais), compreende todo o processo pelo qual a criança é instruída, desde o berço à infância, da infância à juventude, e da juventude à maturidade. Assim, afirma a educadora: "logo que uma criança é capaz de formar ideia, deve começar sua educação"<sup>43</sup>.

Não se trata de uma faculdade, mas de um dever legal imposto aos pais (ou tutores), e, como demonstrado, a inobservância do cuidado e da vigilância vai repercutir na responsabilidade civil do inadimplente. Portanto, o desafio dos pais tornou-se ainda maior diante da pandemia, mas, se procurarem aperfeiçoar suas atribuições de deveres, retirarão seus filhos das calçadas das "ruas" das suas próprias casas ou estarão ao seu lado, supervisionando quem se aproxime deles.

## REFERÊNCIAS

*Abandono digital: responsáveis devem estar atentos à exposição de crianças e adolescente na internet.* Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7662/Abandono+digital%3A+respons%C3%A1veis+devem+estar+atentos+%C3%A0+exposi%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+internet>. Acesso em: 17 out. 2020.

ALVES, Jones Figueirêdo. *Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede.* Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#\\_ftnref1](https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet#_ftnref1). Acesso em: 17 out. 2020.

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de Responsabilidade Civil.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 06 out. 2019.

---

42 *COVID-19 e Saúde da Criança e do Adolescente.* Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernanda Filgueiras – IFF/ Fiocruz. Disponível em: [http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19\\_saude\\_crianca\\_adolescente.pdf](http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19_saude_crianca_adolescente.pdf). Acesso em: 15 out. 2020, pag. 7.

43 WHITE, Ellen G. *Orientação da criança.* Tradução Renato A. Bivar. 9 ed. Tatuí – São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2007, p. 26.



BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº. 1003435-92.2014.8.26.0286*. Apelante: Milena Santana Tricta Mantovani. Apelada: Rafaela Pereira Cirino. Magistrado: Fernando França Viana. Julgado em: 22 set. 2015. São Paulo. SP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9268613&cdForo=0>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível nº. 4003600-47.2013.8.26.0602*. Apelante: Camila Fabiele de Proença. Apelada: Rebeca Salto Laino e Sistema Educacional Sorocaba - EIRELI. Magistrado: José Eliar Themer. Julgado em: 22 set. 2015. São Paulo. SP. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=8832802&cdForo=0&uid-Captcha=sajcaptcha\\_ef83146e8a1549a585e00fe9cf51dd6a&g-recaptcha-response=03AGdBq27\\_S2CjaoDwQPY4DBaLJTqgSxyqwDQFW2\\_DqYkv0GWiPeyle6un0wUMjPepHXjybip5nq4TQ1hVrC-gLLi3A4HHVEgIfb3dUncpufqm-OmzNI6QnfoK2XSqb0BawL6Ow2f3BfdrDsBT35vI9ufr21I8VKIKD-Gew4Qukc\\_23Ycaq2MR\\_aNgUQBoKOPEg-Dadeu0bh0hRITgMsbM4s-ly03gCmB9GYZOE6EBaY-VW8e2ObZctNvLso-N6c7cG3GIAGwMUbKBgrJMBGYfp4sNpsGcaGbEaNHrgbNdfxSUaV6Bkc1pc-6DI-8MI73RhAA6M30yDqK09xT0GetoUw2CaJunZWISA2Lz74BHdV-JFmGzIddKCYSaBvBRP8u-rUKhRzuTB8JMLp-5biktyYUOM3N\\_WakBakBu6law\\_4dxU3a05Gd-7GUBX37w2RSGmWT31aa8xR-QA9PhluPe419H9jcYcmKFm2q7Fg](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=8832802&cdForo=0&uid-Captcha=sajcaptcha_ef83146e8a1549a585e00fe9cf51dd6a&g-recaptcha-response=03AGdBq27_S2CjaoDwQPY4DBaLJTqgSxyqwDQFW2_DqYkv0GWiPeyle6un0wUMjPepHXjybip5nq4TQ1hVrC-gLLi3A4HHVEgIfb3dUncpufqm-OmzNI6QnfoK2XSqb0BawL6Ow2f3BfdrDsBT35vI9ufr21I8VKIKD-Gew4Qukc_23Ycaq2MR_aNgUQBoKOPEg-Dadeu0bh0hRITgMsbM4s-ly03gCmB9GYZOE6EBaY-VW8e2ObZctNvLso-N6c7cG3GIAGwMUbKBgrJMBGYfp4sNpsGcaGbEaNHrgbNdfxSUaV6Bkc1pc-6DI-8MI73RhAA6M30yDqK09xT0GetoUw2CaJunZWISA2Lz74BHdV-JFmGzIddKCYSaBvBRP8u-rUKhRzuTB8JMLp-5biktyYUOM3N_WakBakBu6law_4dxU3a05Gd-7GUBX37w2RSGmWT31aa8xR-QA9PhluPe419H9jcYcmKFm2q7Fg). Acesso em: 18 out. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

*COVID-19 e Saúde da Criança e do Adolescente*. Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernanda Filgueiras – IFF/Fiocruz. Disponível em: [http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19\\_sau-de\\_crianca\\_adolescente.pdf](http://www.iff.fiocruz.br/pdf/covid19_sau-de_crianca_adolescente.pdf). Acesso em: 15 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORTIM, Ivelise; MARTINEZ, Mateus Donia. *Redes sociais e indicadores de saúde mental nas pesquisas tic kids online Brasil (2013 – 2017)*. Disponível em: [https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic\\_kids\\_online\\_2018\\_livro\\_eletronico.pdf](https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 17 out. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

*Mãe é responsabilizada por ofensas do filho na web*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-02/mae-responsabilizada-cyberbullying-praticado-filho>. Acesso em: 18 out. 2020.

*Oito em cada dez famílias permitem maior uso de telas por crianças durante pandemia*. UOL [online]. Disponível em <https://jc.ne10.uol.com.br/pernambuco/2020/07/11956922-oito-em-cada-dez-familias-permitem-maior-uso-de-telas-por-criancas-durante-pandemia.html>. Acesso em: 16 out. 2020.

*Pais indenizarão ex-namorada do filho por divulgação de fotos íntimas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-10/pais-indenizarao-ex-namorada-filho-divulgacao-fotos>. Acesso em: 18 out. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O que significa abandono digital e qual o impacto na vida dos filhos*. Disponível em: <https://www.rodrigodacunha.adv.br/o-que-significa-abandono-digital-e-qual-o-impacto-na-vida-dos-filhos/#:~:text=Abandono%20digital%20%C3%A9%20a%20neglig%C3%Aancia,crimes%20contra%20a%20dignidade%20sexual>. Acesso em: 18 out. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Abandono digital*. 2014. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/patricia-peck-pinheiro/abandono-digital\\_a\\_21670532/](https://www.huffpostbrasil.com/patricia-peck-pinheiro/abandono-digital_a_21670532/). Acesso em: 16 out. 2020.

SILVA, Paulo Sérgio Modesto da; VIANA, Meire Nunes; CARNEIRO, Stania Nágila Vasconcelos. *O desenvolvimento da adolescência na teoria de Piaget*. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0250.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Volume único. 5. ed. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

*Telas x Pandemia: 65% das crianças estão viciadas em eletrônicos*. Revista Crescer [online]. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Crianças/Comportamento/noticia/2020/07/telas-x-pandemia-65-das-criancas-estao-viciadas-em-eletronicos.html>. Acesso em: 16 out. 2020.

WHITE, Ellen G. *Orientação da criança*. Tradução Renato A. Bivar. 9 ed. Tatuí – São Paulo: Casa Publicadora Brasileira, 2007.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS E SUA CONJUNTURA EM ÉPOCA DE PANDEMIA

## Miguel Kfoury Neto

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). Coordenador do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas” do Centro Universitário Curitiba. Membro da Comissão de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina (CFM). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC).

## Eduardo Dantas

Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Médico pela Universidade de Glasgow, Escócia. Presidente da Associação Pernambucana de Direito Médico e da Saúde. Vice-Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Médico. Membro fundador e integrante da Comissão Diretiva da Associação Lusófona de Direito da Saúde (ALDIS). Coordenador pedagógico da Association de Recherche et de Formation en Droit Médical, Toulouse, França. Membro do International Advisory Board do Observatório de Direitos Humanos da Universidade de Salerno, Itália. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado.

## Rafaella Nogaroli

Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pós-graduanda em Direito Médico pelo Centro Universitário Curitiba. Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Coordenadora do Grupo de Pesquisas em “Direito da Saúde e Empresas Médicas” do Centro Universitário Curitiba. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e do Grupo de Pesquisas em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” (UFPR).

---

**Sumário:** 1 Notas introdutórias: o exercício da medicina em tempos de pandemia; 2 Ética médica, bioética e conceitos basilares de responsabilidade civil médica; 3 Reflexos da pandemia da Covid-19 na atribuição de responsabilidade médica; 4 Responsabilidade civil médica em tempos de pandemia da Covid-19; 4.1 Da responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico da Covid-19; 4.2 Proteção de dados pessoais, dever de informação e responsabilidade civil na Telemedicina; 4.3 Da responsabilidade civil médica na prescrição off-label de medicamentos; 5 Algumas reflexões sobre excludentes de ilicitude, rompimento do nexa causal e redução equitativa da indenização por culpa médica em tempos de pandemia; 5.1 Isenção da responsabilidade civil como a melhor resposta aos casos de simples negligência dos médicos atuantes durante a pandemia; 6 Considerações finais; 7 Referências.

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS: O EXERCÍCIO DA MEDICINA EM TEMPOS DE PANDEMIA

A pandemia da Covid-19 trouxe situações jamais vivenciadas pela medicina na Era Moderna: um vírus novo, para o qual o ser humano não possui imunidade, infectará e levará a óbito talvez milhões de pessoas. O crescimento exponencial dos infectados, em um primeiro momento, gerou escassez global em hospitais de equipamentos básicos, tais como: máscaras, aventais cirúrgicos, luvas, óculos de proteção e álcool em gel. Médicos e enfermeiros brasileiros, na linha de frente da guerra contra a pandemia, cuidam de pacientes com o novo coronavírus sem material de proteção suficiente, desenvolvendo protocolos a partir da experiência, uma vez que inexistente um tratamento de comprovada efetividade para a doença.

Não é segredo que mesmo os sistemas públicos de saúde de reconhecida excelência mostram-se despreparados para enfrentar, de maneira apropriada, os complexos desafios causados pela pandemia, com relato de adiamento de cirurgias envolvendo até mesmo tratamento de câncer,<sup>1</sup> e da utilização de máscaras de esqui e sacos descartáveis de lixo<sup>2</sup> como máscaras e aventais, ou mesmo equipamentos de proteção (EPIs) com validade vencida,<sup>3</sup> por parte de médicos e enfermeiros, tudo devidamente documentado em tempo real pelos meios de comunicação.<sup>4</sup> Inegável que a falta dos EPIs tem comprometido a capacidade desses profissionais combaterem o novo coronavírus, já que implica colocar sua própria vida em risco.

A excepcionalidade da situação, e as dimensões da crise de saúde pública materializadas nesta pandemia criaram um cenário de “tempestade perfeita”, potencializada pela urgência de medidas a serem adotadas, sem a segurança de um protocolo de combate à doença, ou seja, sem balizas que indicassem os limites seguros para a execução de procedimentos ou indicação de tratamentos com um coeficiente mínimo de segurança quanto ao comportamento do vírus, de seus efeitos no organismo, e das reações adversas possíveis, já que medicamentos existentes estão sendo testados e/ou combinados para empiricamente – e portanto, sem confirmação científica prévia – obterem resultados.<sup>5</sup>

Diante desse cenário caótico, há de se considerar também as futuras demandas judiciais que os profissionais de saúde provavelmente enfrentarão com base nas decisões que estão sendo forçados a tomar. O objetivo destas breves considerações é, portanto, refletir sobre a necessidade de aplicar um regime distinto de responsabilização civil a um comportamento diferenciado, ocasionado por uma situação extraordinária e imprevisível, ponderando sobre os limites punitivos ao se enfrentar o desconhecido, e estabelecendo novos parâmetros de responsabilidade, exigidos pela excepcionalidade da hipótese aqui tratada.

1 Pacientes retardam ida a hospital para tratar doenças e chegam em estado crítico. Disponível em [https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2020/06/pacientes-retardam-ida-a-hospital-para-tratar-doencas-e-chegam-em-estado-critico.shtml?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=compfb&fbclid=IwAR2pKmA98NrGff\\_piAR3uGcW7VzBbNOJNj97pgBZx\\_k1djd4R\\_1Tp1hd8](https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2020/06/pacientes-retardam-ida-a-hospital-para-tratar-doencas-e-chegam-em-estado-critico.shtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compfb&fbclid=IwAR2pKmA98NrGff_piAR3uGcW7VzBbNOJNj97pgBZx_k1djd4R_1Tp1hd8). Acesso em: 28 jun. 2020.

2 Paciente usa saco de lixo devido à falta de equipamento de segurança pessoal em dentista no RJ. Disponível em <http://noticias.r7.com/jr-na-tv/videos/paciente-usa-saco-de-lixo-devido-a-falta-de-equipamento-de-seguranca-pessoal-em-dentista-no-rj-26062020>. Acesso em: 28 jun. 2020.

3 Pesquisa da Associação Paulista de Medicina (APM) mostra que 50% dos médicos, que atuam no combate contra a Covid-19, enfrentam, no local onde trabalham, a falta de equipamentos de proteção individual (EPIs). Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/coronavirus-pesquisa-mostra-que-50-dos-medicos-acusam-falta-de-epi>. Acesso em: 28 jun. 2020.

4 ‘Temos de usar sacos de lixo na cabeça’: médicos britânicos improvisam no combate ao coronavírus. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/04/06/temos-de-usar-sacos-de-lixo-na-cabeça-medicos-britanicos-improvisam-no-combate-ao-coronavirus.htm>. Acesso em: 28 jun. 2020.

5 NOGAROLI, Rafaella. Breves reflexões sobre a pandemia do novo coronavírus (Covid-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 109, v. 1015, maio 2020, p.365-376.

## 2 ÉTICA MÉDICA, BIOÉTICA E CONCEITOS BASILARES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A pandemia da Covid-19 traz inúmeros questionamentos sobre adequação dos conceitos tradicionais e a metodologia para verificação da responsabilidade civil médica, pois parecem não se adequar à realidade dos hospitais de campanha, e dos atendimentos realizados com escassez de insumos e sob a ótica da inexistência de um tratamento definido. Contudo, num primeiro momento, propomo-nos a apresentar, neste capítulo, alguns conceitos basilares (e necessários) para compreensão da maneira de aferição da culpa médica e atribuição da responsabilidade civil.

Para a caracterização da responsabilidade civil, exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal. São fatores de atribuição da responsabilidade por dano ao agente: subjetivos – dolo e culpa; objetivos – risco e equidade. Tais fatores de atribuição devem ser previstos na lei. A análise da responsabilidade profissional do médico segue os ditames dos artigos 186<sup>6</sup>, 927<sup>7</sup> e 951<sup>8</sup> do Código Civil, e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor,<sup>9</sup> que agasalham a Teoria da Culpa: sobrevindo dano – morte, incapacidade ou ferimento –, a vítima deve provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) para poder ser ressarcida.<sup>10</sup>

Para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção – basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns. Dentre os princípios gerais para a avaliação da culpa médica sugeridos pela Professora Teresa Ancona Lopez,<sup>11</sup> destacam-se três: 1) quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro; 2) o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista; 3) o consentimento do paciente em procedimentos com maiores riscos é essencial.

Além da caracterização do agir culposo do profissional da medicina, conducente à obrigação indenizatória, há a gradação da culpa, que poderá interferir na apuração do *quantum* indenizável, nos termos do art. 944, parágrafo único, do CC. Não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa.<sup>12</sup> A gravidade da culpa, agora, repercutirá na quantificação da indenização. A medida da indenização é a extensão dos danos. A culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege aquilia et levissima culpa venit*). Em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas “pequenas”.<sup>13</sup> Contudo, a excessiva desproporção entre o grau da culpa e a magnitude do dano autorizará o juiz a reduzir, equitativamente, a indenização. Este é um ponto muito importante de ser analisado, do qual nos debruçaremos oportunamente, tendo em vista o foco do presente estudo: aferição da culpa médica em tempos de pandemia.

No que se refere, especificamente, à análise da culpa médica por erro de diagnóstico, há algumas questões basilares a serem inicialmente consideradas. Para Costales,<sup>14</sup> o primeiro

6 Art. 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

7 Art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

8 Art. 951 do CC: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

9 Art. 14, § 4º, do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

10 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.113.

11 MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Responsabilidade civil dos médicos. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 309-331.

12 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.99.

13 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.99.

14 COSTALES, J. Fernandez. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: Edillex, 1987, p.115 e ss.



ato da análise diagnóstica – que é um dos momentos mais importantes da atividade médica – consiste na arguição do paciente. O médico, para poder estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade. Por isso, para a obtenção de uma certeza diagnóstica, fazem-se necessárias providências preliminares, reunidas em dois grupos: a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifeste a doença, e sua interpretação adequada; exploração completa, de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames de laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica.

Do ponto de vista técnico, o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado. O diagnóstico, entretanto, não é uma operação matemática. Às vezes, para se chegar ao diagnóstico correto, torna-se necessária uma agudeza de observação de que nem todo médico é dotado.<sup>15</sup> Por isso, a doutrina, de modo geral, analisa detidamente tal questão.<sup>16</sup>

A determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra em um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial, principalmente porque não se pode admitir em termos absolutos a infalibilidade médica. Por outro lado, como veremos, condições pessoais do próprio paciente também podem determinar tais erros.<sup>17</sup> O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro.<sup>18</sup> Assim, qualquer erro de avaliação diagnóstica induzirá responsabilidade se um médico prudente não o cometesse, atuando nas mesmas condições externas que o demandado.<sup>19</sup>

Outra temática importante de ser levantada é sobre a natureza jurídica da relação entre médico e paciente. Apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica dentre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica como *ex contractu*.<sup>20</sup> A responsabilidade médica é de natureza contratual,<sup>21</sup> e o objeto do contrato é formado por um conjunto de atos – anamnese, avaliação, diagnóstico, elaboração de prognósticos, prescrição de tratamento, e realização de intervenções físicas, invasivas ou não, no corpo de um paciente – praticados por um profissional legalmente habilitado, dentro de parâmetros reconhecidos e estabelecidos pela *lex artis*, tendo por baliza também sua própria consciência, os limites de seus conhecimentos científicos e a disponibilidade técnico-material ao seu alcance na localidade em que se encontre, com vistas a recuperar a saúde física ou mental do referido paciente, ou buscar minimizar o avanço da doença, mitigando-lhe os efeitos.<sup>22</sup>

---

15 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.111.

16 SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2002, *passim*.

17 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.111.

18 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.111.

19 Nesse sentido, cf. julgados: TJRS, Ap. 70072816069, rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, j. 06.06.2017; TJRS, Ap. 70070030234, rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, j. 25.05.2017; TJSP, Ap. 1030241-53.2015.8.26.0053, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. 31.07.2017.

20 Aguiar Dias é taxativo: “Ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”. (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 281-282.)

21 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.91.

22 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 182.

É de ser verificado que, em momento algum foi mencionada a palavra curar. Não há, portanto, qualquer obrigação do médico em curar, mas sim de cuidar. Cuidar é, pois, a prestação principal a que ele se obriga, no exercício de sua atividade. Vale dizer, no cumprimento do contrato – atípico e particular – que celebra com seu paciente. Atípico porque o resultado da prestação deixa de ser o objeto principal da avença celebrada entre as partes, sendo a conduta adotada pelo profissional, e a diligência com que exerce sua atividade, o elemento definidor do adimplemento de sua obrigação.

Trata-se de um contrato que versa sobre uma atividade que pode ter um resultado adverso, indesejado, não previsto e ainda assim, ser considerado perfeito, porque tem seu foco na maneira como é executado, e não em seu resultado, sempre incerto ainda que estatisticamente esperado. Tudo isto, somado às características únicas da atividade médica, transubstancia o contrato de prestação de serviços em algo diferente, elevado a uma categoria nova, em que não apenas os elementos técnicos (a arte médica) ou os parâmetros jurídicos somados apresentam respostas: há que se acrescentar também as normativas deontológicas, tão importantes quanto imprescindíveis para compreensão da atividade e do objeto em análise.

Os deveres do médico, nascidos dessa relação de natureza contratual que se estabelece entre ele e o paciente, situam-se em três momentos: antes do início do tratamento, durante e depois do tratamento.<sup>23</sup> O profissional deve ouvir o paciente, interrogá-lo e averiguar a etiologia da moléstia; ao paciente incumbe fornecer ao médico todos os dados que interessem a esse fim, úteis para a formação do histórico clínico do enfermo. Depois, incumbe-lhe aplicar todos os seus esforços, utilizando os meios de que dispõe, para obter a cura valendo-se da prudência e dedicação exigíveis.

Destaque-se, ainda, que nessa relação contratual entre o médico e o doente, o consentimento do paciente contratante é condição indispensável para a formação do contrato.<sup>24</sup> Paralelamente a essa relação contratual, quando ela existe, ou em sua ausência, o consentimento é, na perspectiva de direito público, expressão de uma liberdade fundamental do indivíduo: de recusar sofrer – consciente das consequências da recusa – o mínimo dano à sua integridade corporal. Por isso, a jurisprudência sempre exigiu que o consentimento do paciente seja obtido previamente à execução de todo ato médico.<sup>25</sup>

Pode-se restar provado que o profissional atuou com a diligência que legitimamente se esperava dele – ou seja, não agiu com culpa –, sendo o evento danoso decorrente de um risco associado à própria terapêutica. Nesse caso, caberá ao profissional ou entidade hospitalar provar que obteve o consentimento livre e esclarecido do paciente. Consentimento é o comportamento mediante o qual “se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro”.<sup>26</sup>

André Dias Pereira esclarece que os médicos são obrigados a “informar o paciente de forma clara e, se solicitado, por escrito, sobre o exame proposto e tratamento e sobre os desenvolvimentos relativos ao exame, o tratamento e a condição de saúde do paciente.”<sup>27</sup> Para

---

23 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 182.

24 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 59.

25 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 59.

26 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 53.

27 PEREIRA, André Gonçalves Dias. O Consentimento Informado em Portugal: Breves Notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca (SP)*, v. 12, n. 2, 2017; PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 104.

Heloisa Helena Barboza, o “consentimento é a expressão máxima do princípio da autonomia, constituindo um direito do paciente e um dever do médico”.<sup>28</sup>

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica. A culpa surge pela falta de informação, ou pela informação incorreta. Não é necessário negligência no tratamento. Quanto ao nexo causal, a vítima deve demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento.

A moderna dogmática da responsabilidade médica “vê no consentimento um instrumento que permite, para além dos interesses e objetivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito pela pessoa doente, na sua dimensão holística. Ao paciente, em exercício do seu direito de liberdade, caberá determinar qual tratamento, dentre os que lhe forem apresentados, escolher, ou mesmo não optar por nenhum deles”.<sup>29</sup> Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald expõem o atual posicionamento doutrinário no Brasil, do qual seguimos de pleno acordo, de que a autodeterminação do paciente somente é verdadeiramente exercida quando as informações prestadas são específicas, para o caso concreto daquele paciente específico, e não genéricas.<sup>30</sup> Portanto, o dever de informação assumido pelo médico restará cumprido a partir da análise do “critério do paciente concreto”,<sup>31</sup> ou seja, a explicação do profissional deve ser extensa e adaptada ao nível intelectual e cultural do doente.<sup>32</sup>

Para fins da discussão específica deste artigo, necessário lembrar que se tem aqui um momento único, excepcional, de pandemia reconhecida e declarada pela Organização Mundial da Saúde, em virtude de um vírus com alto poder de disseminação, e para o qual não existe vacina, ou sequer protocolo universalmente estabelecido de tratamento, em virtude de não se conhecer de maneira adequada seu comportamento e a extensão de seus efeitos. Ademais, devido ao exponencial crescimento de pessoas contaminadas, surge o cenário caótico de falta de vagas em UTIs e adequados equipamentos de proteção aos profissionais da saúde no atendimento dos pacientes. Por isso, é imprescindível que sejam consideradas as peculiaridades fáticas de possíveis demandas judiciais que os profissionais de saúde enfrentarão, com base nas decisões que estão sendo forçados a tomar neste período.

### **3 REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE MÉDICA**

A pandemia do novo coronavírus afetou muitos aspectos da assistência médica, incluindo as possíveis demandas indenizatórias e a forma de atribuição da responsabilidade civil médica. Na aferição da culpa médica, leva-se em conta o padrão de conduta do homem

28 BARBOZA, Heloisa Helena. A Autonomia da Vontade e A Relação Médico-Paciente no Brasil. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n. 2, Coimbra, 2004, p. 10.

29 KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: uma abordagem de direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Berreza de; DADALTO, Luciana (Coord.). *Responsabilidade Civil e Medicina*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 159-186.

30 FARIAS, Cristiano Chaves de, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1318.

31 PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 556.

32 KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: uma abordagem de direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Berreza de; DADALTO, Luciana (Coord.). *Responsabilidade Civil e Medicina*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 159-186.

(ou médico) prudente, isto é, avalia-se se outro médico razoavelmente prudente agiria, naquelas mesmas circunstâncias (ou semelhantes), de determinada maneira. Todavia, a Era da Medicina Moderna jamais enfrentou circunstâncias semelhantes como a pandemia da Covid-19, o que torna extremamente dificultosa a análise do padrão de conduta exigível do médico diligente.

Portanto, o ato de recusa do profissional de saúde no atendimento de um paciente – seja por abandono do doente ou falta ao plantão médico –, em condições de normalidade, pode ter reflexos em até quatro esferas diferentes: penal, ética, cível e administrativa.<sup>33</sup> Contudo, vivemos um momento único e excepcional de pandemia, nunca experimentado nesta escala em toda a história conhecida da humanidade. Por isso, apesar do profissional possuir o dever legal de cuidado e possível responsabilização nessas esferas, não é obrigado a fazê-lo em prejuízo da própria incolumidade física, quando faltar EPI ou este for inadequado. Assim, se as condições objetivas de proteção e segurança não estiverem presentes, e o profissional esteja sujeito a fundado risco de contágio, agravado para além dos riscos naturais já esperados em sua atividade, tem o direito de se afastar do atendimento, mas deve registrar a ocorrência em prontuário e remeter um documento à autoridade competente, relatando a circunstância e justificando seu afastamento.<sup>34</sup>

Dada a excepcionalidade do momento, surgem também outras circunstâncias aptas a ensejar demandas indenizatórias em face dos profissionais da saúde: falha na análise diagnóstica do novo coronavírus, tratamento inadequado de paciente diagnosticado com a doença, omissão no atendimento médico pela falta de vaga em UTI ou erro na triagem de paciente com quadro grave de saúde.

No que se refere ao erro de diagnóstico da Covid-19, há de se considerar os dois cenários – resultados laboratoriais falso negativo e falso positivo – e suas particularidades, a fim de verificar as repercussões em matéria de responsabilidade civil médica. Um resultado falso positivo implicará no fato do paciente ficar em quarentena por quatorze dias, o que pode afetar sua atividade laboral e vida pessoal e familiar (uma vez que as pessoas com quem mantém contato mais próximo também necessitarão permanecer em isolamento social), levando à reflexão sobre a possibilidade de incidência de danos materiais e morais. Por outro lado, o diagnóstico falso negativo é muito mais grave, pois o paciente pode contaminar a sua família e pessoas próximas, além de se transformar em um involuntário e inconsciente vetor de multiplicação das taxas de infecção e contágio.

Devemos lembrar que os resultados dos exames são de responsabilidade da clínica laboratorial, a qual responde objetivamente.<sup>35</sup> Os laboratórios possuem responsabilidade objetiva e de resultado, mas, no contexto da pandemia, devemos ter certa cautela nos testes de diagnóstico rápido que têm maior grau de falibilidade, o que deverá ser inclusive informado ao paciente, com o necessário destaque, para que permaneça alerta aos eventuais sinais e sintomas da Covid-19, mesmo de posse de um resultado que o tranquilize.

---

33 DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do estado e reflexos jurídicos pela recusa no atendimento a pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 271-282.

34 DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do estado e reflexos jurídicos pela recusa no atendimento a pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 271-282.

35 Para o estudo sobre a responsabilidade civil dos laboratórios nos resultados falso positivo e falso negativo, remete-se a KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos Hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 421-429.

O resultado do teste laboratorial, isoladamente considerado, não confirma nem exclui completamente o diagnóstico de Covid-19. Contudo, em conjunto com as demais informações clínico-epidemiológicas, é possível que o resultado do teste seja utilizado para qualificar a decisão dos profissionais. A clínica médica, a observação, a análise sistêmica de todas as variáveis, assume especial importância e protagonismo diante deste quadro de incertezas.

Na ausência de medicamentos ou vacinas terapêuticas específicas para o novo coronavírus, faz-se essencial detectar a doença em um estágio inicial e, dentro de parâmetros razoáveis. Por isso, *softwares* com tecnologia cognitiva e algoritmos de inteligência artificial foram amplamente utilizados ao redor do mundo, como importante suporte à decisão clínica, tendo em vista a sua capacidade de processar e analisar rapidamente – e, tendencialmente, de maneira eficiente – grande quantidade de dados.<sup>36</sup>

É imprescindível que o diagnóstico e a tomada de decisão médica sejam rápidos e, ao mesmo tempo, adequados. Contudo, o cenário é particularmente delicado quando a inteligência artificial (IA) é utilizada não apenas para realizar triagem e categorizar os pacientes, mas também para propor diagnósticos tangíveis. Tais hipóteses suscitam relevantes reflexões no campo da responsabilidade civil do médico. Afinal de contas, “não é difícil imaginar a irresignação do paciente e/ou de sua família ao perceber que determinado resultado danoso (como o agravamento do estado clínico ou mesmo o óbito) poderia ter sido evitado caso o médico houvesse partido do diagnóstico mais preciso”.<sup>37</sup> Tal linha argumentativa poderia florescer tanto na hipótese de o médico confiar no diagnóstico equivocado proposto pela IA quanto na hipótese de o médico ignorar a indicação da IA e seguir o errôneo diagnóstico alcançado pela sua própria convicção.<sup>38</sup>

Destaque-se que a telemedicina tem igualmente evidenciado seu enorme potencial, ao trazer importantes benefícios para a situação de pandemia do novo coronavírus. Contudo, com o implemento da telemedicina como prática usual em tempos de pandemia, há um incremento no risco de diagnóstico incorreto de uma variedade de doenças e, ainda, surge o debate sobre a proteção dos dados sensíveis do paciente submetido à atendimento médico à distância.<sup>39</sup>

Ademais, com o rápido crescimento de pacientes contaminados, há de se considerar também as demandas indenizatórias em que a família de um paciente afirmará que ele veio a óbito por não ter recebido tratamento adequado com ventilação mecânica, que seria o exigido para a gravidade do quadro clínico. A falta de ventiladores para pacientes com o novo coronavírus fará com que a equipe médica precise tomar uma decisão sem precedentes: manter ventiladores de alguns pacientes ou retirá-los para utilização em outros doentes com melhor chance de sobrevivência.

Protocolos recentemente desenvolvidos exigem expressamente o racionamento e a realocação de ventiladores, de maneira a salvar o maior número de vidas. Esses protocolos são

36 SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial na análise diagnóstica da Covid-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. In: *Migalhas*, 30/03/2020.

37 SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial na análise diagnóstica da Covid-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. In: *Migalhas*, 30/03/2020.

38 Para um desenvolvimento da análise acerca da utilização da inteligência artificial na análise diagnóstica da COVID-19 e suas repercussões sobre a responsabilidade médica, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial na análise diagnóstica da COVID-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 293-300.

39 Sobre o tema, cf.: FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 109, v. 1016, jun. 2020, p. 327-362.



aceitos pelos especialistas em ética médica.<sup>40</sup> De qualquer modo, mesmo na existência de tais protocolos, há de se considerar as potenciais ramificações legais e demandas indenizatórias na retenção ou retirada do ventilador de um paciente, que normalmente receberia esse auxílio caso não estivéssemos em situação de emergência de saúde pública.

Por fim, destaca-se a possibilidade de litígios indiretamente relacionadas à Covid-19, como, por exemplo, atrasos no tratamento quimioterápico de pacientes oncológicos, resultando em morte ou redução na expectativa de vida; ou, ainda, demora na realização de operações de rotina (por exemplo, cirurgia ortopédica), acarretando dores prolongadas.

Nos casos específicos trazidos à lume pela pandemia da Covid-19, o dever de esclarecer e informar se faz ainda mais presente. O médico deve prover ao paciente toda a informação disponível capaz de auxiliá-lo na decisão sobre as alternativas de como proceder com relação a procedimentos eletivos, por exemplo. Esclarecer alternativas, riscos de realização, riscos associados à postergação do tratamento, como comprometimento irreversível em determinadas situações, ou agudização do quadro, transformando algo eletivo em emergencial.

Os riscos de contaminação por Covid-19 em ambiente hospitalar durante os períodos pré, trans ou pós operatórios devem ser ponderados e esclarecidos, bem como aqueles relativos ao adiamento ou postergação do tratamento em si. Não se pode deixar de considerar – e isso também deve ser levado em conta ao discutir tais situações com o paciente, da indisponibilidade de insumos, respiradores, ou mesmo leitos de unidades de terapia intensiva.

Mesmo os cuidados pós-operatórios, com tempo estimado de internação, protocolos para circulação de acompanhantes e visitas, e todas as diretrizes relativas aos cuidados adicionais de biossegurança requeridos pela ocorrência da pandemia, devem ser sopesados, compreendidos e esgotados, para que se possa tomar uma decisão não apenas esclarecida, mas compartilhada, de modo a dividir o ônus da responsabilidade decisória, estabelecendo uma relação mais equânime e em consonância com os padrões atuais da bioética.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19**

A responsabilidade do profissional da medicina, conforme expusemos anteriormente, segue os ditames dos artigos 186, 927 e 951 do CC, incumbindo à vítima provar o dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para obter a reparação do dano. Dentre as obrigações do médico, uma das principais – e talvez a mais óbvia – é o dever de cuidar, desenvolvendo atos profiláticos, preventivos ou terapêuticos, buscando conservar, ou recuperar uma condição de saúde, ou minimizando os efeitos de uma doença. Também obrigação principal, ainda que derivada diretamente do dever de bem cuidar, está o dever de agir com diligência. Atuar com conduta bem ajustada à *lex artis*, aliando eficácia ao conhecimento, habilidade ao uso dos equipamentos disponíveis. E é justamente neste ponto, talvez, que se encontre a maior dificuldade na análise do inadimplemento obrigacional por parte do médico em tempos de pandemia.

Dadas as condições de crise e circunstâncias sem precedentes criadas pela pandemia da Covid-19 – médicos atuam desprovidos dos recursos necessários e em ambientes perigosos, com dispositivos médicos para uso não aprovado, materiais alternativos e drogas *off-label* para tratar os doentes, além de muitas vezes não possuírem equipamento

---

40 Prevendo o colapso do sistema de saúde, associações médicas de terapia intensiva, emergencial, geriátrica e de cuidados paliativos, desenvolveram no dia 01.05.2020 um protocolo, embasado em critérios técnicos, no intuito de organizar e priorizar quem primeiro terá acesso ao atendimento em UTI. (Disponível em: <https://istoe.com.br/a-escolha-de-sofia/>. Acesso em: 08 out. 2020)

de proteção adequado. Há novos desafios ao profissional de saúde, que agora se depara com determinadas condutas que não eram recomendadas (ou vedadas) em um cenário de normalidade. A Lei 13.989/2020, que autoriza o amplo exercício da telemedicina em tempos de pandemia, e o Parecer n. 4/2020 do CFM sobre o uso *off-label* de medicamentos são exemplos de flexibilização das exigências em relação à atuação do médico. Todos esses fatores ensejam uma análise particularizada e excepcionalíssima da responsabilidade civil e uma ressignificação do conceito de culpa no exercício das atividades médicas neste período.

#### **4.1 Da responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico da Covid-19**

A complexidade dos atendimentos emergenciais, em tempos de calamidade pública – onde as circunstâncias não são as mais favoráveis e os profissionais precisam ter cuidados redobrados –, exige um incremento da capacidade de decisão individual do médico, motivo pelo qual são imprescindíveis os protocolos e as recomendações ou diretrizes clínicas.<sup>41</sup> Os protocolos existem para que o médico tenha uma baliza para a sua atuação em situações-limite, especialmente aquelas que envolvem decisões mais delicadas ou arriscadas. Obviamente, que estes parâmetros de prática devem ser compreendidos apenas como diretrizes, sendo que a adesão a eles não necessariamente assegurará um resultado satisfatório, especialmente pela sempre presente álea terapêutica.<sup>42</sup>

Todavia, em que pese o uso do protocolo por si só não isentar o médico de responsabilidade, a sua não utilização fará com que, em desfavor dele, recaia uma presunção de culpa, justamente por não o seguir durante o atendimento médico.<sup>43</sup> A jurisprudência pátria, assim como em Portugal, admite que ocorram desvios aos protocolos, mas exige que estes desvios sejam motivados ou fundamentados.<sup>44</sup> Nesse cenário, justifica-se a importância do registro médico no prontuário do paciente de todas as etapas do atendimento médico, pois este documento, quando devidamente preenchido, tem o condão de justificar a atuação médica de acordo (ou não) com o protocolo.<sup>45</sup>

Observa-se que o diagnóstico da infecção por Covid-19 é realizado em duas etapas. Primeiramente, é feita uma anamnese do paciente por meio de um exame físico e se verificam os seus sintomas. Depois da avaliação clínica, se o paciente for enquadrado dentro de um caso suspeito de Covid-19, ele realiza o exame laboratorial. O problema é que esse exame laboratorial demora, tem um alto custo e até mesmo faltam materiais para testar todo mundo que precisa. Inclusive, as autoridades públicas e instituições hospitalares, num primeiro momento, restringem mais os testes aos pacientes sintomáticos e, de preferência, aqueles que tem sintomas mais graves.

---

41 Nesse sentido, a respeito da importância de serem seguidos os protocolos, e a repercussão disso na avaliação da culpa médica, cf. julgado do TJPR: "(...) em que pese a demora na transferência da paciente para a UTI, todos os protocolos foram devidamente seguidos pela equipe dos recorridos, inclusive com a monitorização da criança, da mesma maneira que o seria na UTI, inexistindo evidências que durante esse período houve piora no quadro clínico, mormente porque a criança estava sendo acompanhada pela equipe médica, com a devida observação e iniciação de medicamentos diferenciados." (TJPR - 8ª C. Cível - 0025371-35.2016.8.16.0017 - Maringá - Rel.: Juiz Ademir Ribeiro Richter - J.06.04.2020)

42 Lembre-se que a medicina não é ciência exata, a álea terapêutica sempre está presente, motivo pelo qual o dano sofrido pelo paciente pode advir muito mais das suas próprias condições pessoais do que da intervenção do médico.

43 Nesse sentido, destacamos as importantes lições de André Pereira: "(...) o juízo de ponderação global de todos os dados clínicos deve sobrepor-se ao mero controlo estandardizado de critérios abstratos das guidelines (...) o cumprimento dos protocolos e das guidelines faz presumir a licitude da ação médica. Donde, aceitando-se embora que uma ponderação global dos fatores de risco pode conduzir a uma exigência de alertar o paciente para a possibilidade de realizar outros meios complementares de diagnóstico (...)" (PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Direito dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 764-766.)

44 PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Direito dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 768.

45 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 118.

## 4.2 Proteção de dados pessoais, dever de informação e responsabilidade civil na Telemedicina

A Telemedicina, com emprego até então controvertido no Brasil, desponta como via de amplo acesso à saúde e importante instrumento de combate à propagação da atual pandemia, na medida em que permite a avaliação de sintomas de pacientes por teleconsultas.<sup>46</sup> Assim, com os cuidados médicos à distância, evitam-se aglomerações em hospitais e clínicas, reduzindo-se os riscos de exposição e disseminação do novo coronavírus. Contudo, o implemento da tecnologia merece especial atenção quanto ao tratamento de dados sensíveis de saúde, garantia de sigilo da informação e privacidade do paciente, tendo em vista a ampliação da circulação, conexão e coordenação de dados pessoais sensíveis estruturadas, o que potencializa os riscos de vazamento.<sup>47</sup>

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) segue, como regra, a necessidade de consentimento do titular para que ocorra o tratamento de dados sensíveis (art. 11, I). Para os fins da lei, considera-se como consentimento “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, XIII). Interessante observar que, na hipótese de mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, “o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações” (art. 9º, § 2º). A LGPD é clara, ao longo de diversos dispositivos, sobre um ponto extremamente relevante: o consentimento deve ser atrelado a alguma finalidade.

Apesar da regra geral estampada na LGPD, sobre a necessidade de consentimento do paciente sobre o tratamento de dados sensíveis, o consentimento é dispensado para a tutela da saúde do próprio paciente (art. 11, II, “f”). Ademais, o fim do uso em prol do paciente permite que esses dados anonimizados<sup>48</sup> dispensem consentimento e sejam mantidos para fins de estudos (art. 16, II). Nesse sentido, segundo os ditames da LGPD, o médico que atende o paciente por telemedicina não precisaria obter o consentimento para o tratamento dos seus dados de saúde na tecnologia para atendimento por telemedicina.

Todavia, as referidas exceções ao consentimento precisam ser interpretadas restritivamente e com certa cautela.<sup>49</sup> Assim, o consentimento livre e esclarecido do paciente, no emprego da telemedicina, deve incluir “a autorização para o uso, por exemplo, fotografias, filmagens ou de outros registros, inclusive históricos de conversas ou outros dados obtidos e potencialmente transferíveis a terceiros”.<sup>50</sup>

Destaque-se que, apesar da dispensa ao consentimento nos casos acima elencados, a lei é clara quanto à necessidade das atividades de tratamento de dados pessoais observarem a boa-fé e o princípio da transparência, no art. 6º, inc. VI, *in verbis*: “transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização

46 A Lei 13.989/2020 autoriza o amplo exercício da telemedicina enquanto durar a crise ocasionada pela pandemia.

47 FALAIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 109, v. 1016, jun. 2020, p. 327-362.

48 Na hipótese específica de dados relacionados à saúde, a técnica descrita pela lei é a pseudonimização, entendida no Brasil como espécie de anonimização (art. 13, caput e §4º, da LGPD).

49 SCHAEFER, Fernanda; GONDIM, Glenda Gonçalves. Telemedicina e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (Coords.). *Responsabilidade civil e medicina*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 196.

50 FALAIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 109, v. 1016, jun. 2020, p. 327-362.

do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Assim, exige-se que o médico repasse ao paciente informações sobre o tratamento dos seus dados, especialmente no que se refere a finalidade e com quem serão compartilhados esses dados.

Portanto, frise-se que, apesar da LGPD não exigir o consentimento do paciente para o tratamento dos seus dados sensíveis para a tutela da saúde em procedimento realizado por profissionais de saúde, a boa-fé gera seus reflexos a partir do princípio da transparência e, como elemento extranormativo, há no termo de consentimento a incidência da fidúcia, de um dever geral de confiança que é travado entre médico e paciente, para além do que a própria lei impõe.

Em linhas gerais, à luz da boa-fé objetiva, o dever do médico de informar sobre o tratamento de dados sensíveis de saúde na telemedicina somente restará cumprido – sob pena de incorrer em responsabilização – ao inserir esta informação específica no termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelo paciente, motivo pelo qual, indiretamente o consentimento adquire dupla perspectiva; isto é, além do consentimento sobre riscos e benefícios na utilização da tecnologia, acaba-se por exigir o dever de informar e obter o consentimento do paciente para o tratamento dos seus dados sensíveis.<sup>51</sup>

Vale destacar que, no contexto das teleconsultas, há alguns riscos e problemas inerentes à tecnologia. Pode ocorrer de, por exemplo, durante uma teleconsulta, o médico perceber que as informações transmitidas pelo paciente, por meio de videoconferência, não são suficientes para um diagnóstico preciso. Isso pode ocorrer devido à limitação da plataforma utilizada no atendimento, baixa resolução das imagens ou, ainda, por aquele caso específico demandar uma anamnese com exame físico presencial do paciente.<sup>52</sup>

Situações similares à narrada acima demonstram a necessidade de o profissional informar previamente o paciente, antes mesmo de ser submetido à teleconsulta, sobre os riscos do tratamento médico à distância e que, durante a teleconsulta, pode ser verificada a inviabilidade de formular um quadro diagnóstico preciso.<sup>53</sup>

### **4.3 Da responsabilidade civil médica na prescrição off-label de medicamentos**

Outro ponto que não pode ser olvidada nesta breve discussão, que envolve incertezas quanto ao comportamento do vírus, à efetividade de tratamentos, e a inexistência de protocolos de atuação, é o dilema entre não tratar e deixar a natureza seguir seu curso, ou arriscar tratamentos, em busca de resultados até então desconhecidos, desde que assim informado ao paciente, e com a concordância deste ou de seu representante legal.

Além das peculiares circunstâncias de análise da culpa médica por diagnóstico equivocado, há de se considerar a prescrição *off-label* dos medicamentos para tratamento da Covid-19 e suas repercussões na seara da responsabilidade civil do médico. A pandemia, e a necessidade de seu rápido enfrentamento a qualquer custo, escancarou a prática já conhecida, mas realizada sempre a partir de pesquisas e procedimentos controlados, de

---

51 NOGAROLI, Rafaella; PIMENTEL, Willian. Dupla perspectiva do consentimento do paciente na telemedicina em tempos de Covid-19. In: DADALTO, Luciana. (Coord.) *Bioética e Covid-19*. Indaiatuba: Foco, 2020. E-book.

52 NOGAROLI, Rafaella; PIMENTEL, Willian. Dupla perspectiva do consentimento do paciente na telemedicina em tempos de Covid-19. In: DADALTO, Luciana. (Coord.) *Bioética e Covid-19*. Indaiatuba: Foco, 2020. E-book.

53 NOGAROLI, Rafaella. Breves reflexões sobre a pandemia do novo coronavírus (Covid-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 109, v. 1015, maio 2020, p.365-376.

utilizar medicamentos indicados para o tratamento de determinada patologia, combinados ou não com outras substâncias, para tentar obter resultados a partir destes experimentos. Como todo e qualquer experimento, pode resultar exitoso ou não, e pode trazer efeitos adversos e colaterais desconhecidos. Mas ante à alternativa, que seria não agir diante de uma doença potencialmente mortal, justifica-se a conduta.

Há que se realizar a necessária distinção entre tratamento meramente experimental de prescrição *off-label*. Aquele primeiro não tem garantia e segurança previamente estabelecidos com relação a posologia e seus efeitos no corpo humano. Já o medicamento prescrito fora de seu propósito original foi devidamente testado e aprovado pelas autoridades sanitárias, e tem efeitos colaterais conhecidos, possuindo um grau de segurança diferenciado com relação às substâncias ainda em fase de ensaios clínicos. Podem até não atingir o objetivo, mas não são um salto no escuro sem qualquer planejamento ou justificativa para testes e observação de resultados, mediante indicação médica fundamentada.<sup>54</sup>

Portanto, ainda que a prática não seja ilícita em si mesma, para ser adotada de modo a não constituir um elemento constitutivo de responsabilização civil – e, em segunda análise, ética – há de cumprir requisitos que justifiquem sua adoção, especialmente em face do enfrentamento de uma pandemia. E estes requisitos – concentramo-nos aqui apenas nos requisitos legais, e não nas justificativas médico-técnicas para a sua prescrição, que se presumem preenchidos – devem ser adotados, para estabelecer parâmetros de análise da conduta como sendo aquela razoável e minimamente exigida de um médico prudente, que não possua alternativas de tratamento testadas ou viáveis, e que esteja agindo de modo a evitar um mal maior:

(1) É prudente que a recomendação de uso tenha por base a existência de uma referência a estudos que permitam uma cabal fundamentação científica para utilização *off-label*;

(2) Sua utilização deve ser precedida de um consentimento informado reforçado: deve-se esclarecer ao paciente de que o medicamento não é específico para tratamento da Covid-19, sendo autorizado para utilização em outras doenças, com a revelação de seus possíveis efeitos colaterais e reações adversas, mas informando a existência de alguns estudos que tem relevado o resultado positivo para tratar o novo coronavírus;

(3) Deve ser ofertada ao paciente, no âmbito do cumprimento do dever de informar, uma justificada análise risco-benefício da sua utilização para o caso em concreto: só se poderá legitimar a inovação terapêutica após uma cuidadosa ponderação, isto é, observar se o benefício ao paciente com o tratamento é superior aos possíveis danos decorrentes da medicação *off-label*;

(4) O médico deve registrar, pelo menos no caso de intervenções com riscos ou consequências secundárias mais graves, um esboço dessa fundamentação no prontuário do paciente, com suas justificativas para aquela prescrição em detrimento de outras possíveis, ou mesmo declarando a inexistência de alternativas terapêuticas;

(5) Importante frisar que a decisão de recurso à prescrição *off-label* deve resultar de uma decisão compartilhada, primeiro, em equipe médica, segundo, com o próprio doente, e sempre com registro adequado em prontuário, para fins de segurança e transparência, prevenindo responsabilidade civil, penal e ética;

---

54 O Conselho Federal de Medicina (CFM) divulgou o Parecer nº 04/2020 no qual estabelece critérios e condições para a prescrição de cloroquina e de hidroxicloroquina em pacientes com diagnóstico confirmado de Covid-19. (Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em 28 jun. 2020)



(6) Necessário ressaltar ainda que apenas em casos extremos se poderá lançar mão do consentimento presumido, tal como na hipótese de o paciente já estar em estado de incapacidade e cuidados intensivos, ligado a um ventilador mecânico e em coma induzido. Caso o paciente deixe diretivas antecipadas de vontade onde recuse este tipo de intervenção, o médico não poderá presumir o seu consentimento para a prescrição *off-label*.

Desse modo, observa-se que o dever do médico informar e do paciente consentir – de maneira livre e esclarecida – adquirem extrema importância e peculiaridades no contexto do doente submetido ao tratamento com prescrição *off-label* de medicamentos.

## **5 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE EXCLUDENTES DE ILICITUDE, ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL E REDUÇÃO EQUITATIVA DA INDENIZAÇÃO POR CULPA MÉDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Imagine-se o caso de um médico que atue em entidade hospitalar onde há apenas uma vaga em UTI e precise optar por escolher entre dois pacientes em estado de saúde grave. Um dos doentes é levado para terapia intensiva, enquanto o outro acaba por falecer. Contudo, a opção por um dos doentes não foi a mais acertada e a conduta médica fugia às diretrizes médicas à época do evento danoso. Pois bem. Na hipótese narrada, dada à excepcionalidade do momento de pandemia da Covid-19, o contexto de atuação médica caracteriza-se como *estado de necessidade*<sup>55</sup> e, nos termos do art. 188, inc. II, do CC,<sup>56</sup> a conduta médica não se constitui como ato ilícito. Em outras palavras, a conduta é lícita, pois o médico age em estado de necessidade.

Importante observar que o dispositivo supracitado trata de excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular do direito), que são diversas das excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima). O estado de necessidade, enquanto excludente de ilicitude, retira a contrariedade da conduta, mas não isenta, de modo absoluto, o responsável pela reparação de danos.<sup>57</sup> Segundo lecionam Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto, “embora haja, no estado de necessidade, dever de indenizar (como possibilidade), a jurisprudência do STJ já admitiu uma espécie de indenização equitativa, à luz das singularidades do caso”.<sup>58</sup>

O artigo 944, parágrafo único, do CC introduz a análise da gradação da culpa para se fixar a extensão da reparação do dano. Tradicionalmente, tem-se a culpa *levíssima*, *leve* e *grave*. Poderá o juiz proporcionalizar a indenização, mediante a aferição do grau de culpa, que influenciará a quantificação. Isso permitirá melhor e mais justa individualização da culpa e, conseqüentemente, do dever de indenizar. À luz do Código Civil brasileiro, o juiz deverá sopesar o grau de culpa do médico. Dispõe o referido dispositivo legal, *in verbis*: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Essa gradação permite maior justiça ao se fixar a extensão da reparação do dano, por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o profissional da medicina. Conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposo será enquadrado como *levíssimo*, *leve*

55 No estado de necessidade “alguém, a fim de remover perigo iminente, destrói coisa alheia, ou causa lesão a outrem, quando as circunstâncias indiquem na absoluta necessidade dessas medidas, indispensáveis à remoção do perigo”. (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código civil comentado*: artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 289-290)

56 Art. 188 do CC: “Não constituem atos ilícitos: (...) II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”.

57 ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código civil comentado*: artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 288.

58 ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código civil comentado*: artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 288.

ou grave. Aí o juiz poderá proceder à justa individualização da culpa e, por conseguinte, à extensão da reparação.

Para que se possa estabelecer um novo padrão de análise de culpa – repita-se, em razão das extraordinárias circunstâncias trazidas pela pandemia – necessário se faz reconhecer a necessidade de uma mudança de parâmetros, diferente daqueles a que está acostumado o direito brasileiro, deslocando-se o foco da responsabilidade civil da reparação à vítima para a análise profunda das circunstâncias que levaram à conduta do suposto ofensor.

Em outras palavras, os graus de culpa devem passar a ter importância, não se medindo a indenização apenas pela extensão do dano, apurada a partir da configuração da existência de um ato tido como ilícito, amparada em um nexos causal bem estabelecido. Haveria aqui uma aproximação, um maior diálogo entre o direito civil e o direito penal, de modo a se encontrar uma solução adequada a um cenário, até então, não previsto pela legislação pertinente.

De maneira mais prática, um médico que eventualmente realize um diagnóstico incorreto de Covid-19, num contexto de carga excessiva de atividade, insegurança relativa ao grau de confiabilidade dos testes rápidos, atua em um contexto em que sua culpa pode ser considerada como leve, se confirmada que a conduta permaneceu dentro de um comportamento mediano, isto é, não seguiu a diligência que se esperava em tempos de normalidade, mas se trata de culpa leve, tendo em vista a extraordinariedade do momento. Importante destacar o raciocínio já apresentado anteriormente: o erro de diagnóstico, a princípio, é escusável e inapto à configuração da culpa do médico. O profissional só será responsabilizado se não revelar o cuidado, a diligência que razoavelmente se esperava e era exigível na sua conduta.

Já em algumas situações de omissão no atendimento médico em tempos de pandemia da Covid-19, pode-se cogitar a incidência de caso fortuito ou de força maior como causa excludente do nexos causal, exonerando-se, assim, a responsabilidade do profissional, nos termos do artigo 393, parágrafo único, do Código Civil (“o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”).

Assim, pode o julgador de uma demanda indenizatória verificar a existência de um obstáculo intransponível – a situação excepcional da pandemia – que afasta a causalidade, mesmo que, em tese, o médico esteja praticando um ilícito (omissão de atendimento médico). Em razão do rompimento da causalidade, não surgiria a obrigação de indenizar. Ademais, diante da situação excepcionalíssima, pode-se também cogitar a presunção da incidência da excludente de ilicitude, cabendo não ao médico – mas ao paciente lesado – produzir a prova de que a força maior não ocorreu, segundo disposto no art. 373, inc. II, do Código de Processo Civil.<sup>59</sup>

Diante do exposto, destaca-se, por fim, que, como não há no Brasil a possibilidade de realizar a modulação da responsabilidade civil médica para os casos de atuação específica no combate à pandemia da Covid-19, buscou-se traçar algumas possíveis respostas – sem a pretensão de esgotar o tema –, à luz das previsões do Código Civil. Contudo, apesar de a redução equitativa da indenização – no caso de culpa leve –, e da possibilidade de incidência de causa excludente de responsabilidade civil em certas hipóteses, serem as possíveis soluções alcançadas pelo nosso ordenamento jurídico, defendemos que o mais adequado é existir uma total isenção de responsabilidade civil dos profissionais da saúde neste contexto, por meio da edição de uma norma em caráter excepcional.

---

59 Art. 373 do CPC: “O ônus da prova incumbe: (...) II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”.

## **5.1 Isenção da responsabilidade civil como a melhor resposta aos casos de simples negligência dos médicos atuantes durante a pandemia**

No Brasil, apesar da frequente discussão de juristas sobre a necessidade de pensarmos na necessidade de isenção de responsabilidade profissional no contexto da pandemia, não há norma similar à norte-americana. Contudo, destaca-se a louvável proposta legislativa trazida por Nelson Rosendal, de isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência:

Isenção de responsabilidade por simples negligência.

Art. X Dadas as circunstâncias urgentes e dramáticas em que médicos, profissionais de saúde e outros provedores do setor médico precisam prestar serviços, o Estado deve garantir que a partir de 20 de março de 2020 até o final da declaração de emergência esses profissionais não sejam responsabilizados por eventos adversos relacionados a Covid-19, exceto em casos de grave negligência.

§ 1º O mesmo se aplica a outros profissionais e titulares de cargos públicos que tiveram que tomar decisões rápidas e difíceis diretamente relacionadas à crise da Covid-19.

§ 2º Essas isenções não se aplicam ao Estado, que permanece responsável de acordo com o regime específico de responsabilidade existente.<sup>60</sup>

Ressalte-se que, seguimos o posicionamento da necessidade de que todos os profissionais de saúde que atuam – em âmbito público e privado – em tempos de pandemia devem ter um escudo de responsabilidade civil, para que possam lutar para salvar vidas, sem se preocuparem com futuras demandas judiciais. Não vislumbramos que essa limitação de responsabilidade se constitua em imunidade absoluta, espécie de salvo-conduto, de blindagem ou de estímulo à impunidade. O que nos parece, isto sim, é existir a necessidade de ser implementado um nivelamento que prestigia a presunção de boa-fé na atuação destes profissionais, ao mesmo tempo em que não desnatura a possibilidade de censura aos casos de dolo ou grave negligência (erro grosseiro).

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Há novos desafios ao profissional da saúde, que agora se depara com determinadas condutas que não eram recomendadas (ou vedadas) em um cenário de normalidade. A Lei 13.989/2020, que autoriza o amplo exercício da telemedicina em tempos de pandemia, e o Parecer n. 4/2020 do CFM sobre o uso *off-label* de medicamentos são exemplos de flexibilização das exigências em relação à atuação do médico. Defendemos, desse modo, a resignificação do conceito de culpa no exercício das atividades médicas neste período, uma vez que a conduta médica deve ser valorada em conformidade com a possibilidade de agir frente às adversidades do contexto excepcionalíssimo.

Os reflexos jurídicos deste momento excepcional são incertos, pois ainda não é possível determinar com exatidão o que está por vir, tampouco se pode prever todas as possíveis situações de incidência ou exclusão de responsabilidade civil. Assim, o propósito deste artigo foi problematizar o contexto incerto de atuação dos médicos, formulando possíveis soluções à luz do nosso ordenamento jurídico e, ainda, demonstrando a necessidade de

---

60 ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. In: *Migalhas*, 05/05/2020.

edição de uma norma excepcional para isenção da responsabilidade dos profissionais da saúde por culpa leve.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BARBOZA, Heloisa Helena. A Autonomia da Vontade e A Relação Médico-Paciente no Brasil. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n. 2, Coimbra, 2004, p. 5-14.
- COSTALES, J. Fernandez. *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid: Edilex, 1987.
- DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do estado e reflexos jurídicos pela recusa no atendimento a pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 271-282.
- FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 109, v. 1016, jun. 2020, p. 327-362.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: uma abordagem de direito comparado (estados unidos, união europeia e brasil). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Berreza de; DADALTO, Luciana (Coords.). *Responsabilidade Civil e Medicina*. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 159-186.
- NOGAROLI, Rafaella; PIMENTEL, Willian. Dupla perspectiva do consentimento do paciente na telemedicina em tempos de Covid-19. In: DADALTO, Luciana. (Coord.) *Bioética e Covid-19*. Indaiatuba: Foco, 2020. E-book.
- NOGAROLI, Rafaella. Breves reflexões sobre a pandemia do novo coronavírus (Covid-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 109, v.1015, maio 2020, p.365-376.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direito dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. O Consentimento Informado em Portugal: Breves Notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca (SP), v. 12, n. 2, 2017.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*. Estudo de Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. In: *Migalhas*, 05/05/2020.
- ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código civil comentado: artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHAEFER, Fernanda; GONDIM, Glenda Gonçalves. Telemedicina e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (Coords.). *Responsabilidade civil e medicina*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.187-202.

SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial na análise diagnóstica da Covid-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. In: *Migalhas*, 30/03/2020.

SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial na análise diagnóstica da COVID-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 293-300.

SOARES, Flaviana Rampazzo; DADALTO, Luciana. Responsabilidade médica e prescrição *off-label* de medicamentos no tratamento da Covid-19. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n.2, p.1-22, maio/ago. 2020.

STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

TEGMARK, Max. *Life 3.0: Ser-se Humano na Era da Inteligência Artificial*. Trad. João Van Zeller. Alfragide: Dom Quixote, 2019.

TURNER, Jacob. *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Londres: Macmillan, 2019.



# IMPACTOS DA COVID-19 NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO <sup>1</sup>

**Tula Wesendonck**

Professora do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRGS. Integrante do Instituto de Estudos Culturalistas, do Instituto de Brasileiro de Responsabilidade Civil e da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil no Direito Civil Contemporâneo”. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa de Responsabilidade Civil da UFRGS.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Reflexões em torno da resignificação do conceito de culpa no exercício das atividades médicas; 3 A excepcionalidade da pandemia e seus reflexos jurídicos; 4 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Este artigo foi elaborado como parte das pesquisas desenvolvidas no projeto de pesquisa registrado na UFRGS sob o n. 33337, intitulado Direitos da Personalidade: Autonomia Privada e Responsabilidade Civil. Sobre o mesmo tema foram também produzidos e publicados os seguintes artigos: WESENDONCK, Tula. Reflexos da Covid-19 na Responsabilidade Civil - problemas emergentes na seara médica. In: Tula Wesendonck; Guilherme Mucelin. (Org.). *Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica na Responsabilidade Civil*. 1ed. Curitiba: CRV, 2020, v. 1, p. 21-42, e WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil na esfera médica em razão da Covid-19. Disponível em: *Migalhas de Responsabilidade Civil*, 7 maio 2020. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/326237/a-responsabilidade-civil-na-esfera-medica-em-razao-da-covid-19>.

## 1 INTRODUÇÃO

O evento da pandemia pela qual estamos passando tem impactado severamente o nosso modo de viver em diversos aspectos, desde o modo de cumprimentarmos os amigos ao modo de realizarmos uma consulta médica. Essas transformações provocadas pela pandemia certamente vão provocar, como de fato tem provocado, alterações no regime da Responsabilidade Civil tal como outros eventos históricos de igual magnitude provocaram sobre a disciplina.

Ao lançar os olhos para o desenvolvimento histórico da Responsabilidade Civil, é possível perceber que a sua evolução acompanha os desafios aos quais a sociedade é sujeita. Nesse sentido, calha a referência a uma das maiores evoluções pelas quais passou a disciplina relacionada à superação do dogma da culpa como requisito essencial da incidência de responsabilidade civil a partir dos acidentes de trabalho.

A frequência maior de acidentes de trabalho e a constatação de que o requisito da comprovação da culpa impediria o reconhecimento da responsabilidade civil deram início na França a uma discussão a respeito da necessidade de afastar a culpa como um requisito único para imputação da responsabilidade civil.

Em 1897, Raymond Saleilles publicou um estudo denominado “Les Accidents de travail et la responsabilité: essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle”. Depois desse estudo, a França editou a legislação sobre acidentes de trabalho, a Lei de 9 abril de 1898 que consagrou a noção de risco profissional e imputou a responsabilidade do empregador pelos danos sofridos pelo operário independentemente da comprovação de culpa<sup>2</sup>.

Esse fato histórico determinou superação de um modelo de responsabilidade civil, até então somente fundado na culpa, para admitir hipóteses de flexibilização do nexo de imputação da responsabilidade civil.

Um fato social relevante gerou como consequência a alteração de importante requisito da responsabilidade civil dando origem a um novo modelo de responsabilidade que a partir daí admitia a versão objetiva, excepcionando a regra geral de culpa do ofensor.

Além desse episódio, e principalmente considerando o objeto deste estudo, merece referência outro fato que foi determinante para a evolução da responsabilidade civil, mundialmente conhecido como a Tragédia da Talidomida.

A talidomida era um medicamento que passou a ser prescrito como sedativo dos enjoos matinais característicos da gravidez no final da década de 60 do século passado e apresentou efeitos teratogênicos resultando no nascimento de milhares de crianças com focomelia (encurtamento dos membros)<sup>3</sup>. Esse fato modificou o tratamento jurídico dado à

---

2 JOSSEERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 86, n. 454, 1941, p.557.

3 Uma análise pormenorizada do e do enfrentamento jurídico da matéria pode ser consultado em SILVEIRA, Diana Montenegro da. *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*. Coimbra: Coimbra, 2010 e na obra WESENDONCK, Tula. *O regime da Responsabilidade Civil pelo fato dos produtos postos em circulação. Uma proposta de interpretação do Art. 931 do Código Civil sob a perspectiva do Direito Comparado*. Livraria do Advogado, 2015, p. 166 a 202. Para uma pesquisa mais atual sobre a responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento pode ser consultado em WESENDONCK, Tula. A evolução da responsabilidade civil pelos danos derivados dos riscos do desenvolvimento de medicamentos no Direito brasileiro e nos países integrantes da União Europeia. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, v. 31-32, p. 85-100, 2019.

delimitação da imputação de responsabilidade civil pelos danos derivados dos riscos do desenvolvimento em diversos países<sup>4</sup>.

A Covid-19, como os fatos históricos anteriormente referidos, vai impactar a Responsabilidade Civil em temas relacionados à responsabilidade do médico na sua atuação para o combate da doença, principalmente se for considerada a excepcionalidade da situação e a necessidade de tomada de decisões num contexto totalmente novo.

A pandemia do novo Coronavírus trouxe consigo novos contornos à responsabilidade civil que passa a ser pautada por uma série de incertezas próprias do enfrentamento de uma crise, marcada por uma doença nova, sobre a qual ainda não é possível determinar com exatidão os seus efeitos e prever todos os casos passíveis de incidência de responsabilidade, ou definir no caso concreto o que seria considerado como hipótese plausível de excludente de responsabilidade.

A conexão entre os fatos sociais e os efeitos jurídicos impõe a observação sobre o atual estado da arte e da ciência para que seja possível o enfrentamento da crise. Nesse sentido, percebe-se que ainda não há estudos conclusivos sobre a doença, seja no que se refere ao tratamento, medicamentos, ou mesmo, vacina disponível para imunizar a população. Passados mais de 7 meses do primeiro contágio da doença no Brasil, a única certeza que a ciência fornece é de que o vírus é muito contagioso, e que a doença por ele provocada pode levar a complicações e até à morte para as pessoas mais vulneráveis ou que não recebam atendimento no tempo e forma adequados.

A avaliação dos requisitos da responsabilidade civil, especialmente no que se refere ao nexo de imputação e à delimitação do nexo causal, podem auxiliar a refletir sobre hipóteses de incidência de responsabilidade civil do médico em razão da sua atuação no tratamento da Covid-19.

Nesse sentido, este estudo tem como finalidade problematizar e formular perguntas sobre os desafios jurídicos relacionados aos impactos da Covid-19 na responsabilidade civil do médico para abordar os problemas prementes no contexto atual. Para tanto, o estudo foi estruturado em duas partes: a primeira abordará a ressignificação do conceito de culpa no exercício das atividades médicas; a segunda examinará a excepcionalidade do período atual<sup>5</sup>.

---

4 Esse fato fez com que o tratamento dado à responsabilidade civil fosse mudado pela aceitação de sua imputação pelos danos derivados de riscos do desenvolvimento em diversos países. Na União Europeia, em razão da Diretiva 85/374 CEE, vigora como regra a exclusão da responsabilidade pelos danos derivados dos riscos do desenvolvimento. A mesma diretiva autoriza aos países membros a viabilidade de derrogar a exclusão de responsabilidade. Nesse sentido, na Alemanha é aplicada a Lei do Medicamento de 1976, que imputa a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento para medicamentos. Na Espanha a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento é cabível para medicamentos e alimentos. Na França, a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento é imputada pelos danos relacionados a hemoderivados. Na Finlândia e em Luxemburgo a responsabilidade se impõe para qualquer produto. Na Itália e em Portugal, mesmo sendo adotada a exclusão de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, há amplo debate doutrinário sobre o assunto questionando a pertinência da manutenção dessa exclusão. A título de exemplo Carlo Castronovo considera inaceitável o sistema de exclusão da responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento. Para o autor, o produtor é o sujeito mais idôneo a suportar o custo do dano, já que o risco é introduzido pela escolha de quem o cria. Além disso, o autor salienta não ser possível afirmar que o consumidor, ao decidir utilizar o produto, entenda correr o risco de dano. O autor ainda refere tendência doutrinária e jurisprudencial em acolher essa modalidade de responsabilidade, a exemplo do que ocorre no Direito Japonês, que, mesmo tendo adotado em 1995 uma lei sobre danos por produtos, na qual exclui a responsabilidade no caso de defeito desconhecido ao estado da ciência ou da técnica no momento de sua colocação no mercado, a posição jurisprudencial desse ordenamento afirma a responsabilidade nos casos de danos decorrentes de produtos medicinais. (CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità Civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2018, p. 803-804).

5 Ainda que o escopo deste texto tenha como objeto de pesquisa mais aprofundado a responsabilidade do médico, tendo em vista a relação que se verifica entre a atuação do médico e o atendimento no hospital no que concerne à afeição de caso fortuito e força maior, será feito neste estudo uma breve referência à responsabilidade dos hospitais em tempos de pandemia.

## 2 REFLEXÕES EM TORNO DA RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE CULPA NO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES MÉDICAS

A Covid-19 gerou um colapso nos sistemas de saúde em várias partes do mundo. O enfrentamento da doença foi e está sendo muito desafiador. Muitas incertezas acompanharam os profissionais de saúde, seja em razão do desconhecimento da nova doença ou de seu tratamento ou do esgotamento do serviço de saúde, considerando que para o tratamento da doença muitas vezes o paciente precisa internação UTIs exigindo cuidados especiais (por período mínimo de 14 dias em). Isso legou à indisponibilidade de leitos e atendimento em hospitais.

Por ser uma doença nova, muitas vezes as equipes médicas se viam quase numa situação de impotência, por estar diante de um vírus ainda pouco conhecido. Até o momento ainda pairam muitas dúvidas sobre os efeitos do vírus no corpo dos pacientes, que pode variar em cada pessoa acometida. Sabe-se que é um vírus muito contagioso e agressivo, não existindo ainda tratamento específico para o tratamento da Covid-19 ou vacina correspondente.

A verificação da responsabilidade civil do médico passa pela avaliação de sua conduta já que ele somente responde pelos danos que der causa em razão de um comportamento culposos. Para aferir a sua conduta culposa do médico, é preciso considerar que o sistema de saúde pode estar colapsado em razão das medidas adotadas para enfrentamento da Covid-19. Problemas como a falta de pessoal apto para o bom atendimento dos pacientes; indisponibilidade de leitos carência de equipamentos, materiais e medicamentos; é uma realidade presente durante o atendimento médico durante a pandemia. Acrescenta-se a esse cenário caótico, a possibilidade de a equipe médica ter que definir critérios de escolha e prioridade dentre os pacientes, para decidir quem terá acesso a atendimento, internação e intubação, porque em muitos casos não há condições de atender a todos<sup>6</sup>.

O terreno de atuação do médico passa a ser muito diferente do cenário que estava acostumado a atuar. As condições de exercício de atividade do profissional mudaram, a situação atual passa a ditar novas posturas ou exigências para a sua atuação, e por isso é preciso refletir sobre a repercussão na disciplina tradicional da culpa e sua aferição.

O primeiro ponto para essa reflexão é a compreensão de que a incidência de responsabilidade civil depende da verificação do nexo de imputação consistente no “vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa”<sup>7</sup>.

A imputação é delitual quando a responsabilidade civil for subjetiva, fundada na culpa. Nessas hipóteses, somente será imposta a responsabilidade civil quando o agente não respeitar os “precedentes deveres de conduta” que observados, evitam o dano. A imputação é objetiva, nos casos de responsabilidade civil objetiva fundada no risco, ou cuja ocorrência independa de culpa. Nesse caso, o causador do dano terá que “suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não procedido com culpa”<sup>8</sup>.

6 Questões éticas e jurídicas acompanham a discussão sobre a definição de um critério para o ingresso na terapia intensiva diante da escassez de leitos. Como definir a “melhor esperança de vida”? Inicialmente, na Itália o critério foi determinado pelo limite de idade. Posteriormente, a doutrina começou a questionar esse critério e passou a entender que o mais adequado para a escolha seria o critério clínico, como forma de afastar a discriminação por idade, sexo, condições sociais, étnicas... Assim, a triagem na emergência pandêmica deveria respeitar a adequação clínica e atualidade, fazendo-se a avaliação individual do paciente fisicamente presente no pronto socorro. (GIOVA, Stefania - Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.502-511, p. 507).

7 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152.

8 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 472.

No estudo do nexo de imputação é importante não confundir com o nexo de causalidade. Pode ocorrer por exemplo, que determinada atividade, por ser potencialmente nociva, seja reconhecida como hipótese de imputação objetiva de responsabilidade. Isso não quer dizer, que o simples exercício dessa atividade irá gerar a imputação da responsabilidade, o dano pode estar relacionado a uma causa externa, e isso afasta a incidência de responsabilidade em virtude da exclusão do nexo causal.

Essa conclusão é possível, porque ainda que a responsabilidade seja imposta independentemente de culpa, o réu poderá afastar a responsabilidade provando a incidência de caso fortuito ou força maior, hipóteses que afastam a responsabilidade civil. Essa observação é relevante para não confundir nexo de imputação com nexo de causalidade.

Por ser caracterizado como profissional liberal, o médico recebe no Direito Brasileiro o tratamento jurídico definido pelo Art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, que ao disciplinar a responsabilidade pelo fato do serviço, determina que a responsabilidade do profissional liberal será apurada mediante culpa. Nesse sentido a responsabilidade do médico “não decorre de um mero descumprimento, mas também de um agir com culpa”<sup>9</sup>.

Na relação médico-paciente, a imputação da responsabilidade do profissional é subjetiva, fundada na culpa. Para determinar a ocorrência de responsabilidade é preciso investigar qual é a conduta esperada do profissional médico, e avaliar, se dentro desse quadro, o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia. Essa conduta deve ser aferida segundo os padrões esperados do médico na condução de sua atividade, avalia-se “se outro médico razoavelmente prudente agiria, naquelas mesmas circunstâncias (ou semelhantes)” do mesmo jeito que o médico agiu no caso concreto<sup>10</sup>.

Assim, a conduta do médico deverá ser valorada de acordo com a possibilidade de agir frente às adversidades em determinada situação. O fundamento jurídico dessa afirmação pode ser encontrado na evolução jurisprudencial da responsabilidade civil do médico, que considera o contexto no qual o profissional atua e discerne o modo como a culpa pode ser aferida. Veja-se, assim a evolução da jurisprudência no que diz respeito ao atendimento em emergências hospitalares em um extremo e a responsabilidade do cirurgião plástico em outro.<sup>11</sup>

Nessa direção, é possível notar algumas providências que modulam a atuação do médico.

Algumas condutas que antes eram vedadas, ou que não eram recomendadas num cenário de normalidade, passam a ser admitidas e contribuem para flexibilizar as exigências

9 KFOURI NETO, Miguel; DANTAS Eduardo; NOGAROLI Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à Covid-19. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-18.7.

10 KFOURI NETO, Miguel; DANTAS Eduardo; NOGAROLI Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à Covid-19. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-18.3.

11 A título exemplificativo é digno de nota a referência de interessante julgado do Tribunal de Santa Catarina que ao julgar processo de responsabilidade civil procedeu a diferenciação entre a obrigação do médico que atua no atendimento de emergência e do cirurgião plástico cuja ementa é a que segue: Indenização – erro médico – obrigação de meio e não resultado - responsabilidade subjetiva – ausência de prova conduta técnica indevida, erro ou imperícia – improcedência mantida. Inconsistente o conjunto probatório em demonstrar a existência de erro ou imperícia médica, sendo a responsabilidade do prestador de serviço na espécie subjetiva, o pedido indenizatório é rechaçado. Recurso desprovido. (TJSC - ApCiv 2007.048764-3 - Câmara Especial Regional de Chapecó - j. 11/11/2011 - julgado por Guilherme Nunes Born). Na decisão é possível observar um trecho no qual o relator estabelece a distinção entre a obrigação do médico no tratamento que é por ele praticado no atendimento de emergência (obrigação de meios) e o atendimento esperado pelo cirurgião plástico (obrigação de resultado), a se ver: “Inicialmente observa-se que é indiscutível ter o apelante sofrido uma queda de bicicleta e ter uma fratura complexa mandibular, sendo atendido na emergência pelo réu, para superar e amenizar o aludido trauma. Afastado pois, que a cirurgia era de correção, estética, plástica, e sim de emergência, onde efetivamente o resultado é de meio e não fim.”



em relação à atuação do médico. Por óbvio, isso não quer dizer, que a pandemia por si só irá eximir a responsabilidade do médico na sua atuação. Se por exemplo, for verificado que a sua conduta é reprovável para o exercício de sua atividade, mesmo no cenário marcado por todas as dificuldades relacionadas à Covid-19, será imputada a responsabilidade pelos danos que ocasionar: a lei não foi alterada nesse sentido.

Ocorre que a pandemia contribuiu para um relaxamento na exigibilidade de determinadas condutas que antes eram atribuídas ao médico. A título exemplificativo pode ser citado o caso aventado pela doutrina na recusa do profissional de saúde no atendimento de um paciente por não possuir equipamento de proteção (EPI). Em condições de normalidade, o médico estaria sujeito à responsabilização penal, ética, cível e administrativa. No entanto, num cenário marcado pelo risco de contágio pela Covid-19, não é exigível que o profissional da saúde seja obrigado a trabalhar, arriscando a sua “incolumidade física, quanto faltar EPI ou este for inadequado”<sup>12</sup>.

A sociedade está diante de novos problemas e de um cenário peculiar. Esses dados são relevantes porque a responsabilidade do médico é pautada pela avaliação de sua atuação que vai ser guiada por padrões de conduta determinados pelo princípio da boa-fé, por um comportamento ético situado, adequado, modulado para o estado da arte da ciência.

Nesse sentido, importante lembrar lição de Judith Martins-Costa para quem “a função primeira da boa-fé como *standard* jurídico é propiciar o *direcionamento de comportamentos* no tráfico negocial” segue a autora dizendo que a “boa-fé é um princípio que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual”. Para a autora o princípio da boa-fé “conduz o agente a um estado ideal de coisas ... a ação proba, correta leal”<sup>13</sup>.

Essa noção de boa-fé, que dita os parâmetros da boa conduta médica<sup>14</sup>, deve estar situada no tempo e no espaço, considerando as circunstâncias que acompanham a atuação do profissional médico, para que seja possível determinar um padrão de conduta que deve ser observado e seguido e a partir daí poder definir a incidência ou não de sua responsabilidade.

Não se trata de confundir os âmbitos da “culpa” e da “boa-fé”, porém a boa-fé é extremamente rica para conformar e auxiliar na avaliação, do modo mais objetivo possível, sobre qual é o *standard* de conduta esperado de um médico quando atua no exercício de sua atividade profissional.

12 Nesses casos, o profissional “tem direito de se afastar do atendimento, mas deve registrar a ocorrência em prontuário e remeter um documento à autoridade competente, relatando a circunstância e justificando seu afastamento”. (KFOURI NETO, Miguel; DANTAS Eduardo; NOGAROLI Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à Covid-19. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-18.3).

13 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado – critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 264.

14 A boa-fé é ferramenta fundamental para determinar qual é o comportamento a ser esperado por um bom profissional da saúde pois é um conceito aberto que irá se amoldar às mais variadas atividades profissionais e também pode ser adaptado no tempo e no espaço delimitando os deveres do médico. Nesse sentido: “o médico incorreu em falha pessoal, pela qual deve responder. É que quando se tornou pública a notícia de que as próteses de silicone que costumava usar em suas pacientes apresentavam defeitos, era seu dever contatar as pacientes nas quais tal produto havia sido utilizado, para informá-lhes sobre os potenciais riscos a que estavam sujeitas e analisar as alternativas existentes para minorar ou afastar os potenciais danos. 3. Tal dever impunha-se não só em razão de determinação da ANVISA, mas derivava do princípio da boa-fé objetiva que produz efeitos em todas as fases do contrato de prestação de serviços. A falha pode acarretar responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual. 4. Uma das funções da boa-fé objetiva é exatamente a de criar deveres anexos, secundários ou laterais, de conduta, que derivam diretamente da referida base principiológica, independentemente de constarem da lei ou do contrato. Dentre tais deveres encontra-se o dever de proteção dos interesses do outro contratante. Incumbia, assim, ao médico demandado, ter realizado o contato acima referido, mesmo após a prestação contratual principal já ter sido esgotada. 5. Assim, ainda que por fundamento diverso da responsabilidade da co-demandada, deve ser provido o apelo para se reconhecer a legitimidade passiva do médico demandado, condenando-se-o a idêntico valor da condenada, diante da gravidade dos efeitos de sua omissão. Tivesse ele zelado pelos interesses da sua ex-paciente, uma intervenção preventiva poderia ter sido feita antes da ruptura da prótese, evitando todos os graves efeitos que dela decorreram. (Apelação Cível, Nº 70082222860, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julg. em: 16/10/2019).

Neste sentido, ao passo que a boa-fé possui maior objetividade, também fornece mais flexibilidade, já que a teoria da culpa não provê, de modo claro, quais são os padrões de conduta exigidos e quais são as hipóteses de sua flexibilização.

Apesar de certa polêmica sobre a natureza contratual ou extracontratual da atuação do médico<sup>15</sup>, é praticamente consenso no meio jurídico que a atuação médica, como exercício de uma atividade profissional regulamentada deve pautar-se pela boa-fé objetiva.<sup>16</sup>

Por isso, é de extrema relevância a noção de estado da arte para definir os limites e contornos da responsabilidade civil médica pela noção de *lex artis ad hoc*, expressão que representa o estado da arte na atuação médica e que pode ser aplicada a qualquer âmbito de prestação de serviços profissionais qualificados<sup>17</sup>.

A Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, de 23 de maio de 2006, RJ 2006/3535 definiu a *lex artis* como um “critério valorativo para calibrar a diligência exigível em todo ato ou tratamento médico”. Esse critério inclui o cumprimento de técnicas previstas na ciência médica e adequadas a boa prática e também a aplicação dessas técnicas com o cuidado e precisão de acordo com as circunstâncias e os riscos inerentes a cada intervenção segundo sua natureza e circunstâncias<sup>18</sup>.

Importante destacar nessa decisão, a referência a expressão “circunstâncias”. O comportamento do profissional médico deve ser adequado às circunstâncias contemporâneas ao momento em que é chamado a atuar. O exame das circunstâncias irá determinar o comportamento desejável e esperado, definirá se o profissional agiu de maneira correta, adequada ao comportamento definido pelos contornos da boa-fé.

Os parâmetros da *lex artis*, também são definidos pelos conhecimentos científicos e pela disponibilidade técnico-material que está ao alcance do médico na localidade em que se encontra<sup>19</sup>. Ou seja, o comportamento do médico deve ser situado de acordo com a localidade e o momento. Nesse mesmo sentido, deve ser o raciocínio para definir os reflexos jurídicos dos efeitos da pandemia na atuação do médico, sendo necessário analisar no caso concreto qual será o comportamento exigível e esperado, diante da excepcionalidade que se apresenta.

Esse critério irá definir a possibilidade de responsabilizar o médico por algum dano no caso concreto. Não é plausível por exemplo, que se exija do médico um comportamento impossível de ser prestado diante de um cenário modificado em razão da pandemia, quando as circunstâncias são modificadas, já não estão mais disponíveis os mesmos equipamentos, instrumentos, medicamentos e pessoal que antes faziam parte de uma situação de normalidade. As circunstâncias irão ditar qual é o comportamento exigível, e numa situação

---

15 Sobre o tema Aguiar Dias relatava a percepção de Jossierand a respeito da necessidade de considerar a responsabilidade contratual em alguns casos, como uma estratégia de ter em favor da vítima um modelo de responsabilidade civil que lhe fosse mais benéfico em razão da presunção de culpa do réu. Mais adiante, o mesmo autor afirmava não restar dúvida a respeito na natureza contratual da responsabilidade civil do médico mesmo que o CC de 2002 tenha colocado a responsabilidade do médico no Art. 951 no capítulo destinado aos atos ilícitos. O autor alerta ainda que o fato de considerar como contratual a responsabilidade do médico não impõe a presunção de culpa. | (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed., revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 328-330).

16 Sobre o tema importante referir a decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial REsp 1.540.580 da 4ª Turma, j. 2/8/2018, Min. Lázaro Guimarães que firmou a relevância da boa-fé para definir o conteúdo e contornos da obrigação médica na sua relação com o paciente como é possível conferir do trecho da ementa que segue: “É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.”

17 TORROBA, Juan. La responsabilidad civil sanitaria y la “lex artis ad hoc”. *Law and Trends*. <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/la-responsabilidad-civil-sanitaria-y-la-lex-artis-ad-hoc-1.html>. Acesso em: maio 2020.

18 TORROBA, Juan. La responsabilidad civil sanitaria y la “lex artis ad hoc”. *Law and Trends*. <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/la-responsabilidad-civil-sanitaria-y-la-lex-artis-ad-hoc-1.html>. Acesso em: maio 2020.

19 KFOURI NETO, Miguel; DANTAS Eduardo; NOGAROLI Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à Covid-19. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-18.2.

de excepcionalidade o padrão de exigência fatalmente irá mudar.

Nesse sentido, talvez seja interessante lançar um olhar sobre países que sofreram com os efeitos das circunstâncias relacionadas pela Covid-19 para ver como se posicionaram no enfrentamento dos problemas trazidos com a nova realidade.

A Itália foi muito afetada pelos efeitos da Covid-19. A imprensa constantemente noticiava situações de caos na saúde do país, resultado de uma contaminação muito rápida, atingindo um grande número de pessoas num mesmo momento, o que conseqüentemente exauriu a possibilidade de atendimento hospitalar. Nesse país, é possível observar uma preocupação direcionada à necessidade de interpretar a atuação do médico considerando as circunstâncias que acompanham a pandemia do Coronavírus. E, o sentimento que é considerado natural de imputar a responsabilidade do médico em virtude de um resultado infeliz no tratamento médico passou a ser relativizado.

No entanto, isso nem sempre foi assim. Logo que teve início o tratamento das vítimas da Covid-19, o grande número de mortes causadas pela doença, começou a chamar atenção de profissionais do Direito, que geralmente prestam assistência a vítimas de negligência médica. Esses profissionais passaram a oferecer assistência jurídica, por vezes, utilizando estratégias de marketing agressiva. Com o avanço da pandemia, e o número crescente de infectados e vítimas, os profissionais da saúde passaram a ser considerados como heróis pela opinião pública e alguns conselhos de Ordem de Advogados e o Conselho Nacional de Advogados passaram a reprovar a conduta dos advogados que estavam dispostos a mover e acompanhar processos judiciais contra os médicos.<sup>20</sup>

O fato é que a opinião pública reconheceu os esforços desempenhados pelos profissionais da saúde no enfrentamento da pandemia, que desenvolviam suas atividades em turnos exaustivos, com risco para sua própria segurança, sem poderem contar com dispositivos de proteção adequados.<sup>21</sup>

A preocupação com a isenção de responsabilidade civil dos profissionais da saúde, motivou na Itália, a discussão para modificação legislativa ao regime comum de responsabilidade civil para infrações cometidas durante o período de emergência.

No entanto, a proposta passou a ser questionada sob o argumento de que a limitação de responsabilidade poderia fomentar no futuro discussão a respeito da constitucionalidade de uma norma elaborada nesse sentido, pois impediria que vítimas de violações do direito à saúde durante a situação emergência do coronavírus, pudessem posteriormente buscar a compensação pelos danos<sup>22</sup>.

A questão é bastante controversa. Passou-se a ponderar também, que uma isenção de responsabilidade do profissional da saúde poderia ser um prêmio para aqueles que apresentam um comportamento manifestamente errado em detrimento de outros que, mesmo com todas as dificuldades tenham agido corretamente. Por isso, parte da doutrina italiana aponta como a melhor solução considerar como imputável a responsabilidade dos profissionais da saúde somente no caso de culpa grave, para os danos sofridos no período de excepcionalidade<sup>23</sup>.

---

20 CAPECCHI, Marco. Coronavírus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di Riforma Rivista Responsabilità Medica. *Diritto e pratica clinica*. Pacini Editore Srl <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/coronavirus-responsabilita-sanitaria-quali-prospettive-riforma/>. Acesso em: maio 2020.

21 GIOVA, Stefania - Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.502-511, p. 507.

22 CAPECCHI, Marco. Coronavírus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di Riforma Rivista Responsabilità Medica. *Diritto e pratica clinica*. Pacini Editore Srl <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/coronavirus-responsabilita-sanitaria-quali-prospettive-riforma/>. Acesso em: maio 2020.

23 CAPECCHI, Marco. Coronavírus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di Riforma Rivista Responsabilità Medica. *Diritto e pratica clinica*. Pacini Editore Srl <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/coronavirus-responsabilita-sanitaria-quali-prospettive-riforma/>. Acesso em: maio 2020.

No caso italiano, tendo em vista uma contaminação muito rápida e agressiva que foi noticiada largamente pela imprensa, a situação de emergência na Pandemia foi marcada pela desproporção entre os recursos humanos e as estruturas disponíveis para atendimento de um lado, e de outro, o número de pessoas contaminadas e doentes<sup>24</sup>.

A culpa é também o elemento central para a determinação da responsabilidade civil do médico no Direito italiano, e a doutrina naquele país a define como a “violação flagrante e injustificada dos princípios básicos que governam a profissão de saúde, bem como protocolos preparados para enfrentar a condição de emergência”<sup>25</sup>. Importante referir também que a mesma doutrina considera viável a exclusão da responsabilidade em razão da Pandemia pela norma prevista no Art. 2236 do Código Civil Italiano, que estabelece que em situações de emergência a responsabilidade do profissional intelectual prestador de serviço tem a sua responsabilidade limitada às hipóteses de dolo ou culpa grave<sup>26</sup>.

Essa breve análise do posicionamento italiano no enfrentamento da crise da saúde e das condições de trabalho dos médicos naquele país, serve para demonstrar que diante de uma situação excepcional é necessário modular as exigências em torno da atuação do médico, comportamentos que eram exigidos podem vir a ser relativizados e comportamentos vedados pode vir a ser autorizados.

Entretanto, como o Código Civil brasileiro não dispõe de norma legal semelhante, passa a ser indispensável pautar a conduta do médico segundo os ditames da boa-fé objetiva, que impõe ao intérprete e aplicador do Direito a obrigação de considerar o “homem situado” e não um ser hipotético fora de seu contexto social.<sup>27</sup>

Para além da perspectiva que a boa-fé oferece, também há outras disposições normativas que começam a surgir no Brasil, diante do cenário novo descortinado pela pandemia do Coronavírus, flexibilizando as exigências de atuação dos profissionais da saúde.

A Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020, pode ser citada como uma dessas flexibilizações, pois autorizou o exercício da telemedicina durante o período da pandemia, relativizando a essencialidade do contato presencial com os pacientes. Esse é um exemplo da resposta formulada pelo Direito à necessidade de se adaptar a atuação do médico e o seu tratamento jurídico aos novos tempos.

Antes da referida lei, a telemedicina ficava restrita à telerradiologia e telepatologia<sup>28</sup>. Em razão da pandemia do Coronavírus a Lei 13.979/20 dispôs sobre medidas de enfrentamento para a emergência de saúde pública, dentre elas, as de isolamento e a quarentena, o que dificultou o atendimento presencial de pacientes. Para contornar o problema a Lei 13.989/20 autorizou a realização de consultas por meio de telemedicina no período da crise causada pelo coronavírus<sup>29</sup>.

24 GIOVA, Stefania. Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.502-511, p.508.

25 GIAMMATTEO, Jacopo; SEBASTIANELLI, Lorenzo; TREGLIA, Michele; MARSELLA, Luigi Tonino. Limitazione della responsabilità sanitaria durante l'emergenza da COVID-19. *Pratica Medica & Aspetti Legali*. V. 14, N1 (2020). <https://journals.seedmedicalpublishers.com/index.php/PMeAL/article/view/1473/1822> Acesso em: maio 2020.

26 Art. 2236 Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave [1176, 2104]. Informação disponível no site [https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-iii/capo-ii/art2236.html#nota\\_4930](https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-iii/capo-ii/art2236.html#nota_4930). Acesso em: maio 2020.

27 Sobre a definição de obrigação do médico a partir da boa-fé objetiva pode se referir ApCiv 70066069758 do TJRS, 10.<sup>a</sup> Câmara Cível - j. 26/11/2015 – Des. Túlio de Oliveira Martins, que dispõe a respeito da fixação do dever de informar o paciente e cuja ementa merece destaque no seguinte trecho: “O dever de informação é consectário lógico da boa-fé objetiva, obrigando o médico a comunicar o paciente sobre os possíveis efeitos da intervenção cirúrgica.”

28 SIMONELLI, Osvaldo. Telemedicina em tempos de pandemia. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-22.3.

29 SIMONELLI, Osvaldo. Telemedicina em tempos de pandemia. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-22.4.

A consulta médica à distância depende de dois aspectos: disponibilidade do médico para realizá-la (ele tem autonomia quanto à possibilidade de atendimento dessa forma e para tanto deve avaliar a complexidade do caso), e também depende do consentimento expresso do paciente para a realização do atendimento não presencial (nesse aspecto, o médico deve dar ciência das limitações e importância da realização do atendimento à distância no período da pandemia)<sup>30</sup>.

Além de consultas à distância, o Conselho Federal de Medicina disponibiliza plataformas que podem ser utilizadas pelo médico para fornecimento de receitas médicas com a utilização do certificado digital, o que oportuniza ao paciente o acesso seguro a medicamentos que dependam de controle.

Outra providência que merece destaque na atuação do médico durante a pandemia é uso *off label* de medicamentos (medicamentos liberados pela Anvisa para outras indicações como por exemplo a Cloroquina ou Hidroxicloroquina) ou uso compassivo de medicamentos (medicamento ainda experimental que não está disponível comercialmente, não liberado pela Anvisa, como é o caso do Remdesivir – utilizado para o tratamento nos casos de infecção pelo vírus ebola)<sup>31</sup>.

Em casos de doenças novas como a Covid-19, sobre as quais ainda não há tratamento disponível, a postura do médico no enfrentamento da doença também pode ser diferente. Em alguns casos será admissível atitudes mais arriscadas no intuito de salvar o paciente. Assim, o médico pode chegar à conclusão de que diante o risco de morte, e do desconhecimento sobre o caminho mais seguro, pode tomar uma atitude positiva de indicar ao paciente um medicamento *off-label* ou compassivo, ao invés de permanecer passivo e preso por *standards* de conduta que não são exigíveis nas circunstâncias atuais.

A grande questão posta nesses casos é: como evitar que no futuro esse *standard* próprio de momentos de normalidade possa ser exigido em demandas futuras que questionam a atitude positiva de utilizar medicamentos *off-label* ou compassivos? Não há como negar que a situação atual é extraordinária e pode admitir uma atuação do médico distinta da que adotava em tempos de normalidade. O cenário atual exige reflexão sobre a flexibilização e mudança dos padrões de conduta esperados.

Nesse sentido, foi a posição do Conselho Federal de Medicina que no parecer n. 4/2020 concluiu que “Diante da excepcionalidade da situação e durante o período declarado da pandemia, não cometerá infração ética o médico que utilizar a cloroquina ou hidroxicloroquina, nos termos acima expostos, em pacientes portadores da COVID-19.”<sup>32</sup> Merece destaque a ressalva na conclusão do parecer, que considera a excepcionalidade da situação e restringe o uso do medicamento no período da pandemia<sup>33</sup>.

Numa situação de excepcionalidade, o dever de cuidado do médico é diferente do que numa situação de normalidade também no que se refere à prescrição de medicamentos *off-label*. Na excepcionalidade exige-se do médico a tomada de decisões mais rápidas sem que lhe seja dada a possibilidade de reflexão de uma situação de normalidade.

Assim, não havendo medicamento específico para tratamento da doença, é admissível

30 SIMONELLI, Osvaldo. Telemedicina em tempos de pandemia. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-22.5.

31 GOLDIM, José Roberto. COVID-19 e o Uso Compassivo ou *Off Label* de Medicamentos, *Bioética complexa*. in <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/2020/04/covid-19-e-o-uso-compassivo-ou-off.html?m=1>

32 <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em: abril 2020.

33 O parecer não faz a distinção entre as expressões uso *off-label* e uso compassivo, por isso a partir de agora só será referida a primeira expressão.



que o médico prescreva medicamentos existentes e aprovados pelos órgãos regulatórios fora do que está indicado na bula. Para tanto, se mantém a exigência de que a prática deve ser adequada à boa-fé para ser considerada lícita. No entanto, a licitude da conduta deve também ser situado no tempo da prescrição. Assim, se houver avanço da ciência contraindicando a posição de prescrição do medicamento que foi utilizado em data anterior, para que a conduta do médico continue lícita, é necessário suspender a prescrição para o futuro<sup>34</sup>.

A preocupação em relação ao uso de medicamentos *off-label* também pode ser observada no Direito Francês no que se refere à responsabilidade do Farmacêutico pela entrega de medicamentos no período da excepcionalidade.

No Direito francês, vigora um regime jurídico próprio para distribuição de medicamentos que determina a responsabilidade do farmacêutico pela entrega de medicamento cuja prescrição seja obrigatória. Esse sistema é bem diferente do que vigora no sistema brasileiro no qual o acesso a medicamentos é facilitado. Veja-se por exemplo que na França há controle inclusive sobre a distribuição de medicamentos como paracetamol, havendo disposição sobre a limitação de quantidade de entrega do produto por pessoa, controle que não existe no Brasil<sup>35</sup>.

Em virtude dos reflexos da pandemia do Coronavírus, a França passou a relaxar esse sistema, pois entre outras medidas adotou um regime transitório no qual os medicamentos que dependiam de prescrição puderam ter a sua prescrição estendida.<sup>36</sup>

Os requisitos da responsabilidade do farmacêutico, por distribuição de medicamento, foram modificados não podendo mais ser implementada nos moldes de uma situação de normalidade anterior à pandemia. Nesse contexto, ganha relevo o uso de medicamentos que contêm hidroxiquina. Considerando uma possível eficácia da substância no tratamento da Covid-19, o Ministro da Saúde francês autorizou seu uso por decreto, em combinação com lopinavir/ritonavir, sob a responsabilidade de um médico em um estabelecimento de saúde ou fora dele e autoriza a distribuição nas farmácias dessas substâncias no caso de prescrições iniciais reservadas a especialistas ou a renovação por qualquer médico de uma prescrição inicial. Dessa forma, não será imputada a responsabilidade civil sobre o farmacêutico que distribuiu medicamento ou sobre o médico que o prescreveu por seus efeitos adversos nos pacientes<sup>37</sup>.

A posição seguida pela França é distinta da adotada na Bélgica na qual o médico somente pode prescrever hidroxiquina para pacientes internados. Neste país, a preocupação que se apresenta não é a mesma do Brasil, que é dirigida para afastar a responsabilidade do médico pelo uso de medicamento *off-label*. Num site Belga na internet que orienta médicos a se “defenderem sozinhos” de possíveis ações movidas por pacientes, é apresentado um questionamento a respeito da possibilidade de responsabilizar o médico

34 SOARES, Flaviana Rampazzo; DADALTO, Luciana. Responsabilidade médica e prescrição *off-label* de medicamentos no tratamento da Covid-19. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n. 2, p. 1-22, maio/ago. 2020. As autoras ainda referem que há uma que o paciente não pode postular a responsabilização do fabricante de um medicamento pela ineficácia do uso *off-label* de um medicamento que foi prescrito por uma doença da distinta que foi indicada na bula. No entanto, se o laboratório estiver envolvido nas pesquisas que levam o médico a receitar um medicamento *off-label* ou com a qual a indicação terapêutica já ocorra em outros países regularmente, essa responsabilidade passa a ser viável.

35 O decreto de 23 de março de 2020 fixa as regras para a emissão de paracetamol até 15 de abril de 2020, dentro do limite de duas caixas para pacientes com sintomas (febre ou dor) ou uma caixa na ausência de sintomas. Ele especifica que essa entrega é inserida no arquivo farmacêutico na ausência de receita médica. (MÉTAYER, Romain. Dispositif d'urgence en situation de crise sanitaire: application d'un régime dérogatoire au pharmacien d'officine. *ScienceDirect*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S124673912030035X>. Acesso em: maio 2020.)

36 Medicamentos pertencentes às categorias hipnótica, ansiolítica e opióide, podem ser renovados por um período de 28 dias, aplicável inicialmente até 31 de maio de 2020, modificado por decreto de 23 de março de 2020, com renovação aplicável até 15 de abril de 2020. Posteriormente, a data de renovação foi prorrogada pelo decreto de 1º de abril de 2020. (MÉTAYER, Romain. Dispositif d'urgence en situation de crise sanitaire: application d'un régime dérogatoire au pharmacien d'officine. *ScienceDirect*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S124673912030035X>. Acesso em: maio 2020).

37 MÉTAYER, Romain. Dispositif d'urgence en situation de crise sanitaire: application d'un régime dérogatoire au pharmacien d'officine. *ScienceDirect*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S124673912030035X>. Acesso em: maio 2020.

quando não prescrever ao paciente a hidroxicloroquina como tratamento à Covid-19, deixando de seguir as orientações repassadas pelas Cúpulas Médicas. O material divulgado no site, alerta para o perigo responsabilização do médico pela perda da chance de cura mais rápida do paciente, por não ser tratado com o medicamento<sup>38</sup>.

No contexto brasileiro atual, seria temerário defender a posição de responsabilização do médico pela perda de uma chance em razão da não prescrição do medicamento, pois até a conclusão deste artigo, não há recomendação científica de uso do medicamento no tratamento da Covid-19. Por enquanto, no Brasil vigora somente a orientação de que não será considerado conduta eticamente reprovada a prescrição do medicamento aos pacientes, mas não é possível afirmar que o uso do medicamento é consolidado para tratamento da doença (muito pelo contrário tendo em vista que boa parte da comunidade científica questiona a existência de vantagens do seu uso para tratamento da Covid-19).

No Direito português, a utilização *off-label* de medicamentos para tratamento da Covid-19 (tanto no sentido de busca da cura como para minimizar os efeitos da doença) é considerada como uma prática lícita e eticamente legítima, desde que adequada aos princípios da beneficência e não maleficência e que respeite autonomia do paciente.

Para tanto, ela deve ser acompanhada do consentimento informado reforçado, de um estudo que demonstre o risco-benefício da utilização do medicamento no caso concreto, e da referência a estudos que permitam uma fundamentação científica. O médico deve acompanhar o paciente, registrando os riscos e consequências, a decisão pelo tratamento pela prescrição *off-label* deve ser compartilhada com equipe médica e com o paciente, somente em casos extremos é admitido o consentimento presumido, a inovação terapêutica deve ser acompanhada da ponderação custo-benefício e o paciente não pode ser privado do tratamento fundamental necessário o consentimento<sup>39</sup>.

Assim, é possível afirmar que o uso de medicamentos *off-label* é admitido, principalmente diante de uma doença nova no contexto da pandemia. No entanto, para que o médico não seja responsabilizado por eventuais danos é necessário que a sua conduta seja pautada por um comportamento cauteloso, merecendo destaque que “é imprescindível que o médico compartilhe essa informação com o paciente, explicando-lhe todo o contexto, a fim de obter sua aquiescência”<sup>40</sup>.

Para além da averiguação da modulação de um padrão de conduta do médico pautado pelo princípio da boa-fé, também há quem defenda no Brasil a necessidade de uma modificação legislativa para isentar a “responsabilidade dos profissionais de saúde por mera negligência”. Nesse sentido, foi formulado um projeto de alteração legislativa que prevê a isenção de responsabilidade dos profissionais da saúde por eventos adversos relacionados a Covid-19, excetuados os casos de grave negligência. A proposição legislativa é estendida a outros profissionais e titulares de cargos públicos que tiverem que tomar decisões rápidas e difíceis diretamente relacionadas à crise da Covid-19, mas não se aplica ao Estado<sup>41</sup>.

38 <https://www.defendevoussansavocat.be/post/coronavirus-responsabilite-du-medecin> o site é dirigido para médicos e a matéria referida acima é intitulada: “Coronavirus et responsabilite civile du medecin dans le traitement – hydroxychloroquine ou...pas...” acesso em maio de 2020. Importante referir que o texto tem uma mensagem de encorajamento para o uso da hidroxicloroquina, é quase que um apelo para que os médicos prescrevam o medicamento alertando que posição em sentido contrário pode gerar a incidência da responsabilidade civil do médico.

39 DIAS PEREIRA, André Gonçalo. Prescrição médica “off-label” e covid-19: uma reflexão ético-jurídica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.136-143.

40 FACCHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade médica em tempos de pandemia: precisamos de novas normas? *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 93-124, maio/ago., 2020, p. 24.

41 ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia in *Migalhas* <https://www.migalhas.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia> acesso em maio de 2020.

A proposta ainda não está em tramitação e tem como objetivo abrandar antecipadamente as hipóteses de incidência da responsabilidade civil.

Considerando a coerência do sistema vigente, que permite por meio da boa-fé objetiva aferir com a devida flexibilidade o comportamento do médico, situado no contexto da Pandemia, talvez seja desnecessária (e até inconveniente) uma alteração legislativa com a finalidade relativizar ou diminuir a responsabilidade do médico diante dos impactos da Covid-19 no exercício de sua atividade.

A mesma orientação também é defendida por Eugênio Facchini Neto, por entender que a “noção de culpa, trabalhada pelos juristas há cerca de dois milênios, é suficientemente dúctil para se adaptar a esse extraordinário contexto”<sup>42</sup>.

Além dessa proposta de alteração de legislação apresentada por Nelson Rosendal, em maio de 2020 foi editada a MP 966/20 dispondo sobre a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. A MP determinava que os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento à pandemia e aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes. Depois de muita polêmica sobre o conteúdo e extensão da MP, a sua constitucionalidade foi questionada no STF por diversas ações.

Em 21 de maio deste ano, o STF decidiu que atos de agentes públicos em relação à pandemia da Covid-19 devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias. Na decisão ficou assentado que os agentes públicos deverão observar o princípio da autocontenção no caso de dúvida sobre a eficácia ou o benefício das medidas a serem implementadas. As opiniões técnicas em que as decisões se basearem, por sua vez, deverão tratar expressamente dos mesmos parâmetros (critérios científicos e precaução), sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. Em 21 de setembro de 2020 a Medida Provisória perdeu a eficácia<sup>43</sup>.

Todavia, para melhor compreensão dessa problemática é preciso observar que essas transformações não são necessariamente permanentes, embora possam ter alguns efeitos que sejam permanentes, o que exige discutir a excepcionalidade do período e os possíveis reflexos jurídicos desse momento para momentos futuros.

### **3 A EXCEPCIONALIDADE DA PANDEMIA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS**

Além da modificação do patamar de exigência da conduta médica é preciso refletir que a situação atual é excepcional, extraordinária e inevitável. É uma situação sem precedentes podendo caracterizar em algumas hipóteses a impossibilidade de imputar a responsabilidade dada à incidência de caso fortuito ou força maior.

Para que incida a responsabilidade, é imprescindível o nexo de causalidade que consiste numa relação de causa e efeito entre o fato e o dano. As hipóteses de caso fortuito ou força maior, caracterizadas por situações extraordinárias ou improváveis, e em especial, para os casos de responsabilidade objetiva, as hipóteses de fortuito externo, afastam a responsabilização<sup>44</sup>.

42 FACCHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade médica em tempos de pandemia: precisamos de novas normas? *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 93-124, maio/ago., 2020, p. 17.

43 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-123-mpv966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-123-mpv966.htm)

44 Sobre a distinção entre fortuito externo e interno aconselha-se a consulta de MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.5, t. 2.

Em condições de normalidade, profissionais da saúde e hospitais respondem pelos danos sofridos pelos pacientes no tratamento de saúde. No exame dessa responsabilidade é necessário questionar se o dano foi efetivamente derivado da atuação do médico ou do hospital, ou se ao contrário, o dano decorre de circunstância alheia a esses sujeitos. Nesse contexto, é necessário investigar quais são as hipóteses que poderiam afastar a responsabilidade dos profissionais da saúde e dos hospitais.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um cidadão que vai a um hospital por outras razões que não a Covid-19 e é contaminado pelo coronavírus dentro do estabelecimento hospitalar. Imagine-se ainda, que se consiga fazer a prova de que essa contaminação efetivamente ocorreu nas dependências do hospital. Seria possível responsabilizar o hospital? Qual é possibilidade efetiva de impedir que pacientes não sejam contaminados pelo vírus?

A esse respeito identifica-se na doutrina italiana a preocupação com a responsabilidade das estruturas hospitalares pelo risco de contágio do vírus dentro de suas instalações. Essa responsabilidade acarretaria um custo muito alto, e mesmo que a atividade for segurada para fazer frente aos danos, como ocorre na Itália, ainda assim o setor ficaria suscetível a um grande número de ações. Isso geraria uma crise no sistema de seguros, exigindo contratação adicional, aumento de prêmios, e talvez até a exclusão de cobertura levando à propagação de processos de liquidação. Por isso, há quem defenda que a melhor solução seria a criação de um fundo para fazer frente às indenizações de possíveis vítimas e não somente imputar a responsabilidade ao hospital<sup>45</sup>.

O contexto é difícil e no exame de possíveis soluções é preciso considerar as dificuldades impostas pela crise na saúde no enfrentamento da Covid-19. No entanto, não é possível advogar por uma exclusão completa e antecipada da responsabilização dos hospitais pelos danos provocados aos pacientes. Mesmo que se esteja diante de uma situação inusitada e extraordinária, é importante pontuar que o hospital não fica completamente isento de responsabilidade pura e simplesmente pela ocorrência da pandemia, pois continua em vigor a disposição legal segundo a qual quem provocou um dano deve repará-lo.

A Covid-19 impõe novos critérios e protocolos de cuidado para impedir que a infecção se espalhe dentro do hospital. O risco de contaminação pode ser minimizado evitando o aparecimento de infecções com a adoção de medidas preventivas<sup>46</sup>. Assim, a avaliação sobre os requisitos para incidência de responsabilidade do hospital passa também pelo questionamento a respeito de quais devem ser as medidas organizacionais específicas a serem tomadas para impedir que a infecção se espalhe. A nova deontologia, ainda que flexível, não afasta a circunstância de que deixar de fazer o que se deve continua sendo negligência!

Segundo a doutrina, se a instituição de saúde tomar todas as medidas de sanitização necessárias, atender os protocolos específicos para isolamento dos infectados e prevenção de infecção, como rotas alternativas para infectados, não será viável imputar a responsabilidade aos hospitais<sup>47</sup>.

Nesse sentido, na infecção da Covid-19 a instituição sanitária pode buscar se eximir da responsabilidade provando que observou as regras de conduta que naquele momento representavam “a melhor ciência e experiência do setor”. O nível de diligência exigível

---

45 CAPECCHI, Marco. Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di Riforma Rivista Responsabilità Medica. *Diritto e pratica clinica*. Pacini Editore Srl <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/coronavirus-responsabilita-sanitaria-quali-prospettive-riforma/>. Acesso em: maio 2020, p.6.

46 GIOVA, Stefania - Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.502-511, p.511.

47 GIAMMATTEO, Jacopo; SEBASTIANELLI, Lorenzo; TREGLIA, Michele; MARSELLA, Luigi Tonino. Limitazione della responsabilità sanitaria durante l'emergenza da COVID-19. *Pratica Medica & Aspetti Legali*. V. 14, N1 (2020). <https://journals.seedmedicalpublishers.com/index.php/PMeAL/article/view/1473/1822>. Acesso em: maio 2020.

pode ser medido em função das regras de prevenção definidas naquele momento, por exemplo: individualizar percursos específicos para os pacientes confirmados e suspeitos de coronavírus, isolar pacientes hospitalizados por outras doenças, utilizar equipamentos de proteção individual adequados<sup>48</sup>.

Salienta-se que não se pode dar à infecção por Covid-19 o mesmo tratamento que é dado a um caso de contaminação por infecção hospitalar. A situação da Covid-19 é distinta pois é uma doença nova, sobre a qual as equipes hospitalares estão estabelecendo critérios e protocolos de cuidados, não se trata de isenção absoluta de responsabilidade, mas também não é possível assemelhar aos casos de contaminação por infecção hospitalar.

Nesses casos, o entendimento majoritário é de que o risco é inerente à atividade hospitalar e por isso a responsabilidade se impõe de maneira objetiva, sendo irrelevante qualquer questionamento a respeito de culpa para a sua incidência. O Superior Tribunal de Justiça tem imputado ao hospital responsabilidade pela contaminação relacionada a infecção hospitalar. O fato alcança o *status* de fortuito interno, e por consequência não afasta a responsabilidade do hospital pelos danos ao paciente infectado nas suas dependências<sup>49</sup>.

Não se pode esquecer que o médico e os profissionais de saúde podem ser os vetores de contágio se não tomarem as medidas necessárias de higiene e para evitar o contágio. Mesmo levando em conta as dificuldades colocadas pela carência de pessoal, material, ou condições de trabalho, ainda assim, exige-se a adoção uma conduta diligente e prudente (dentro é claro das condições disponíveis). Se o médico, por exemplo, por negligência utiliza um instrumento infectado em paciente sadio, ou então não toma as medidas de contenção de proliferação de contágio no atendimento de outros pacientes, responderá pelos danos que causar por seu comportamento culposo. A Pandemia, por si só não afasta o dever médico respeitar um *standard* de diligência para não disseminar ainda mais o vírus. Assim, o médico e os profissionais de saúde devem se comportar de forma diligente e prudente para evitar usar ferramentas infectadas em pacientes saudáveis<sup>50</sup>.

A Covid-19 por si só não pode ser considerada hipótese de exclusão de responsabilidade. Lesões ou danos ocasionados em pacientes dentro de instituições hospitalares que não tenham qualquer relação com a pandemia não podem ficar alheias à disciplina da responsabilidade civil. Mesmo diante da crise vivenciada na saúde pelo esgotamento do sistema, não é possível invocar a exclusão de responsabilidade do hospital por danos aos pacientes quando esses derivam de falha ou defeito no atendimento por ele prestado.

Imagine-se por exemplo a seguinte hipótese: um paciente com quadro de apendicite é submetido a uma cirurgia durante a pandemia. Poucos dias depois da realização do procedimento o paciente falece em razão de um quadro infeccioso relacionado a complicações derivadas de uma gaze esquecida pela equipe cirúrgica no interior da cavidade abdominal.

Diante dessa situação, não é possível afastar a responsabilidade dos profissionais de saúde e do hospital pela morte do paciente sob a alegação da pandemia, pois a morte do

---

48 GIOVA, Stefania - Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.502-511, p.511.

49 O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a responsabilidade objetiva dos hospitais pelos danos sofridos pelo paciente em razão de infecção hospitalar como se pode ver das decisões: AgInt no REsp 1770371 / PR (destaque para trecho da ementa: "entendimento desta Corte, o qual se firmou no sentido de que "a responsabilidade dos hospitais e clínicas (fornecedores de serviços) é objetiva, dispensando a comprovação de culpa, notadamente nos casos em que os danos sofridos resultam de infecção hospitalar"), AgInt no REsp 1.653.046/DF (referido no julgamento anterior), AgInt no AREsp 1359566 / SP – nessa decisão é interessante ver a menção de que a infecção hospitalar seria considerada como fortuito interno, REsp 1769520 / SP (morte de parturiente), AgInt no AREsp 747320/DF (morte de recém nascido).

50 OLIVERI, Luca. Responsabilità Medica e Covid-19: Prime Impressioni. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.524-535, p.533-534.



paciente não está a ela relacionada. Embora possa ser considerada como causa excludente de responsabilidade para outras hipóteses, no caso referido, a pandemia não é suficiente para romper o nexo de causalidade entre o serviço prestado o dano ao paciente.

Assim, as dificuldades resultantes da excepcionalidade da situação devem ser consideradas, porém não isentam por completo a responsabilidade dos profissionais da saúde e do hospital.

Em relação ao desenvolvimento das atividades dos profissionais da saúde (médico, enfermeiros, técnicos de enfermagem) cabe questionar: é possível cogitar a imputação da responsabilidade desses profissionais pelos danos derivados da precariedade ou defeito do atendimento no tratamento da Covid-19?

Para responder a essa pergunta é necessário situar quais têm sido as condições de trabalho desses profissionais. O atendimento é permeado pela carência de recursos, de leitos, de medicamentos, de pessoal. Aliado a isso deve ser acentuado que a situação caótica de enfrentamento da doença reflete numa realidade corrente em muitas instituições hospitalares: não há relação direta e profissionalizada, marcada por uma correspondente especialidade de cada profissional com o paciente. A situação gerada pela Covid-19 faz com que o profissional da saúde precise se adaptar às carências do sistema de saúde e está atuando com os recursos que lhe são disponibilizados, por esse motivo essa situação excepcional afasta a responsabilidade do profissional da saúde pelos danos que os pacientes venham a sofrer se esses danos forem consequência dos efeitos da pandemia<sup>51</sup>.

Nesse sentido, é possível afastar a responsabilidade do profissional da saúde se ficar demonstrado que o dano sofrido pelo paciente na prestação do serviço é derivado da carência na estrutura hospitalar. Essa carência rompe o nexo de causalidade entre a atuação do profissional e o dano sofrido pelo paciente se o padrão de conduta exigido para aquela circunstância foi seguido.

No entanto, cabe aqui repetir o que foi dito acima em relação a danos sofridos por pacientes no período da pandemia e a responsabilidade dos hospitais. A pandemia por si só não afasta a responsabilidade dos hospitais e não muda o Direito, embora suas experiências possam ter algum grau de permanência.

Esse mesmo raciocínio pode ser utilizado para a atuação do profissional da saúde. Lembre-se do caso referido acima, do paciente que é submetido a uma cirurgia durante o período da pandemia e falece em virtude de complicações derivadas de uma gaze esquecida pela equipe médica. Nesse caso específico, mesmo que a morte tenha ocorrido no período da pandemia não é dela derivada, ela decorre do quadro infeccioso relacionado à gaze esquecida, e por esse motivo, a responsabilidade do profissional da saúde se impõe, já que a pandemia, por si só, não quebra o nexo de causalidade.

Em outras palavras, a excepcionalidade da pandemia aplica-se ao que é excepcional e não ao que é permanente e contínuo na vida social.

#### **4 CONCLUSÃO**

A excepcionalidade da situação atual, marcada pelos impactos da Covid-19 impulsiona o jurista a refletir a sobre soluções ou enfrentamentos para os problemas que são apresentados num cenário completamente novo. As respostas devem ser adequadas aos problemas que

---

51 BLANCO, Ángel Sánchez. La posible responsabilidad del personal médico, enfermeros y auxiliares de enfermería, en actuaciones profesionales desarrolladas en el ámbito de la Pandemia generada por el virus Covid 19. *Law and trends*. <https://www.lawandtrends.com/noticias/administrativo/la-posible-responsabilidad-del-personal-medico-enfermeros-y-auxiliares-de-enfermeria-en-actuaciones-profesionales-1.html>. Acesso em: maio 2020.

agora se apresentam. Um olhar preliminar sobre a situação atual pode deixar a vista do jurista um tanto turva, dando a impressão que seria necessária a edição de uma nova lei para enfrentar os desafios emergentes da Pandemia

No entanto, é preciso olhar para o sistema e a partir dele construir soluções que não dependem obrigatoriamente de novas leis, pois as normas relacionadas à disciplina de Responsabilidade Civil, não precisam ser alteradas diante da pandemia.

O sistema jurídico vigente é suficiente para que sejam construídas soluções. Nessa direção, fazer distinções e análises a partir do Direito Comparado, observar como foram enfrentadas situações similares no passado e buscar, na própria dogmática vigente, ferramentas como a caracterização da culpa, o princípio da boa-fé e as hipóteses de excepcionalidade, indicam o melhor caminho para elaborar respostas mais adequadas.

As fronteiras tradicionais da responsabilidade civil podem sofrer interferências significativas em razão de situações excepcionais como a verificada pela pandemia do coronavírus. E o enfrentamento da crise pode motivar a elaboração de novas perspectivas a partir aplicação das normas e princípios vigentes na responsabilidade civil.

Nesse cenário, algumas das soluções que hoje são cogitadas, como por exemplo o exercício da telemedicina, podem pautar novos comportamentos e com isso consolidar novas soluções, que podem impulsionar a discussão sobre o tratamento da matéria também para o futuro em razão de novos problemas, novos *standards* e novas soluções. De um cenário aparentemente caótico de incertezas do início da pandemia é possível refletir que esta não é a primeira pandemia da história da humanidade, não é a primeira e não será a última crise, razão pela qual sempre é possível a recomposição da vida e do Direito, sem que isso dependa obrigatoriamente da ruptura completa da ordem das coisas.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed., revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLANCO, Ángel Sánchez. La posible responsabilidad del personal médico, enfermeros y auxiliares de enfermería, en actuaciones profesionales desarrolladas en el ámbito de la Pandemia generada por el virus Covid 19. *Law and trends*. <https://www.lawandtrends.com/noticias/administrativo/la-posible-responsabilidad-del-personal-medico-enfermeros-y-auxiliares-de-enfermeria-en-actuaciones-profesionales-1.html> Acesso em: maio 2020.

CAPECCHI, Marco. Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di Riforma *Rivista Responsabilità Medica: diritto e pratica clinica*. Pacini Editore Srl <http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/coronavirus-responsabilita-sanitaria-quali-prospettive-riforma/>. Acesso em: maio 2020.

CASTRONOVO, Carlo. *Responsabilità Civile*. Milão: Giuffrè Editore, 2018.

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. Prescrição médica “off-label” e covid-19: uma reflexão ético-jurídica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.136-143.

FACCHINI NETO, Eugênio. Responsabilidade médica em tempos de pandemia: precisamos de novas normas? *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 93-124, maio/ago, 2020.

GIAMMATTEO, Jacopo, SEBASTIANELLI, Lorenzo, TREGLIA, Michele, MARSELLA, Luigi Tonino . Limitazione della responsabilità sanitaria durante l'emergenza da COVID-19. *Pratica Medica & Aspetti Legali*. V. 14, N1 (2020). <https://journals.seedmedicalpublishers.com/index.php/PMAL/article/view/1473/1822>. Acesso em: maio 2020.

GIOVA, Stefania - Infezione da COVID-19 e responsabilità della struttura sanitaria. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.502-511.

GOLDIM, José Roberto, COVID-19 e o Uso Compassivo ou *Off Label* de Medicamentos, *Bioética complexa*. <https://bioeticacomplexa.blogspot.com/2020/04/covid-19-e-o-uso-compassivo-ou-off.html?m=1>.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 86, n. 454, 1941.

KFOURI NETO, Miguel; DANTAS Eduardo; NOGAROLI Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à Covid-19. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado – critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2.

MÉTAYER, Romain. Dispositif d'urgence en situation de crise sanitaire: application d'un régime dérogatoire au pharmacien d'officine. *ScienceDirect*. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S124673912030035X>. Acesso em: maio 2020.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVERI, Luca. Responsabilità Medica e Covid-19: Prime Impressioni. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.524-535.

ROSEVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia in Migalhas <https://www.migalhas.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: maio 2020.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Diana Montenegro da. *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*. Coimbra: Coimbra, 2010.

SIMONELLI, Osvaldo. Telemedicina em tempos de pandemia. In: *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde* [livro eletrônico]. KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-22.3.

SOARES, Flaviana Rampazzo; DADALTO, Luciana. Responsabilidade médica e prescrição *off-label* de medicamentos no tratamento da Covid-19. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n.2, p. 1-22, maio/ago. 2020.

TORROBA, Juan. La responsabilidad civil sanitaria y la "lex artis ad hoc". *Law and Trends*. <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/la-responsabilidad-civil-sanitaria-y-la-lex-artis-ad-hoc-1.html>. Acesso em: maio 2020.

WESENDONCK, Tula. A evolução da responsabilidade civil pelos danos derivados dos riscos do desenvolvimento de medicamentos no Direito brasileiro e nos países integrantes da União Europeia. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, v. 31-32, p. 85-100, 2019.

WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil na esfera médica em razão da Covid-19. Disponível em: *Migalhas de Responsabilidade Civil*, 7 maio 2020. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/326237/a-responsabilidade-civil-na-esfera-medica-em-razao-da-covid-19>.

WESENDONCK, Tula. *O regime da Responsabilidade Civil pelo fato dos produtos postos em circulação. Uma proposta de interpretação do Art. 931 do Código Civil sob a perspectiva do Direito Comparado*. Livraria do Advogado, 2015, p.166-202.

WESENDONCK, Tula. Reflexos da Covid-19 na Responsabilidade Civil - problemas emergentes na seara médica. In: WESENDONCK, Tula; MUCELIN, Guilherme (Orgs.). *Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica na Responsabilidade Civil*. Curitiba: CRV, 2020, v. 1.

# UM DIÁLOGO ENTRE SAÚDE PÚBLICA E RESPONSABILIDADE CIVIL: O PARADIGMA DO TABACO NA ANÁLISE DA COVID-19

**Renata Domingues Balbino Munhoz Soares**

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Fashion law pelo Milano Fashion Institute (MFI) (Milão-Itália). Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura. Professora de Direito Civil do Mackenzie. Coordenadora dos Grupos de Estudo “Direito e Tabaco” e “Princípios de Direito Contratual”, do Mackenzie. Coordenadora acadêmica da Pós-graduação em Direito da Moda, da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Pesquisadora no Grupo CNPq “Estado e Economia no Brasil”. Professor Member INTA (International Trademark Association). Membro efetivo do IBERC (Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil). ORCID Id 0000-0002-4264-6569. E-mail: renata.soares@mackenzie.br.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O Tripé Informacional e a garantia do Direito à Saúde; 3 Saúde Pública e a Historicidade dos Meios Informacionais como critério para legislar e julgar; 4 Contexto científico e Responsabilidade Civil; 5 Considerações finais; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

Tanto o tabagismo quanto a covid-19 são temas importantes de saúde pública, que demandam uma análise jurídica baseada em dados científicos.

O paradigma do tabaco foi estabelecido com base no “senso comum teórico dos juristas” e no “senso comum da sociedade”, que teve como alicerce as informações prestadas pelos fabricantes de cigarros ao longo das décadas de 1950 e seguintes e do início do século XXI.

Já está mais do que provada pela ciência a relação cigarro-doenças, como o câncer, que pode levar à morte, como tem se verificado em todo o mundo, de acordo com relatórios, pesquisas e tratados internacionais.

Não se pode pensar na construção de uma responsabilidade civil na seara da saúde pública com base no que se denominada de “senso comum” ou “senso comum teórico”.

De acordo com Luiz Alberto Warat, o termo serve para designar “as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.”<sup>1</sup>

Neste artigo, propomos a análise dos problemas de saúde pública, como o cigarro e sua relação com o novo coronavírus, com base no contexto científico, uma vez que já declarados, respectivamente, como epidemia global, e, como pandemia, pela Organização Mundial de Saúde (OMS). O tabagismo mata cerca de duzentas mil pessoas por ano no Brasil, tendo o novo coronavírus matado quase cento e quarenta mil pessoas em poucos meses no país.

Desde a década de 1950, já se podiam prever os malefícios que o cigarro causava, e não havia limites suficientes à atividade das empresas produtoras de tabaco.

Tal situação ocasionou um panorama mundial de preocupação com as taxas crescentes de tabagismo e suas consequências devastadoras para a saúde humana.

No entanto, a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, de 2005, veio para estabelecer diretrizes de controle da epidemia de tabagismo no mundo, tendo o Brasil como um dos países signatários, que ratificou o tratado internamente. E, no tocante ao covid-19, a OMS declarou em maio de 2020, a possibilidade de que o tabagista tenha agravamento da doença decorrente do novo coronavírus.

No Brasil, com a intensificação da Política Nacional de Consumo, a informação passou a ser vista, expressamente, como a base de toda a relação entre fornecedor-consumidor, o que culminou com o ajuizamento de inúmeras ações de indenização de usuários de cigarro contra os fabricantes pelos danos causados à saúde, julgadas majoritariamente improcedentes pelo Poder Judiciário Brasileiro.

Como garantidor de direitos sociais, o Estado tem disciplinado, tanto na esfera federal, quanto estadual e municipal, o uso do cigarro em locais públicos e privados, sua carga tributária, a criação de embalagens padronizadas (seguindo o exemplo da Austrália, Irlanda e Uruguai), a proibição de aditivos e sabores nos cigarros, a extensão de vedação da publicidade aos postos de venda, a impossibilidade de comercialização do e-cig ou cigarro eletrônico, etc. Muitos países têm adotado restrições de consumo de narguilé em razão do agravamento da doença por covid-19.

Para a sustentação de um novo paradigma do tabaco, e, inclusive, sua relação com a

---

<sup>1</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito. I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

covid-19, propomos considerar essas novas ações acima relatadas, bem como a informação como um tripé fundamental, a atuação do fabricante numa análise contextual científica e histórica e a responsabilidade civil, baseada em pressupostos mais flexíveis e condizentes com a nova realidade global.

## 2 O TRIPÉ INFORMACIONAL E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Ao direito à informação que detém o indivíduo corresponde o dever de prestá-la, de forma ampla e efetiva.<sup>2</sup>

É inexistível do indivíduo-consumidor, nas sociedades de consumo de massa atuais, a busca pela fidedignidade da informação veiculada.<sup>3</sup> Ao contrário, cabe ao fabricante o dever de prestá-la, em cumprimento ao que denominamos de “tripé informacional”<sup>4</sup> exigido pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, informação clara, completa e confiável (ou de credibilidade).

Com o surgimento do novo coronavírus, o controle do tabaco enfrenta um desafio adicional.

Nesse sentido, destaca o relatório “Desmascarando a indústria do tabaco na América Latina. Como ela intensifica as suas estratégias de comercialização em tempos de covid-19”:

um vírus perigoso e mortal, que ataca os pulmões, o SARS-CoV-2, que infectou globalmente 12.2 milhões de pessoas e tomou a vida de mais de 554 mil pessoas. Ao impacto da pandemia do tabagismo, que mata mais de oito milhões de pessoas por ano em todo o mundo, se soma esse vírus que é mais perigoso com os adultos mais velhos, com as pessoas que sofrem de hipertensão, diabetes, obesidade e sobrepeso, assim como com aqueles que são dependentes da nicotina. O tabagismo é um fator de risco importante e pode ser significativo na gravidade dos sintomas e nas consequências fatais por COVID-19: na China 12.4% dos fumantes morreram, foram admitidos em unidades de terapia intensiva ou precisaram ventilação mecânica, comparado com 4.7% dos não fumantes. Das pessoas que apresentaram sintomas graves, 21.4% eram fumantes, em comparação aos 14.5% dos não fumantes.<sup>5</sup>

No caso do cigarro, se as informações são veiculadas por meio dos rótulos e esses possuem espaço tão limitado, não há como crer na afirmação do fabricante de que as características, riscos e doenças que o fumo pode causar são objeto de informação completa. Ou o consumidor é enganado pela “informação em pacote”, ou pelo “senso comum” de que todos sabem que o cigarro faz mal à saúde.

Ademais, o princípio da transparência da fundamentação confere concretude ao princípio da veracidade, ao exigir que o fornecedor, na publicidade de seus produtos mantenha à disposição dos interessados todos os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.<sup>6</sup>

No agravamento da doença da covid-19 em razão do consumo de cigarro, o consumidor também não tem condições de levantar dados, ficando dependente das informações e dados científicos veiculados.

2 PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco. In: HOMSI, Clarissa Menezes (coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 118.

3 DIAS, Eduardo Rocha. *Coleção Luso-Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.317.

4 Ver em: SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito e Tabaco. Prevenção, Reparação e Decisão*. São Paulo: Grupo Gen, 2016.

5 OCHOA, Erick Antonio (Coord.). *Desmascarando a indústria do tabaco na América Latina. Como ela intensifica as suas estratégias de comercialização em tempo de covid-19. Um relatório regional de seis países*. Juan Núñez Guadarrama, Salud Justa Mx., jul. 2020, p. 08.

6 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72.

A indústria tabagista, por décadas, escondeu intencionalmente da comunidade global que conhecia os malefícios do cigarro, inclusive patrocinando publicidade enganosa e pesquisas científicas que pudessem manter na dúvida a certeza que já possuíam.

Durante a pandemia da covid-19, a indústria do tabaco tem se pronunciado no seguinte sentido:

1. Fumar não é um fator de risco associado à COVID-19;
2. Há estudo que conclui que entre os hospitalizados com COVID-19, na média há um número inferior de fumantes, pelo que se atribui um “efeito protetor” da nicotina;
3. Buscam construir uma imagem positiva anunciando publicamente que estão comprometidos com o desenvolvimento de vacinas para COVID-19.<sup>7</sup>

O fundamental, hodiernamente, é que se possa exigir dos fabricantes, seja pelo Estado, pela sociedade, ou pelos próprios consumidores, informações sobre o consumo, os cuidados, os efeitos colaterais, inclusive aquelas contrárias aos seus próprios interesses, já que estamos na esfera de um problema de saúde pública.

Como bem ressalta Cláudio José Franzolin, “as informações devem ser redimensionadas de modo que possam, cada vez mais, racionalizar a decisão dos consumidores.”<sup>8</sup>

As informações existentes ainda não são eficientes. Há que se pensar por que as mensagens de advertência aos consumidores não provocam uma mudança de comportamento.

Ademais, há a possibilidade de surgimento de uma nova categoria de vulneráveis para a covid-19, quando se pensa que é possível o agravamento da doença da covid-19 entre fumantes, que, por sua vez, podem ser crianças, jovens e não necessariamente aqueles pertencentes aos grupos de riscos do novo coronavírus. Vê-se o exemplo de consumo de cigarros eletrônicos e narguilé, que, em razão da pandemia, expuseram seus usuários a um risco maior de contaminação da doença.

Segundo informações constantes do site da Knowledge Hub for Waterpipe Tobacco Smoking, no tocante ao uso do narguilé:

mesmo que o tubo e o bocal sejam utilizados apenas por um cliente de cada vez, deve-se observar que os canos de água e mangueiras são geralmente reutilizados por outros clientes de fumo no mesmo dia, o que pode ser prejudicial à saúde, por contaminação com microrganismos infecciosos. O risco de transmissão de agentes microbianos infecciosos através de cachimbos de água é alto.<sup>9</sup>

Nesse sentido, algumas medidas foram tomadas por países da região do Mediterrâneo oriental, Irã, Kuwait, Paquistão, Catar e Arábia Saudita, como a proibição do uso de shisha (ou narguilé) em locais públicos, em vista do risco potencial de infecção por COVID-19.

Quanto ao cigarro eletrônico, também é fonte de doenças pulmonares, como a Evali, sigla em inglês para lesão pulmonar associada ao uso de produtos de cigarro eletrônico ou vaping (a denominação foi dada pelo Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos

---

7 OCHOA, Erick Antonio (Coord.). *Desmascarando a indústria do tabaco na América Latina. Como ela intensifica as suas estratégias de comercialização em tempo de covid-19. Um relatório regional de seis países*. Juan Núñez Guadarrama, Salud Justa Mx., jul. 2020, p. 13.

8 FRANZOLIN, Cláudio José. Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco. In: HOMSI, Clarissa Menezes (Coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 167.

9 Disponível em: <<https://untobaccocontrol.org>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

Estados Unidos - CDC -, na sigla em inglês).

Estudo publicado pelo periódico Thorax revelou que “o vapor desses cigarros eletrônicos pode ser responsável por desativar as principais células do sistema imunológico no pulmão e aumentar as inflamações no organismo.”<sup>10</sup>

Como fumar é um vício e não um hábito, a substância viciante encontrada no cigarro, a nicotina, que produz tanto mal à saúde, desperta para vários problemas, como psiquiátricos, alteração de humor, ansiedade e cognição, depressão, pânico, esquizofrenia, transtorno de déficit de atenção e hiperatividade, doença de Alzheimer, o que dificulta ainda mais deixar de fumar.

Tanto a liberdade daquele que se inicia na prática de fumar, quanto a liberdade do já fumante (para parar de fumar) são manifestações de vulnerabilidade, seja por idade (menores), por incapacidade, por dependência (nicotina) ou mesmo vulnerabilidade informacional, por ausência de informação (como ocorreu durante o século XX) ou informação insuficiente, incompleta, imprecisa e sem credibilidade (no final do século XX e no século XXI).

Essa vulnerabilidade já conhecida para o consumo de tabaco, pode ser desenvolvida no caso da covid-19 entre pessoas que não seriam consideradas grupos de risco, mostrando-nos como deve ser intensificada a informação, como forma de atendimento aos princípios da prevenção e precaução em sede de saúde pública.

### **3 SAÚDE PÚBLICA E A HISTORICIDADE DOS MEIOS INFORMACIONAIS COMO CRITÉRIO PARA LEGISLAR E JULGAR**

Historicidade é a qualidade ou condição do que é histórico, historicismo, ou “conjunto dos fatores que constituem a história de uma pessoa e que condicionam seu comportamento em uma dada situação.”<sup>11</sup>

Muito embora a jurisprudência majoritária não tem levado em consideração os argumentos históricos de comportamento da indústria através do tempo nas ações de responsabilidade civil da indústria tabagista (como, por exemplo, quando o fumante começou a fumar, com que idade e em que contexto histórico), mister considerá-la como critério para julgar e legislar.

Verifiquemos sua importância.

Qual a relação entre as figuras do Papai Noel, de bebês, de celebridades, médicos, enfermeiros, artistas, esportistas, mulheres e, hoje, influencers?

A análise do marketing da indústria tabagista do século XX é capaz de demonstrar que a publicidade de cigarro se valia das figuras do Papai Noel, de bebês, de celebridades, médicos, enfermeiros, artistas, esportistas, mulheres, etc. Na exposição “Propagandas de cigarro - Como a indústria do fumo enganou as pessoas”, promovida pela Universidade de Stanford, há uma mostra de 90 peças de campanhas publicitárias veiculadas nos Estados Unidos entre as décadas de 20 e 50, que utilizam as figuras acima mencionadas para promover a venda de cigarros.

O marketing e a publicidade tem importante papel na redução do consumo de tabaco, como também podem ser meios de induzir o seu consumo.

Sendo assim, a própria Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco já determinou que:

---

10 Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem>> Último acesso em: 10 set. 2020.

11 Oxford Languages. Disponível em: <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

1.As Partes reconhecem que uma proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio reduzirá o consumo de produtos de tabaco. 2. Cada Parte, em conformidade com sua Constituição ou seus princípios constitucionais, procederá a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essa proibição compreenderá, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, uma proibição total da publicidade, da promoção e dos patrocínios além-fronteira, originados em seu território. Nesse sentido, cada Parte adotará, em um prazo de cinco anos a partir da entrada em vigor da presente Convenção para essa Parte, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas, em conformidade com o Artigo 21.<sup>12</sup>

Por analogia a esse artigo e com o objetivo de redução do consumo do tabaco, especialmente em relação ao cigarro eletrônico, que tem sido considerado “porta de entrada” para o cigarro comum e conquistado crianças e adolescentes, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), através da RDC nº 46, de 2009, proibiu a comercialização, importação e propaganda no Brasil de dispositivos eletrônicos para fumar, com base no princípio da precaução, que rege a saúde pública:

considerando a inexistência de dados científicos que comprovem a eficiência, a eficácia e a segurança no uso e manuseio de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarro eletrônico, em face da incidência do Princípio da Precaução (...) Fica proibida a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarros eletrônicos, e-cigarettes, e-ciggy, ecigar, entre outros, especialmente os que aleguem substituição de cigarro, cigarrilha, charuto, cachimbo e similares no hábito de fumar ou objetivem alternativa no tratamento do tabagismo.<sup>13</sup>

Ainda, a preocupação com os jovens têm sido objeto das campanhas antitabagistas.

A Campanha do Dia Mundial Sem Tabaco 2020, da Organização Mundial da Saúde (OMS), intitulada de “Protegendo os jovens da manipulação da indústria e prevenindo o uso de nicotina e produtos de tabaco”, reflete uma preocupação com os jovens, novo grupo de fumantes que a indústria tem conquistado, especialmente pelo lançamento de novos produtos de tabaco, como o cigarro eletrônico e o tabaco aquecido.

A Campanha chama para a ação e pede aos influenciadores, em especial, seja na cultura pop, nas mídias sociais, em casa ou na sala de aula, que alcancem e se conectem com os jovens para expor as táticas manipuladoras das indústrias para criar uma nova geração de usuários de tabaco.

Segundo a Campanha Tobacco-Free Kids, que luta pela defesa da saúde de crianças e adolescentes em razão do uso do tabaco, o cigarro eletrônico aumentou consideravelmente nos Estados Unidos nos últimos anos, inclusive com o surgimento de uma nova doença (Evali, uma sigla em inglês para lesão pulmonar associada ao uso de produtos de cigarro eletrônico ou vaping), e tem atraído jovens para o uso do cigarro comum.<sup>14</sup>

No século XXI, a geração de consumidores de tabaco, também chamados “centennials” (geração que nasceu na era da internet), tem sido incentivada ao uso de cigarros eletrônicos

---

12 Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/publicacoes/livros/convencao-quadro-para-o-controle-do-tabaco-texto-oficial>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

13 Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br>> Último acesso em: 10 set. 2020.

14 Ver: <<https://www.tobaccofreekids.org>>. Último acesso em: 10 set. 2020.



pelos redes sociais, lideradas por influencers. O JUUL, cigarro eletrônico que parece uma pen drive, possui cápsulas com sabores variados para atender o gosto infanto-juvenil, como creme, maçã, manga, cereja, mentol, chocolate, etc, o que favorece o vício entre esse público.

Os Estados Unidos, pioneiro das ações judiciais em face da indústria tabagista no século passado, têm sido palco de ações judiciais em face da Juul por marketing de E-Cigs para alunos, como a ação que foi promovida pelo distrito escolar do condado de Suffolk. Os processos são os primeiros a serem movidos por distritos escolares, mas se juntam a dezenas de outros processos alegando que o marketing da Juul faz com que crianças se tornem viciadas em seus produtos.<sup>15</sup>

De acordo com o processo do distrito de Missouri:

Os cigarros eletrônicos, fortemente anunciados em plataformas de mídia social, vêm em vários sabores, como pepino e manga - entre as muitas indicações que Juul almejou menores e contribuiu significativamente para uma epidemia de dependência de nicotina que varreu a juventude da América. Pegando uma página do manual do big tabaco, a Juul, em conjunto com suas agências de publicidade e outras, desenvolveu uma estratégia de produto e marketing que buscava retratar seus produtos de cigarros eletrônicos como criadores de tendências, elegantes e usados pelo tipo de pessoa que os adolescentes procuram. A Juul usou a mídia social, principalmente por meio de hashtags e “influenciadores”, para divulgar seus produtos.<sup>16</sup>

Nas décadas de 1950-1960, a indústria tabagista agia da mesma forma para conquistar consumidores. Na famosa série “Mad Men”, que também aborda o marketing da indústria no tabaco nessas décadas, os personagens aparecem fumando compulsivamente.

No sentido de proteção da infância e da adolescência contra os malefícios do cigarro eletrônico, enaltecido nas redes sociais, declara Matthew L. Myers (Presidente da Campaign for Tobacco Free Kids), que:<sup>17</sup>

Facebook e Instagram anunciam novas políticas, sinalizando que as plataformas podem finalmente abordar o marketing influente de tabaco e e-cigarros - uma estratégia amplamente usada pelas empresas de tabaco nas mídias sociais para contornar as leis de publicidade e comercializar produtos mortais em todo o mundo, como ocorreu com o Juul, nos Estados Unidos, que alimentou uma epidemia de cigarro eletrônico juvenil.

A atuação dos influenciadores é bem analisada por Michael César Silva e outros:

[...] a atuação dos referidos cantores/influenciadores apresenta-se nos termos do artigo 37, § 2º, do CDC, como publicidade ilícita, especificamente, na espécie “abusiva”, pois os mesmo produzem conteúdos nas lives, que podem induzir o público a se comportar de forma prejudicial ou *perigosa à sua saúde* ou segurança (pelo incentivo ao consumo imoderado de bebidas alcoólicas), bem como, ainda, *atingir ao público hipervulnerável (crianças e adolescentes)*, em função da sua deficiência de julgamento e experiência (grifo nosso).<sup>18</sup>

---

15 Disponível em: <<https://www.usnews.com/news/education-news/articles/2019-10-08/three-school-districts-sue-juul-labs-over-e-cigarette-use-in-schools>> Último acesso em: 20 set. 2020

16 Disponível em: <<https://www.law.com/2019/10/07/school-district-sues-juul-over-marketing-e-cigs-to-its-students/?sreturn=20200903170203>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

17 Disponível em: <<https://www.tobaccofreekids.org>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

18 SILVA, Michael César; BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. *A responsabilidade civil dos influenciadores digitais na “era das lives”*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/328701/a-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais-na-era-das-lives>> Último acesso em: 10 set. 2020.

O Estado deve adotar políticas públicas de controle de epidemias e pandemias, bem como elaborar legislação específica, para promover uma melhor proteção do direito à saúde em face da epidemia do tabaco, e, mais recentemente, da pandemia de covid-19.

De acordo com declaração da OMS de maio de 2020, o tabagismo pode agravar a doença decorrente do novo coronavírus. O posicionamento de várias organizações e profissionais da saúde da América Latina e Iberoamérica confirmam essa afirmação:

Numa análise de regressão logística em 78 pacientes no início da pandemia foi identificado o consumo de tabaco como fator de maior peso (27.3% vs 3.0%; OR 14,2 IC 1,57-24 p=0,018) além de idade, insuficiência respiratória, hipertermia severa e elevação da proteína C reativa e níveis de baixo nível de albumina. No relatório de Guan e colaboradores, sobre um total de 1099 pacientes com COVID-19, em que foram avaliados a severidade dos sintomas e uma variável de resultado composta (entrada na Unidade de Cuidados Intensivos (UTI), necessidade de ventilação mecânica ou morte), a condição de ser fumante atual foi associado com sintomas severos e mostrou resultados estatisticamente significativos (16.9% vs 11,8%) e com pior conclusão (25,8% vs 11,8%). A condição de ser ex-fumante evidenciou também diferenças, mas de menor magnitude (5.2% vs 1,3% y 7,6% vs 1,6% respectivamente). Outro estudo publicado este ano, mostrou que fumar está relacionado com a maior expressão do receptor da enzima conversora de angiotensina-2 (proteína ACE2), o receptor para o SARS-CoV-2, que facilita a entrada do coronavírus nas células. A vulnerabilidade dos fumantes ante as doenças respiratórias, com dupla incidência de influenza e 34% mais de probabilidade de contrair gripe que os não fumantes, é agravada com o tabagismo como principal fator etiológico da doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), que exagera ainda mais a ACE2 e a área potencial de aderência de SARS-CoV-2.<sup>19</sup>

A Campaign for Tobacco Free Kids, organização que luta para proteger as crianças e salvar vidas da principal causa de morte evitável no mundo - o uso do tabaco, publicou recentemente declaração em relação à covid-19: “Nunca foi tão importante para os fumantes parar e para os indivíduos evitar danos aos pulmões ao vapear”, ressaltando em seus últimos estudos o perigo do cigarro eletrônico.<sup>20</sup>

Dra. Nora Volkow, diretora do National Institute on Drug Abuse, alerta:

Como ataca os pulmões, o coronavírus que causa o COVID-19 pode ser uma ameaça especialmente séria para quem fuma tabaco, maconha ou vape. Portanto, é razoável se preocupar que a função pulmonar comprometida ou a doença pulmonar relacionada à história do tabagismo, como a doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), possam colocar as pessoas em risco de complicações graves do COVID-19. Vaping, como fumar, também pode prejudicar a saúde dos pulmões. Ainda não se sabe se pode levar à DPOC, mas evidências emergentes sugerem que a exposição a cigarros eletrônicos prejudica as células do pulmão e diminui a capacidade de responder à infecção.<sup>21</sup>

Organizações da sociedade civil de países da América Latina, como Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, México e Uruguai monitoraram as ações de marketing e a publicidade da

---

19 Disponível em: <<https://www.tobaccofreekids.org>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

20 OCHOA, Erick Antonio (Coord.). *Desmascarando a indústria do tabaco na América Latina. Como ela intensifica as suas estratégias de comercialização em tempo de covid-19. Um relatório regional de seis países*. Juan Núñez Guadarrama, Salud Justa Mx., jul. 2020, p. 08.

21 Disponível em: <<https://www.tobaccofreekids.org>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

indústria do tabaco durante a pandemia de COVID-19.

Os resultados mostraram que:

estas empresas intensificaram suas ações de divulgação, publicidade e comercialização, tanto de seus produtos tradicionais (cigarros) como de sua nova geração de produtos (cigarros eletrônicos e produtos de tabaco aquecido) aproveitando o avanço da pandemia e as medidas governamentais de confinamento.<sup>22</sup>

No entanto, o princípio da veracidade da publicidade, consagrado em nosso Código de Defesa do Consumidor, no art. 30, determina que a publicidade não pode ser discriminatória, nem explorar o medo ou a superstição, aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeitar valores ambientais, ou, ainda, permitir a indução do indivíduo em comportamento prejudicial ou perigoso à saúde ou segurança.

Muito embora no Brasil não seja mais permitido publicidade de tabaco desde 2014, a não ser da própria embalagem do produto, notamos ainda práticas no sentido do promoção do produto, como a de influencers nas redes sociais, que têm estimulado o seu consumo, o que defendemos ser passível de responsabilização.

#### **4 CONTEXTO CIENTÍFICO E RESPONSABILIDADE CIVIL**

Nas palavras de Robert Proctor, “a indústria do tabaco, declarando uma ‘consciência universal’ gosta de confundir conhecimento e consciência, ignorando a diferença crucial entre saber que os cigarros são perigosos e simplesmente ter ouvido falar.”<sup>23</sup>

Portanto, ao notarmos que as decisões judiciais no Brasil, no tocante à responsabilidade do fabricante pelos danos causados pelo cigarro são julgadas, em sua grande maioria, improcedentes, não observando os ditames da própria Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco e as pesquisas científicas mundiais, entendemos que as decisões desfavoráveis repercutem de forma ainda mais negativa no cenário da saúde pública, por serem referentes a períodos que antecedem o cumprimento, ainda que parcial, das imposições de advertências e informações pelo Estado.

Assim, considerando que a indústria conhecia os males do cigarro desde a década de 1950, que não informava os consumidores das doenças causadas pelo uso do tabaco, que há nexo de causalidade nessa relação (seja na comprovação da ciência, das estatísticas ou de declarações médicas em casos concretos), e que o poder da nicotina vicia e compromete o livre-arbítrio do fumante, não haveria como afastar, de forma alguma, a responsabilidade do fabricante.

Arcabouço teórico paradigmático para o julgamento das demais ações no universo jurídico global do tabagismo é a r. decisão final de 1.700 páginas, em ação que os Estados Unidos move em face de Philip Morris, fabricante de cigarros acusada de fraude, proferida pela Juíza Gladys Kessler, da Vara Federal do Distrito de Columbia, em 2006, para o esclarecimento de fatos ocultados pela indústria tabagista por décadas. Nessa decisão, o Poder Judiciário norte-americano baseou-se em sete importantes pontos incontroversos:<sup>24</sup>

---

22 OCHOA, Erick Antonio (Coord.). *Desmascarando a indústria do tabaco na América Latina. Como ela intensifica as suas estratégias de comercialização em tempo de covid-19. Um relatório regional de seis países*. Juan Núñez Guadarrama, Salud Justa Mx., jul. 2020, p.16.

23 PROCTOR, Robert N. *Golden Holocaust – Origins of the cigarette catastrophe and the case for abolition*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2011, p. 306.

24 O veredito final no controle do tabagismo: um diálogo possível entre Brasil e Estados Unidos. In: SILVA, Solante Teles da; MARINHO, Maria Edelvacy; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.) *Diálogos entre Juizes*. Bauru: Canal6, 2015, p. 178-181.

1. Fumar cigarros causa doenças, sofrimento e morte. No item 509, afirma o d. juízo que: Apesar de reconhecer internamente esse fato em público os réus têm, há décadas, negado, distorcido e minimizado os riscos do tabagismo. O conhecimento, por parte da comunidade médica e científica, da relação entre tabagismo e doenças evoluiu durante a década de 1950 e atingiu um consenso em 1964. No entanto, mesmo depois dessa data, os réus continuaram a negar tanto a existência desse consenso, como as esmagadoras evidências em que se baseava.
2. A nicotina tem propriedades viciantes e causa dependência. No item 830 da r. sentença, destacamos a afirmação de que: Apesar de entenderem e aceitarem que tanto o tabagismo como a nicotina causam dependência, os Réus vêm, há várias décadas, negando e distorcendo em público a verdade sobre a natureza viciante de seus produtos.
3. Os níveis de nicotina são manipulados pela indústria para sustentar a dependência no fumante. Nos itens 1366 a 1763, a Juíza Kessler comprova que: Os Réus controlam os níveis de nicotina dos cigarros, para garantir que os fumantes tornem-se dependentes e assim permaneçam. (...) “Os réus alteraram a fórmula química da nicotina presente na fumaça tragada, com o propósito de melhorar a eficiência da transferência de nicotina e para aumentar a velocidade de absorção da nicotina pelos fumantes.”
4. A indústria promove os cigarros lights como menos prejudiciais. No item 2637, a r. sentença propugna que: Com base nos documentos internos de pesquisa, relatórios, memorandos e cartas, fica claro que os Réus sabiam, há décadas, que fumar cigarros com baixos teores de alcatrão/nicotina, em substituição aos cigarros com teores normais, não produz nenhum benefício evidente para a saúde.
5. O marketing da indústria é voltado ao público jovem, a fim de recrutar “fumantes substitutos” que garantam o lucro e o futuro da empresa (conforme análise de documentos e memorandos internos da indústria).
6. O tabagismo passivo é reconhecido internamente como perigoso aos não-fumantes (itens 3303 a 3862 da r. decisão judicial).
7. Supressão de informações e ocultação de pesquisas científicas para proteger a posição da indústria quanto às questões do tabagismo e saúde perante o público.<sup>25</sup>

Adicionado à essas considerações, encontramos ainda medidas sendo implementadas e estimuladas em países da América Latina para promover o consumo de tabaco durante a pandemia, o que nos mostra a necessidade de situar o problema mundial no contexto de realidades.

Nota-se o que ocorreu no Equador:

[...] as organizações da sociedade civil detectaram publicidade que se aproveita do confinamento ou da quarentena. Além disso, a COVID-19 trouxe ao mundo uma nova dinâmica de comercialização. Para o caso equatoriano que não estava envolvido em grande medida no comércio digital, foi um momento de mudanças em que as compras deviam ser entregues a domicílio para evitar sair e, por tanto, reduzir o risco de contrair o vírus. Por esse motivo, foi visto a alta de Apps como Glovo, Tipti, Uber e Rappi, entre outras, que o público mais con hecia e usava para adquirir produtos que precisava, pois através dos App eram pedidos comida, remédios, licor e tabaco. As lojas de vape também aproveitaram este serviço a domicílio já que no dia 17 de março a emergência no país estava no seu início; a

---

25 O veredicto final no controle do tabagismo: um diálogo possível entre Brasil e Estados Unidos. In: SILVA, Solante Teles da; MARINHO, Maria Edelvacy; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.) *Diálogos entre Juizes*. Bauru: Canal6, 2015, p. 178-181.

conta de @vapetime.ec no Instagram publicou a frase “Faça o seu pedido e receba em casa.”<sup>26</sup>

Assim, diante do caráter dinâmico do direito, a realidade tem importante função no processo de interpretação das normas, que não pode ser desvinculada do contexto científico e da realidade fática global.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos científicos e as estatísticas realizadas nos séculos XX e XXI, reconhecidas por tratados internacionais e organizações mundiais, afirmam categoricamente os danos que o consumo de cigarro pode trazer à vida e saúde de fumantes e não-fumantes, o que constitui motivo suficiente para o estabelecimento da relação cigarro-doença e cigarro-morte.

O agravamento da doença decorrente do novo coronavírus para os fumantes também é decorrente de evidências científicas declaradas maio de 2020 pela Organização Mundial de Saúde.

Embora o tabaco tenha papel de destaque na economia brasileira, o tabaco não se constitui em fonte de riqueza para o ser humano, pelo contrário, seus custos para a saúde das pessoas são desastrosos e os custos para o Estado são reais.<sup>27</sup>

Nesse sentido, a publicidade não pode enganar, deve corresponder à verdade e deve ser identificada como tal. Em busca sempre da verdade e do respeito aos direitos sociais. Hoje, o maior de todos – a saúde.

Assim, resta-nos continuar no caminho das medidas de redução do tabagismo e coibir as novas modalidades de propagação do vício entre jovens e novos fumantes, como o cigarro eletrônico, o narguilé ou qualquer outro dispositivo que aumente os riscos de doenças crônicas e mortalidade.

Portanto, uma mudança das relações fáticas pode e deve provocar mudanças na interpretação do Direito.

## REFERÊNCIAS

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil & Tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa. O caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Coleção Luso-Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANZOLIN, Cláudio José. Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco. In: HOMSI, Clarissa Menezes (Coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

---

26 OCHOA, Erick Antonio (Coord.). *Desmascarando a indústria do tabaco na América Latina. Como ela intensifica as suas estratégias de comercialização em tempo de covid-19. Um relatório regional de seis países*. Juan Núñez Guadarrama, Salud Justa Mx., jul. 2020, p. 33.

27 Os custos com as doenças decorrentes do tabagismo superam o valor auferido com impostos. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de [não] fumar. Uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.70-77.



MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. In: *Civilista*. com. Ano 1. Número 1. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OCHOA, Erick Antonio (Coord.). *Desmascarando a indústria do tabaco na América Latina. Como ela intensifica as suas estratégias de comercialização em tempo de covid-19. Um relatório regional de seis países*. Juan Núñez Guadarrama, Salud Justa Mx., jul. 2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito de (não) fumar. Uma abordagem humanista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ORESQUES, Naomi; CONWAY, Erik. M. *Merchants of Doubt. How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues from Tobacco Smoke to Global Warming*. New York: Bloomsbury Press, 2011.

PIOVESAN, Flávia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. Direito à saúde e o dever de informar: direito à prova e a responsabilidade civil das empresas de tabaco. In: HOMSI, Clarissa Menezes (Coord.). *Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PROCTOR, Robert N. *Golden Holocaust – Origins of the cigarette catastrophe and the case for abolition*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Michael César; BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. *A responsabilidade civil dos influenciadores digitais na “era das lives”*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/328701/a-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais-na-era-das-lives>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito e Tabaco. Prevenção, Reparação e Decisão*. São Paulo: Grupo Gen, 2016.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. O veredicto final no controle do tabagismo: um diálogo possível entre Brasil e Estados Unidos. In: SILVA, Solante Teles da; MARINHO, Maria Edelvacy; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.) *Diálogos entre Juizes*. Bauru: Canal6, 2015, p.175-187.

VARELLA, Dráuzio; JARDIM, Carlos. *Guia prático de saúde e bem-estar. Cigarros*. Coleção Doutor Drauzio Varella. Barueri: Gold, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito. I. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

# CORONAVÍRUS E DEVERES ESTATAIS: O PERFIL DOS NOVOS TEMPOS<sup>1</sup>

**Felipe Braga Netto**

Pós-doutor em Direito Civil pela Università di Bologna, Itália (*Alma Mater Studiorum*). Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RIO. Mestre em Direito Civil pela UFPE. Professor convidado em cursos de pós-graduação em Direito Civil e Direito do Consumidor. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor da ESDHC. Membro do Ministério Público Federal (Procurador da República).

---

**Sumário:** 1 Contextualização: novos e complexos desafios; 2 Responsabilidade civil do Estado: entre o velho e o novo; 3 Os deveres de proteção por parte do Estado e a questão a partir da ausência de medidas preventivas (*carelessness*); 4 Conclusões: buscando uma visão filosoficamente bem fundada da responsabilidade civil do Estado; Referências.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na obra: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. (Coords.). Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Foco, 2020, p.235-247

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO: NOVOS E COMPLEXOS DESAFIOS

Algo parece claro: estamos assistindo – talvez começando a assistir – a um momento singular da história humana. Ainda não se tem exata clareza sobre os próximos passos, mas tudo indica que serão espantosos. É natural, talvez seja inevitável, que nosso nível de espanto vá se calibrando dia a dia, à luz dos novos fatos. Os seres humanos têm esta característica: nos habituamos com tudo, com as melhores e piores coisas.

Se, há algumas semanas, discutíamos aspectos mais leves do problema – como o direito subjetivo do consumidor a cancelar pacotes e viagens sem multas – logo notamos que os assuntos passariam a ser outros: mais difíceis, mais drásticos, dramáticos até. Teremos leitos hospitalares suficientes para enfrentar o problema? Parece claro que não há, no mundo em geral, vagas de UTI suficientes para o se que avizinha (na Itália, começa-se a alocar os pacientes em centros cirúrgicos onde existem respiradores, porque não há mais vagas nas UTIs e as cirurgias estão todas suspensas). Existem situações juridicamente delicadíssimas, com respostas nem sempre claras: se, em hospital público, reconhecidamente carente de recursos (e mesmos nos outros), há dois ou mais pacientes graves, precisando de respirador artificial ou de vagas na UTI, como decidir qual deles será internado? Qual deles receberá o respirador? É preciso que tenhamos regras minimamente objetivas para isso. Algum critério há de existir: antiguidade na fila de espera, gravidade do caso, enfim, critérios claros e aferíveis. Estamos claramente em período de indefinição. Sabemos que as próximas semanas e meses serão singulares – mas não sabemos ainda quão singulares e graves serão. Não é exagero nenhum comparar a situação atual a uma situação de guerra. Seja no número de mortos, seja na estrutura necessária para enfrentar a pandemia. Autoridades de saúde americanas compararam o momento da pandemia com “Pearl Harbor” e “11 de setembro”. Em São Paulo, Anhembi e Pacaembu se transformaram em hospitais temporários com cerca de 2 mil leitos.

Na dimensão econômica temos a crise mais rápida da história do mercado financeiro brasileiro. Possivelmente teremos os piores dados econômicos do mundo desde a Segunda Guerra Mundial. Estima-se que nos Estados Unidos a pandemia possa elevar a taxa de desemprego de de 3% para mais de 30%. É um número assustador. No Brasil a situação, segundo as estimativas iniciais, seria ainda pior, uma vez que já temos mais de 10 milhões de desempregados atualmente. Poderíamos vir a ter em breve algo como 40 milhões de brasileiros desempregados, algo sem paralelo.

O certo é que essa pandemia terá impactos que ainda não estão claros. O dia a dia das pessoas foi imensamente foi modificado, pelo menos para a maioria delas. A economia sofrerá muito, recessão se aproximando, e como sempre as pessoas mais vulneráveis sofrerão mais (sobretudo aquelas com empregos informais). Cabe a cada um de nós sermos observadores mais atentos de tudo isso, mais sensíveis. Os ciclos históricos da humanidade contam com momentos luminosos e sombrios, e é atravessando os períodos difíceis que construímos dias melhores depois. Mas isso não apaga certas verdades, como lembra a frase clássica de Machado de Assis sobre o Brasil: “O país real, esse é bom, revela os melhores instintos. O país oficial, esse é caricato e burlesco”. Aliás, se há condutas assustadoras por parte de alguns políticos – e não só no Brasil, o presidente das Filipinas, Rodrigo Duterte, mandou a polícia “matar a tiros” aqueles que furarem a quarentena –, há, por outro lado, condutas que talvez atestem o início de novos tempos (como, em Israel, fábricas de mísseis que passaram a ser usadas como fábricas de respiradores).

Enfim, o mundo se alterou incrivelmente em poucos dias. Não é exagero afirmar que o mundo fechou. Quem poderia imaginar algo parecido? Fronteiras fechadas entre quase

todos os países. Nas cidades, abrir ou não o restaurante deixou de ser questão de opção: todos os bares, restaurantes, lanchonetes, shoppings, academias, teatros, cinemas, galerias (medida que foi progressivamente adotada em todo o Brasil). Ruas desertas, serviços sem funcionar – o perfil do mundo mudou em poucos dias. Certos governadores anunciaram a suspensão de *todo* transporte público, medida certamente drástica (lembramos que muitos brasileiros só dispõem desse meio de transporte, inclusive para as urgências). Enfim, estamos nos acostumando – tentando nos acostumar – com a nova normalidade das coisas. Estamos em período de transição. Entre o velho e o novo mundo. Períodos assim não são fáceis – não costumam ser. O mundo velho não quer ir embora (já notou como é difícil se desfazer de certos hábitos?) e o novo ainda é muito novo. Tudo parece estranho. Tempo de névoas, de navegar à deriva perguntando sobre a terra firme.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ENTRE O VELHO E O NOVO**

Os problemas (e as soluções) que a responsabilidade civil do Estado enfrenta, hoje, são diferentes daqueles dos séculos anteriores. A velocidade da informação, as novas tecnologias, o perfil plural da sociedade atual, o crescimento da violência urbana, são apenas algumas das novas questões que chegam, diariamente, aos tribunais, e redefinem o contorno do direito dos danos, sobretudo no que diz respeito aos deveres que cabem ao Estado<sup>2</sup>. Os dias em que vivemos – cuja única permanência é a mudança – exigem um intérprete que não se dê por satisfeito com o que aprendeu no passado, que perceba que a realidade de hoje não é aquela de ontem. Aquele senso – dizia Pontes de Miranda – para que o jurista não se apegue, demasiado, às convicções que tem, nem se deixe levar facilmente pela sedução do novo. Aliás, em termos científicos, o novo não é necessariamente sinônimo de qualidade. O autenticamente novo dialoga com a tradição. Nesse momento histórico em que a sociedade se reinventa, o que se espera de nós é que sejamos capazes de construir, através da interpretação, um direito que incorpore o passado e acompanhe o novo.

Cabe lembrar que, no Brasil, a responsabilidade civil do Estado é objetiva (CF, art. 37, § 6º), desde 1946, e está fundada na teoria do risco administrativo. Comporta, portanto, as excludentes de responsabilidade civil (caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima). Abrange, em princípio, tanto os chamados atos de império (julgar, legislar), como os atos de gestão (aluguel de imóvel particular, por exemplo). O Estado responde pelos atos de qualquer agente, desde o mais modesto até o presidente da República. Não é necessário que haja remuneração (mesário da Justiça Eleitoral que discute e agride eleitor pode fazer surgir a responsabilidade estatal). Nem é preciso, em todos os casos, que o agente público esteja em serviço (policial que fere ou mata com arma da corporação, mesmo de folga). A responsabilidade pode surgir em qualquer dos níveis federativos (União, Estados e Municípios) e por atos ou omissões de quaisquer dos três poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário, como no caso de leis inconstitucionais e erros

---

2 O Estado deve fundamentar suas ações e omissões, e deve, conforme dissemos, não só se abster de agredir direitos fundamentais (dever de abstenção), mas também evitar agressões providas de outros atores sociais. Nesse sentido, “parte da doutrina e jurisprudência identifica os denominados deveres estatais de tutela (*staatliche Schutzpflichten*). O termo indica o dever do Estado de proteger ativa e preventivamente o direito fundamental contra ameaças de agressão provenientes, principalmente, de particulares. Em outras palavras, considera-se que o particular também possa *de fato* e, em regra, mediante o exercício de outro direito fundamental seu, agredir o direito fundamental objeto do dever estatal de tutela em uma situação que envolva irreparabilidade da possível lesão, incontabilidade de processos ameaçadores de direitos fundamentais sensíveis ou conflitos caracterizados por clara e acentuada assimetria de forças, chances e condições entre agentes particulares envolvidos em conflito. Por isso, encontram-se, sob o gênero dos deveres estatais de tutela, as categorias do dever de mera *prevenção de riscos*, do dever de fomentar a *segurança* e, até mesmo, do dever de *proibição de condutas* a ser imposto pelo Estado.” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012, p.60).

judiciários, por exemplo – CF, art. 5º, LXXV). A responsabilidade estatal tanto pode surgir de atos como de omissões (falta de atendimento médico, buracos nas rodovias, enchentes, etc) – embora, em relação às omissões, alguns exijam a prova da culpa. A responsabilidade civil do Estado superou as três fases históricas, tradicionalmente apontadas, e hoje é caracterizada pelo Estado como garantidor de direitos fundamentais.

Cabe lembrar que a responsabilidade civil do Estado pode decorrer tanto de atos lícitos como de atos ilícitos. O mais frequente, em matéria de danos indenizáveis, é que tenhamos um ato ilícito como causa do dever de indenizar. Mas não são apenas ilícitos dos agentes públicos que provocam a responsabilização estatal. São quaisquer ações ou omissões danosas que estejam vinculadas, em nexo causal, ao Estado. O STF proclamou que “o risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do causador do dano.”<sup>3</sup> O STF é pacífico quanto ao ponto: “A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.”<sup>4</sup>

Digamos, desde já, que o Brasil ocupa uma posição peculiar na responsabilidade civil do Estado. Já faz parte de nossa tradição constitucional termos uma norma que imponha ao Estado indenizar, independentemente de culpa, os danos que seus agentes causem<sup>5</sup>. Na França, Itália, Argentina, entre outros países, seja a ausência de menção ao tema na Constituição, seja a menção tímida e fragmentada (geralmente em tópicos esparsos de leis, sem nenhum princípio geral), faz com o que a matéria não tenha alcançado o desenvolvimento que atingiu entre nós.

Essa constitucionalização da responsabilidade civil do Estado, no Brasil, traz consequências interpretativas relevantes, sobretudo no que diz respeito à orientação solidarista da Constituição. Aponta-se, por exemplo, que “o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada”<sup>6</sup>. O STF, a propósito, ponderou que “o dever de indenizar da vítima advém (...) de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo.”<sup>7</sup>

3 STF, RE 262.651.

4 STF, RE 116.685.

5 Assim, “na realidade, terá sido apenas com a Constituição de 1946 que, pelo disposto em seu art. 194, se deu a adoção expressa do princípio da responsabilidade objetiva do Estado” (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007, 3. ed., p. 32). Destacou-se que “o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 1946 da CF de 1946.” (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.585). Aponta-se, no mesmo sentido, que “a partir da Constituição Federal de 1946, adotou-se no nosso ordenamento jurídico a teoria da responsabilidade objetiva para a responsabilização do Estado” (GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Revista Forense*, v. 386, jul./ago. 2006, Rio de Janeiro: Forense, p.129-151, p. 139). No mesmo sentido: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. *RTDC*, v. 11, jul./set. 2002, p.35-65, p. 44.

6 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firlly (Coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pp. 167-206. Nosso maior tratadista da responsabilidade civil já houvera registrado que “não obstante a persistência das ideias regalistas, a responsabilidade do Estado progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas” (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 641). Sob uma perspectiva mais ampla, não restrita à responsabilidade civil do Estado, podemos notar uma mudança de análise da responsabilidade civil: do ato ilícito para o dano injusto (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 27).

7 STF, RE 262.651.



É fundamental conjugar o tratamento sistemático da responsabilidade civil do Estado aos desafios – novos e complexos – trazidos pelo século XXI. É natural, talvez seja inevitável, que a responsabilidade civil reflita, nas primeiras décadas do século XXI, o caráter instável desses dias agitados. Não é exagero dizer que estamos diante de um edifício em construção. Vivemos tempos menos autoritários, na relação entre Estado e cidadãos. Crescem os deveres de fundamentação por parte do Estado. Diminuem os espaços de arbítrio, de abuso de poder. Podemos observar duas características que assinalam a evolução recente da responsabilidade civil do Estado: a) a progressiva ampliação dos danos indenizáveis pelo Estado; b) a progressiva redução dos espaços de omissão estatal legítima.

Em relação ao item *a*, é fácil perceber que caminhamos no sentido da progressiva ampliação das hipóteses de danos indenizáveis. Não só em relação ao Estado, é uma tendência que se observa em toda a responsabilidade civil. Mais intensa, porém, em relação ao Estado. O que ontem não causava responsabilidade civil do Estado, hoje pode causar. É possível que o futuro contemple, entre as ações ou omissões que responsabilizam o Estado, fatos que atualmente nós não nos atreveríamos a colocar como fatores de responsabilização estatal. Basta comparar a jurisprudência brasileira, na linha do tempo, e se verificará a verdade deste enunciado.

Em relação ao item *b* – obviamente, os fenômenos *a* e *b* estão intimamente relacionados, a separação é apenas didática –, cabe dizer que as sociedades contemporâneas, plurais e complexas, exigem uma redefinição das funções do Estado. Uma nova compreensão acerca dos seus deveres. Essa nova compreensão dos seus deveres leva, inevitavelmente, a uma redução dos espaços em que seria aceitável uma omissão estatal. Ao Estado de hoje não se permitem omissões que no passado talvez se permitissem. Em outras palavras: exige-se cada vez mais do Estado que aja. Não qualquer agir, mas um agir cauteloso, eficaz, proporcional<sup>8</sup>.

Cabe lembrar que o tema da responsabilidade civil do Estado se situa atualmente no campo de discussão teórica sobre a tutela dos direitos fundamentais. A teoria dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios (e sua aplicação direta às relações privadas), a funcionalização social dos conceitos e categorias, a priorização das situações existenciais em relação às patrimoniais, a repulsa ao abuso de direito, tudo isso ajuda a construir a teoria da responsabilidade civil do Estado no século XXI. As características inovadoras do direito no século XXI repercutem fortemente na responsabilidade civil do Estado.

Os direitos fundamentais são um sistema de valores que dão unidade à ordem jurídica. Podemos falar, nesse sentido, em dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou eficácia irradiante. Sabemos que no Estado Liberal os poderes públicos eram vistos, fundamentalmente, como adversários dos direitos fundamentais. Estes eram, portanto, sobretudo direitos de defesa em relação ao Estado. Hoje não basta que os poderes públicos se abstenham de violar tais direitos. Exige-se deles bem mais: exige-se que os protejam de modo ativo contra agressões e ameaças provindas de terceiros<sup>9</sup>. Em conexão teórica com os pontos acima

8 Nessa ordem de ideias, é necessário, “ao tratar da responsabilidade extracontratual do Estado, apagar o regalismo, de ordem a cuidar dos interesses existenciais legítimos dos cidadãos, na marcha para a performance do Estado apta a honrar seus poderes-deveres, máxime de salvaguarda eficaz dos direitos fundamentais, evitados ou reparados prontamente os danos juridicamente injustos” (FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. Responsabilidade Civil do Estado*. Juarez Freitas (org.). São Paulo: Malheiros, 2006, p.170-197, p.196-197). Pedimos licença para remeter, no mesmo sentido: BRAGA NETTO, Felipe. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado à luz da jurisprudência do STF, do STJ, e a teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

9 Hoje sabemos que muitos atentados a direitos fundamentais – em certos casos, até, gravíssimos – resultam, não do Estado, mas de outros particulares (RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

mencionados, está o reconhecimento dos deveres de proteção por parte do Estado.

Com o perdão da obviedade, convém lembrar que não podemos, hoje – numa sociedade marcada pela velocidade na transmissão das informações e no simultâneo contato entre todos, ou quase todos –, operar com os mesmos conceitos jurídicos formulados há mais de cem anos. O direito administrativo, por exemplo, em sua formulação tradicional, continuar a trabalhar com conceitos elaborados no tempo em que o Estado tinha, não cidadãos, mas súditos. As lições teóricas, ainda, em grande parte, partem da ótica dos “poderes do administrador”, não dos “direitos do cidadão”<sup>10</sup>. Há, nesse sentido, um gosto autoritário em certas lições do direito administrativo tradicional.

Podemos lembrar que as grandes mudanças ocorridas na responsabilidade civil do Estado se deram no silêncio da lei. Isso, aliás, não é propriamente novidade em se tratando da responsabilidade civil. Ocorreu não só com a responsabilidade civil do Estado, mas também com o abuso de direito e a teoria do risco. Os fatos, complexos e velozes, adiantam-se à lei, e forçam a jurisprudência a dar respostas que dialoguem com o novo.

### **3 OS DEVERES DE PROTEÇÃO POR PARTE DO ESTADO E A QUESTÃO A PARTIR DA AUSÊNCIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS(CARELESNESS)**

Hoje, diante do *princípio da proteção*, próprio da responsabilidade civil do Estado do século XXI, cabe uma postura mais ativa, menos absenteísta, do Estado em relação à saúde dos seus cidadãos<sup>11</sup>. Isso se aplica não apenas quando o Estado, por seus serviços públicos de saúde, presta atendimento. Mas também diante dos abusos nos poderes privados, como cada vez mais se vê por parte dos planos de saúde, cuja atuação vem sendo objeto de progressivas e reiteradas reclamações de seus usuários. O Estado não pode se omitir diante dessas circunstâncias. Nesse contexto, nossa (jovem) democracia constitucional precisa refletir sobre os deveres de proteção dos cidadãos, a cargo do Estado<sup>12</sup>. A proteção dos direitos fundamentais, inclusive contra agressões não estatais, não pode permanecer em nível retórico. É preciso que estejamos atentos para evitar a reprodução de um velho vício: muita retórica e pouca efetividade. É inegável que certas orientações jurisprudenciais não conferem *nenhuma eficácia concreta ao discurso da solidariedade*. Não se trata de formular uma orientação fundamentalista do dever do Estado indenizar, mas apenas de reconhecer

10 Está havendo, em todos os domínios jurídicos, uma releitura dos velhos conceitos à luz dos paradigmas dos princípios e direitos fundamentais. O direito administrativo começa a perceber as mudanças que isso implica em sua disciplina: “Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da administração pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-130).

11 A Constituição Federal cuida particularmente da saúde nos artigos 196 e seguintes. Estatuí, por exemplo, que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF, art. 196). Cabe consignar que a jurisprudência brasileira, na linha de vários precedentes, reconhece que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde (STJ, AgRg no REsp 1.297.893, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T, DJ 05/08/2013).

12 Nesse contexto, “o Estado moderno não deve, como no passado, proteger o cidadão tão somente dos ladrões, assassinos e outros malfeteiros, mas a sua tarefa de proteção ampliou-se consideravelmente. De fato as dependências e as interações cada vez maiores do ser humano conduziram não só à ampliação das possibilidades de comunicação mas também a uma ampliação dos perigos aos quais o homem está exposto. O Estado é então obrigado a assumir novas tarefas em matéria de proteção” (FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.594). Ver também: GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. Trad. Eduardo Mendonça. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.160.

que estão sendo redefinidos os espaços em relação aos quais a omissão estatal é legítima<sup>13</sup>.

Convém destacar, desde já, que a responsabilidade civil objetiva, sem culpa, já faz parte da tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1946. Poucos países constitucionalizaram a matéria, como o Brasil. Isso traz consequências interpretativas relevantes (que, porém, nem sempre são adequadamente desenvolvidas). Outro aspecto que pode ser frisado: hoje há um olhar doutrinário pacífico no sentido de que a responsabilidade civil do Estado na formulação objetiva iniciou-se no Brasil em 1946. Porém isso é uma visão atual, com olhos de hoje. Nas décadas seguintes à implementação normativa da novidade (isto é, nas décadas de 40, 50 e 60 do século passado), juristas e tribunais ainda hesitavam, isto é, nem sempre aceitavam que a Constituição de 1946 tivesse trazido uma responsabilidade sem culpa para a matéria. Isso é um exemplo simples que evidencia como o direito é construção cultural: a norma não é a letra da lei (dizemos isso pedindo perdão pela obviedade). A norma jurídica resulta da atribuição de sentido – geração após geração –, aos textos legais, culturalmente falando. Muitos dos mais importantes avanços jurídicos se dão no silêncio da lei (ou *apesar* dela).

Juarez Freitas, por exemplo, argumenta que “o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais. Será, nessa perspectiva, proporcionalmente responsabilizável, tanto por ações como por omissões, admitida a inversão do ônus da prova da inexistência do nexos causal a favor da suposta vítima”<sup>14</sup>. Em outro artigo o jurista lembra que “os requisitos da responsabilidade estatal objetiva compõem, em grandes traços, uma tríade: a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional; o nexos causal direto e, finalmente, a conduta omissiva ou comissiva do agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, nessa qualidade”<sup>15</sup>. Percebe-se, desse modo, que a proporcionalidade permeia boa parte da responsabilidade civil (havendo dever de indenizar, portanto, quando houver dano injusto e desproporcional). A proporcionalidade, além disso, por certo, também repercute na quantificação dos danos. Talvez possamos dizer que a responsabilidade estatal, hoje, não é apenas objetiva. É proporcional e objetiva, não distinguindo entre ações e omissões, e fortemente informada pelo princípio da solidariedade social.<sup>16</sup>

13 A questão “assume um relevo extraordinário diante do contexto de exclusão e violência em que está mergulhada a sociedade brasileira. Basta pensarmos na dramática situação vivenciada pela legião de pessoas humildes e trabalhadoras, residentes em favelas dominadas por quadrilhas de traficantes, e por isso sujeitas ao poder de um verdadeiro “Estado Paralelo”. A sua liberdade de ir e vir, cerceada por frequentes *toques de recolher*, impostos pela marginalidade; o seu direito à vida, ameaçado por constantes tiroteios e balas perdidas, exigem não uma abstenção, mas um comportamento ativo dos Poderes Públicos, que têm a obrigação de intervir para proteger os direitos humanos destes sofridos cidadãos” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.168).

14 FREITAS, Juarez. A Constituição, a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.381-401, p. 381. O jurista, um pouco depois, lembra com exatidão: “A omissão causa o dano injusto que se consuma pelo não-cumprimento do dever estatal incontornável. Não há, com a devida vênia, nada substancial que justifique tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões, no modelo constitucional brasileiro: a responsabilidade é proporcional, seja por ações, seja por omissões danosas por agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras dos serviços de titularidade do Poder Público”. Sempre entendemos – e sempre defendemos essa posição em nossos livros – que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, seja nas ações, seja nas omissões. O STJ, porém, tem repetido, em seus acórdãos, que a responsabilidade civil do Estado é *subjetiva* nas omissões.

15 FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 241, 2005, p.21-37, p. 28.

16 Nesse sentido, “a solidariedade social, na juridicizada sociedade contemporânea, já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, pois se tornou um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115-116).

Já que mencionamos a responsabilidade civil do Estado, convém destacar que hoje o Estado é obrigado não apenas a se abster de violar direitos fundamentais. Ele deve, além disso, agir – de modo proporcional e eficiente – para proteger os bens jurídicos fundamentais de agressões realizadas por outros agentes privados. Vivemos, hoje, a fase histórica do *Estado como garantidor de direitos fundamentais*. Isso nos leva à seguinte conclusão (uma das muitas possíveis): o Estado poderá ser civilmente responsável se não tiver atuado, com proporcionalidade e eficiência, para garantir os direitos fundamentais do cidadão em determinado caso concreto.

Semanas antes da explosão da pandemia, houve chuvas e enchentes que provocaram danos graves por grande parte do Brasil (sobretudo em Minas, São Paulo e Rio de Janeiro). Uma tragédia coletiva, muitas tragédias individuais. Seja nesse caso, seja no caso da pandemia do coronavírus, cabe analisar – muito brevemente – a questão a partir da ausência de medidas preventivas (*carelessness*). A ausência de medidas preventivas pode, em determinado caso concreto, ser fator relevante para a imposição do dever de indenizar. Seja do Estado, seja dos particulares. O hotel, por exemplo – situado em região com alta incidência de raios, com casos anteriores de hóspedes atingidos –, tem o dever de alertar acerca dessas ocorrências, sugerindo cautelas e cuidados específicos. O mesmo ocorre, em múltiplas situações, em relação ao Estado. Se, por exemplo, o município sabe ou deveria saber que determinada ciclovia pode desabar – como aconteceu no Rio de Janeiro, matando duas pessoas (detalhe: a ciclovia, que custou mais de 2 milhões de reais, faria parte do legado olímpico, e caiu *ainda antes* das Olimpíadas) – e não a interdita e não toma medidas preventivas imediatas para evitar o dano, são circunstâncias que só potencializam (o já absurdo) dano. O mesmo raciocínio se aplica a inúmeras situações. Basta lembrar que a curva na evolução da doença, tomando como observação países que no início tinham mais casos (China e Itália, por exemplo, pelo menos inicialmente), mostra que a curva se tornou ascendente na Itália porque o governo italiano demorou a tomar medidas (fechar o comércio, restaurantes etc). Isso é que foi o fator determinante da explosão da pandemia por lá. Por exemplo, medir a temperatura dos passageiros e fazer triagem nos aeroportos – sobretudo de voos que chegam de lugares em situação mais crítica, como Itália, Espanha e, mais recentemente, Estados Unidos – é o mínimo que se espera de um Estado razoavelmente organizado.

Uma visão filosoficamente bem fundada da responsabilidade civil do Estado percebe que os riscos da atividade estatal não podem ser suportados pelo cidadão. Não será ele, sozinho, vítima infeliz de um dano, que deverá pagar a conta. A responsabilidade civil, há tempos, não é novidade, tem deslocado seu eixo de análise: da culpa ao risco. Convém, ainda, neste passo, fazer um registro. A responsabilidade civil caminha no sentido de proteger, de modo prioritário, a vítima do dano<sup>17</sup>. Nota-se, nas últimas décadas, um claro movimento

---

17 Odete Medauar, nesse sentido, aponta que “há um nítido caminho na responsabilidade civil do Estado, sempre em prol da vítima”. Adiante, complementa: “A questão da responsabilidade civil do Estado precisa caminhar ainda mais, sempre colocando no centro dos estudos a vítima, que é na verdade a tônica dos estudos que vêm sendo feitos sobre a responsabilidade civil do Estado” (MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil na Administração Pública, *Boletim de Direito Administrativo*, 1/1, NDJ, jan. 2004, p. 13). Aliás, há muitas décadas Duez já pressentia com exatidão que os danos causados pelo Estado não devem ser considerados mais “como negócio de um soberano todo poderoso, mas como forma de dar satisfação às necessidades gerais da coletividade. (...) A coletividade, nacional ou local, conforme o caso, assumirá esse encargo” (citado por DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 61). Paulo Luiz Netto Lôbo, a propósito, contextualiza: “Dos preceitos constitucionais denota-se a preferência pela responsabilidade objetiva, em razão do risco criado ou do risco da atividade, ainda que lícita. As hipóteses tratadas pela Constituição são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23)

nesse sentido. Na responsabilidade civil do Estado isso talvez seja ainda mais evidente<sup>18</sup>.

Escrevemos em outra oportunidade que em sede de responsabilidade civil, apenas os casos concretos apontarão as respostas adequadas. É temerário afirmar, aprioristicamente, soluções definitivas neste ou naquele sentido (relativamente à configuração do caso fortuito ou força maior). Um *tsunami* que invade a cidade, destruindo imóveis e veículos, não empenhará responsabilidade civil do Estado, sendo exemplo de caso fortuito ou força maior. Porém, atualmente, cabendo ao Estado uma atuação mais ativa para proteger os cidadãos, é possível pensar, em determinados contextos, na responsabilização estatal. Digamos que a ciência permita, com razoável antecedência, saber da chegada dos *tsunamis*. Ainda assim, não houve avisos prévios e eficazes aos cidadãos. Em tese, a responsabilização seria possível.

Caminhamos no sentido de um estreitamento progressivo das hipóteses de caso fortuito ou força maior, como excludentes de responsabilidade civil. O que antes podia ser considerado excludente, talvez hoje não possa. Na responsabilidade civil do Estado, isso se torna ainda mais forte, ainda mais nítido. Ademais, as excludentes de caso fortuito e força maior devem ser severamente filtradas na responsabilidade objetiva. O legislador, nesses casos, optou por proteger a vítima. Não quis deixar dano sem reparação. Imputou a certas pessoas, em decorrência de determinadas circunstâncias, a obrigação de reparar o dano ainda que não tenham agido culposamente. É uma tendência legislativa que traduz o rumo da matéria em todo o mundo.

Sabemos que o nexos causal já é considerado um elemento particularmente difícil de ser analisado nas ações. O que dizer das omissões? Aqui, como se pode intuir, as dificuldades ganham em complexidade e extensão. Até que ponto a omissão ingressou como causa do dano? Omissão, aqui, é um conceito normativo, não participa da causalidade física. A omissão só é relevante, juridicamente, como causa do dano, porque existem normas jurídicas – princípios ou regras – que criaram um dever de agir, ou – de modo mais amplo – um dever de proteção, um dever de resguardar certo bem jurídico fundamental. Desse modo, o nexos causal é indispensável até mesmo na responsabilidade civil por omissão. Diz-se, por vezes, que a omissão não pode ser causa de efeitos, porque a inação não muda o mundo exterior. No entanto, essa concepção da causalidade só entre fatos positivos, como adverte Pontes de Miranda, levaria a consequências erradas: “Pode-se assassinar por simples omissão: viu-se aberta a caixa de esgotos de águas pluviais, sabia-se que cairia e morreria quem por ali passasse e, vendo-se aproximar de lá alguém, não se avisou”. A jurisprudência brasileira tem avançado. Em determinado caso o cidadão teve sua casa alagada pelas chuvas durante três anos seguintes. No último deles, perdeu tudo (vemos, aliás, essas tristes cenas na televisão com frequência). O STJ manteve a condenação do município de Campinas/SP<sup>19</sup>, afirmando, em síntese, que o dano adveio não das cheias dos rios, mas da “obstrução em bocas de lobo”, de responsabilidade do município e que, caso estivessem desobstruídas, em tese nada de mais grave ocorreria.

---

18 José de Aguiar Dias, escrevendo em meados do século passado, parecia não se conformar com o estado de coisas então existente, que só muito excepcionalmente responsabilizava civilmente o Estado: “Com essa manifestação, deixamos claro nosso ponto de vista, que sustentamos mesmo em face do nosso direito positivo. Como, todavia, reconhecemos estar em minoria, forçoso é informar que a irresponsabilidade do Estado continua dominando em relação aos atos de governo, de polícia, legislativos e judiciários” (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 641).

19 STJ, REsp 1.125.304.



#### **4 CONCLUSÕES: BUSCANDO UMA VISÃO FILOSOFICAMENTE BEM FUNDADA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Não é exagero dizer que a pandemia do coronavírus, em pouquíssimo tempo, alterou o mundo que conhecíamos até pouco tempo. O mundo é outro, e ninguém sabe bem o que nos espera nos próximos meses ou anos. Este ano de 2020 – que apenas se inicia – para fortíssimo candidato a ficar marcado na história humana como um ano em que aconteceram coisas. Coisas que não esqueceremos, coisas que não exageramos ao chamá-las de históricas, até revolucionárias.

As características inovadoras do direito no século XXI repercutem fortemente na responsabilidade civil do Estado. É fundamental conjugar o tratamento sistemático do tema aos desafios – novos e complexos – trazidos pelos nossos dias. É natural, talvez seja inevitável, que a responsabilidade civil reflita, nas primeiras décadas do século XXI, o caráter instável desses dias agitados. Não é exagero dizer que estamos diante de um edifício em construção. O direito do século XXI não está (nem poderia) preso a fórmulas rígidas e absolutas. Busca, ao contrário, reflexões contextualizadas, razoáveis, proporcionais. As amplas transformações ocorridas exigem que o direito incorpore a ética e não se mostre tão fechado como costumava ser no passado.

Não é exagero afirmar que a responsabilidade civil tem desempenhado, sob certos contextos, funções de vanguarda, talvez até revolucionárias. Há muitos conceitos e categorias que, funcionalizados, permitem esse novo olhar, essas novas funções para a responsabilidade civil<sup>20</sup>. Talvez caiba lembrar, ainda, que muitas das mais importantes revoluções na responsabilidade civil ocorrem no silêncio da lei. Nos dias que vivemos ganha cada vez mais espaço a solidariedade social. Podemos dizer que a responsabilidade civil é refuncionalizada a partir da solidariedade social (com repercussões na análise do nexo causal, por exemplo, aceitando uma análise mais flexível, ou mesmo aceitando presunções do nexo causal, em certos contextos). A solidariedade, hoje, como princípio jurídico, opõe-se vigorosamente ao individualismo que permeou as práticas jurídicas nos séculos passados. Entre nós, o marco normativo da consagração da solidariedade social foi a Constituição de 1988. Não estamos diante, decerto, da dimensão espiritual ou caritativa da solidariedade, mas em dimensão essencialmente jurídica. O princípio da solidariedade não é oponível apenas ao Estado, mas também aos particulares<sup>21</sup> (é, aliás, o que também destaca a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas). Uma cosmovisão individualista da sociedade reconhece apenas a lógica da competição. O direito civil dos nossos dias – sem desconhecer que a sociedade é, também, o *locus* da competição – opera com a ideia de cooperação, de solidariedade.

Especificamente em relação à responsabilidade civil do Estado, podemos afirmar, como linha de tendência, que a ausência da observância de medidas prévias e razoáveis de

20 ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2013. Ver ainda: PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición, el daño mora en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 90.

21 PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Teoría dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 256. O mesmo autor – possivelmente inspirado em Benjamin Constan, que realizou célebre paralelismo entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos – distinguiu a solidariedade dos antigos e a solidariedade dos modernos. A dos antigos – inspirada, em grande parte, pelo cristianismo – conferiu sentido e sabor ético e religioso à solidariedade (e, por certo, pavimentou o caminho histórico para as novas dimensões que se superporiam à anterior). Já a dos modernos é tida como fundamento dos direitos fundamentais. Peces-Barba frisa que os sentidos atuais da solidariedade relacionam-se com o fundamento dos direitos humanos, com o fundamento dos deveres jurídicos positivados (e dos direitos difusos e coletivos) e ainda como forma de cooperação social (MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p.263 e seguintes).

cuidado e proteção pode responsabilizar civilmente o Estado, havendo dano<sup>22</sup>. Os exemplos possíveis na atual situação são muitos: pensemos no dano sofrido pelo cidadão que morre por não ter leito ou respirador em número suficiente (tivemos, no Brasil, a insólita situação de um presidente da República que assumiu, por escolha própria, o papel de vilão internacional no que diz respeito ao combate ao vírus e as posições cientificamente aceitas como corretas. Isso sem falar na desautorização, diária e grave, dos atos do seu ministro da Saúde, que adotou uma postura tida como prudente, séria e planejada).

Seja como for não parece haver dúvida que o Estado poderia ser responsabilizado pela morte (ou outros danos) do profissional de saúde que, durante seu trabalho em hospital público, não possui equipamentos de proteção individual e vem a ser contaminado. O dano, na hipótese, está na esfera de risco estatal, e o Estado responde sem culpa (tanto por ações como por omissões, na linha do que sempre defendemos). A prova da culpa estatal é irrelevante (o mesmo se diga acerca de discussões acerca da previsibilidade ou não do dano, isso é irrelevante). Se um preso é morto por companheiros de cela, o Estado responde ainda que prove nos autos que a prisão estaria em excelentes condições impecáveis de lotação e segurança (um sonho, convenhamos). O dano causado aos profissionais de saúde que se infectam por ausência de materiais de proteção se põe como fortuito interno, estando na esfera de risco da atividade estatal<sup>23</sup>.

Se em determinado concreto a ausência de medidas estatais prévias estiver conectada com um dano injusto, o dever de indenizar poderá se fazer presente (basta lembrar a ausência da medição de temperatura, a exemplo do que ocorreu em outros países, nos voos que chegavam de outros países, sobretudo Itália e Espanha). No Brasil não houve nada disso nem mesmo quando os aeroportos ainda estavam abertos. Caminhamos, é fato, estamos caminhando, em direção a um progressivo estreitamento das hipóteses excludentes de responsabilidade civil. O que antes não ensejava responsabilidade civil do Estado, hoje pode ensejar. Trata-se de clara linha histórica. Convém registrar, a propósito, que cidadãos silenciosos podem ser ótimos para governantes autoritários, mas são desastrosos para uma democracia<sup>24</sup>.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado à luz da jurisprudência do STF, do STJ, e a teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

---

22 São conhecidos os três subprincípios que orientam e definem o teste, por assim dizer, da proporcionalidade: a) adequação entre meios e fins (*Geeignetheit*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*); c) proporcionalidade em sentido estrito. Juarez Freitas, estudioso da questão, pondera que “a reprovação no teste tríplice da proporcionalidade acarreta o dever de indenizar” (FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*. In: *Responsabilidade Civil do Estado*. Juarez Freitas (org.). São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 170-197, p.176). Em outra passagem, Juarez Freitas menciona – em artigo emblematicamente intitulado *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância* – que “a doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas”. (FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*. In: *Responsabilidade Civil do Estado*. Juarez Freitas (org.). São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 170-197, p. 170).

23 Ana Frazão anota que “fica claro que as excludentes de responsabilidade apenas poderão ser consideradas como tal, para o fim de afastar a imputação, quando forem consideradas estranhas ao risco”. (FRAZÃO, Ana. *Risco da empresa e caso fortuito externo*. *Civilística*. a 5, n. 1, 2016, p. 23). No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

24 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 110.

- DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2019.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão técnica Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. *Responsabilidade Civil do Estado*. Juarez Freitas (org.). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-197.
- FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 241, 2005, p. 21-37.
- FREITAS, Juarez. A Constituição, a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 381-401.
- GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Revista Forense*, v. 386, jul./ago. 2006, Rio de Janeiro: Forense, p. 129-151.
- MEDAUAR, Odete. Jornada sobre Gestores Públicos e Responsabilidade Civil na Administração Pública, *Boletim de Direito Administrativo*, 1/1, NDJ, jan. 2004.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. *RTDC*, v. 11, jul./set. 2002, p. 35-65.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-206.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1993.
- PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: prevención, reparación, punición, el daño mora en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# IMPUTAÇÃO OBJETIVA E RESPONSABILIDADE CIVIL: REFLEXÕES SOBRE A PANDEMIA DE COVID-19

**Maria de Fátima Moretti Dias**

Bacharela em Direito e Licenciada em Pedagogia. Servidora Pública Estadual.

**Wagner Inácio Freitas Dias**

Professor Universitário. Advogado. Escritor. Cronista.

*Nada do que foi será  
De novo do jeito que já foi um dia*  
(Como uma onda, Nelson Motta e Lulu Santos)

---

**Sumário:** 1 Explicando (tentando) o que foi e o que será; 2 o nexa causal como elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil; 3 A imputação – possibilidades; 4 Demandas médicas diante da Covid-19 – perspectivas a partir da imputação objetiva; 5 Fechando o caso e abrindo as possibilidades; Referências.

## 1 EXPLICANDO (TENTANDO) O QUE FOI E O QUE SERÁ

O mundo foi surpreendido, no final de 2019, com uma nova forma de pneumonia (a princípio, assim se pensou), identificada em moradores da cidade de Wuhan, na China, um importante centro de negócios mundial, que reunia, aproximadamente, 11 milhões de habitantes.

O surto, inicialmente observado, chamava a atenção pela velocidade de transmissão e gravidade dos sintomas, com uma assustadora velocidade entre o início dos sintomas e a evolução clínica negativa dos acometidos.

Não nos cabe, aqui e nos limites destes escritos, discutir a eventual responsabilidade do governo chinês acerca da celeridade (ou não) de repasse das informações da situação sanitária para os órgãos de coordenação mundial em tema de saúde. O que é de interesse é a manifestação do maior exemplo de fortuito jamais pensado, mais próximo de um filme de Hollywood do que da realidade racional que poderíamos prever.

Um confinamento mundial se estabeleceu, hábitos estão sendo modificados (ou nem tanto), fazendo das máscaras e do álcool em gel, parte da rotina diária.

E, chegando ao ponto que nos interessa, a Medicina viu-se diante da pulverização de casos que, antes, se davam em pontuais situações, como nas doenças raras. O inimigo, agora, além de desconhecido, atua de forma anômala em relação a outros vírus, tanto no contágio, quanto nos sintomas e efeitos. Até mesmo a definição de grupos de risco tornou-se complexa, não havendo, ainda hoje, plena certeza de quem pode e quem não pode desenvolver formas mais severas da doença ou mesmo se há várias cepas ou uma única com diversas manifestações do Coronavírus 19.

A Organização Mundial da Saúde (OMS – WHO) desempenhou, e ainda desempenha, papel que reflete todas as mazelas que se apresentam no caso posto. Um sem-número de posicionamentos ambivalentes, hora recomendando, hora afastando a aplicabilidade de determinada técnica ou possibilidade de tratamento. E, não apenas em sede de atenção à saúde, a incerteza impera, pois mesmo em relação às políticas públicas eventualmente eficientes em face da pandemia de Covid-19, não se pode definir parâmetros seguros.

Da ivermectina à hidroxiquina, da vitamina D ao Remdesivir®, não existe uma terapêutica objetiva e concretamente comprovada em face dos efeitos do Coronavírus. Médicos de todo o mundo, desde janeiro de 2020, digladiam-se com um inimigo rasteiro, complexo e que se faz capaz de ocultar suas principais características, desafiando a ciência, que se vê diante da mais complexa das missões: apresentar uma solução em tempo para evitar um duro golpe de mortandade sobre a população mundial.

E, nesse imbróglio, estabeleceu-se uma incógnita sobre como os tratamentos deveriam ser conduzidos, o que curava poderia matar, o que tratava poderia ser inócuo, enfim, o que se fazia, se não fosse simples paliativo, seria algo construído pela dedução e não efetivamente testado no empirismo (no sentido de necessária testagem) que norteia os tratamentos médicos.

Diante de todas estas questões o estudo do nexa causal, principalmente da teoria da imputação objetiva, se faz de relevo para a solução dos casos que poderão se apresentar em breve. Sobre essas bases, deita-se esse trabalho, focado na análise acurada do tema, objetivando substrato consistente para instruir futuras decisões envolvendo o tema Covid-19 e as relações médico-paciente.



## 2 O NEXO CAUSAL COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Não basta, para a Teoria Geral da Responsabilidade Civil, contudo, avaliar apenas a existência de uma conduta e de um dano. É mister que se possa vincular a conduta ao dano, ou seja, é necessário referenciar a conduta frente ao dano.

Não é qualquer vínculo de atribuição que satisfaz o requisito do nexo de causalidade. É preciso que se esteja certo de que sem o fato, o dano não teria ocorrido. Neste sentido, não basta uma mera coincidência tempo-espaço entre dano e conduta. E, mesmo que essa conduta tivesse o sincero desejo de produzir o resultado, não há como se determinar a causalidade físico-jurídica, fazendo com que o elemento volitivo se torne de somenos importância. Assim, se se ministra veneno a alguém, *cum animus necandi*, e ao mesmo tempo, o prédio em que a pessoa está desaba lhe causando a morte, não há como se atribuir àquela conduta (envenenamento) o dano ocorrido (morte).

Vale, ainda, destacar, conforme lição de Caio Mário<sup>1</sup>, que o nexo causal não se confunde com a imputabilidade, pois aquele se constrói a partir de elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do sujeito, atentatórios ao direito (*imputatio facti*), enquanto a imputabilidade se refere ao elemento subjetivo, interno (*imputatio iuris*).

Muitas das vezes é fácil vincular-se uma conduta a um dano, vez que apenas uma conduta se avalia e apenas um dano se tem. Mas há casos outros em que os acontecimentos fáticos são muitos, havendo vários nexos possíveis ou a construção de um único, a partir de vários laços fáticos. São os complicados casos de causalidade múltipla.

Nesses casos, deve o operador jurídico determinar qual, dentre todos os acontecimentos que têm a marca da causalidade, determina o surgimento do dano ou aquele ou aqueles fatos que importam para o Direito.

Os belgas, inspirados nas ideias de Von Buri, adotaram a teoria da equivalência das condições, em que todas as condutas que precediam o dano, se culposas, determinavam o nexo causal e, logo, faziam com que o agente fosse obrigado a indenizar. É um raciocínio baseado na compreensão lógico-empírica, vez que, de fato, um acontecimento não poderia se realizar se qualquer de seus componentes predecessores fosse retirado da cadeia. É uma teoria que serve de socorro à vítima, pois facilita por demais seu pedido de indenização, que passa a ter vários sujeitos passivos, cumulados entre si. Lado outro, isto torna cruel o sistema de responsabilização, retrocedendo em excesso, por um encadeamento de fatos sem fim.

Os franceses, por sua vez, aproveitaram-se de ideia de Von Kries, sugerindo que o caminho para se ter um nexo perfeito seria a Teoria da Causalidade Adequada, em que se deve buscar a causalidade por meio de um processo de avaliação científica de questões probabilísticas. Deve-se, portanto, destacar, dentre os vários antecedentes do dano, aquele que está em adequadas condições para produzi-lo, conforme lição de Caio Mário.

Procede-se, assim, por um sistema de expurgo, retirando aquelas condutas e fatos que não produziriam adequadamente o resultado, ou que, em uma cadeia lógica de desdobramento fático não produziriam certo resultado.

A crítica que se tem a essa teoria é que a probabilidade não é certeza.

Apesar de a doutrina francesa defender este ponto de vista, a sua Corte de Cassação trilhou caminhos diversos, seguindo a Teoria da Equivalência das Condições, determinando que o mais culposos dos atos absorve os demais.

<sup>1</sup> Para melhor conhecer o pensamento do saudoso mestre, veja PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

De Page sugere uma melhoria na Teoria da Causalidade Adequada. Explica ele que a causa deve ser a causa necessária para o acontecimento do dano, aproximando-se da ideia de causalidade direta ou imediata. É dele a ideia de causa jurídica própria, que seria a causa que justifica, por si só, a fixação do valor do dano.

Outro assunto de interesse é o do estado patológico anterior da vítima, que pode ser determinante para um desfecho ruim para o ato.

### **3 A IMPUTAÇÃO – POSSIBILIDADES**

Imputar é vincular, em perspectiva jurídica, alguma coisa ou conduta a outra coisa ou a um sujeito. Especificamente em tema de responsabilidade civil, trata-se de um mecanismo, teoricamente estrutural, capaz de vincular, de maneira relevante, uma conduta danosa a um autor. Nesse espectro, temos a lógica da imputação subjetiva, em que se busca quem foi o autor material da conduta, enquanto na imputação objetiva, busca-se o autor da conduta juridicamente relevante para a ocorrência do dano.

Enquanto a imputação subjetiva é generalizando e causal (tomada esta na sua acepção direta), a imputação objetiva busca selecionar, dentre as diversas condutas causalmente vinculadas ao dano, aquela que, com base nos parâmetros teóricos delineadores da imputação, é a que propiciou o dano.

Mas por que há a necessidade de se imputar uma conduta a alguém? Por que os elementos meramente fáticos não conseguem responder à dúvida de a quem atribuir a conduta danosa e, com isto, desencadear todo o sistema de responsabilização? A resposta não é simples.

Se pensarmos a existência como uma sucessão de ocorrências, veremos que todo e qualquer ato ou fato importa para que, no futuro, algo se dê da forma como se dará. Da mesma forma, cada acontecimento presente é fruto de uma sucessão de acontecimentos do passado, que, se suprimidos, poderão importar na não igualdade entre o que foi e o que deveria ter sido.

Singrando esse tormentoso espaço, teorias surgiram para estabelecer, primeiramente, a regra da causa. Note-se que, aqui, ainda se está no estudo da causalidade, ou seja, um ponto antes da aplicação da imputação. Contudo, é fundamental um recorrido sobre a causa e suas teorias, mormente quando pensamos em ação e omissão imputáveis. Nessa seara, é importante que busquemos no Direito Penal<sup>2</sup>, espaço de aprofundamento da análise da conduta quanto ao nexos causal, para que possamos avaliar a intrincada construção do tema em debate.

- a. Teoria Causal-naturalista – o elemento de exteriorização da vontade e, de certa forma, do interesse é o movimento. Sobre o movimento corporal é que se dão as modificações no mundo externo.
- b. Teoria Causal-valorativa – O movimento, agora, passa a constituir-se em conduta e ser valorado. A partir do valor, se pode conceber a finalidade da atuação da vontade no mundo exterior.
- c. Teoria Social da Ação – a ação tem relevância social, ou seja, o comportamento a ser considerado é o que se faz socialmente relevante.

---

<sup>2</sup> Conforme lições de GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- d. Teoria Finalista – a conduta humana é pautada em uma orientação consciente a fim específico e determinado. A partir desse fim, é possível conceber a construção do tipo final.
- e. Teoria da Evitabilidade Individual – nessa teoria, a finalidade é substituída pela evitabilidade. A conduta passa a ser a que poderia ter evitado a ocorrência do resultado, seja pela ação que o causou, seja pela omissão que não o evitou.

Superada a causalidade estrita, é momento de passarmos à imputação objetiva<sup>3</sup>. Fazemos um pequeno histórico desse pensamento.

Com Claus Roxin (Hamburgo, Alemanha, 1931-), veremos um avanço das ideias que foram plantadas por Hegel e Hönig, entre os séculos XVIII e XIX. Roxin irá estabelecer os marcos fundantes da teoria, pautando-se no Princípio do Risco como elemento geral de imputação. Três são os preceitos basilares da visão do autor alemão:

- I) A criação ou aumento do risco sobre o objeto, provocado pela conduta;
- II) A concretização do risco;
- III) O resultado concreto está dentro da previsão abstrata do tipo.

A partir destes preceitos, estabelece ele que, em havendo a *diminuição do risco*<sup>4</sup>, imputação não haverá. Se a conduta não for capaz de gerar *um risco juridicamente relevante*, imputação não haverá. Se a conduta não houver *umentado o risco permitido*, imputação não haverá. E, por fim, a conduta, para desencadear a imputação, deverá *estar dentro da esfera protetiva da norma*. Esse último ponto nos interessa sobre maneira e deverá ser objeto mais à frente.

Günther Jakobs (Mönchengladbach, Alemanha, 1937-), afastando a perspectiva dogmática, normativa do vínculo objetivo (sobre a ideia do bem jurídico tutelado), realiza forte contraponto à visão de Roxin, apontando uma finalidade de reforço da norma. Estabelece o compatriota de Roxin<sup>5</sup> também quatro parâmetros, compreensíveis dentro da seguinte concepção:

Alfa) Risco permitido<sup>6</sup> – a construção social é capaz de estabelecer padrões aceitáveis de risco, reconhecendo que o existir, o conviver, implica na assunção de certos riscos. Nessa linha, a conduta deve se manter dentro dos limiares aceitáveis, mesmo que isso implique em reconhecer a criação de risco para bens e pessoas. Vale destacar conhecida lição de José de Aguiar Dias, que afirma que “viver é risco”.

Beta) Princípio da confiança – como o existir é coletivo, deve-se levar em consideração que não haverá imputação quando a conduta se estabelecer unicamente em razão da confiança que se depositou na conduta alheia, acreditando-se que todos os demais também atuariam dentro de um parâmetro aceitável de risco. Uma conduta que extravasa esse limiar pode fazer com que o risco aceitável de outras condutas torne-se inaceitável, visto que seria

---

3 Sobre as primeiras teorias da imputação, veja PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 133 *et seq.*

4 Para uma melhor compreensão da diminuição do risco, veja ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.314-315.

5 Conforme lição de CALLEGARI, André Luís. *Causalidade e imputação objetiva*. in ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Cadernos de Estudos*. Teoria da imputação objetiva e Teoria do Domínio do fato, p.77-82.

6 Veja-se PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido (Na Teoria do Delito)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.95 *et seq.*

necessária a redução destes para que a concretização do dano não viesse a se dar ou não ocorresse como se deu, mediante compensação de todas as condutas. É a imposição da outra faceta da previsibilidade, visto que esta não apenas é passiva (eu não ajo, já que é previsível que ocorra “A” na conduta de outrem) como também é ativa (eu irei agir já que é previsível que ocorra “B” na conduta de outrem). Quando o outro frustra a conduta que dele é esperada, todo o sistema de condutas acaba por extravasar os limites aceitáveis de risco, desencadeando a concretude do dano.

Gamma) Proibição de regresso – não é possível que se regreda na cadeia causal para que se impute futuramente como ilícita conduta que, a seu tempo, foi realizada dentro do padrão aceitável de risco.

Delta) Competência ou capacidade da vítima – não haverá imputação se a própria vítima, por sua conduta, houver se colocado na situação agravada de risco.

Como podemos notar, há um ponto fundante na imputação objetiva. O incremento do risco. E o quê de objetivo remanesce mesmo neste elemento. É a busca pela razão de variação (RV) entre o risco aceitável inicial (RAI) e o risco constituído final (RCF). Essa variação, percebida por meio de uma série de elementos que serão mais à frente analisados, é o que se pode denominar de risco variado em razão da conduta do agente (RVRCA). Espera-se que o RVRCA seja igual ou menor que zero, e, a partir do momento em que se constata que RVRCA é maior que zero, teremos imputação objetiva sobre a conduta do agente. Mesmo assim, ainda não é, a nosso ver, possível afirmar-se o dever de indenizar, em razão de dois elementos a serem ponderados:

- a. Circunstâncias que afastem a responsabilidade do agente ou o seu dever de indenizar;
- b. a ponderação real entre o possível e o realizado no caso em exame.

Passemos cada uma destas afirmativas em revista.

Primeiro, é de se indagar se há alguma das excludentes de responsabilidade que, mesmo em tema de imputação objetiva, podem se fazer presentes, somando-se à conduta para gerar o incremento de risco e o conseqüente resultado, dano. Ou, se podem detectar situações especiais que afastam o dever de indenizar, apesar de responsável ser o agente pelo dano ocorrido, como uma válida cláusula de não indenizar.

Por outro lado, é necessário compreender se há circunstâncias outras que autorizaram o agente a incrementar o risco, na constante busca pela salvação do que necessita de atenções. Reflitamos juntos.

Quando se pondera o risco aceitável inicial (RAI), tem-se em vista um quadro hipotético que, no mais das vezes, sofrerá modificação, tornando-se melhor ou pior, a depender do que o caso concreto nos apresentar. Quando se pensa em uma intervenção médica (que é a temática objeto deste escrito), há um quadro inicial que é pressuposto, não se podendo afirmar a correspondência exata do que se imaginou com aquilo que será enfrentado. Essa modificação deve ser objeto de avaliação pelo intérprete, visto que, em que pese obter-se um risco constituído final (RCF) de monta, é fundamental que o risco variado em razão da conduta do agente (RVRCA) leve em consideração a derivação oriunda do quadro inercial que se teve. Isso nos leva à necessidade de uma avaliação concreta, não apenas quando da imposição da indenização/compensação, mas, bem antes, na apuração do quadro de partida para a discussão do risco aceitável.

Em que pese a análise ter se iniciado de forma errônea, é de se reconhecer ao intérprete que estabeleça a correção final, em ponderação, para que a imputação não

degenere em atribuição de responsabilidade àquele que, a todo tempo, atuou para impedir a ocorrência do resultado.

Exemplificando o que aqui asseveramos, podemos trazer à lembrança o caso do voo US Airways 1549, conhecido pelo pouso de emergência no Rio Hudson, ao lado de Manhattan. Assim que iniciou o processo de subida, logo após a decolagem do Aeroporto *La Guardia*, o Airbus A320-214, pilotado pelo comandante Chesley Sullenberger e pelo copiloto Jeffrey B. Skiles, chocou-se com uma revoada de pássaros, perdendo, aparentemente, empuxo em ambos os motores. Apesar da apontada possibilidade dada pelo controlador de voo para um retorno ao *La Guardia*, ou mesmo a alternância ao Teterboro, Chesley “Sully” Sullenberger optou por pousar nas águas do Rio Hudson, criando situação que seria, pelos próximos dias, denominada de “O Milagre do Rio Hudson”. Durante a investigação da FAA, nos padrões e moldes utilizados internacionalmente, apurou-se que seria possível, em mais da metade das vezes, pousar o avião em um dos aeroportos da área. Contudo, toda a simulação desconsiderou o tempo de resposta humano diante de um fato desconhecido, levando à necessidade de revisão dos resultados e não responsabilização do comandante e de seu copiloto.

Esse episódio demonstra que apurar o incremento de risco não é uma operação simplesmente matemática ou formular, é insuficiente para a concepção de uma teoria da imputação objetiva em tema de responsabilidade civil.

Aprofundando a visão acerca dos elementos da imputação, aqui não nos ocupando, ainda, em diferenciar as visões de Roxin e Jakobs, temos de avaliar a esfera protetiva da norma. Enquanto no Direito Penal, o tipo realiza da função de apontar, especificamente, qual bem jurídico e qual conduta encontram-se na esfera protetiva, no Direito Civil, a regra se valida sobre uma cláusula geral, estampada nos arts. 186, 187 e 927, todos do Código Civil. Esta cláusula é o não lesar, ou *neminem laedere*, um dos conhecidos preceitos de Ulpiano, tríade contida na sentença - *luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

O não lesar tanto está presente na responsabilização subjetiva quanto na objetiva e, ao ensejo, vale apartar essa última do tema aqui enfrentado. Uma rápida pesquisa é suficiente para denotar que, em tema de responsabilidade civil, a expressão “imputação objetiva” é, por grande parte das vezes, apontada como um sinônimo de responsabilidade objetiva. Mas é fundamental que não as confundamos. Enquanto a responsabilidade objetiva (precedente de responsabilização) é técnica de extensão da responsabilidade para além da simples constatação de culpa, a imputação objetiva (que jaz no nexo causal entre conduta e dano) serve para joeirar as condutas que efetivamente devam ser consideradas no momento do acionar da responsabilidade. Ou seja, enquanto uma é ponto de partida a contar do dano, a outra é chegada no sujeito da responsabilização.

Desta forma, tendo-se que o escopo protetivo da norma é por demais amplo e a tipificação legal quase inexistente, é de se eleger que o arcabouço de imputação estará calcado na apreensão pura do não lesar. Sobre a lesão já consumada e compreendida a relevância jurídica do prejuízo, será necessário fazer conhecer seu qualificado autor. Antes, no mar de possíveis autores, o que se tem é debate vão, tresloucado, incapaz de aplicar a função sancionatória da responsabilidade civil com precisão. E, em tema de sanção, a falta de precisão leva ao descrédito, que induz à desobediência da regra jurídica, inviabilizando as funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil.

E, nesse sentido é a busca da aplicação da imputação objetiva na ótica pretendida por este escrito. Reconhecer que punir é tão importante quanto o “a quem punir”, ao “punir



corretamente o indivíduo”. Isso porque uma sociedade reparatória e punitiva (já acumulando funções) corre o concreto risco da inação, da castração, vez que todo e qualquer indivíduo conduz seu existir com base em preceitos gerais mínimos de lógica. Se, ao agir a pena é maior do que nada fazer, restarei inerte. Se, por outro lado, a omissão é mais dura do que a infundada ação, será a imprudência meu caminho. Passemos a esta ponderação.

#### **4 DEMANDAS MÉDICAS DIANTE DA COVID-19 – PERSPECTIVAS A PARTIR DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Logicamente a chegada deste trabalho não oportuniza um debate a se construir, mas, muito mais, fatos que já se encontram no passado ou, quando muito, poderão bater à porta do Judiciário de forma concomitante com estas linhas. Como responsabilizar o médico que, na linha de frente, se viu diante do uso de diversos tratamentos ao mesmo tempo em que não há qualquer tratamento para a Covid-19? Como reconhecer o não lesar diante daquele que atua em uma pandemia desconhecida? Seria momento de uma cláusula geral de isenção de responsabilidade?

Nelson Rosenvald, em artigo intitulado “Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia” defende que:

A lógica normativa é fundamentada no princípio da reciprocidade. Quando a sociedade pede que alguns de seus membros corram grandes riscos pessoais ao servir os interesses do público, é razoável esperar que a sociedade assuma algumas responsabilidades por eles em troca dos riscos assumidos. Com efeito, segundo o Código de Ética Médica (RES. CFM Nº 2.217/2018), entre os direitos dos médicos, encontra-se o de “V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência...”. Portanto, no caso de profissionais de saúde que trabalham na linha de frente durante uma pandemia, é esperado que se disponibilize aos profissionais os recursos necessários para se proteger (e, por extensão, suas famílias) enquanto servem (v.g. máscaras, CAPOTES e EPI), para cuidar de provedores e suas famílias que adoecem como resultado de seu serviço e para apoiar as famílias de provedores que perecem no cumprimento do dever. Consistente com essas obrigações recíprocas, é apropriado que a sociedade reduza os riscos de responsabilidade impostos àqueles que em uma emergência de saúde pública estão sujeitos a riscos pessoais substanciais não apenas a si mesmos, mas também a suas famílias.

Não se trata aqui de uma proposta de não incidência de responsabilidade civil e do consequente dever de indenizar por força maior (art. 393, parágrafo único do Código Civil), pois o fato inevitável e irresistível da pandemia não acarreta uma impossibilidade absoluta, mesmo que temporária, de prestação de atendimento médico. Todavia, a objetiva alteração das circunstâncias impõe a adequação da análise judicial de padrões de conduta profissionais ao cenário de calamidade. A responsabilidade pessoal do médico se mantém subjetiva (arts. 951, CC c/c 14, § 4º, CDC), porém a avaliação casuística do “cuidado razoavelmente exigível” será contextualizada ao quadro de exceção.<sup>7</sup>

Em que pese a defesa de uma alteração legislativa ser a alternativa mais eficiente, vez que, ao menos em tese, afastaria o recurso às vias judiciais, é de se notar que o que

---

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson. *Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia*. Disponível em <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/01/POR-UMA-ISEN%C3%87%C3%83O-DE-RESPONSABILIDADE-DOS-PROFISSIONAIS-DE-SA%C3%9ADE-POR-SIMPLES-NEGLIG%C3%8ANCIA-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA>. Acesso em: 21 out. 2020.

aqui se propõe mira o provir sem acreditar na sensibilidade do Legislador que ainda se debate com temas urgentes sem apresentar uma solução minimamente digna. Como este Legislador, ineficiente, poderia enfrentar assunto que, para além da urgência, requer especial sensibilidade para fazer diferenciar a simples omissão dos casos de grave negligência?

Não nos parece que a resposta legislativa virá. Quiçá encontra-se, hoje, em análise. Assim, a heroica visão do mestre civilista radicado nas Alterosas remanesce como uma profissão de fé na diligência legislativa nacional.

Aqui, propomos a imputação objetiva como a pedra filosofal a ser entregue aos Julgadores. Esta teorética que, para lá de bem desenvolvida pelos penalistas, pauta-se sobre nexos e conduta, edifícios conhecidos da responsabilidade civil. Em que pese variações tipológicas, é comum a partida das teorias do ilícito. Conduta, nexos e danos são as bases tanto do delito civil quanto do delito penal, no alvorecer do pensamento jurídico. Hoje, apesar da densificação desses elementos e de sua especificação em cada um dos ramos jurídicos, a estrutura fundante ainda é similar. Imputar ainda é essencial tanto no Direito Penal<sup>8</sup> quanto na Responsabilidade Civil. Conhecer o autor que deverá ter sua conduta considerada como a origem do dano é ponto nevrálgico para ambos os pensamentos.

Como o médico que diante de tantos medicamentos possíveis, mas todos sem qualquer comprovação de eficiência, opta por um ou outro deverá ter sua conduta apreciada? Em que parte o agir ou o omitir do médico, de alguma forma, pode ser apontado como o gatilho essencial para a ocorrência do dano?

Para isso é necessário responder, com base na imputação objetiva, qual o risco inicial a que estava exposto o paciente. Esse risco, seriamente agravado, é de efetiva morte, visto que, em algumas faixas etárias, a possibilidade de desfecho morte chega a 15% dos pacientes.

Por outro lado, como se tem o risco morte como parâmetro maior, é de se reconhecer que a aceitabilidade de risco decorrente da variação provocada pelo agente é, também, mais ampla. Assume-se um risco maior, na busca de um resultado melhor.

Contudo, sendo o RCF morte logicamente parametrizado por percentuais conhecidos, não se pode concluir que tenha o médico total liberdade para atuar da forma que melhor lhe aprouver. Pelo contrário, condutas absurdas ou de extrema negligência estarão fora do limiar aceitável de RVRCA.

E, não é menos recordar que não será o resultado que estabelecerá a responsabilidade, visto que esse já se estabeleceu sobre o patamar máximo, mas sim o mínimo de racionalidade adotado pelo médico em sua análise. Fazendo uso de medicamentos que, mesmo sem eficácia comprovada, são tentativas válidas de solução da necessidade do paciente, nos transparece um mecanismo viável para tratamento. Por outro lado, fazer uso do mesmo medicamento em situações em que comprovadamente há risco de morte para o paciente (não pela doença, mas pelo medicamento) e, ainda, somar a isso negligência grave em olvidar-se toda a gama de suportes necessários ao acompanhamento do quadro apresentado, é patente e inaceitável incremento do risco, desse devendo decorrer a responsabilização.

## **5 FECHANDO O CASO E ABRINDO AS POSSIBILIDADES**

Neste momento, o mundo tem 42.079.495 de casos de Covid-19, com 1.144.224 casos encerrados com morte. Levando-se em consideração apenas os casos fechados (alta ou

---

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

morte), chegamos a uma marca triste de 4% de encerramentos com falecimento do paciente<sup>9</sup>.

Não nos parece lógico ou, muito menos, justo, impor sobre aqueles dos quais nos socorremos em momento de extrema necessidade, um conjunto teórico de responsabilização que se fez edificar para situações de menor (severamente) complexidade.

A solução legislativa, efetivamente a melhor e mais segura, não nos transparece que vá ocorrer, talvez por limitação do Legislador, talvez pela falta de vontade política, mas, com certeza, não se apresenta no horizonte palpável uma tal resposta.

Por outro lado, conceber uma nova teoria, que venha a tratar especificamente da temática, além de arriscado, poderá trazer grave instabilidade para as decisões, uma vez que a par da necessidade de desenvolvimento doutrinário, seria necessária a reflexão e absorção pelo Judiciário, além de um expressivo uso por parte dos advogados.

Tendo em vista esta realidade, aproveitar uma teorização que já remonta há, pelo menos, dois séculos, tendo exaustivo debate e evolução, reúne a velocidade de resposta que o fato social exige, a densidade de aplicação que o problema apresenta e a justeza de resultado que o cidadão (tanto o médico quanto os que se vitimizaram) necessita.

A partir do conhecimento do risco aceitável, o respeito ao risco permitido e um suportável incremento do risco, levando-se em conta todo o plexo de elementos dados no momento da decisão, temos na imputação objetiva um mecanismo seguro e firme para se discutir a precariedade de atendimento, a limitação de diagnóstico e a frustração do tratamento.

Tudo isso sem se afastar a responsabilização daqueles que, sob a desculpa de um *hard case*, apenas externalizaram a incompetência e a falta de esmero com o ser humano que jaziam em seus âmagos profissionais.

Para além da evolução teórica, a Responsabilidade Civil enfrenta, agora, toda a carga de relevância social que lhe é inerente, não podendo o estudioso se furtar, sob a pecha da inexistência de uma resposta segura, a compreender o fenômeno que se lhe apresenta. E, essas linhas, muito mais do que apresentar respostas, provocam e indagam a necessidade de reflexão acerca da imputação objetiva nos limites do Direito Civil.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALLEGARI, André Luís. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: RT, nº764, p.434-452.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Cadernos de Estudos*. Teoria da imputação objetiva e Teoria do Domínio do fato. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola\\_Superior/Biblioteca/Cadernos\\_Tematicos/teoria\\_da\\_imputacao\\_objetiva.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf). Acesso em: 22 out. 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

---

<sup>9</sup> Dados do sítio <https://www.worldometers.info/coronavirus/>. Acesso em: 21 out. 2020.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido (Na Teoria do Delito)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. Disponível em <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/01/por-uma-isen%C3%A7%C3%A3o-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-sa%C3%9Ade-por-simples-neglig%C3%8Ancia-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 21 out. 2020.

# **SEÇÃO IV**

## **CORONAVÍRUS E DIREITO CONTRATUAL: TRANSFORMAÇÕES, REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO**



# REFLEXIONES ACERCA DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL Y LA SITUACIÓN PRODUCIDA POR EL COVID-19

**Manuel Ortiz Fernández**

Doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Alicante y Profesor Ayudante del Departamento de Ciencia Jurídica (área de Derecho civil) de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Régimen Jurídico Contractual y Covid-19: posible aplicación de excepciones; 2.1 Principios contractuales; 2.2 Breve análisis de la situación generada por el COVID-19 y sus implicaciones e incidencia en el ámbito contractual: la buena fe; 2.3 Mecanismos jurídicos invocables ante las circunstancias producidas por el coronavirus; 3 Principales conclusiones; Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

El COVID-19 (SARS-CoV-2) ha producido unas consecuencias nefastas en diversos ámbitos. Sin duda, el más relevante es el elevado número de fallecidos (más de ochocientos cuarenta y ocho mil) y de casos confirmados (que supera los veinticinco millones). Este escenario unido a la ausencia de una vacuna efectiva<sup>1</sup>, provocó que en la mayoría de países se decretasen estados excepcionales cuya medida fundamental fue el confinamiento de la población con la consiguiente restricción del derecho a la libertad deambulatoria. En muchos estados, esta situación ha finalizado y en el horizonte se presenta la “nueva normalidad” en la que sigue siendo necesario tomar precauciones para evitar nuevos rebrotes. Asimismo, como consecuencia de lo anterior, las economías nacionales se han visto mermadas y ha sido necesaria la aprobación de normas para tratar de paliar los efectos del coronavirus.

Lo cierto es que todo se ha producido de forma precipitada, ya que los gobiernos se han visto desbordados por el devenir de las circunstancias. El desarrollo del virus se ha producido de manera imprevisible, pues nos encontramos ante una «infección causada por un nuevo coronavirus» que ha dado lugar a la declaración de la Organización Mundial de la Salud sobre esta «“emergencia de salud pública de interés internacional”, considerada así de acuerdo con la sugerencia de un grupo de expertos y con los lineamientos del Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005)<sup>2</sup>». Asimismo, si atendemos a la alocución de apertura del Director General de la Organización Mundial de la Salud en la rueda de prensa sobre el COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020<sup>3</sup>, en la que se declaró la pandemia, no parece inferirse que podía, de algún modo, preverse ni la existencia del virus ni su evolución<sup>4</sup>. De hecho, en la citada fecha, el número de casos de COVID-19 fuera de China ya se había multiplicado por trece y el número de países afectados se había triplicado.

Igualmente, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, pone de relieve la concurrencia de circunstancias extraordinarias que constituyen «sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos».

En este ámbito, es muy plausible que muchos de los contratos no se hayan cumplido de forma adecuada o que su realización aparezca como especialmente gravosa para las partes. Por ello, conviene que nos preguntemos si esta situación justifica la adopción de medidas excepcionales que amparen un posible incumplimiento o, en su caso, una modificación de su contenido o si, por el contrario, estos extremos no deben producirse. Asimismo, debemos reflexionar acerca de algunos mecanismos jurídicos que se pueden invocar para determinar, por un lado, si tienen cabida en este campo y, por otro lado, las consecuencias que se derivarían de su eventual aplicación.

---

1 Para más información sobre este particular, vid. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus. *AJL*, nº 12 bis, 2020, p.118-125.

2 RAMOS, Celso. Covid-19: la nueva enfermedad causada por un coronavirus. *Salud pública de México*, vol. 62, nº 2, 2020, p.226.

3 Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (fecha de última consulta 29.04.2020).

4 En este sentido, no puede perderse de vista que estamos ante una enfermedad nueva e inédita en la que, como indica la doctrina, los pacientes presentaron «diagnósticos de neumonía de etiología no conocida» que representó una «nueva amenaza». Así, vid. KOURY GONZÁLEZ, Juan Miguel; HIRSCHHAUT, Miguel. Reseña histórica del COVID-19. ¿Cómo y por qué llegamos a esta pandemia? *Acta odontológica venezolana*, vol. 58, nº extra 1, 2020, p.3.

## 2 RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL Y COVID-19: POSIBLE APLICACIÓN DE EXCEPCIONES

### 2.1 Principios contractuales

Al aproximarnos al ámbito contractual, hemos de tener en cuenta una serie de premisas muy relevantes y que constituyen, en esencia, el fundamento y la finalidad última de este negocio jurídico por excelencia. En primer lugar, debemos traer a colación dos de los principios contractuales más relevantes. Por un lado, el principio de la autonomía de la voluntad, que se refiere al derecho que ostentan las partes para poder celebrar el vínculo que estimen oportuno y anudar el contenido que deseen. En suma, se trata de que los particulares, en el margen concedido por el ordenamiento, puedan autogobernarse en sus relaciones con otros sujetos. Obviamente, el referido margen dependerá de la política legislativa de cada estado y de la mayor o menor incidencia de las leyes imperativas y prohibitivas que aprueben los legisladores. En un extremo, se presenta el total intervencionismo que reduce la autonomía e impone medidas que quedan fuera de la negociación. En otro, el liberalismo que ofrece un marco de libre mercado donde son los contratantes quienes deciden el contenido del vínculo. No puede perderse de vista que la conclusión a adoptar es compleja y que concurren gran cantidad de aspectos a tener en cuenta como la cultura del país de que se trate, el modelo económico, el nivel adquisitivo de la ciudadanía, etc.

Desde nuestra perspectiva, la opción que se presenta como más adecuada pasa por una postura intermedia. Como regla general, ha de permitirse que los particulares regulen sus relaciones jurídicas, pues si disponen de la capacidad suficiente no hay motivo para restringirla de forma infundada. Esta norma puede excepcionarse, no obstante, cuando confluya algún interés legítimo que justifique dicha intervención estatal. Por ejemplo, suele recurrirse a este interés cuando nos encontramos ante una situación de desigualdad, es decir, cuando uno de los sujetos ocupa un escenario de superioridad notoria con respecto al otro. Es el caso de los contratos celebrados por consumidores y usuarios y personas jurídicas, donde el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, establece un régimen protector o tuitivo. No puede obviarse que, en muchas ocasiones, los negocios son redactados por una de las partes y se denominan de adhesión por cuanto solo permiten aceptar o rechazar sus términos, pero no modificar su articulado.

En segundo lugar, encontramos el principio de obligatoriedad o fuerza vinculante. En este sentido, como suele señalarse, “el contrato es ley para las partes”. Esta expresión pone de relieve el carácter obligatorio del contenido de dichos negocios jurídicos y la necesidad de que los contratantes respeten sus mandatos. Asimismo, también se desprende el carácter atemporal de los contratos, esto es, que, en principio, mantienen su vigencia en el tiempo salvo que, expresamente, las partes establezcan otra cuestión. En este ámbito, se suele aludir al principio *pacta sunt servanda* que representa el deber de que el negocio sea cumplido en todos sus términos. En otras palabras:

Como una derivación necesaria del concepto aportado de obligación, se consideraba tradicionalmente que el principio *pacta sunt servanda* requiriese a cada uno de los sujetos intervinientes una necesaria fidelidad a sus promesas, consecuencia de la exigencia de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera e íntegra, apoyada en la confianza del cumplimiento para dar y recibir cada parte lo que le corresponde. La actitud exigida era individual de calidad personal, valorada como capacidad de libertad y de responsabilidad frente a la contraparte en el seno de la convivencia colectiva debidamente organizada,

estimada como comportamiento debido frente a las responsabilidades provenientes de las obligaciones nacidas del pacto concertado.<sup>5</sup>

De hecho, la obligatoriedad de los contratos tiene su fundamento en la propia autonomía de la voluntad que antes referíamos, de tal suerte que el funcionamiento de estos negocios supone una conjugación de ambos principios. De esta forma, el contrato ha de ser cumplido en los términos y el tiempo convenidos por los contratantes, ya que la seguridad del tráfico jurídico así lo exige. Si se depara con detenimiento, implícitamente implica que los contratistas han de asumir el riesgo y ventura del devenir del acuerdo, de tal modo que se entiende que deben hacerse cargo de las contingencias a las que puede estar expuesto el mismo.

Sin embargo, sin negar lo cierto de todo lo anterior, una aplicación excesivamente literal de estas cuestiones puede dar lugar a resultados verdaderamente injustos. Máxime en aquellos contratos que se suceden por un espacio prolongado de tiempo y en los que las circunstancias que fueron tenidas en cuenta inicialmente pueden variar notablemente. Por este motivo, debemos recurrir a mecanismos que alivien o moderen el citado régimen jurídico, pues de otro modo se estarían olvidando situaciones que precisan de amparo y que verían sus pretensiones frustradas de forma injustificada.

A pesar de ello, no quiere decir que esta posibilidad se deba convertir en la regla general y que sea predicable en todos los contextos. Muy al contrario, es un escenario excepcional y únicamente invocable cuando las especiales características lo justifiquen. Otra conclusión vaciaría de contenido los principios a los que aludíamos y acabaría con la dinámica misma de los contratos. No puede obviarse que si estos últimos no fueran obligatorios para las partes y no existiesen herramientas para exigir que el incumplidor realizase la prestación acordada, la confianza en este vínculo se vería mermada y, probablemente, su ámbito de aplicación se reduciría hasta límites insospechados. Además, repárese en que ambos signatarios han aceptado sus términos voluntariamente.

## **2.2 Breve análisis de la situación generada por el COVID-19 y sus implicaciones e incidencia en el ámbito contractual: la buena fe**

En este momento, debemos preguntarnos acerca de la situación generada por el COVID-19 y sobre algunos de los escenarios ante los que nos podemos encontrar. Por último, reflexionaremos sobre la conveniencia de que, en estas peculiares circunstancias, se aplique un régimen excepcional. En suma, se trata de determinar si existe justificación suficiente para recurrir a un sistema que excluya la regla general de este ámbito, esto es, la obligatoriedad de los contratos y la posible exigencia forzosa del cumplimiento. En realidad, si concluimos en un sentido afirmativo, las soluciones a aplicar varían en sus efectos y consecuencias.

Como se tendrá ocasión de comprobar, en función del tipo de herramienta que se adopte, el resultado final no es similar. En este sentido, podemos encontrarnos ante la finalización del negocio, ante la modificación de sus términos o ante el empleo de moderadores o eximentes de responsabilidad. No obstante, la finalidad última de todos ellos es coincidente: rebajar el nivel de diligencia que se espera obtener del contrato y la dinámica del mismo, de tal suerte que permita a la parte afectada recibir un tratamiento especial.

En cuanto a las situaciones que nos podemos encontrar en este campo, es plausible que uno de los contratantes no haya podido cumplir con su prestación porque se encontraba

---

<sup>5</sup> En este sentido, *vid.* GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Lo que queda del principio clásico *Pacta Sunt Servanda*. *Derecho y cambio social*, nº 25, 2011, p. 4.

confinado. Imagínese, que una de las partes debía entregar un determinado producto y la fecha convenida se fijó en el periodo de reclusión poblacional. Parece evidente que, en tales condiciones, no existe modo de llevar a cabo lo acordado y que no es justo que se pueda exigir responsabilidad por este extremo. Obviamente, ello no quiere decir que desaparezcan todas las obligaciones, ya que la buena fe exige que, por ejemplo, se avise de esta circunstancia y se ofrezca una alternativa. Por tanto, no se justificaría una total dejación de los deberes, pero sí la adopción de un tratamiento particular.

Por otro lado, también es posible que uno de los sujetos (o incluso ambos) se haya visto afectado por el coronavirus, máxime si atendemos al elevado número de contagios que ha acontecido. En este contexto, el peor de los escenarios pasa porque, desgraciadamente, se haya producido el fallecimiento del contratante, lo que conllevaría, lógicamente, la finalización del negocio. La otra alternativa es que se vea afectado por las consecuencias del virus, lo cual puede llevar aparejado, sin duda, la necesidad de cuidados especiales. Al igual que en el caso anterior, tampoco consideramos que en este supuesto deba existir responsabilidad. No puede perderse de vista que no estamos ante una enfermedad conocida y frecuente en la práctica, pues como hemos visto, es un nuevo coronavirus que, ni en la actualidad, es totalmente conocido. De esta forma, no cabe imputar, al menos en principio, una actitud negligente a la persona que se contagia. Otra cuestión es que tal hecho se deba a una conducta totalmente deliberada y desidiosa del sujeto, cuya conclusión no sería, de todo punto, equivalente.

En otro orden de cosas, los efectos del COVID-19 en la economía han sido devastadores. En este sentido, muchas empresas se han visto obligadas a aprobar medidas excepcionales para tratar de evitar el cierre inminente y paliar la pérdida de ingresos. En este marco, es probable que una parte no disponga de medios suficientes para ejecutar lo establecido en el contrato o que le sea especialmente gravoso. Esto último se observa muy claramente en las deudas de dinero, pues la ausencia de beneficios por el espacio tan prolongado de tiempo ha mermado, en gran medida, el nivel adquisitivo de la ciudadanía. Pues bien, desde nuestra perspectiva, de nuevo es aplicable la buena fe contractual<sup>6</sup> que exige dos acciones. De un lado, el afectado deberá comunicar este extremo y ofrecer la solución menos lesiva para los intereses de la otra parte. De otro lado, este último tendrá que, en la medida de lo posible, tratar de llegar a un acuerdo que facilite que ambos vean sus pretensiones satisfechas. A este respecto, podemos definir la buena fe como «un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante<sup>7</sup>» que presupone que:

los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. (...)

El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas.

---

6 Para más información, *vid.* GAMARRA SAGARRA, Jorge. Buena fe contractual. *Revista crítica de derecho privado*, nº7, 2010, p.397-408. Acerca de un estudio histórico de este principio, *vid.* BASTANTE GRANELL, Víctor. La buena fe contractual: un apunte histórico-jurídico. *e-Legal History Review*, nº 22, 2016.  
7 *Vid.* DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1983, p.263. Para RIVERA RESTREPO, José M.. Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española. *Ars Boni Et Aequi*, nº 1, p.38, «La buena fe constituye un principio básico que informa al Derecho Civil, el cual se proyecta también como un principio en materia de contratación. En el ámbito de los contratos, la buena fe es –en mi opinión– el único principio que rivaliza con el de autonomía de la voluntad, incluso más, quizás tenga una relevancia superior a la autonomía privada».



Por otro lado, lo cierto es que la buena fe se aplica en dos órdenes distintos, a saber, en la negociación y en el cumplimiento. Sobre el particular, destaca la doctrina<sup>8</sup> que:

La diferencia entre ambos órdenes de buena fe – la buena fe en la negociación y en el cumplimiento– es, por encima de todo, una diferencia de grado, pues, si bien, ambas suponen una auto-restricción en la búsqueda del propio interés, la presencia de la libertad contractual en la fase de negociación y no en la de cumplimiento, hace que el requerimiento de buena fe sea, en la primera fase, menos estricto que el que se exige en la segunda.

No obstante, estamos, en cierta forma, ante un concepto jurídico indeterminado y no siempre es sencillo determinar el ámbito de actuación de este principio. En este sentido, algunos autores<sup>9</sup> ponen de relieve que:

El reconocimiento generalizado de la buena fe en la doctrina, así como su reiterada invocación por los tribunales de justicia para fundamentar sus sentencias en la resolución de los más variados conflictos de relevancia jurídica, contrasta radicalmente con la falta de claridad que existe respecto de su preciso significado y alcance en cuanto norma jurídica. En particular, no resulta del todo claro cuál es exactamente el contenido sustantivo de la buena fe contractual, ni cuál es la forma jurídica que adopta, resultando, además, incierto cuáles son las potestades y los espacios de discreción judicial que su aplicación presupone en un caso particular. Los deberes de comportamiento y demás efectos jurídicos que se derivan de la buena fe en la configuración de la relación contractual son, de esta manera, en su gran mayoría indeterminados e inciertos.

Quizás en estos casos los medios extrajudiciales de conflictos cobran especial relevancia. Sin duda, el papel que puede desempeñar el mediador para acercar las posturas de las partes puede ser esencial para que finalice de forma adecuada y los dos contratantes vean resarcidos, en la medida de lo posible, sus intereses. Al margen de esto último, conviene que destaquemos la importante posición que deben ocupar, en este ámbito, los poderes públicos. Así, desde nuestra perspectiva, las ayudas y subvenciones que se aprueben resultarán, a la postre, definitivas para mantener el sistema económico del país que se nutre de su tejido empresarial.

Si atendemos a todo lo señalado hasta el momento, entendemos que existen razones suficientes para afirmar que las consecuencias generadas por el coronavirus justifican la aplicación de un régimen especial que, de algún modo, relaje las obligaciones contractuales. De otro modo, pueden obtenerse resultados injustos y desproporcionados para las partes. Sin embargo, de ello no se deduce que quepa recurrir al mismo en todos los casos, sino solamente en aquellos en los que, realmente, el virus haya influido de forma determinante y haya producido un resultado adverso e imprevisible para los contratantes.

### **2.3 Mecanismos jurídicos invocables ante las circunstancias producidas por el coronavirus**

Si nos situamos en el ámbito contractual<sup>10</sup>, disponemos de distintos mecanismos a los que cabría recurrir, al menos en abstracto, en las situaciones generadas por el COVID-19 y

---

8 En este sentido, *vid.* ZUSMAN, Shoshchana. La buena fe contractual. *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 51, 2005, p.24.

9 En este sentido, *vid.* SCHOPF OLEA, Adrián. La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 31, 2018, p. 112.

10 Para más información, *vid.* DE OLIVEIRA MILAGRES, Marcelo. Os efeitos do coronavirus (covid-19) e a irreversibilidade não imputável do incumprimento contratual, en MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.): *Coronavirus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. São Paulo, Brasil: Editora Foco, 2020, p. 47-54.

que permiten obtener diversos resultados: finalizar el negocio jurídico, modificar determinadas cláusulas o aplicar eximentes (o moderadores) de responsabilidad. Por un lado, en este último grupo, encontramos dos causas, a saber, la fuerza mayor<sup>11</sup> y el caso fortuito, sobre las que conviene realizar una serie de apuntes. En primer lugar, debemos tener en cuenta que normalmente se relacionan con causas meteorológicas. No obstante, es interesante diferenciar ambas y definir los contornos de cada una.

Por un lado, la fuerza mayor siempre elimina la responsabilidad, ya que se concreta en una situación en la que ocurre un hecho que no pudo preverse (ni por la más diligente de las personas) o que, de haberse podido prever, era inevitable e irresistible. Por su parte, el caso fortuito también exonera de responsabilidad (generalmente) y supone un hecho imprevisible, aplicando el cuidado y la diligencia debidos. Por lo tanto, nos movemos ante un caso fortuito si la persona diligente no pudo evitar el resultado a pesar de aplicar la atención que exige el supuesto. La diferencia entre ambas radica en la posibilidad o no de evitar el daño<sup>12</sup>.

Así, en la fuerza mayor el resultado es inevitable en cualquier caso y ante cualquier conducta del agente. Por otro lado, en el caso fortuito se podría impedir la producción del daño con un nivel de diligencia superior al normal (medio). Sin embargo, se entiende que no se puede exigir tal nivel de cuidado a una persona y, por tanto, no se le hace responsable. Si se repara con detenimiento, en ambos casos existe un hecho ajeno al comportamiento del sujeto pasivo, lo que provoca que no pueda atribuirse el resultado al mismo.

Por otro lado, es posible invocar el cambio sobrevenido de las circunstancias esenciales que justificaron su celebración<sup>13</sup>. En suma, en este contexto, las peculiares características que rodean al supuesto provocan que sea especialmente gravoso para una de las partes el cumplimiento de las prestaciones a las que se vinculó.

Esta facultad se canaliza a través de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* –o, como apunta algún sector, teoría de la imprevisión<sup>14</sup>–, cuyo origen se vinculó a los contratos de tracto sucesivo. El efecto que se produce con este tipo de cláusula es, fundamentalmente, la modificación de los términos en que se fijaron las prestaciones, pudiendo dar lugar, en los casos extremos, a la finalización de la relación obligacional. Como destaca parte de la doctrina<sup>15</sup>:

El Derecho moderno es un proceso de cambio y de adaptación que debe estar engrasado a través de mecanismos que permitan esa adaptación. La figura que mejor ejemplifica dicho mecanismo es la cláusula *rebus sic stantibus*, que está directamente conectada con esa perspectiva del Derecho de adaptación al cambio de circunstancias para la obtención soluciones rápidas.

11 Como destaca ROSENVALD, Nelson. O direito como experiência. Dos “coronation cases” aos “coronavirus cases.” *AJL*, nº 12 bis, 2020, p. 256, en defecto de previsión expresa en el contrato, si la parte invoca fuerza mayor, esta será la primera instancia para la propuesta de renegociar los términos del contrato, permitiendo su supervivencia en los términos revisados.

12 Asimismo, en algún caso, el Tribunal Supremo ha recurrido a la teoría que diferencia entre los sentidos subjetivo y objetivo para determinar si estamos ante un caso fortuito o ante fuerza mayor. El primero, viene referido a la ausencia de culpa e intención de causar un daño. El segundo, a la existencia de un elemento sobrevenido que altera el curso causal normal. En suma, se atiende a la esfera o ámbito de control del deudor.

13 Para más información, *vid.* CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge. *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 29, 2012, p.71-106.

14 En este sentido, *vid.* RIVERA RESTREPO, José M.. Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española, *Ars Boni Et Aequi*, nº 1, pp. 31-48.

15 ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. Webinar COVID-19: La *rebus* en tiempos de crisis. *vLex*, nº 2020, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/> (fecha de última consulta 08.05.2020). Para más información sobre esta cláusula, *vid.* ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 2017.

No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia ha ido variando y no siempre se ha mostrado favorable a la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>16</sup>. Los últimos pronunciamientos hacen referencia a la necesidad de que exista una modificación imprevisible o inevitable de las circunstancias, cuyos riesgos no puedan subsumirse en los derivados del propio contrato. De esta forma, no cabe alegar una situación de crisis económica para fundamentar una alteración del negocio. A modo de ejemplo, la STS nº 452/2019 18 julio 2019 (RJ 3010)<sup>17</sup> recuerda que:

La alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes. (...) Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo.

En contra de la vigencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos temporales se manifiesta la reciente STS nº 156/2020 6 marzo 2020 (RJ 879) que, sin rechazar de plano su aplicación, la limita a los supuestos en los que se produzca un hecho que afecte al negocio y no pueda quedar amparado en el riesgo propio del mismo. En palabras del tribunal:

El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.

No obstante, desde nuestra perspectiva, entendemos que cabe recurrir a la misma con independencia del contrato de que se trate, pues los perjuicios que se derivan pueden predicarse en todos los negocios jurídicos<sup>18</sup>. En el contexto de la pandemia generada por el COVID-19, consideramos que existen presupuestos más que suficientes para que se recurra a esta cláusula. Las pésimas consecuencias producidas no podrían ser, de ningún punto, previsibles para los contratantes<sup>19</sup>. Con base en la misma, se podría justificar tanto la modificación de un negocio jurídico<sup>20</sup> como su finalización, máxime cuando se deriva una

16 Esta evolución puede observarse, entre otras, en las SSTS nº 1059/2000 17 noviembre 2000 (RJ 9343), nº 1234/2001 28 diciembre 2001 (RJ 2002\1650), nº 820/2013 17 enero 2013 (RJ 1819), nº 333/2014 30 junio 2014 (RJ 3526), nº 227/2015 30 abril 2015 (RJ 2019).

Tampoco la aplicación de esta cláusula ha sido pacífica en el resto de tribunales. A modo de ejemplo, vid. SAP A Coruña 18 febrero 2013 (JUR 127710), SAP Granada 17 enero 2014 (JUR 99088), SAP Baleares 17 octubre 2014 (JUR 2015\5552), SJ de lo Mercantil Murcia nº 2 23 enero 2018 (AC 852).

17 En igual sentido, vid. SSTS nº 5/2019 9 enero 2019 (RJ 5), nº 19/2019 15 enero 2019 (RJ 146), nº 214/2019 5 abril 2019 (RJ 1360).

18 En esta línea, ORDUÑA Moreno, Francisco Javier, «Cláusula *Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de “larga y corta duración”. Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social. *Revista de Derecho vLex*, nº 191, 2020.

19 En este sentido, vid. ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil sanitaria ante la situación generada por el COVID-19. *Revista IBERC: Edição Especial “Coronavírus e Responsabilidade Civil”*, vol. 3, nº 2, 2020, p. 300.

20 No obstante, algunos autores ponen de relieve que, a pesar de que «Es evidente que el objetivo prioritario de la *rebus* como institución debería ser procurar y alentar que los contratantes renegocien en términos mutuamente satisfactorios», lo cierto es que «la cláusula *rebus* como tal no crea incentivos a negociar, ni, *ceteris paribus*, puede crearse tal incentivo por la mera existencia -como en la propuesta FIDE- de un mandato perentorio a negociar bilateralmente de buena fe. En consecuencia, el incentivo poderoso a negociar debe ser buscado fuera de la cláusula *rebus* o de la *rebus* como institución mixta de regla material + procedimiento de aplicación».

En este sentido, vid. CARRASCO PERERA, Ángel. Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: “*rebus sic stantibus*”. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», *Publicaciones Jurídicas*, p.11, disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al\\_fin\\_la\\_madre\\_de\\_todas\\_las\\_batallas\\_del\\_covid\\_19-\\_rebus\\_sic\\_stantibus.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al_fin_la_madre_de_todas_las_batallas_del_covid_19-_rebus_sic_stantibus.pdf) (fecha de última consulta: 02.07.2020).

imposibilidad sobrevenida<sup>21</sup> para ejecutar los servicios o entregar los bienes pactados. Ello no supondría una contradicción del principio *pacta sunt servanda*, sino una excepción al mismo<sup>22</sup> o, si se quiere, un mecanismo complementario al régimen general. Además, a pesar de que el campo de aplicación de esta excepción se ha vinculado, fundamentalmente, al sector patrimonial, ello no ha de ser así necesariamente. En esta línea, parte de la doctrina ha destacado la viabilidad de este recurso. Así, Magro Servet<sup>23</sup> vincula estas causas a la fuerza mayor al destacar que:

La operatividad de estas circunstancias se plasma como una causa de fuerza mayor, pero, sobre todo, con las características de imprevisible e inesperada que vienen a modificar las circunstancias iniciales del contrato y que atempera y modula esos incumplimientos por razón de las circunstancias sobrevenidas.

Además, el citado autor indica que, en esta situación del virus, concurren una serie de circunstancias que justificarían dicha posibilidad<sup>24</sup>. En este sentido, señala que:

- 1.- La aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos.
- 2.- Esto quiere decir que en estos casos de pandemia no quiere decirse que la aplicación de la “Rebus” suponga romper el “*pacta sunt servanda*”, porque quien queda afectado por el virus en su relación con lo pactado quería cumplirlo, pero la imprevisibilidad y ajenidad de la pandemia le impide hacerlo, o, al menos, en la manera como se pactó.
- 3.- Cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado.

Sin embargo, tampoco es una cuestión pacífica en la doctrina científica y existen voces contrarias a la cláusula. Así, algunos autores<sup>25</sup> advierten del riesgo de la expansión de esta regla en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En palabras de los citados autores:

Una aplicación de la regla *rebus sic stantibus* tan extensiva como la comentada podría llevar a efectos indeseados en el tráfico jurídico y económico, en la medida en que, a nuestro

21 Para más información, *vid.* CLARIZIA, Oriana. Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione? *AJL*, nº 12 bis, 2020, p.352-365.

22 En este sentido, destaca ALBIÑANA CILVETI, Ignacio. La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 49, 2018, p.116 que «La cláusula *rebus* supone una flexibilización y factor mitigador del rigor del principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual el contrato es fuente de obligaciones que han de cumplirse con arreglo a lo convenido».

23 En este sentido, *vid.* MAGRO SERVET, Vicente. La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “*rebus sic stantibus*” en los contratos, *El Derecho*, disponible en: <https://elderecho.com/la-crisis-del-coronavirus-la-aplicacion-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos> (fecha de última consulta: 04.05.2020).

24 Así, destaca el citado autor que «En este caso concurre en la pandemia una circunstancia:

- a.- Ajena a lo pactado.
- b.- No hay culpa del afectado por la pandemia de coronavirus.
- c.- Resulta de forma sobrevenida e inesperada.
- d.- No era un riesgo previsible. No se podría prever.
- e.- La incidencia de los efectos del virus es relevante y grave.
- f.- Se manifiesta con una inusitada beligerancia en la imposibilidad de cumplir el contrato conforme a lo pactado.
- g.- El principio de buena fe determina que el afectado por el virus actuó de buena fe y no colaboró en la imposibilidad de cumplir conforme a lo pactado.
- h.- Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus* ya ha sido reconocida por el TS caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004)».

25 LUNA YERGA, Álvaro; XIOL BARDAJÍ, María. *Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás?* Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*, *InDret*, nº 2, 2015, p. 8.

juicio, conlleva una falta de consideración a la distribución de riesgos contractuales y, en definitiva, a la voluntad de las partes, y genera una evidente inseguridad jurídica.

### 3 PRINCIPALES CONCLUSIONES

De todo lo analizado hasta el momento podemos extraer una serie de ideas. En primer lugar, que el régimen contractual está formado por una serie de principios que, fundamentalmente, tratan de establecer seguridad jurídica a las relaciones y asegurar el cumplimiento de las prestaciones. En este sentido, las relaciones surgidas entre los contratantes son obligatorias en todos sus términos que, además, han decidido, en principio, de común acuerdo. No obstante, lo cierto es que no siempre es así y que pueden influir ciertos factores que justifiquen la aplicación de un sistema “especial”. Uno de los condicionantes que se ha de tener en cuenta es, por ejemplo, la igualdad entre las partes a la hora de negociar, ya que es frecuente que una de ellas ocupe una posición de superioridad frente a la otra.

Asimismo, pueden existir una serie de circunstancias que produzcan una alteración de las premisas que fueron tenidas en cuenta inicialmente y que, consideramos, pueden fundamentar una variación de las cláusulas del negocio, una moderación de responsabilidad<sup>26</sup> e, incluso, la finalización misma del contrato. En este sector, es especialmente destacable la *cláusula rebus sic stantibus*, que aparece como un medio para paliar estos efectos negativos. No puede obviarse que la relación obligatoria es una realidad viva, dinámica y que puede sufrir cambios a lo largo de su desarrollo. Por este motivo, es imprescindible que, cuando el cumplimiento de la prestación convenida sea especialmente gravoso o, en su caso, imposible para una de las partes y los hechos así lo evidencien, podamos ofrecer una alternativa que se presente como más justa. En suma, se trata de adaptar el contrato a la realidad en el que el mismo se ejecuta.

Pues bien, desde nuestra perspectiva existen razones suficientes para recurrir a esto último ante el escenario generado por el coronavirus, ya que ha producido un contexto particular que debemos tener en cuenta. Otra conclusión olvidaría la realidad de los acontecimientos y obligaría, de forma injustificada, a cumplir con ciertas prestaciones especialmente gravosas para las partes.

### REFERENCIAS

ALBIÑANA CILVETI, Ignacio. La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 49, 2018, p.115-140.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus. *AJL*, nº 12 *bis*, 2020, p. 118-125.

BASTANTE GRANELL, Víctor. La buena fe contractual: un apunte histórico-jurídico, *e-Legal History Review*, nº 22, 2016.

CARRASCO PERERA, Ángel. Al fin la madre de todas las batallas del COVID 19: “rebus sic stantibus”. Con ocasión de una reciente propuesta institucional. *Publicaciones Jurídicas*, p.11, disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al\\_fin\\_la\\_madre\\_de\\_todas\\_las\\_batallas\\_del\\_covid\\_19\\_rebus\\_sic\\_stantibus.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al_fin_la_madre_de_todas_las_batallas_del_covid_19_rebus_sic_stantibus.pdf) (fecha de última consulta: 02.07.2020).

---

<sup>26</sup> Como destaca GONZÁLEZ-GUIMARAES, Javier. La normalización de la aplicación de la cláusula “Rebus sic stantibus” según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y legislación*, nº 3, 2016, p.40, «Esta figura modera o resuelve los posibles excesos que una rigurosa aplicación del “pacta sunt servanda” pueda generar entre las partes en caso de que se produzca un cambio profundo e imprevisible en las circunstancias del contrato».



CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge. *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 29, 2012, p.71-106.

CLARIZIA, Oriana. Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione? *AJI*, nº 12 bis, 2020, p.352-365.

DE OLIVEIRA MILAGRES, Marcelo. Os efeitos do coronavírus (covid-19) e a irreversibilidade não imputável do incumprimento contratual en MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.): *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. São Paulo, Brasil: Editora Foco, 2020, p. 47-54.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1983.

GAMARRA SAGARRA, JORGE. Buena fe contractual. *Revista crítica de derecho privado*, nº7, 2010, p.397-408.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Lo que queda del principio clásico *Pacta Sunt Servanda*. *Derecho y cambio social*, nº 25, 2011, p.1-8.

GONZÁLEZ-GUIMARAES, Javier. La normalización de la aplicación de la cláusula “Rebus sic stantibus” según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y legislación*, nº 3, 2016, p.39-43.

KOURY GONZÁLEZ, Juan Miguel; HIRSCHHAUT, Miguel. Reseña histórica del COVID-19. ¿Cómo y por qué llegamos a esta pandemia? *Acta odontológica venezolana*, vol. 58, nº extra 1, 2020, p.3-4.

LUNA YERGA, Álvaro; XIOL BARDAJÍ, María. Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla rebus sic stantibus. *InDret*, nº 2, 2015, p.1-13.

MAGRO SERVET, Vicente. La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus” en los contratos, *El Derecho*, disponible en: <https://elderecho.com/la-tesis-del-coronavirus-la-aplicacion-de-las-clausulas-rebus-sic-stantibus-los-contratos> (fecha de última consulta: 04.05.2020).

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. Webinar COVID-19: La *rebus* en tiempos de crisis, *vLex*, nº2020, disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/> (fecha de última consulta 08.05.2020).

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. Cláusula *Rebus*. STS 156/2020, de 6 de marzo. Distinción entre contratos de “larga y corta duración”. Una clasificación carente de rango o de categorización aplicativa: inoportuna y fuera de contexto social. *Revista de Derecho vLex*, nº 191, 2020.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María. *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus. Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 2017.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil sanitaria ante la situación generada por el COVID-19. *Revista IBERC: Edição Especial “Coronavírus e Responsabilidade Civil”*, vol. 3, nº 2, 2020, p.289-304.

RAMOS, Celso. Covid-19: la nueva enfermedad causada por un coronavirus. *Salud pública de México*, vol. 62, nº 2, 2020, p.225-227.

RIVERA RESTREPO, José M.. Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española. *Ars Boni Et Aequi*, nº 1, p.31-48.

ROSENVALD, Nelson. O direito como experiência. Dos “coronation cases” aos “coronavírus cases”. *AJL*, nº 12 bis, 2020, p.250-257.

SCHOPF OLEA, Adrián. La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 31, 2018, p.109-153.

ZUSMAN, Shoschana. La buena fe contractual. *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 51, 2005, p.19-30.

# EL AUGE DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA: NUEVO ROL DEL ABOGADO Y DEL NOTARIO

## Mauricio Boretto

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Sindicatura Concursal por la Universidad Nacional de Cuyo. Especialista en Derecho de Daños por la Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Docencia Universitaria por la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo. Profesor invitado en cursos de posgrado. Miembro pleno del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. Evaluador experto CONEAU.

---

**Sumário:** 1 Punto de partida; 2 Comercio electrónico y contrato electrónico; 2.1 Preliminares; 2.2 Definición; 3 Pandemia y contratación electrónica: la “Nueva Forma” documental. Nuevos desafíos en la función notarial; 3.1 Planteo del problema; 3.2 La situación notarial en Francia; 4 Cuestiones que plantea la contratación electrónica: luces y sombras; 4.1 Punto de partida, 4.2 Perfeccionamiento del contrato electrónico. Redes cerradas y abiertas; 4.3 Prueba del contrato electrónico; 5 La situación jurídica del consumidor frente a la contratación electrónica; 6 Blockchain y derecho; 6.1 Introducción al tema; 6.2 Smarts contracts; 7 Conclusión; Referencias.

## 1 PUNTO DE PARTIDA

La confluencia de las tecnologías digitales de generación, almacenamiento y transmisión de datos (informática), con la existencia de redes de comunicaciones -abiertas y cerradas- han concretado la utopía de Mc Luhan de los años sesenta, un mundo interconectado y comunicado en tiempo real, con acceso a toda clase de información por un universo indiscriminado de personas (sociedad de la información)<sup>1</sup>.

Ante este fenómeno, el derecho, indudablemente, se ha visto conmovido. Por ello, tanto el abogado como el notario -en tanto operadores del derecho- han debido afrontar nuevos desafíos y *aggiornarse* a las nuevas circunstancias.

El derecho de la contratación tampoco es ajeno a la problemática. En efecto, el contrato, instrumento del intercambio de bienes y servicios, se vehiculiza a través de las redes en forma exponencial.

En este escenario, son muchas las cuestiones tratadas que el abogado no ha podido ignorar:

- el concepto mismo de contrato electrónico, que aparece como una manifestación más del intercambio de datos a través de las redes,
- los principios que rigen al comercio electrónico,
- los elementos objetivos y subjetivos intervinientes,
- el momento y lugar de perfección del contrato,
- el cumplimiento electrónico de las obligaciones contractuales, entre otros.

Es que no ha existido espacio jurídico que no haya debido avocarse a problemas o interrogantes originados por la *sociedad de la información*:

- teletrabajo, manipulación y venta de datos sensibles almacenados digitalmente,
- tributación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos,
- nuevos delitos penales (“hacking”, “craking”, “sniffers”, “ciberpunk”, “estafas virtuales”),
- gobierno electrónico (“e-government”),
- “blockchain”

Por su parte, el notariado también ha tenido que acostumbrarse a las nuevas tecnologías. Así, la Unión Internacional del Notariado ha decidido la creación de un grupo de trabajo sobre “Nuevas Tecnologías” que ha marcado muchos avances en el tema.

Dentro de sus conclusiones se destaca:

La intermediación de las partes ante el notario es un elemento esencial para la prestación del servicio notarial. En el tráfico comercial existen determinados actos, sobre todo aquellos que, por su naturaleza unilateral o su carácter asociativo, sin contraposición de intereses, admiten excepcionalmente que la intermediación no sea física o presencial sino a través de medios técnicos diversos. En estos supuestos el notario, siguiendo el principio de neutralidad tecnológica, puede decidir qué medios le parecen suficientes para recibir el consentimiento, identificar a los otorgantes, apreciar su capacidad y en general formarse el juicio de legalidad de todos los elementos integrantes del acto que deba autorizar. El notario es el único responsable de la identificación, juicio de capacidad o discernimiento, información del consentimiento y control de legalidad sin que las deficiencias del medio

---

<sup>1</sup> MARQUEZ, José F.. *Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje*. Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año académico 2002), p.63.

técnico elegido puedan excusarle. La escritura pública no existirá hasta el momento en que el notario formalice su acto de autoridad, expresando su conformidad con las leyes, mediante la firma del documento.<sup>2</sup>

En definitiva, las nuevas tecnologías -como herramientas para el ejercicio notarial- deben ser un instrumento para garantizar la concreción documental de los valores del ejercicio profesional como justicia preventiva que es (calificación de la capacidad, identificación, legitimación, legalidad, prestación del consentimiento informado sin vicios congénitos, entre otros.) y deben llegar hasta donde no desnaturalicen la esencia de la función notarial. Las nuevas tecnologías sólo son un instrumento al servicio de la función. Su implementación en el seno de cada notariado requerirá de la incorporación de la tecnología necesaria y de las reformas legislativas consecuentes. Estos recaudos deberán respetar siempre la vigencia de los principios y fundamentos del notariado de tipo latino<sup>3</sup>.

Es tal el protagonismo adquirido por las nuevas tecnologías que, ante este nuevo escenario, hay quienes se han preguntado si *¿Debe reformularse el principio de inmediación en tanto principio notarial por excelencia?*

En efecto, recordemos que -dentro de los principios fundamentales del notariado de tipo latino- la intermediación es vital y su reformulación desde el siglo XXI a la luz de las nuevas tecnologías requiere y exige una gran responsabilidad en su redefinición, y una uniformidad de criterios jurídicos a nivel mundial, en su aplicación reconfigurada.

En virtud de este principio -que se encuentra plasmado en el art. 301, Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante, CCyC<sup>4</sup>- *el notario tiene la obligación de recibir por sí la voluntad de las personas*. Este conocer por sí, actualmente, solo se puede obtener por la percepción real de los hechos o de las cosas desde que ese “conocer por sí”, es conocer a través de sus sentidos.

De este modo, la realidad percibida mediante *soporte audiovisual* no es realidad o conocimiento por sí, sino que es una representación digitalizada de actos y hechos que supuestamente suceden en el mundo real. Por ello, hasta tanto se efectúe una relectura del principio de intermediación, la única forma que tiene el notario de conocer los hechos y las cosas que pasan o suceden en su presencia, es a través de sus sentidos por contacto físico y directo que tiene con ellas.

Este aserto no es baladí desde que, si el notario no cumple con este precepto, por ejemplo, mediante una audiencia notarial tomada por sus dependientes o mediante la certificación notarial remota por canales tecnológicos no seguros, puede incurrir en falsedad ideológica, por cuanto no podrá certificar el cumplimiento de ninguno de los protocolos técnicos jurídicos.

Mas grave aún, la ruptura del principio de intermediación importa la pérdida de eficacia probatoria que el art. 296, CCyC<sup>5</sup> confiere al documento notarial, porque la sola presencia del

---

2 Conclusiones del Grupo de Trabajo Nuevas Tecnologías de la UINL. En [www.uinl.org](http://www.uinl.org).

3 ARMELLA, Cristina. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020, p.5.

4 El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

5 El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.



escribano no configura el documento notarial, sino el conjunto de procesos y principios que culminan en la elaboración y autorización del documento notarial válido y eficaz.

Así las cosas, el desarrollo de las tecnologías como herramientas del notariado, en materia de intermediación, necesitará generar un ambiente informático seguro donde se deberán establecer procesos técnicos jurídicos para la recepción del consentimiento de los requirentes, su identificación y la legitimación de su intervención. De lo contrario, si el otorgamiento de un acto o la realización de un hecho sobre el que el notario deba dar autenticidad, adolece de ese nexo infalible entre el canal informático o virtual y el funcionario; carecerá de valor la intervención notarial, lo que repercutirá indefectiblemente en la eficacia probatoria del documento en cuestión<sup>6</sup>.

## 2 COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATO ELECTRÓNICO

### 2.1 Preliminares

El comercio realizado a través de medios electrónicos es denominado *e commerce*. Está caracterizado por la transnacionalización e impersonalización. Se lo denomina “B2B”, si es entablado entre empresas, “B2C”, si la relación lo es entre empresas y consumidores y “C2C”, si lo es entre consumidores.

Cuando el contrato es de consumo<sup>7</sup>, la libertad e igualdad contractual característica de los negocios contractuales paritarios debe dejarse de lado, ya que en su mayoría se celebran por adhesión a cláusulas predispuestas; restringiéndose la posibilidad de negociar el contenido. Frente a esta desigualdad, en la que se encuentra el consumidor, surgió la necesidad de crear normas para protegerlos. Por ello, a los contratos electrónicos que se realicen con consumidores le serán aplicables las normas del CCyC -arts. 1092 a 1122- y las de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240.

Todas las demás situaciones que no entran en el ámbito de la ley de defensa del consumidor, sobre todo las ofertas, caen en la órbita de las disposiciones generales sobre contratos del CCyC<sup>8</sup>.

Es más, el encuadramiento de una relación jurídica contractual en cada una de las categorías anteriores interesa, también, desde el punto de vista internacional a los efectos de determinar la jurisdicción y el Derecho aplicable (arts. 2594 a 2671 CCyC).

### 2.2 Definición

El contrato electrónico ha sido definido en un sentido restringido y en uno amplio. En el primer caso, se trata de aquellos contratos que se perfeccionan mediante un intercambio

---

6 Ponencia de la República Argentina en el 29 Congreso Internacional Notarial en Indonesia, Tema I, Vigencia de los Principios del Notariado del SXXI, Yakarta, 2019. Disponible en: [http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/yakarta\\_indonesia/es/ponencia\\_y\\_conclusion\\_-\\_tema-1.pdf](http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/yakarta_indonesia/es/ponencia_y_conclusion_-_tema-1.pdf).

7 **ARTICULO 1º Ley 24.240** - Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. (Artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1º de agosto de 2015, texto según art. 1º de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014).

8 ¿Cómo protege el CCyC al contratante empresario que adquiere los bienes y servicios para incorporarlos al proceso de producción y, por lo tanto, no es un consumidor? La protección de este empresario tiene base en otros principios y reglas generales incorporados al sistema. Así, puede invocar a su favor: (i) La buena fe (arts. 9 y 961 CCyC). (ii) El ejercicio abusivo de los derechos (art. 10 CCyC) y de la posición dominante en el mercado (art. 11 CCyC). (iii) La nulidad de las cláusulas abusivas si el contrato se celebró por adhesión a cláusulas predispuestas (arts. 988 y 1117 CCyC).

electrónico de datos<sup>9</sup> de ordenador a ordenador. En el segundo, se incluye -dentro de la categoría- a todos aquellos contratos celebrados por medios electrónicos aunque no sean ordenadores como ocurre con el fax, el télex, el teléfono, etc.<sup>10</sup>

Las “Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement (URGETS)”, de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), aplicables a contratos electrónicos en los cuales las partes se sometan a sus disposiciones, en su art. 3.1., lo define como

el acuerdo con fuerza legal concluido a través del intercambio de mensajes electrónicos, concernientes a una o más transacciones comerciales electrónicas, en el cual las partes acuerdan los términos y condiciones del convenio, incluyendo sus derechos y obligaciones.

Como puede apreciarse, lo definitorio de esta especie es, pues, el medio empleado para concluir el acuerdo: el intercambio de mensajes de datos.

El contrato electrónico es regido por los principios generales de los contratos y las obligaciones de la legislación que le es aplicable. El acuerdo de voluntades a través de medios electrónicos no implica un nuevo concepto jurídico, al que deba aplicársele un nuevo régimen para regulárselo. La no alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados y la equivalencia funcional de los actos electrónicos son principios que rigen la contratación electrónica.

La afirmación precedente no es cuestión menor desde que ha tenido recepción legal. Así, por ejemplo, la “Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico española (LSSICE)” en su art. 23, dispone:

1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. 2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Sin embargo, la no derogación de las normas generales de la contratación no implica que el derecho no busque soluciones diferentes para el contexto electrónico en que se desarrolla el contrato, si fuese necesario. Tal es el caso, por ejemplo, de la exigencia del *aviso de recibo* y la utilización de la *confirmación*, que implican, como veremos, una corrección a dichos principios generales.

La equivalencia funcional de los actos significa que la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa -o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico, lo cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, alcance y finalidad del acto así instrumentado.

---

9 Se entiende por “mensaje de datos” la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pueden ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, art. 2, ap. a.-, Ley Modelo UNCITRAL.

10 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A.. *Derecho privado de internet*. Madrid: Civitas, 2002, p.289.

A través de la aplicación de este principio se persigue la no discriminación de las declaraciones de voluntad o de ciencia emitidas por medios electrónicos respecto a las expresadas en forma manual, verbal o gestual.

Fruto de esta corriente de opinión es la Ley argentina de Firma Digital 25.506, que dispone en sus arts. 1, 2 y 6 la plena equiparación de los documentos digitales a los manuscritos<sup>11</sup>.

### **3 PANDEMIA Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LA “NUEVA FORMA” DOCUMENTAL. NUEVOS DESAFIOS EN LA FUNCIÓN NOTARIAL**

#### **3.1 Planteo del problema**

El contexto actual de aislamiento obligatorio ha acelerado un profundo cambio en el paradigma de la contratación contemporánea.

Si bien el fenómeno de los contratos celebrados a distancia ya era una realidad en franca expansión, la inminencia de los cambios de comportamiento provocados, nos obliga a acentuar la mirada en estas modalidades de contratación, que se han convertido, en este escenario, en uno de los principales medios para contratar; no solo por el medio tecnológico empleado sino también por la imposibilidad física de reunirse.

En Argentina, por ejemplo, y específicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>12</sup>, se han presentado problemas -ante este nuevo escenario- con el llamado “certificado notarial remoto”; que posibilita al notario de esa demarcación territorial expedir en un folio digital o papel la certificación de lo que percibe a través de cualquier medio como una video llamada o una videoconferencia *sin utilización de una plataforma segura*.

En efecto, diversas escribanías y empresas comenzaron a realizar publicidad promocionando las hipotéticas ventajas de ese certificado notarial remoto y su supuesta equivalencia con la tradicional certificación notarial de firmas, con los efectos jurídicos y eficacia probatoria que esa certificación produce, cuando en realidad existe una notoria diferencia entre aquel y esta. Estas promociones podrían llegar a ser consideradas un acto de competencia desleal y un supuesto de publicidad engañosa prohibidos por las normas vigentes (la ley 24.240 de defensa del consumidor se aplica al notariado -y a cualquier otro profesional- siempre y cuando haga “publicidad” de sus servicios).

En este contexto, debe analizarse el tema de las nuevas tecnologías como herramientas al servicio del ejercicio funcional notarial y la protección de datos; siendo medular el abordaje

---

11 Veamos el siguiente ejemplo y como las cosas han dado un giro de 180 grados. Recordemos que Vivante, ese gran jurista italiano, explicaba que el título de crédito era el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él contenido y, a lo largo de décadas, estudiamos la materia de títulos crédito bajo el dogma del soporte papel del documento. En tiempos en que el universo de los documentos se limitaba a los emitidos en soporte papel, la firma ológrafa era el único medio para vincular un documento con su autor. Casi un siglo después, tal definición debe ser adaptada por los cambios tecnológicos. De este modo, es tal la fuerza expansiva del fenómeno tecnológico que la “equiparación” entre firma digital y ológrafa permite que hoy, en la Argentina, exista la posibilidad de emitir letras de cambio, pagarés y cheques electrónicos, atento los cambios introducidos por la Ley N° 27.444, la Comunicación “A” 6578 del Banco Central de la República Argentina que se suman a los que había planteado el Código Civil y Comercial, oportunamente. Es que la Ley N° 27.444 efectuó modificaciones centrales a la ley de firma digital -N° 25.506, al Decreto-Ley de letra de cambio y pagaré N° 5965/1963 y a la Ley de Cheques N° 24.452, habilitando finalmente que letras de cambio, pagarés y cheques sean generados por medios electrónicos y firmados por cualquier método que asegure indubitablemente la exteriorización de la voluntad y la integridad del instrumento. Tal modificación se encuentra en línea con lo previsto por el art. 288 del Código Civil y Comercial que ya permitía que, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona quede satisfecho “si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

12 El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires dictó la Resolución de su Consejo Directivo 103/2020, Acta 4124, del 2 de abril de 2020, modificada por Resolución 112/2020, Acta 4125, del 9 de abril de 2020, que rige para ese ámbito territorial desde la primera fecha, o sea desde el 2 de abril próximo pasado.

de las consecuencias de las falencias tecnológicas de plataformas no seguras que acarrearán apariencias documentales contrarias a la seguridad jurídica.

Cabe preguntarse, entonces, si es necesario repensar los principios básicos del notariado de tipo latino y la naturaleza de la función notarial ya que, con el pretexto del avance tecnológico, se ponen en riesgo los pilares fundamentales de aquella.

Para contestar este interrogante debemos partir de la siguiente premisa fáctica: en la contratación en general y en la contratación “a distancia” en particular -como puede ocurrir con la contratación electrónica-, más allá de los supuestos en los cuales impera la forma impuesta por la ley (como ocurre con los contratos formales), será siempre sumamente útil asegurar documentalmente la prueba de la existencia del acuerdo y su contenido.

La forma escrita será recomendable para ello, no limitándose la misma a la que se vuelca sobre el papel o medios similares, sino incluyendo en sentido amplio la que “*puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*” (art. 286, CCyC).

A la forma escrita mencionada en el párrafo anterior, hay que agregar la exigencia de la firma, a fin de que el documento pueda calificar como instrumento privado (art. 286 CCyC)<sup>13</sup> o instrumento público (art. 289 CCyC)<sup>14</sup>. Recordemos, a su vez, que la firma (art. 288, CCyC<sup>15</sup>), puede consistir en la grafía que introduce su autor en el instrumento escrito, al colocar su nombre o signo, o bien tratarse de una firma digital, considerada como aquella que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento (ver también art. 2 ley 25.506).

A su vez, para una mejor comprensión del tema, corresponde distinguir dos situaciones:

En los contratos celebrados entre presentes, esto es, aquellos celebrados por cualquier medio que garantice la inmediatez en la comunicación entre las partes, si los mismos carecen de firma y no cumplen este requisito instrumental al ser celebrados telefónicamente, o por chat, teleconferencia o video llamada, serán celebrados válidamente cuando gozan por sus caracteres particulares del principio de libertad de formas (o sea, la ley no exige una forma determinada). Pero, consecuentemente, no podrán considerarse como celebrados por escrito. En tales casos, los medios utilizados podrán servir como prueba en sentido amplio, o bien ser considerados como indicios para la formación del criterio valorativo judicial, pero nunca acreditarán la autoría por sí mismos, salvo por confesión de parte.

Por su parte, los contratos entre ausentes perfeccionados por medios epistolares, por correo electrónico y los celebrados a partir de la utilización de plataformas virtuales en general, podrán alcanzar la categoría instrumental aludida, si el soporte en el que constan puede garantizar su inalterabilidad y son firmados material o digitalmente.

---

13 Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

14 Artículo 289 CCyC: Enunciación. Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión. Artículo 290 CCyC: Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella; b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

15 La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

Sin embargo, aun firmados los documentos, debemos ir un paso más allá y distinguir los casos según que la firma haya sido certificada notarialmente o no. Si la firma no es certificada por escribano, para ser tenida por auténtica, debe ser reconocida judicialmente; solo en ese caso la prueba instrumental en sede judicial será plena, ya que estaremos frente a la presencia de un instrumento privado. En cambio, si hubiera intervenido un notario para la certificación de la firma inserta, la misma se tiene por auténtica y se requerirá para discutir judicialmente su autoría, la redargución de falsedad del acta notarial correspondiente.

Por ello, la certificación notarial de firma cumple un rol fundamental y resulta trascendente para la actividad probatoria.

Sin embargo, la certificación presencial de la firma no siempre es factible. Es lo que ocurre con la contratación electrónica. Si se pretendiera certificar notarialmente las firmas de instrumentos a la distancia en contratos que, aun siendo entre presentes por una noción de inmediatez temporal, encontrarán tanto a las partes como al notario en diferentes espacios que impidan su reunión; la función fedataria alcanzaría solamente para dar fe pública de la percepción de haber tenido a la vista la “proyección virtual” de la inserción de las firmas en cada documento suscripto a la distancia.

De este modo, para discutir la autenticidad de firmas en este último supuesto, no sería necesario redargüir de falsedad el acta notarial, ya que la constatación obrante solo alcanzaría para dar fe sobre las circunstancias verificadas “virtualmente” por el notario en ese acto, pero no respecto de las firmas en sí, ya que estas no fueron, en definitiva, insertas en presencia del notario, sino a la distancia<sup>16</sup>.

Veamos un ejemplo<sup>17</sup> para entender la importancia de lo que estamos diciendo.

Piénsese en la certificación “remota” de una videoconferencia donde el requirente solicita al notario que certifique el hecho de signar ológrafamente una seña o una oferta de compraventa. Sin perjuicio de la referencia inmediata al acta de constatación protocolar que esto nos evoca, una vez que el requirente envíe el documento signado al notario por alguna vía electrónica, el notario autorizara el certificado con su firma digital y lo enviara al requirente, debiendo este ligar el instrumento privado que mantuvo en su poder al certificado notarial que el notario le ha remitido.

Como resultado de este procedimiento existirán tres clases de documentos, *cuya sumatoria no habrá modificado el valor probatorio originario* de ninguno de ellos:

a. Un instrumento privado en poder del requirente (firmado ológrafamente) cuyo valor probatorio, luego de la intervención notarial, no cambia ya que dependerá del reconocimiento de la firma estampada conforme lo dispone el art. 314, CCyC<sup>18</sup>.

b. Un instrumento particular consistente en el instrumento signado digitalizado (que se supone idéntico al original) y enviado por el requirente por whatsapp -por ejemplo- al escribano para “certificar”, cuyo valor probatorio deberá ser apreciado por el juez en los términos del art.

---

16 Conf. BALBI, Paula. Forma y prueba de los contratos electrónicos. *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, Nro. 22, Julio 2019. Legister. Cita online: IJ-DCCLII-500.

17 MOREYRA, Javier Hernán; SALIERNO, Karina Vanesa; ZAVALA, Gastón Augusto. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020, p.24.

18 Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si ésta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio. El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido.



319, CCyC<sup>19</sup>, es decir, que solo será un indicio de la firma estampada por el requirente.

c. finalmente, un documento notarial que, en esencia, al no cumplir con los protocolos técnicos jurídicos en su configuración, no tendrá el valor probatorio de todo instrumento público en los términos del art. 296, CCyC, porque fue confeccionado en un ambiente inseguro que no le permitió al escribano cumplir con el principio de intermediación del art. 301, CCyC, ni con la identificación del requirente en los términos del art. 306, CCyC<sup>20</sup>, ni con la percepción sensorial de los hechos reales que son presupuestos de la dación de fe, ya que lo que se pretende certificar en definitiva, no es un hecho, sino un acto jurídico de otorgamiento, imposible de autenticar de forma remota, con el procedimiento detallado en el estado actual de nuestra legislación.

El certificado notarial remoto será, en todo caso, un medio más de prueba, que sucumbirá frente a una pericia caligráfica. Es que el instrumento privado así firmado no es más que eso, aunque se le adicionen el mismo instrumento privado escaneado (que es un instrumento particular) y un certificado notarial remoto, que además se autorizó incumpliendo todos los recaudos exigidos para la confección de los instrumentos públicos (art. 289, inc. b) del CCyC). La apariencia documental que acarrea provoca consecuencias altamente dañosas en el tráfico comercial desde que el portador de tal certificado puede entender equivocadamente que tiene un valor probatorio y una eficacia de los cuales carece<sup>21</sup>.

Así las cosas, es indudable que la pandemia ha impuesto analizar la función notarial electrónica y digital, así como una posible actuación notarial remota, para tratar de brindar una solución a la sociedad, al Estado, a las pymes, la industria, la banca financiera, en definitiva, a la propia economía en un estado de aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Veamos, entonces, a modo de ejemplo, lo ocurrido en Francia.

### **3.2 La situación notarial en Francia<sup>22</sup>**

En situación de normalidad, y a partir del dictado del Decreto 973-2005, Francia admitió la escritura electrónica, autorizándose la primera “escritura desmaterializada” en 2008. No obstante, este formato de escritura es optativo para los comparecientes; pudiendo elegir siempre el soporte papel.

Asimismo, Francia tiene prevista en su legislación la realización de una escritura mediante videoconferencia, habiéndose firmado la primera en 2018. La realización de una escritura de estas características se efectúa mediante dos escribanos. Un escribano denominado “notario instrumentador” quien se encuentra con una de las partes y otro escribano que se denomina “notario colaborador”, situado en otra ciudad, que se encuentra con la otra parte. El acto es dirigido por el notario instrumentador, pero cada uno de los notarios verifican la identidad de las partes que se encuentran en su presencia, así como la prestación válida del consentimiento, es decir sin vicios de error, dolo, violencia o intimidación. Se lee la escritura, se les explica cada una

---

19 El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

20 La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

21 MOREYRA, Javier Hernán, SALIERNO, Karina Vanesa; ZAVALA, Gastón Augusto. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020, p.25.

22 SCHMIDT, Walter César. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020, p.39.

de las cláusulas y previa conformidad verbal de los comparecientes el escribano instrumentador envía el documento digital, mediante una plataforma segura al notario colaborador para que las partes firmen. Una vez firmada se vuelve a enviar al notario instrumentador para que este haga firmar a la otra parte. Por último, el notario autoriza el acto con su firma digital.

A todo evento, es importante aclarar también que en Francia las partes no necesitan poseer firma digital para la suscripción de una escritura pública, ya que la firma de una escritura puede hacerse mediante cualquier medio desde que es el escribano quien garantiza al Estado la identidad de quien ha firmado y que el consentimiento fue prestado sin vicios.

Hasta aquí tenemos una breve descripción de la realidad notarial francesa anterior a la pandemia.

Con posterioridad, a raíz del dictado del Decreto 395-2020 del 3 de abril de 2020<sup>23</sup>, el notariado francés pudo redactar un acto notarial en soporte electrónico cuando una o todas las partes no estén presentes ni representadas. El acto notarial se debía (y se debe) realizar mediante un sistema de comunicación y transmisión de información seguro que garantice la identificación de las partes, la integridad y confidencialidad del contenido. Dicho sistema debe haber sido aprobado por el Alto Consejo de Notarios, órgano nacional que ejerce la superintendencia sobre los distintos Consejos notariales regionales.

De este modo, para los casos de una actuación notarial remota, donde el compareciente no se encuentre con presencia física notarial -como lo es en los casos de escrituras por videoconferencias- el decreto 395-2020 establece que los requirentes si deben poseer firma electrónica calificada (su similar en Argentina es la firma digital<sup>24</sup>). Es decir, no basta la firma electrónica. La misma debe ser “calificada”.

En efecto, en tiempos de normalidad, Francia autoriza y acepta que las partes, con presencia notarial, puedan firmar con firma electrónica ya que el notario es quien custodia y garantiza al Estado la identidad y capacidad de las partes, así como la prestación válida del consentimiento. En época de pandemia, cuando se podría implementar una flexibilización normativa e interpretativa, no es así, pues si bien el legislador francés autoriza el acto notarial remoto, lo permite solo para aquellas personas que posean firma electrónica “calificada”. Así, restringe el acto notarial remoto a aquellas personas que posean esta clase de firmas, ya que,

---

23 Este decreto solo es válido hasta el mes siguiente de la fecha del cese del estado de emergencia de salud declarado en las condiciones del artículo 4 de la Ley del 23 de marzo de 2020.

24 En la Argentina cabe distinguir firma electrónica de la firma digital (la situación es similar en Francia entre firma electrónica y firma electrónica “calificada”). La firma electrónica es un conjunto de datos electrónicos que acompañan a una determinada información, también en formato electrónico. Realizar una firma electrónica quiere decir que una persona humana verifica una acción o procedimiento mediante un medio electrónico, dejando un registro de la fecha y hora de la misma. Existen diferentes tipos de firmas electrónicas, cada una con su propio conjunto de requisitos y métodos. De esta forma, se dice que esta firma es un concepto jurídico y un método de identificación, que se sirve de diversos soportes electrónicos, como un lápiz electrónico. Las “formas” de firma electrónica son: la firma biométrica, la firma con lápiz electrónico al usar una tarjeta de crédito o débito en un comercio, la firma digital, usando un sistema que obligue a establecer usuario y contraseña. La firma digital, a su turno, es el conjunto de caracteres que se añaden al final de un documento o cuerpo de un mensaje para informar, dar fe o mostrar validez y seguridad. Sirve para identificar a la persona emisora de dicho mensaje y para certificar la veracidad de que el documento no se ha modificado con respeto al original. No se puede negar haberlo firmado, ya que esta firma implica la existencia de un certificado oficial emitido por un organismo o institución que valida la firma y la identidad de la persona que la realiza. Esta se basa en los sistemas de criptografía de clave pública que satisface los requerimientos de definición de firma electrónica avanzada. La ley 25.506 regula la firma digital y establece que es equivalente a la firma manuscrita, equivalencia que se exceptúa en los siguientes casos: disposiciones por causa de muerte, actos jurídicos del derecho de familia y actos personalismos en general. Tanto la firma electrónica como la digital, tienen validez jurídica, pero la firma electrónica no reemplaza a la manuscrita ya que no cumple con las propiedades necesarias como si lo hace la firma digital, además del valor probatorio que tiene esta última. La validez probatoria de la firma digital la hace superior a la electrónica, garantizando la legalidad y transparencia de los documentos firmados digitalmente como prueba legal.

al no existir presencia física notarial junto a los requirentes, intenta minimizar los riesgos de seguridad jurídica que en esta clase de actos subyacen.

## **4 CUESTIONES QUE PLANTEA LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: LUCES Y SOMBRAS**

### **4.1 Punto de partida**

Como ya vimos, el comercio electrónico denominado *e-commerce* es aquel cuya actividad se circunscribe a las transacciones electrónicas consistentes en el intercambio de bienes o servicios desarrollados a través de mecanismos que proporcionan tecnologías tales como el correo electrónico o internet<sup>25</sup>.

No hay presencia física entre los contratantes, comprador y vendedor no se encuentran frente a frente, la computadora es la infraestructura e internet el medio o soporte que permite la comunicación entre las partes. La oferta de un producto puede ser efectuada por un proveedor a través de un sitio web y cuya posición en el mercado le permitirá ampliar el espectro de consumidores, reduciendo los costos de comercialización o puede ser realizada mediante sitios intermediarios tales como Mercado Libre, Ebay, entre otros.

### **4.2 Perfeccionamiento del contrato electrónico. Redes cerradas y abiertas**

¿Cuándo se perfecciona el consentimiento en el contrato electrónico? Ello dependerá del mecanismo de comunicación seleccionado por las partes y adoptará, según el caso, la modalidad de contrato entre presentes o entre ausentes.

En caso de que los ordenadores puedan dialogar entre sí en forma instantánea y conforme a una programación previa, uno emite la oferta contenida en la declaración unilateral de voluntad del proponente y la misma es aceptada inmediatamente una vez recibida, el contrato queda perfeccionado y presupone un contrato entre presentes. Debe quedar en claro que, en este caso, no interesa que las partes no estén físicamente presentes.

En cambio si el destinatario de la oferta está ausente o su aceptación requiere de un plazo de reflexión, el intercambio de declaraciones ya no es instantáneo, hay un tiempo considerable entre la oferta y la aceptación, en este caso, el contrato quedará formado entre ausentes si la aceptación es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.

Un aspecto particular sobre el tema es que el intercambio de datos o mensajes electrónicos, vehículos de las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) que concluirán el contrato, puede realizarse:

- *en redes cerradas* (acuerdos conocidos como EDI *-electronic data interchange-*) o
- *en redes abiertas* (como la Internet).

El contrato EDI trae al derecho menos problemas, pues, por lo general, está precedido por un acuerdo de intercambio de datos, en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones.

Efectivamente, los campos de aplicación del EDI son el intercambio de información industrial, comercial, financiera, médica, administrativa, fabril o cualquier otro tipo similar

---

<sup>25</sup> A su vez, corresponde distinguir -para una mejor comprensión del tema- entre contratación electrónica y contratación informática: *a. - contratación informática*: es la que tiene por objeto un bien o servicio informático, incluyéndose en esta categoría todos los contratos vinculados al hardware y software y *b. - contratación electrónica*: es aquella que, con independencia de cuál sea su objeto, se realiza a través de los medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores y, además, la producción, publicidad, venta y distribución se hace a través de las redes de comunicaciones.

de información estructurada. La integración de EDI a cualquier organización tiene como objetivo cubrir la necesidad de integrar los documentos comerciales de una empresa como sus órdenes de compra y envío de mercancía, hasta la factura y el pago de la misma con la intervención mínima del ser humano. EDI permite disminuir costos y tiempos, ayudando a la productividad y optimización de las empresas que lo implemente.

Este sistema está dirigido a empresas que se relacionan comercialmente, en forma independiente de su tamaño como:

- Centros de distribución (supermercados).
- Sector automotriz (terminales, proveedores, concesionarios).
- Sector de administración pública.
- Sector de transporte y turismo.

Mediante el sistema EDI, se pueden hacer pedidos, avisos de expedición, facturas, inventarios, catálogos de precios, etc. Existe un intercambio “electrónico” entre diferentes interlocutores, gracias al uso de un lenguaje común que permite que diferentes sistemas de información interactúen entre sí.

Por ejemplo, la utilización de un software de facturación electrónica en una empresa ayuda a automatizar las tareas administrativas; es frecuente que se encuentren integrados el *software de facturación* con el que gestiona la tesorería y que estos datos se procesen muy rápidamente.

Por el contrario, la contratación en redes abiertas, presenta un escenario distinto, no exento de problemas a resolver. Los principales son:

- asegurar la identidad de las partes autoras de los mensajes,
- la integridad del mensaje (su no adulteración) y
- la emisión y recepción del mensaje (el no repudio).

Desde esta óptica, la firma digital en los mensajes de datos tiende a asegurar la identidad del autor y la integridad del mensaje, a través de técnicas de encriptación. A su vez, se persigue el no repudio del envío o recepción por medio del acuse de recibo y la confirmación del envío.

En efecto, una de las partes contratantes que envió un mensaje electrónico conteniendo una oferta, normalmente necesita saber si el mensaje fue recibido, a fin de conducir su conducta en consecuencia. Por ello es imprescindible crear medios que otorguen certeza de la recepción del mensaje, para dotar a la contratación electrónica de seguridad. Ello se intenta obtener a través de la imposición al receptor del mensaje (ofertado) del envío de un mensaje que sirva de aviso de recepción (acuse de recibo) del mensaje original<sup>26</sup>.

La obligación de envío de un acuse de recibo no se suple por la noticia de que el mensaje fue recibido, brindada por el sistema de información de quien envió el mensaje, del cual quedará incluso, por lo general, un registro. Se necesita algo más: una expresa declaración por parte del receptor del mensaje de haberlo recibido, que sea enviado por el propio destinatario, su agente o un sistema de información en forma automática.

El aviso de recibo del mensaje, por otro lado, no debe confundirse con la aceptación

---

26 MARQUEZ, José F. *Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje*. Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año académico 2002), p.71.

de la propuesta o de la oferta. Son dos momentos distintos en el *íter contractual* electrónico: el ofertado deberá confirmar la recepción de la oferta y, luego, mediante otro medio (por lo general otro mensaje electrónico) aceptar la oferta, para que haya contrato.

Una cuestión importante a dilucidar es cuándo se considera expedido el aviso de recibo, a los fines de determinar el momento de su eficacia. A este fin se aplican los mismos principios que se siguen para determinar cuándo se considera emitida la oferta o la aceptación: en la legislación comparada, el aviso de recibo cobrará eficacia a partir de la entrada del mensaje al sistema de información del destinatario del aviso<sup>27</sup>.

Otra técnica útil a fin de dotar de seguridad a la contratación electrónica es la confirmación del mensaje enviado. En este caso se requiere que, quien envió el mensaje (por ejemplo la aceptación), remita un nuevo mensaje confirmando el envío del anterior. El receptor, entonces, tendrá al menos posibilidades de dudar del primer envío. Son aplicables a la confirmación los principios y soluciones expuestos para el acuse de recibo.

### **4.3 Prueba del contrato electrónico**

Otra de las cuestiones que plantea el contrato electrónico es el referido a su prueba. Si la ley no exige una forma especial para la celebración del contrato, las partes pueden, en función del principio de libertad de formas, convenir celebrarlo por medio de ordenadores.

En este caso, el contrato estará “contenido” en los pulsos electromagnéticos y quedará almacenado en la memoria de la computadora o en un disco, denominado “documento electrónico”, que constituye el elemento representativo del acto jurídico contractual.

*¿Cómo resguardar la seguridad en esta forma de contratación?*

Se han destacado dos posibles soluciones.

La primera, mediante la creación del EDI (*Electronic Data Interchange*) o intercambio electrónico de datos. Como ya vimos, se trata de un acuerdo en el cual se determinan las reglas técnicas y jurídicas que harán vinculantes a las declaraciones. A través de EDI las partes acuerdan cooperar transmitiendo información para un entendimiento claro acerca de un negocio común, de esta forma se transmiten los sistemas informáticos de quienes participan en la transacción formando una base común de información quedando constancia en registros electrónicos, todo lo cual fomenta la seguridad jurídica y, además, reduce el manejo de documentos en papel. Mediante EDI se puede obtener a un costo muy bajo, constancia de que un mensaje fue recibido.

Otra de los elementos que ha favorecido la prueba del contrato electrónico, fue la sanción de la Ley N° 25.506 de firma digital. Ante el auge de esta modalidad de contratación y la necesidad de resguardar los derechos involucrados en ella, se implementaron modalidades tecnológicas afines a las utilizadas para el desarrollo de las prácticas negocials tendientes a preservar el principio de seguridad, tales como la encriptación y la firma digital; cuya conceptualización y funcionamiento ya vimos al analizar precedentemente la situación de la

---

<sup>27</sup> La Ley colombiana 527/99, trata el tema en su art. 20: “Acuse de recibo. Si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos. Si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo”.



firma electrónica en Francia, acápiteme al que remitimos en honor a la brevedad.

## 5 LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En el derecho argentino el contrato electrónico debe ser encuadrado dentro de la categoría de “contrato celebrado a distancia”, lo que motiva la aplicación de un régimen particular dentro del mismo marco protectorio propio del estatuto del consumidor (ley 24.240).

El art. 1105 CCyC define a los “contratos celebrados a distancia” como:

aquéllos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.

Es decir, el contrato se celebra sin la presencia física del vendedor y el comprador, ya que el vendedor emite una oferta y el comprador debe aceptarla o rechazarla a través del mismo u otro mecanismo a distancia. El comercio electrónico constituye un mecanismo específico de los contratos concluidos a distancia.

El CCyC equipara el soporte escrito al soporte electrónico: *“Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”* (art. 1106).

Asimismo, el proveedor tiene un deber calificado de información sobre los medios electrónicos.

Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (art. 1107 CCyC).

Es más, en caso de ofertas efectuadas por el proveedor a través de medios electrónicos, las mismas *“deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”* (art. 1108 CCyC).

También es importante en la contratación electrónica tener en claro cuál es el “lugar de cumplimiento” del contrato desde que  *fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del negocio jurídico*. En tal sentido, *“En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación”; siendo nula la cláusula de prórroga de jurisdicción* (art. 1109 CCyC).

A mayor abundamiento, y dada la particularidad acerca de cómo se gestó el consentimiento en esta especie de contrato electrónico de consumo, *el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato* (art. 1110 CCyC); con excepción de los contratos

a).- *referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o pueden deteriorarse con rapidez,*

b).- los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente y

c).- los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

## 6 BLOCKCHAIN Y DERECHO<sup>28</sup>

### 6.1 Introducción al tema

La cadena de bloques o “blockchain” es un concepto que ha provocado una gran revolución en diferentes ámbitos tales como el económico, tecnológico, informativo y, por supuesto, jurídico.

Partamos de un dato de la realidad: en casi todas las transacciones económicas, jurídicas, etc. interviene un *intermediario*, por ejemplo:

- un importador necesita pagar una mercadería que ha comprado en otro país, normalmente interviene un banco que “intermedia” en la operación;
- de igual modo, celebramos un contrato de sociedad a fin de crear una persona jurídica para encarar una determinada actividad empresarial, si necesitamos que el mismo se inscriba a fin de que adquiera publicidad y oponibilidad a terceros, “intermedia” un Organismo -generalmente administrativo- que controla la legitimidad del contrato, lo conforma y ordena la inscripción registral;
- asimismo, si una persona desea enviarle dinero a otra que se encuentra en otro país, también necesita de un banco, quien actúa de “intermediario”, centralizando de forma efectiva el movimiento de capital de un lado a otro.

En nuestros ejemplos, los sujetos interesados (el importador, los socios fundadores, etc.) no tienen control alguno sobre el proceso, del que solo esos “intermediarios” (banco, ente estatal administrativo, etc.) tienen toda la información. Dependen de esos “intermediarios” y de su forma de hacer las cosas para completar esa transacción. Están sujetos a sus condiciones.

En este contexto, aparece la “cadena de bloques” como una tecnología disruptiva que permite transacciones que no se pueden manipular, porque se registran en bloques que se van encadenando de modo descentralizado y que reúne diferentes aspectos conectados entre sí:

a).- *Almacenamiento de datos*: se logra mediante la replicación de la información de la cadena de bloques, b).- *Transmisión de datos*: se logra mediante *redes de pares* y c).- *Confirmación de datos*: se logra mediante un proceso de *consenso* entre los nodos participantes.

¿Qué importancia tiene, entonces, el “blockchain”? La relevancia es que la cadena de bloques elimina a los intermediarios, descentralizando toda la gestión.

El control del proceso es de los usuarios, no de los “intermediarios” (en nuestro ejemplo, el banco, el ente estatal, etc.) y son los propios usuarios del “blockchain” los que forman parte integrantes de una gran base de datos consistentes en millones de nodos, cada uno de los

---

28 ARROYO GUARDEÑO, David; DÍAZ VICO, Jesús; HERNANDEZ ENCINAS, Luis. *¿Qué sabemos del Blockchain?*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Los libros de la Catarata, Madrid, 2019, número 103; DE PAZ, Edgar. Disponible en: <https://www.ibertronica.es/blog/actualidad/que-es-blockchain-para-que-sirve>; GATES, Mark. *Cadena de bloques: La guía para entender todo lo referente a la cadena de bloques, bitcoin, criptomonedas, contratos inteligentes y el futuro del dinero*. Spanish Edition, Edición Kindle; BUSTOS, Gerardo en <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-el-derecho-patas-arriba>.

cuales se convierte en partícipe y gestor de los datos y de la información que antes manejaba el “intermediario” (en nuestro ejemplo, la institución bancaria, el ente administrativo, etc.).

La primera consecuencia de esta dinámica en el ámbito del Derecho es la aparente “desaparición” -dicho esto en sentido metafórico- de la fuerza de coacción del Estado para obligar al cumplimiento de lo pactado. Suena muy fuerte, pero el efecto práctico es en principio así.

Un ejemplo que permite conocer el funcionamiento blockchain en el ámbito del derecho privado es la figura de lo que se ha dado en llamar “*smartcontracts*”, o contratos inteligentes, es decir, autoejecutables.

## 6.2 Smarts contracts

Una de las cuestiones actuales más polémicas es si los contratos inteligentes pueden tener la misma validez que los tradicionales, celebrados por escrito entre las partes<sup>29</sup>.

Los expertos en el sector de las *criptomonedas* consideran que esos contratos inteligentes colisionan con los tradicionales ya que pretenden cumplir las mismas funciones, pero al margen de la legalidad.

Sin embargo, otros juristas consideran que los *smart contracts* sí pueden adaptarse al derecho vigente sin problemas. Es más, le son aplicables las normas de Derecho Internacional Privado. A través de este sector del derecho, pueden estudiarse los elementos de conexión del contrato para poder establecer cuál es la jurisdicción nacional aplicable para interpretar el mismo.

Los contratos inteligentes necesitan también el consentimiento de las partes intervinientes aunque la identificación de las mismas no es igual que en los contratos tradicionales. Al ser un programa informático escrito en un código, las partes se deben identificar a través de un algoritmo o código, según lo que pretenda el contrato. Para ratificar ese consentimiento es necesario que las partes realicen un «*Doble depósito*» en la dirección establecida por el contrato. Esto significa que los participantes deben realizar un depósito de fondos como garantía de que cumplirán con sus obligaciones. Por otro lado, existe también una herramienta llamada «*Función Multifirma*». Este programa exige que las partes del contrato confirmen las transacciones internas de ese negocio. De esta forma, se evita que alguna de las partes utilice o retire los fondos depositados para la ejecución del contrato sin cumplir las normas establecidas.

El objeto del contrato en los negocios tradicionales es la operación jurídica considerada, de la cual nacen las obligaciones que pueden consistir en 1).- prestaciones de hacer, de dar o de no hacer, 2).- la transmisión de un derecho, etc..

En los *smart contracts* el objeto está referido a una obligación que tenga un apoyo digital, esa obligación debe poder cumplirse en el entorno digital. Por ejemplo, un contrato con un albañil para construir una casa no puede realizarse como contrato inteligente ya que esa obligación no puede cumplirse en un entorno digital ni es posible controlarla digitalmente.

Estos impedimentos del mundo real intentan solucionarse a través del Internet de las cosas. Mientras más objetos comunes estén conectados a Internet, más sencillo será tener un apoyo digital de las obligaciones para establecerlas en un contrato inteligente. En la actualidad, por muy raro que parezca, una gran parte de las empresas están preparándose

---

<sup>29</sup> *Smart contracts, ¿qué son? Ejemplos*. Disponible en: <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2019/07/25/smart-contracts-ejemplos/>.

para esos cambios. Por ejemplo, los seguros, las farmacias o el sector de la construcción.

Otra de las diferencias entre los contratos tradicionales y los inteligentes es que los primeros se celebran por escrito y se formalizan ante notario o ante un juez. Los *smart contracts* se escriben mediante códigos al ser programas informáticos y no necesitan que un juez o notario los revise para darles validez. Esos contratos se cumplen por sí solos. Estos negocios tienen la capacidad de cumplirse automáticamente después de que las partes han acordado sus términos. Se trata de programas informáticos. No se escriben en un lenguaje natural, si no en un código virtual.

Por ello es necesario tener conocimientos de programación. Son un tipo de software que se programa, como cualquier otro software, con el objetivo de llevar a cabo una tarea o una serie de ellas de acuerdo a las instrucciones previamente introducidas. El cumplimiento de dicho contrato no está sujeto a la interpretación de ninguna de las partes.

Los contratos inteligentes se autoejecutan: en caso de que la condición A se cumpla, entonces la consecuencia B se pondrá en marcha de manera automática. Para que esta clase de contratos sea algo factible, ha sido necesario el blockchain y el Internet de las Cosas.

Veamos un ejemplo.

En el contrato de apuestas, supongamos que apostamos 200 pesos a que nuestro equipo de fútbol favorito va a ganar. Lo propio hacen nuestros amigos con respecto a otro equipo de fútbol. El primer paso es colocar los *ethers* en una cuenta neutral. Esta es controlada por un contrato inteligente. Los *ethers* tienen un valor económico: lo que puede hacer un *smart contract* es enviar dinero a distintas cuentas de destino dependiendo lo que diga su código. Dicho de otra forma, un “contrato inteligente” es una forma de automatizar el funcionamiento de una billetera de *ethers*. Cuando el partido termine, el contrato inteligente es el que se encarga de verificar quién ha sido el ganador y depositar el dinero apostado en la cuenta del acertante de la apuesta.

Como vemos, desaparece así la intervención humana en el cumplimiento del compromiso contraído. Gracias a la programación del contrato, las órdenes de transferencia y pago electrónico, *se producen automáticamente mediante interconexiones de los entes que tienen que cumplir* las condiciones de ese contrato<sup>30</sup>.

La capacidad del “blockchain” de registrar transacciones que no pueden manipularse ni alterarse y, particularmente en el caso de los “*smart contracts*” dada la confianza de las partes en la programación del contrato, pone en cuestionamiento la necesaria presencia de terceros que aseguren su cumplimiento, tales como jueces, escribanos, etc..

Es decir, existe la posibilidad de ejecutar las obligaciones contractuales sin participación de la vía jurisdiccional para obligar al co-contratante moroso.

El “blockchain” o “cadena de bloques” constituye, de este modo, un enorme desafío tecnológico en la era de la economía digital.

Es que, por un lado, muchos sectores pueden beneficiarse de esta tecnología si saben aplicarla correctamente, como por ejemplo el transporte, la administración pública, los bancos, etc.. Una de sus grandes ventajas es la seguridad que proporciona, ya que la cadena de bloques sólo puede ser actualizada con el consenso de los participantes y el sistema, y una vez grabados los datos, estos no pueden ser borrados. Esto otorga a este sistema una

---

30 BUSTOS, Gerardo en <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-el-derecho-patas-arriba>.

fuente fiable y fidedigna de todas y cada una de las transacciones hechas en el sistema; lo que brinda, incluso, seguridad jurídica<sup>31</sup>.

Sin embargo, por otro lado, también genera algunos inconvenientes. En efecto, recuérdese que una de las características de la blockchain es la inmutabilidad de los datos, y por tanto, la imposibilidad de borrarlos. Cualquier intento de alteración es detectado y evitado automáticamente por la propia red de ordenadores.

Nos preguntamos, entonces, que pasara con el “derecho al olvido” en materia de protección de datos personales, esto es, la facultad que tiene una persona - *a través del habeas data, art. 43 Constitución Nacional Argentina*- de solicitar a las empresas o a los motores de búsqueda que eliminen o bloqueen un dato personal suyo por considerar que afecta alguno de sus derechos fundamentales (honor, privacidad, etc.).

Dejamos planteado el interrogante.

## 7 CONCLUSIÓN

En las últimas décadas la tecnología se ha impuesto y ha invadido diferentes disciplinas. Desde la medicina y la ingeniería hasta la ciencia jurídica.

Se convirtió en algo necesario y hasta indispensable en nuestra vida diaria. Sin duda ha mejorado nuestra calidad de vida. Un ejemplo de ello es, entre muchos, el avance de las comunicaciones que permite conectarnos con diferentes partes del mundo.

En este contexto, la contratación electrónica -repotenciada por el COVID – 19 y la obligatoriedad del encierro para evitar la propagación del contagio- ha adquirido un protagonismo inusual. Aún durante el confinamiento, podía ejecutarse y permitió miles de transacciones de bienes y servicios.

Ante esta nueva realidad, los profesionales de las distintas ramas de la ciencia, hemos debido *aggiornarnos* a los nuevos vientos que soplan y actualizarnos a fin de poder conocer las claves del nuevo mundo que se avecina y, así, cumplir con un mejor asesoramiento.

Los abogados y notarios no hemos sido exceptuados de este mandato. Debemos estar a la altura de las circunstancias.

Este modesto trabajo es, sin duda, prueba de ello.

## REFERENCIAS

ARMELLA, Cristina. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020.

ARROYO GUARDEÑO, David; DÍAZ VICO, Jesús; HERNANDEZ ENCINAS, Luis. *¿Qué sabemos del Blockchain?*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Los libros de la Catarata, Madrid, 2019, número 103.

BALBI, Paula. Forma y prueba de los contratos electrónicos. *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, Nro. 22, Julio 2019. Legister. Cita online: IJ-DCCLII-500.

BUSTOS, Gerardo. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/el-blockchain-pondra-el-derecho-patas-arriba>. Conclusiones del Grupo de Trabajo Nuevas Tecnologías de la Unión Internacional del Notariado ([www.uinl.org](http://www.uinl.org)).

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A.. *Derecho privado de internet*. Madrid: Civitas, 2002.

---

31 DE PAZ, Edgar. Disponible en: <https://www.ibertronica.es/blog/actualidad/que-es-blockchain-para-que-sirve>.



DE PAZ, Edgar. Disponible en: <https://www.ibertronica.es/blog/actualidad/que-es-blockchain-para-que-sirve>.

DE PAZ, Edgar. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020.

GATES, Mark. *Cadena de bloques: La guía para entender todo lo referente a la cadena de bloques, bitcoin, criptomonedas, contratos inteligentes y el futuro del dinero*. Spanish Edition, Edición Kindle.

MARQUEZ, José F. *Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje*. Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año académico 2002).

MOREYRA, Javier Hernán; SALIERNO, Karina Vanesa; ZAVALA, Gastón Augusto. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020.

Ponencia de la República Argentina en el 29 Congreso Internacional Notarial en Indonesia, Tema I, Vigencia de los Principios del Notariado del SXXI, Yakarta, 2019. Disponible en: [http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/yakarta\\_indonesia/es/ponencia\\_y\\_conclusion\\_-\\_tema-1.pdf](http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/yakarta_indonesia/es/ponencia_y_conclusion_-_tema-1.pdf).

SCHMIDT, Walter César. Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. *Revista Rubinzal Culzoni*, Cita: RC D 2091/2020.

*Smart contracts, ¿qué son? Ejemplos*. Disponible en: <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2019/07/25/smart-contracts-ejemplos/>.

# LA POSIBILIDAD DE REVISIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN TIEMPO DEL COVID-19: LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

**María José Reyes López**

Doctora en Derecho. Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia (España).

---

**Sumário:** 1 Planteamiento de la cuestión; 2 Los principios de la contratación civil en el derecho español; 3 Situaciones exoneratorias de responsabilidad; 3.1 La fuerza mayor; 3.2 La cláusula rebus sic stantibus; 3.2.1 Requisitos; 3.2.2 El iter jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus; 3.2.3 Propuesta de regulación normativa; 3.2.4 Situación actual; 4 Normativa sobre atribución de riesgos en los contratos; 5 A modo de conclusión; Referencias.

## 1 PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró situación de pandemia la enfermedad Covid-19 causada por el coronavirus SARS-CoV-2<sup>1</sup>, reconociendo que nos hallamos ante una de las grandes crisis que le ha tocado vivir a la humanidad a lo largo de su historia con consecuencias no sólo de carácter sanitario sino también económico.

El práctico cese de la actividad económica, producido como consecuencia del confinamiento de la población y del cierre de las fronteras, se tradujo en una paralización absoluta en multitud de actividades del sector servicios, desencadenando, entre otras, una avalancha de cancelaciones de viajes, vuelos, bajas... como respuesta a la prohibición de realizar determinadas acciones, fundamentalmente de carácter masivo, como actividades físicas en gimnasios... hecho que se tradujo en un descenso abrupto en el consumo y en los ingresos de las familias y en el funcionamiento normal de los mercados.

Ante la necesidad de una pronta respuesta por parte de las autoridades a esta crisis de inmensurables consecuencias, los Estados adoptaron con carácter general una serie de medidas específicas con el fin de paliar los devastadores efectos producidos por esta alarma sanitaria<sup>2</sup>.

España no fue ajena a esta situación y después de que el 14 de marzo entrase en vigor el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>3</sup>, el Gobierno publicó diversas medidas contenidas de manera destacada en el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; el RD-Ley 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y, finalmente en el RD-Ley 15/2020 de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Cada una de estas normas incluyen un paquete de medidas de contenido diverso, enfocado a proteger los sectores que directamente se han visto más perjudicados. En concreto, el primer bloque de medidas contemplado en el RD-Ley 8/2020 recoge medidas encaminadas a reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables referidas al suministro de servicios básicos; al mantenimiento de servicios de comunicaciones electrónicas y conectividad; al servicio de telecomunicaciones, suspensión de la portabilidad e interrupción del plazo de devolución de los productos. El segundo bloque de medidas contenidas en el RD-Ley 11/2020 reúne un paquete de medidas de carácter social y de efectos limitados en el tiempo, dirigidas al apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables. Entre ellas están las que afectan al suministro de energía eléctrica; a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, préstamos hipotecarios y personales, incluidos los préstamos de consumo, así como a otros contratos con consumidores, afectando al plazo de resolución de los contratos de bienes y servicios de tracto sucesivo con atención expresa al contrato de viaje combinado.

Este segundo bloque ha sido el que, con carácter general ha actuado sobre la

---

1 Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>.

2 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie in den Bereichen Insolvenz-, Gesellschafts- Zivilund Strafrecht) en Alemania; Decreto-Legge 17 marzo 2020 n. 18, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19) en Italia; Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période), en Francia.

3 Real Decreto 463/2020.

contratación civil de manera más relevante tomando como premisa que la pandemia ha supuesto una alteración de las condiciones del contrato por una causa sobrevenida y a través de una previsión legal<sup>4</sup>. Parecidas medidas también han sido tomadas en un número considerable de países europeos.

Finalmente, el tercer bloque se encaminó a dotar de protección específica a consumidores en situación de vulnerabilidad económica con préstamos hipotecarios suscritos, siendo ampliado posteriormente a todo tipo de préstamo; así como a la moratoria en el pago de la renta arrendaticia, en los contratos de arrendamientos de vivienda, algunos arrendamientos de locales de negocio e industria siempre que se reúnan los presupuestos de vulnerabilidad previstos expresamente en la norma<sup>5</sup>, previendo medidas como la suspensión del contrato y en ocasiones, la rebaja de rentas, o la supresión de pago adicional de intereses.

Posteriormente sobre estas medidas, la disposición final octava de la Ley 1/2020, ha modificado el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, estableciendo que la persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, podrá solicitar de la persona arrendadora cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup>, hasta el 30 de septiembre de 2020, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes. Asimismo, en el apartado 1 del artículo 8 determina que la persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica podrá solicitar de la persona arrendadora, cuando esta no sea ninguna de las comprendidas en el artículo 4, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley y en los términos recogidos en los apartados 2 a 4 siguientes, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera acordado previamente entre ambas partes con carácter voluntario.

Muchos contratos, como algunos arrendamientos de local de negocio... quedaron excluidos del ámbito de protección previsto en el RD-Ley 15/2020 dado que todas estas medidas han tenido un periodo de vigencia temporal, ajustadas, o bien al tiempo de duración de confinamiento o contando con una prórroga desde su finalización, y sólo han atendido a aquellos contratantes que han cumplido los presupuestos establecidos en la norma. Por ello, transcurrida esta primera etapa y, una vez frenado el primer impacto de la pandemia generada por el cese de actividad y la paralización de país y, habiendo pasado más de seis meses, el 18 de septiembre se publicó la ya citada Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que, con base en sus anteriores disposiciones, introduce algunas modificaciones

---

4 GARCÍA RUBIO, M.P., "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del covid-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, mayo 2020, p.15-46.

5 REYES LÓPEZ, M.J., "Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, número 12 Bis, p.568.581.

y novedades que inciden directamente en el ámbito de las relaciones contractuales y que, quizás puedan también contribuir a canalizar los intentos iniciados por la Comisión General de Codificación de modernizar el derecho de obligaciones y contratos y, de incorporar, como tienen la mayor parte de países europeos, una positivación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Estando ya inmersos en una segunda ola de contagios, cuyos efectos se desconocen pero que siguen poniendo de manifiesto la realidad de que, en este momento, un sinnúmero de actividades siguen sin remontar esta situación, al quedar actualmente la vida social considerablemente reducida con el consiguiente perjuicio para muchas personas que se encuentran en una precaria situación económica en el mejor de los casos, o sin trabajo, quizás sea el momento apropiado de plantear si el ordenamiento jurídico cuenta con los mecanismos adecuados para afrontar esta crisis, cuyos efectos se prevén de larga duración. Dicho planteamiento además no debe reservarse sólo a las situaciones que se hayan gestado durante la pandemia ya que, en contratos de tracto de sucesivo, esta situación también está repercutiendo sobre muchos contratos celebrados anteriormente que partían de un contexto económico muy diferente, y que ahora se encuentran ante una realidad que ha frustrado sus expectativas o que las aleja de lo previsto inicialmente y, lo peor de ello, ante un panorama incierto, cuya esperanza se deja en manos de los resultados de una vacuna que consiga mitigar esta situación sanitaria y así lograr una mejora en la economía de todos los hogares de los ciudadanos. Dichos contratos siguen sometidos a las normas generales fundadas en criterios de justicia conmutativa, cuando quizás, fuera más conveniente, en las circunstancias actuales, aplicar a los contratos soluciones excepcionales inspiradas en criterios de justicia distributiva<sup>6</sup>.

El planteamiento expuesto obliga a reconsiderar si el panorama normativo actual está preparado para remediar las situaciones generadas como consecuencia de la crisis económica y sanitaria causada por el Covid19 y, en particular, si la concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles y con daños extraordinarios permite la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* dejando sin efecto el contrato o modificando las prestaciones exigibles que se hayan pactado dado que el Derecho español carece de una disposición general que permita la modificación judicial de las relaciones obligatorias en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias y que el derecho debe reaccionar para evitar, en la medida de lo posible, que una de las partes en un contrato deba soportar toda la carga de un suceso imprevisible, de un acontecimiento que destruye el equilibrio de prestaciones básico para la vida de un contrato.

## **2 LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN CIVIL EN EL DERECHO ESPAÑOL**

El ordenamiento jurídico español contiene en su Código civil una serie de criterios básicos sobre los que se asientan las relaciones contractuales.

Con carácter general, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de estos. Este criterio se ratifica con lo dispuesto en el artículo 1.258, que establece que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley”. Asimismo, el artículo 1.256 dispone que “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de uno de los contratantes”.

---

6 MORALES MORENO, A., “El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución? *ADC*, núm. 2, 2020, p.447-454.



Las relaciones contractuales obligan a las partes a cumplir con las obligaciones derivadas de los contratos y ante un posible incumplimiento de estas, los contratos y, en su defecto la Ley, establecen mecanismos de protección frente a la parte incumplidora. El contrato es, pues, el instrumento central de la actividad económica, el punto de referencia para minimizar las posibilidades de elección de las partes, reduciendo así la incertidumbre sobre el cumplimiento de los acuerdos, y distribuyendo en forma eficiente los riesgos y por tanto los costes de la transacción. Pero, a su vez, desde la perspectiva de la complejidad jurídica, el aspecto más importante del contrato no es el de su nacimiento o constitución, donde lo relevante es la voluntad, que siempre, en mayor o menor medida, puede ser modulada de acuerdo con el principio de autonomía privada, sino el que tiene que ver con el incumplimiento y sus consecuencias<sup>7</sup>. Así pues, si las partes han incluido una cláusula en previsión de futuros riesgos habrá que estar a lo decidido en el contrato. Es posible, sin embargo, que las partes contratantes no hayan previsto un escenario como el actual o que la previsión resulte insuficiente a la vista de la magnitud de la tragedia. Cuando así suceda, que normalmente será el hecho habitual, el vacío que se genera ante dicha circunstancia, requerirá recurrir a los mecanismos genéricos previstos en el ordenamiento jurídico y, entre ellos, de forma muy destacada, al principio de la buena fe contractual<sup>8</sup>.

Sin embargo y, también, con carácter general y antes de que tuviese lugar esta pandemia, la doctrina y la jurisprudencia españolas, fundamentalmente a raíz de las graves consecuencias generadas por la crisis económica de 2008, sometieron a revisión el principio pacta sunt servanda invocando la “cláusula rebus sic stantibus”, que ha venido aglutinando todos los supuestos en los que una de las partes pretende liberarse de un contrato o aligerar su responsabilidad aunque la prestación a la que está obligada no haya devenido materialmente imposible, le resulte económicamente más onerosa o bien la contraprestación que iba a recibir ya no satisfaga su interés<sup>9</sup>.

### **3 SITUACIONES EXONERATORIAS DE RESPONSABILIDAD**

La consecuencia del incumplimiento es la responsabilidad en la que incurre quien estaba obligado a una determinada prestación, tanto si se trata de incumplimiento por dolo, negligencia o morosidad.

Con carácter general y teórico, la imposibilidad sobrevenida de cumplir con las obligaciones contractuales como consecuencia de la situación COVID-19 permite bien la resolución o bien la suspensión de un contrato<sup>10</sup> en supuestos en donde la prestación ha devenido sobrevenidamente imposible.

Las consecuencias de tal resolución o suspensión dependerán de si la situación de imposibilidad sobrevenida puede imputársele o no al deudor. Así, en caso de resolución podrá tener efectos liberatorios mientras que, por el contrario, el deudor estará obligado al cumplimiento por equivalente pecuniario y, en su caso, a la indemnización de daños y perjuicios, sin perjuicio de las obligaciones de restitución de las prestaciones realizadas hasta ese momento.

---

7 ROCA GUILLAMON, J., “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)”, *Derecho de obligaciones. XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, p.201.

8 Arts. 7 y 1258 CC.

9 PARRA LUCÁN, M.A.. Riesgo imprevisible y modificación de los contratos, *Indret* núm. 4, 2015, p.3-54.

10 Con base en los arts. 1182 a 1184 CC.

Partiendo no obstante del acontecimiento extraordinario e imprevisible que constituye la crisis provocada por la pandemia, el Derecho de contratos conoce tres instituciones que se ocupan de las consecuencias que este tipo de hechos sobrevenidos provocan en las relaciones contractuales entre particulares. Una, es la norma sobre la responsabilidad en el caso fortuito, la segunda la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y la tercera las normas sobre atribución de riesgos<sup>11</sup>. Cada de ellas cumple funciones distintas. La fuerza mayor no se refiere a si procede o no el cumplimiento de una obligación contractual, sino a si el deudor incumplidor será responsable o no de dicho incumplimiento. Se sitúa por tanto ante el impacto que causan sobre el cumplimiento sucesos que no pueden ser controlados por el deudor. Por el contrario, la cláusula *rebus sic stantibus* trata de resolver los problemas que sobre la vida del contrato provoca una grave alteración sobrevenida de las circunstancias, imprevisible en el momento de contratar, que provoca una ruptura del equilibrio contractual inicialmente pactado. Finalmente, cuando la obligación de una de las partes haya sobrevenido de imposible cumplimiento respecto a la obligación de la otra parte cuya observancia sigue siendo posible se hace necesario establecer un criterio de reparto de los riesgos.

### **3.1 La fuerza mayor**

En nuestro sistema jurídico la inejecución de las prestaciones contractuales solo es aceptable si es debida a circunstancias ajenas al control del obligado; a hechos que no pudo prever o que, habiendo previsto, no pudo impedir de forma que ninguna responsabilidad le será exigible.

Aunque el art. 1105 CC no utiliza las expresiones caso fortuito y fuerza mayor, tradicionalmente se ha entendido que ambas figuras quedaban contempladas en el precepto, sin deslindar ambas categorías, hecho que se ha visto reflejado también en la jurisprudencia que en escasas ocasiones ha tenido en cuenta la distinción entre ambas figuras.

Por su parte, la doctrina establece la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor con base en la procedencia interna o externa del hecho que impide el cumplimiento de la obligación, desde el punto de vista del sujeto obligado, de forma que se tratará de caso fortuito cuando se trate de un suceso generado en el seno, círculo o esfera concreta de actividad del riesgo desplegado, supuesto que no sería liberatorio en sede de responsabilidad objetiva. Sin perjuicio de lo expuesto, a la hora de su aplicación, doctrina y jurisprudencia los asimilan, haciéndolos depender de una serie de circunstancias concurrentes<sup>12</sup>. Asimismo, en la situación actual, esta crisis tiene un alcance tan considerable que es irrelevante distinguir de cuál de ambas categorías se trata, así como si se trata de un supuesto previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible<sup>13</sup>.

La fuerza mayor se caracteriza como un suceso extraño a la esfera del deudor, de tal forma que la voluntad de los contratantes es mantenerlo en sus propios términos en tanto las circunstancias que llevaron a esa contratación sigan iguales. No importa por tanto si procede o no el cumplimiento de una obligación contractual, sino si el deudor incumplidor es el responsable de dicho incumplimiento.

El Código Civil no incluye un listado tasado de supuestos de fuerza mayor, lo que ha motivado que, en la práctica su apreciación sea meramente casuística siendo la jurisprudencia

---

11 ORTI VALLEJO, A.. "El riesgo contractual en los contratos privados tras el covid-19: análisis, problemática y soluciones". *Tirant Tech*, mayo 2020.

12 LEARRETA OLARRA, P., "Incidencia del coronavirus en los contratos privados". *Diario La Ley*, núm. 9596, 18 de marzo 2020.

13 GÓMEZ LIGÜERRE, C.. "Fuerza mayor", *InDret* 2020, núm. 2, p. i.

muy estricta en su aplicación, hasta el punto de que se suele considerar que requiere una alteración de la economía del contrato superior al 50% inicialmente pactado.

Su reconocimiento tendrá un efecto exoneratorio de la responsabilidad del deudor, extinguiendo o suspendiendo su obligación y permitiéndole no responder de los daños que el incumplimiento material cause al acreedor, si bien éste también se libera de cumplir lo que le corresponde<sup>14</sup>, llegando, en algunos casos, a justificar la modificación de la relación contractual o, incluso, la resolución no culpable que traerá consigo la restitución de las prestaciones<sup>15</sup>.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha delimitado los elementos característicos del concepto de fuerza mayor, definiéndola como un hecho jurídico que dimana de la naturaleza, o de una persona que actúa imponiendo la fuerza o violencia para impedir el desarrollo natural de los acontecimientos<sup>16</sup>; de carácter imprevisible<sup>17</sup>, irresistible e inevitable<sup>18</sup>, de origen externo a la relación contractual<sup>19</sup>, que exige un análisis de la diligencia de quien lo alega<sup>20</sup> excluyendo de dicha valoración aquellos sucesos totalmente insólitos o extraordinarios, que, aunque no imposibles físicamente, y por tanto teóricamente previsibles, no son de los que puede calcular una conducta prudente<sup>21</sup>. Pero, si bien la jurisprudencia establece que ha de tratarse de una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, y duradera, adicionalmente cabe destacar que no cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida porque, también estima la jurisprudencia, que deben intentar agotarse todos los medios al alcance del deudor para cumplir con el compromiso contractual, incluyendo el cumplimiento de la prestación por medios alternativos siempre que no modifiquen sustancialmente la esencia del pacto, lo que obliga a desechar que el deudor que invoque esta circunstancia pueda haber accedido a las ayudas y mecanismos (ERTES, líneas de financiación...) habilitadas por el Gobierno en el marco de la situación Covid-19.

Con relación a la conducta del deudor se exige que no le sea imputable, así como que se dé ausencia de dolo y culpa por su parte, y haber actuado de buena fe y adoptar todas las medidas necesarias para mitigar los efectos dañosos derivados de tal suceso. Ello exige proceder al análisis de las causas que han provocado la imposibilidad de dar cumplimiento a la prestación, debiéndose remontar dicho análisis al estado en que se encontraba el contrato antes del COVID-19 y la implementación por su parte de todas las medidas necesarias para minimizar los daños y perjuicios que se derivarán para el acreedor del incumplimiento porque, siguiendo el criterio expuesto en la STS de 8 de octubre de 2012<sup>22</sup> el concepto de imposibilidad deberá interpretarse de forma restringida.

Por otro lado, habrá de valorarse si, como consecuencia de una situación de fuerza mayor, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, el incumplimiento es definitivo o solo temporal. Esta situación se dará fundamentalmente en las prestaciones de dar o hacer.

Con relación a las obligaciones pecuniarias, el criterio sentado por el Tribunal Supremo es que, la fuerza mayor, aunque puede dar lugar a la resolución del contrato por causa no

---

14 CARRASCO PERERA, A.. "Permítame que les cuente toda la verdad sobre el covid19 y la fuerza mayor". *Cesco*, 17 abril 2020.

15 MORALES, C., "Fuerza mayor, factum principis y COVID". *Diario La Ley*, núm. 9676, 17 de julio 2020.

16 STS 167/2013, de 21 de marzo de 2013.

17 STS 13 de julio de 1999.

18 SSTS 12 de septiembre de 2002 y 18 diciembre 2006.

19 STS 4 febrero 2015.

20 STS 2 marzo 2001.

21 STS 30 septiembre 1983.

22 STS 597/2012.

imputable al deudor<sup>23</sup>, no justifica la exoneración de obligaciones pecuniarias<sup>24</sup>. Los tribunales admiten “todo lo más el incumplimiento temporal o retraso” como consecuencia de la imposibilidad sobrevenida de una deuda pecuniaria por fuerza mayor<sup>25</sup>.

Los requisitos expuestos necesarios para que se aprecie esta cláusula exoneratoria de responsabilidad fundamentan que, en la situación actual, la apreciación de la fuerza mayor no sea suficiente para remediar las situaciones contractuales que se han visto aquejadas por la pandemia porque presenta limitaciones que imposibilitan su aplicación a todas las situaciones que han aparecido en la actualidad. En concreto, no se aplica a las obligaciones genéricas, especialmente a las de pago por dinero, aunque derive de un acontecimiento imprevisible<sup>26</sup> y tampoco impide la aplicación de otros efectos del incumplimiento del contrato que podrían dar lugar a consecuencias nada deseables en estos momentos y, por otro lado, no es aplicable a muchas de las situaciones creadas por la pandemia que reclaman una solución además de que su reconocimiento no sólo significa la liberación del deudor contractual sino que asimismo impone que el riesgo sea asumido por alguno de los contratantes. No impide, por ejemplo, la resolución por incumplimiento del contrato, que en el derecho actual no se basa en la culpa del deudor, pero tampoco se podría aplicar en aquellas situaciones a las que Gobierno ha habilitado múltiples medidas y mecanismos para evitar las consecuencias perjudiciales de la situación COVID-19. De otra parte, la exoneración de responsabilidad sólo estaría referida a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ocasionar el incumplimiento de la obligación<sup>27</sup>. En suma, la aplicación de la fuerza mayor sólo podría resultar de interés al deudor que ha recibido o espera recibir contraprestación que es inmune a la imposibilidad de prestar por su parte lo que no ocurre en los contratos sinalagmáticos, porque el deudor que se exonera de cumplir por fuerza mayor también pierde el derecho a la contraprestación, y debe devolverla si ya la cobró y al deudor que se quiere salvar de los efectos de la situación probable de mora en que incurrirá<sup>28</sup>.

Los presupuestos de la fuerza mayor son diferentes a otras figuras, particularmente a los de la cláusula rebus sic stantibus así como sus efectos, al perseguir un mero efecto liberatorio por imposibilidad sobrevenida. Al respecto se ha pronunciado la STS de 19 de mayo de 2015<sup>29</sup>, que diferencia entre la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación (fuerza mayor), que sólo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, y no a las deudas pecuniarias, y la de aquellos supuestos en los que la prestación resulta exorbitante o excesivamente onerosa (cláusula rebus sic stantibus), aplicable con independencia de cuál sea el contenido de la prestación pactada, estableciendo que la diferencia principal entre ambas reside en que la fuerza mayor imposibilita de manera absoluta el cumplimiento y ejecución de las obligaciones contractuales, mientras que la «rebus sic stantibus» permite la alteración y modificación del contenido para adecuarlo a las nuevas circunstancias, partiendo en todo momento de que el contrato, tal y como fue suscrito por las partes al momento de

---

23 STS 22 diciembre 2014.

24 STS 19 mayo 2015.

25 GARCÍA-BOENTE DÁVILA, Gerardo. “Fuerza mayor y cláusula «Rebus sic stantibus»”, *Admin*, 14 de abril de 2020.

26 STS 820/2013 de 17 de enero. ÁLVAREZ, S., “Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a la luz de la Jurisprudencia”, *Diario La Ley*, núm. 9614, 16 abril de 2020.

27 BUADES FELIU, J., “Algunas reflexiones sobre la pandemia del COVID-19, la declaración de estado de alarma, los supuestos de fuerza mayor y los contratos entre empresarios con obligaciones de tracto sucesivo”, *Diario La Ley*, núm. 9608, 6 abril de 2020.

28 GANUZA, J. J.; GÓMEZ POMAR, F.. “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de Covid-19: guía de uso”, *InDret*, 2020, núm.. 2, p.1-27; GREGORACI, B.. “El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español”, *ADC* 2020, núm. 2, p.455-490.

29 RJ 2015/3118.

su perfeccionamiento, puede ser cumplido y ejecutado. Dicho pronunciamiento establece asimismo que ambas figuras tendrán en muchos casos carácter supletorio y complementario a lo pactado en los contratos. En este sentido, habrá de estarse, con carácter preferente, a la autonomía de la voluntad de las partes y a aquellas cláusulas contractuales que hayan acordado excluir o regular expresamente las situaciones de fuerza mayor o las circunstancias extraordinarias sobrevenidas.

### 3.2 La cláusula *rebus sic stantibus*

Nuestro Derecho carece de una disposición general sobre revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, aunque existen dispersas a lo largo del ordenamiento expresas previsiones legales que tienen en cuenta el cambio de circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, y que introducen excepciones que, por razones diversas, flexibilizan las consecuencias del principio *pacta sunt servanda* y del principio de la responsabilidad del deudor.

Para tratar de afrontar muchos de los problemas jurídicos derivados del Covid-19 un buen número de autores ha pretendido ofrecer una respuesta jurídica basada en la cláusula *rebus sic stantibus*, llegando incluso a proponer reformas normativas con la finalidad de establecer una regulación en el CC, basándose en la experiencia de países europeos que han normativizado el recurso a esta cláusula cuando se produzca una alteración de las condiciones del contrato sobrevenida por circunstancias imprevisibles en el momento de constitución del contrato<sup>30</sup>, en los principios que propugnan la modernización del derecho de obligaciones europeo, pero sobre todo con apoyo en el reconocimiento dado en algunos pronunciamientos judiciales por parte del Tribunal Supremo.

Aunque por el momento dicha iniciativa ha resultado fallida, la reciente Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia ha introducido en su disposición adicional séptima, el desiderátum de que el Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en derecho comparado, de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla *rebus sic stantibus*. Dicho estudio deberá incluir además los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados. Se abre, en consecuencia, la posibilidad de generalizar el ámbito de aplicación de esta cláusula a todos aquellos contratos cuando se pueda considerar que se ha producido un cambio extraordinario de las circunstancias contractuales, cuya aplicación se caracteriza hasta el momento por deber atender a las situaciones concretas de cada caso.

No obstante, lo expuesto y con carácter previo debe admitirse que la positivación de

---

30 No sucede así en un buen número de países. §313 en su Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sobre la modificación o desaparición de la que denomina la «base del negocio jurídico» (Störung der Geschäftsgrundlage). “1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio; se puede solicitar la adaptación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo”. En Italia, el artículo 1467 Codice civile regula los efectos de una «excesiva onerosidad» sobrevenida en los contratos de larga duración con obligaciones sinalagmáticas. En Francia, con motivo de la modernización de su derecho de obligaciones, se introdujo el artículo 1195 Code civil sobre los efectos en un contrato del cambio sobrevenido de circunstancias en términos muy similares a la regulación alemana. “Si un cambio imprevisible de circunstancias en la conclusión del contrato hace que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte sin que haya aceptado correr tal riesgo, esa parte puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte contractual. Durante la renegociación es preciso que se continúe con el cumplimiento del contrato”.



esta cláusula no es una tarea fácil. Sus detractores han argumentado que su incorporación normativa supondría aceptar el riesgo que requiere una continua revisión de los términos contractuales dado que admitir que cualquier modificación de la situación preexistente al contrato justifica la modificación de su contenido generaría una extraordinaria inseguridad y se pondría en duda el alcance del propio principio de vinculación contractual, basado en la regla *pacta sunt servanda*, que implica que, como principio, los contratantes deben atenerse a lo pactado y no pueden pretender una renegociación salvo que concurran circunstancias extraordinarias. De otra parte, requiere también dar respuesta a una serie de cuestiones que la jurisprudencia no ha podido precisar debido el marcado carácter casuístico de esta figura. En concreto, habrá que precisar los criterios que permitan concretar cuál debe ser el nivel de alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales que justifica la aplicación de esta cláusula, así como qué grado de alteración justifica la extinción de la obligación y cuál da lugar a una modificación de la relación obligatoria. Y, por último, supuesto que deba modificarse el contrato, los términos en que deba recomponerse el equilibrio contractual. En el lado opuesto, la doctrina elaborada sobre el reconocimiento de esta cláusula parte de la base de que, en todo contrato, y particularmente en los de tracto sucesivo, las partes han prestado su mutuo consentimiento bajo unas determinadas circunstancias y lo mantienen “mientras las cosas permanezcan en ese estado” (*rebus sic stantibus*) y, si bien, no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento, está implícita en el mismo, tal como establece el art. 1258 del Código Civil, al ordenar que los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que de él deriven según su naturaleza, acotando seguidamente tal afirmación con la de que tales consecuencias deben ser conformes a la buena fe, que en todo caso es exigible y, no sería conforme a la buena fe, mantener inamovibles unas condiciones contractuales cuando, a causa de hechos sobrevenidos y extraordinarios, ajenos a los contratantes, tal mantenimiento pudiera quebrar totalmente el sinalagma contractual; esto es, la reciprocidad o conmutatividad de las prestaciones.

La apreciación de dicha cláusula puede conllevar, según los casos, a una resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento, o a una modulación del cumplimiento de las obligaciones asumidas, especialmente en los contratos de tracto sucesivo, temporal o definitivamente, que requiere una ponderación muy razonada en cada supuesto concreto no sólo de las circunstancias sino también de los efectos en cada caso, al haberse roto el equilibrio de las prestaciones.

### 3.2.1 Requisitos

Al igual que sucede con la fuerza mayor, al no existir en el Código Civil ningún precepto que contemple la posibilidad de revisar o resolver el contrato ante la aparición de circunstancias imprevisibles que afecten al equilibrio contractual, la invocación de esta cláusula requiere, para que pueda ser aplicada desde un punto de vista jurisprudencial, la concurrencia de los requisitos que describe la STS de 17 de mayo de 1957, recogiendo la doctrina sentada en las SSTs de 4 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 6 de junio de 1945 y 13 de junio de 1944 sobre los que se ha ido construyendo esta jurisprudencia pese a desestimar la aplicación de la cláusula. Al respecto, dicha sentencia establece que: A), que la cláusula “*rebus sic stantibus*” no está legalmente reconocida; B), que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los Tribunales; C), que es cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D), que su admisión requiere como premisas fundamentales:

a), alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b), una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las parte» contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c), que todo ello, acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprescindibles, y E), en cuanto a sus efectos, hasta el presente le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones.

Como complemento a estos presupuestos, si bien la jurisprudencia no excluye que se aplique a contratos de tracto único cuando su cumplimiento haya sido diferido temporalmente, ha de tratarse de una relación obligatoria de tracto sucesivo o duradera que haya producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato comparándose con las existentes en el momento del cumplimiento con las iniciales y que produzca un desequilibrio sustancial de las prestaciones de las partes; que no sea posible imputar la excesiva gravosidad u onerosidad a una de las partes, ni tampoco el deudor de la prestación puede encontrarse en mora. Debe resultar, por tanto, ajeno a la voluntad, comportamiento y esfera de control de las partes y tratarse de una alteración de la base del negocio o de la base económica del contrato que derive en una ruptura de la equivalencia de las contraprestaciones. A estos presupuestos debe sumarse igualmente, que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias realmente imprevisibles. A este respecto, es bastante aclaratoria la STS de 21 de marzo de 2018<sup>31</sup> en la que el arrendatario, explotador de una instalación hotelera, solicita al amparo de la rebus una modulación judicial del canon arrendaticio pactado a raíz de los resultados negativos de la actividad hotelera en el local arrendado como consecuencia de la crisis económica, concluyendo el alto tribunal *“que dichos resultados (financieros de la empresa) no obedecen exclusivamente al cambio extraordinario del panorama económico sino también a otras causas como la mala gestión u organización de la empresa”*. Por último, con relación a la apreciación de la buena fe, la doctrina jurisprudencial ha entendido que no existe la misma en la imposición unilateral por una de las partes de la modificación de las condiciones contractuales al amparo de la rebus sin apertura de un proceso de negociación. Requiere además que se esté en una situación ausente de regulación o de cláusulas de imputación del riesgo en las que el contrato haya distribuido entre las partes el riesgo derivado de sucesos extraordinarios e imprevisibles mediante su regulación a través de determinadas cláusulas. En este sentido, la STS de 15 de enero de 2019<sup>32</sup> declara expresamente respecto a estos acuerdos que *“pretender que la jurisdicción obvie dichos pactos y aplique la doctrina de la «rebus sic stantibus» supone ordenar la reglamentación de un nuevo negocio, lo que dicha doctrina no autoriza”*.

### 3.2.2 El iter jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus

La cláusula «rebus sic stantibus» ha sido definida jurisprudencialmente como aquella regla que permite, en las relaciones contractuales de tracto sucesivo, a una de las partes del contrato exonerarse o reducir el impacto negativo de un riesgo contractual no examinado al momento de formalizar el contrato.

---

31 RJ 2018\1152.  
32 RJ 2019\146.

Tradicionalmente la jurisprudencia española ha sido muy reacia a admitir la aplicación de dicha cláusula aplicándola a escasas situaciones y de manera muy restrictiva; sin embargo, las consecuencias económicas derivadas de la crisis sufrida en el año 2008 influyeron para que el Tribunal Supremo reconsiderase sus iniciales planteamientos.

Se observa, así como, en una primera fase la cláusula *rebus sic stantibus* resultó de aplicación extraordinariamente restrictiva, al no dejarse de considerar una excepción al principio general *pacta sunt servanda*, como se pone de manifiesto en sus SSTS de 14 diciembre 1940<sup>33</sup>, 17 mayo 1941, 13 junio 1944 y 15 junio 1945, si bien fue la STS de 17 de mayo de 1957 la que la admitió definitivamente y estableció los requisitos que se venían manteniendo invariables, a saber:

- a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
- b) una desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y
- c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles

Añadiendo la posterior STS de 6 de junio de 1959<sup>34</sup>, el requisito de carecer de otro medio para remediar el perjuicio.

Fue la crisis económica mundial de 2008 la que, al alterar sustancialmente las previsiones económicas de todos los países, determinó que afloraran múltiples reclamaciones judiciales basadas en la gravedad e imprevisibilidad de la nueva situación, con el objetivo, ya fuera de liberarse de un contrato que no era posible cumplir, o de revisar los pactos existentes para amoldarlos a la nueva situación. Para resolver los problemas que se generaron, la Sala Primera del Tribunal Supremo procedió a una elaboración dogmática de la figura, aunque manteniendo su carácter excepcional en la STS de 27 diciembre 2012<sup>35</sup> y en las posteriores de 17<sup>36</sup> y 18 de enero de 2013<sup>37</sup>, si bien, estas últimas de forma expresa reconocen que la entonces crisis económica, "*de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias*". No obstante, al margen de las referencias a la crisis económica en relación con la compra de viviendas en construcción, el criterio del Tribunal Supremo no varió en su formulación hasta llegar al 2014, año en el que dicho Tribunal dictó dos sentencias que permiten apreciar que se ha operado un cambio de interpretación puesto que se pasa a considerar los efectos provocados por la crisis económica, que valora como un motivo que debe reconducirse al cambio sustancial de las circunstancias.

Los pronunciamientos que han impulsado una configuración moderna de la cláusula, en línea con las tendencias actuales del derecho comparado, han sido la de 30 de junio de 2014<sup>38</sup> y 15 de octubre de 2014<sup>39</sup>. En ambas, falladas por el mismo ponente, se pretendía suprimir el carácter tan extraordinario de aplicación de dicha cláusula, al tiempo que establecer

---

33 RJ 1940\1135.

34 RJ 1959\3026.

35 RJ 2013\1625.

36 Rec. 1579/2010.

37 RJ 2013\1604.

38 Roj: 2823/2014.

39 Roj: 5090/2014.

de una manera objetiva los criterios para su admisión a pesar de no encontrarse formulada expresamente. Se reconoce además de forma específica, como indica la sentencia de 30 de junio de 2014<sup>40</sup>, que, la recesión económica que se produjo podía ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias con incidencia en la causalidad contractual «derivada de la imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.»

De acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial sería suficiente con que el mantenimiento inalterado del contrato no fuese razonablemente exigible a la parte desfavorecida. De este modo, la nota de la previsibilidad no debería apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide. En consecuencia, si los elementos sobre los que se fundamenta el juicio de previsibilidad no eran materialmente accesibles o si lo eran, solamente era posible su concreción a un coste excepcional, el cambio de circunstancias podría calificarse como imprevisible.

En cuanto a los efectos, se prefiere la adaptación del contrato, frente a la resolución sobre la base del principio de conservación de este.

Sin embargo, tras dichas resoluciones, hay prácticamente unanimidad por parte de la doctrina en reconocer que el Tribunal Supremo ha vuelto a la aplicación tradicional de la figura, más cautelosa y rígida en su consideración sobre la apreciación de la nota de imprevisibilidad y del riesgo contractual implícito asumido por las partes, así como en el requisito de la ruptura del equilibrio contractual entre las prestaciones<sup>41</sup>. En concreto, las sentencias de 11 y 19 de diciembre de 2014<sup>42</sup> aunque reconocen la crisis económica de 2008 como un hecho notorio, consideran que ello no comporta, por sí solo, una aplicación generalizada o automática de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que es necesario que se acredite su incidencia real en el marco de la relación contractual de que se trate, dando lugar a un imprevisto desequilibrio contractual.

En la posterior STS de 24 de febrero de 2015<sup>43</sup>, que plantea la posibilidad de estimar como hecho notorio que la crisis económica pueda ser considerada como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las que se había establecido el inicio y el desarrollo de la relación contractual, el Tribunal Supremo desestima el recurso y, aunque reproduce la argumentación jurídica de la sentencia de 30 de junio de 2014<sup>44</sup>, estima que la fluctuación del valor de mercado de los inmuebles, objeto del litigio, constituye un claro riesgo que asume la parte compradora, por lo que valora que debe ubicarse en el ámbito profesional de su actividad como empresa, en este caso, dedicada al sector inmobiliario.

Compartiendo este mismo criterio y, respecto del riesgo normal de los contratos, la STS 30 de abril de 2015<sup>45</sup>, advierte que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus* a quien se ve afectado por la crisis económica, previene del peligro de convertir esta opción en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas. Así, entiende que “correspondía

---

40 RJ 2014\3526.

41 ESTRUCH ESTRUCH, J.. “La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”. *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, 2020, núm. 780, p.2037-2095.

42 RJ 2014\6374 y RJ 2014\6624.

43 Rec. 282/2013.

44 RJ 2014\3526.

45 Rec. 929/2013 (EDJ 2015/73561).

lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina ‘rebus sic stantibus’ y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina ‘rebus sic stantibus’ sería contraria a la buena fe, que es justamente uno de los pilares en los que debe apoyarse la misma”. Este mismo cambio de parecer se observa en la STS de 13 de julio de 2017<sup>46</sup>, que insiste en la idea de que la falta de financiación es un riesgo que asume el comprador, a menos que en el contrato lo hubiese asumido el acreedor, seguido por la STS de 5 de enero de 2019<sup>47</sup>; la STS de 15 de enero de 2019, que afirma de modo explícito que “la crisis económica no puede apuntarse como circunstancia sobrevenida para modificar un contrato de arrendamiento”; la STS de 26 de marzo de 2019<sup>48</sup> y la de 18 de julio de 2019<sup>49</sup>, que no admite la aplicación de la cláusula cuando se han producido modificaciones legislativas en un mercado tan intervenido como el de la energía fotovoltaica, señalando que no hay alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato, según criterios esgrimidos en sus anteriores sentencias de 30 de junio de 2014<sup>50</sup>, de 24 de febrero de 2015<sup>51</sup> y STS de 20 de julio<sup>52</sup>. Finalmente, la STS 156/2020 de 6 de marzo<sup>53</sup>, al igual que la de 18 julio 2019<sup>54</sup>, que desestima la aplicación de la cláusula al caso concreto por no concurrir sus requisitos, ha intentado encauzar esa doctrina siendo el último pronunciamiento habido sobre esta materia precisamente unos días anteriores a la declaración del estado de alarma.

Esta última sentencia presenta la particularidad de que diferencia entre contratos de larga y de corta duración para la aplicación de la rebus sic stantibus entendiendo que resulta efectiva para los primeros, pero no aplicable para los segundos. Así, reza textualmente: “El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato.”

Justifica la doctrina jurisprudencial de la rebus sic stantibus, que la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación de un contrato ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad de ese contrato y este cambio de características que podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo pero no en un supuesto de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato. En el caso objeto de litigio, en que la duración del contrato era de un año, pues se trataba de la prórroga anual de un contrato

---

46 RJ 2017, 3962.

47 STS 19/2019.

48 STS 214/2019.

49 RJ 2019, 3010.

50 STS 333/2014.

51 STS 64/2015.

52 STS 477/2017.

53 Roj: 791/2020.

54 RJ 2019, 3010.



inicial que tenía una duración de dos años, es difícil que un cambio de circunstancias referido a la demanda en el mercado de inserción de la publicidad en TV escape al riesgo asumido con la prórroga del contrato. Ambas partes estuvieron de acuerdo en prorrogar el contrato por un año, aunque no se pusieron de acuerdo en la facturación mínima garantizada. Por tanto, cuando la empresa adjudicataria asumió la prórroga del contrato sabía que, al margen de lo que finalmente se conviniese sobre el mínimo garantizado, este sería como mínimo el del año anterior. Asumía, o debía asumir, la prórroga con este condicionante, que conllevaba el riesgo de no llegar a facturar ese mínimo de publicidad y tener que compensar por ello a las entidades comitentes.

Por lo expuesto, hay que concluir que este último pronunciamiento, que ha sido objeto de críticas<sup>55</sup>, realmente no modifica la línea jurisprudencial seguida anteriormente, sino que viene a introducir un elemento aclaratorio capaz de rellenar los vacíos de esta figura doctrinal sin anclaje legal concreto que, sin duda, contribuirá a resolver alguna de las muchas cuestiones judiciales que se suscitarán ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales tras la actual crisis.

### 3.2.3 Propuesta de regulación normativa

Así las cosas, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, se hace eco de este vacío normativo y de la necesidad de introducir reformas que ofrezcan mecanismos para remediar situaciones que se han fraguado en la realidad del momento presente, adaptando las disposiciones del Código civil a la realidad económica y social de este siglo XXI, con el fin de mejorar la convergencia con el derecho europeo y la cohesión social. Establece para ello, como se ha anticipado, que, en el plazo de tres meses, el Gobierno presente una proposición de ley de reforma del Código Civil que también afectará a la Ley de Enjuiciamiento Civil porque será necesario, casi con toda seguridad, aprobar alguna norma procesal para articular la “rebus”.

Dicho mandato es consecuencia de que PSOE y PP consideraron precipitado modificar el Código Civil a través de una norma proveniente de un Real Decreto-ley<sup>56</sup>, en contra de la opinión de los partidos políticos Ciudadanos, PdeCat y Compromís<sup>57</sup>. En ella insta a una regulación de la rebus mediante la adición de un párrafo 2º al art. 1258 CC.

Dicha iniciativa cuenta además de, con la experiencia de los países que ya disponen de una regulación específica, como sucede en Francia<sup>58</sup>, Italia, Alemania, Holanda<sup>59</sup> o Portugal,

55 SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. “Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación y presupuestos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, p.2391-2409.

56 21 julio 2020.

57 Cfr. Enmiendas 1, 118 y 177 (Compromís, Ciudadanos, Junts per-Catalunya) al articulado del Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (procedente del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril) (121/000018), BOCG, Congreso de los Diputados, Núm. A-18-2 de 09/07/2020.

58 MOLL DE ALBA, CH.. “El moderno derecho civil francés como modelo para la regulación de la cláusula rebus en España”, *Diario La Ley*, N.º 9627, 7 de mayo de 2020.

59 Art. 6:258 Código Civil: “1. A petición de una de las partes, el juez podrá modificar los efectos de un contrato, o podrá dejarlo sin efecto total o parcialmente sobre la base de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte contratante, de acuerdo con criterios de razonabilidad y equidad, no pueda esperar que el contrato se mantenga de forma no modificada.

La modificación o la anulación del contrato podrán tener fuerza retroactiva.

2. La modificación o la terminación del contrato no tendrán lugar si la persona que invoca el cambio de circunstancias debe responder de dicho cambio en función de la naturaleza del contrato o de la opinión común.”

con los trabajos realizados por la Comisión General de la codificación de 2009, y con la propuesta presentada por la asociación de profesores de derecho civil para la reforma del código civil, así como los principios recogidos en la Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT y los PECL.

Sin restar importancia a todos estos antecedentes, especialmente relevantes en cuanto a su repercusión de cara al futuro, son los trabajos elaborados por la Comisión general de codificación y la APDC.

En enero de 2009, el Ministerio de Justicia publicó una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, en la que proponía incluir en el Libro IV (De las Obligaciones y Contratos) un Capítulo VIII (De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato) con un nuevo artículo 1213 con el siguiente texto: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”<sup>60</sup>.

La ventaja que ofrece dicha propuesta es que no circunscribe la solución jurídica a ninguna modalidad contractual en particular, de modo que, al utilizar una fórmula abierta y genérica, resulta, en principio, aplicable a todos los contratos en los cuales el factor tiempo juegue un relevante papel. Su redacción se inspira en lo dispuesto por otras legislaciones civiles europeas, acogiendo la expresión alemana de la “base del contrato”; los términos italianos de “extraordinaria e imprevisible” para calificar la alteración o cambio de las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato y la “excesiva onerosidad” que aquéllas provocan; así como la anglosajona “frustración del fin del contrato” y, asimismo en las normas habidas en otras legislaciones civiles autonómicas. En concreto, en la norma navarra, hoy plasmada en la Ley 498 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, de la que recoge que la cláusula no se limite a que la alteración extraordinaria e imprevisible provoque una excesiva onerosidad para una de las partes contratantes, sino que añade que también puede resultar una frustración del fin del contrato<sup>61</sup>.

En la misma línea, la posterior propuesta presentada por la Asociación de profesores de derecho civil para la reforma del Código Civil<sup>62</sup>, consiste en la incorporación de un nuevo precepto, que, con el título: Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato<sup>63</sup>, regule de manera específica las consecuencias que deriven de la producción de esta circunstancia, en los términos siguientes:

---

60 SALVADOR CODERCH, P., Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm, 2130, abril 2011.

61 VIVAS TESÓN, I., “Crisis económica y alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato ¿Pacta sunt servanda?”, *Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS)*, número 1, enero-abril 2013, p.126-127.

62 Propuesta de código civil. Libros quinto y sexto. Asociación de profesores de Derecho Civil. Tirant lo Blanch 2016.

63 Art. 526-5.

1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando:

- a) el cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato;
- b) no es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato;

y

c) el contratante perjudicado ha intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.

3. El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución.

Ya en fecha posterior a la etapa de confinamiento, un grupo de profesores y Colegios de Abogados han presentado un informe, que pretende que la regulación de esta cláusula se inserte como un nuevo párrafo del art. 1258 CC, con el fin de conservar el contrato, entendiendo que no solo es que han cambiado las circunstancias sin quererlo ninguna de las dos partes, lo que ha tenido una incidencia clara en el ámbito contractual, sino que esa flexibilidad ya está integrada dentro de las reglas del orden público económico, de forma que dichos principios deben asumir que en la economía de los contratos muchas veces se producen cambios sobrevenidos que necesariamente afectan a la base del negocio y que, por tanto, tienen que ser atendidos<sup>64</sup>.

Con relación al reconocimiento en los ordenamientos autonómicos, la Ley 498 de la Compilación del Derecho Civil Foral ha recogido la cláusula rebus sic stantibus, en la reforma operada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización del derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo, en los siguientes términos: “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

#### 3.2.4 Situación actual

En la actualidad, los juzgados empiezan a admitir la invocación de esta cláusula entendiendo que la aplicación de esta figura jurídica “puede ayudar a mantener el tejido empresarial de los pequeños y medianos comercios”. En concreto, en materia de arrendamientos de local para uso distinto del de vivienda, en el que se ha instado, o bien el desahucio por falta de pago o la adopción de medidas cautelares, se ha estimado la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus al entender que la situación generada por el Covid19 es una circunstancia que ha alterado el justo equilibrio contractual.

En concreto, la SJPI núm. 2 de Cáceres, de 11 de agosto de 2020<sup>65</sup> falló que la mercantil

64 ORDUÑA MORENO, J.. “Tenemos un Código Civil obsoleto, de 131 años, que no tiene nada que ver con nuestra realidad económica”, *Confilegal*, 1 octubre 2020.

65 JUR 2020\265362.

arrendataria debe pagar la renta correspondiente a los 13 primeros días de marzo, hasta que se declaró el estado de alarma, y a partir de ese momento, en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus y de la jurisprudencia que la desarrolla, debe reducirse la cantidad de la renta a percibir por la parte arrendadora para recuperar el equilibrio contractual.

Con relación a la adopción de medidas cautelares que pretenden la suspensión de la facultad de la demandada de reclamar judicial o extrajudicialmente las garantías del contrato de arrendamiento cuando mediante su ejercicio se pretenda por la arrendadora el cobro de importes respecto de los que se haya solicitado su ajuste en la demanda, el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 74 de Madrid<sup>66</sup>, de 13 de agosto, suspendió dicha facultad de la arrendadora, al entender que las medidas que se solicitan proceden por aplicación de la doctrina del *rebus sic stantibus*, en la medida en que ha existido una alteración impredecible y sobrevenida a las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, que ha afectado extraordinariamente a la actividad comercial que se venía ejerciendo en el local arrendado, como consecuencia de la grave afectación que ha supuesto la pandemia del COVID 19 a la relación arrendaticia que une a las partes, con el fin de reestablecer el equilibrio contractual, constituyendo hechos notorios la existencia de dicha pandemia, que la misma no era previsible a la fecha de celebración del contrato (mayo de 2018), y que ha afectado de manera extraordinaria e intensa a la situación económica general y a actividad de los comercios, aprobándose por Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo el estado de alarma, lo que supuso el confinamiento de la población y la suspensión de la actividad de los centros comerciales, siendo prorrogado el estado de alarma en varias ocasiones, y manteniéndose el cierre de los centros comerciales o autorizándose con restricciones durante la denominada “desescalada” y la vuelta a la “nueva normalidad”.

En los mismos términos y, con anterioridad, el Auto núm. 256/2020 de 25 junio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia<sup>67</sup>, que toma como antecedentes, no sólo el iter jurisprudencial sobre la cláusula rebus sic stantibus, sino igualmente, la doctrina europea y los trabajos elaborados por la comisión general de codificación y la APDC, estimó como medida cautelar, el aplazamiento durante la tramitación del procedimiento del pago del 50% de la renta mínima mensual como consecuencia de la crisis derivada de la pandemia causada por el coronavirus.

En el Auto 288/2020, 25 de septiembre, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Navacarnero (Madrid) ha acordado la suspensión cautelar de la ejecución del aval bancario de 10.800 euros en aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” en base al “impacto económico y social grave” de la pandemia de Covid-19 pero además entiende que “las diferentes y complejas consecuencias originadas por la declaración del estado de alarma, propicia la aplicación en su más amplia extensión del principio de buena fe regulado en el artículo 7 del Código Civil, que obligará a la renegociación de las diferentes cláusulas contractuales, pudiendo incluir el precio, pero también los plazos y las garantías otorgadas”.

Esta misma línea es seguida finalmente hasta el momento en el Auto núm. 447/2020, del Juzgado de 1ª Instancia, núm. 81 de Madrid, de 25 de septiembre de 2020, que aplicando igualmente la doctrina de la “rebus sic stantibus” ha acordado suspender el pago del alquiler del local de una céntrica discoteca ubicada en el centro de Madrid hasta que vuelva a permitirse su reapertura, estableciendo que la renta a pagar, una vez que la actividad vuelva

---

66 Auto núm. 299/2020 de 13 agosto, (JUR 2020\251694).

67 JUR 2020\202178.

a reanudarse, será de 7.500 euros mensuales hasta que se celebre el juicio. Dicha renta se corresponde con la mitad del alquiler pactado por contrato con los dueños del local, que era de 15.000 euros al mes.

#### 4 NORMATIVA SOBRE ATRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS

Finalmente, el Derecho de contratos también se ocupa de la repercusión que tiene que la obligación de una de las partes haya sobrevenido de imposible cumplimiento por una circunstancia sobrevenida e imprevisible respecto a la obligación de la otra parte cuya observancia sigue siendo posible.

Inicialmente, durante la etapa del confinamiento muchos contratos plantearon un problema de imposibilidad transitoria, puesto que durante el cese de la actividad económica el cumplimiento era de imposible realización, si bien posteriormente el cumplimiento puede volver a ser posible. En estos casos, el contrato seguirá vivo, por lo que hay que plantear la repercusión de esta circunstancia sobre otra obligación. Pero, también puede suceder que la imposibilidad, pese a ser sólo transitoria, debido a que a la otra parte no se le pueda exigir que asuma el cumplimiento posterior, de transitoria se haya convertido, en definitiva. La repercusión aquí habrá de tener otra solución que pasa por la destrucción del contrato<sup>68</sup>.

La regulación de los riesgos cuenta en el ámbito de la legislación civil con unas normas generales que pueden calificarse de elementales e insuficientes. Junto a éstas muy pocos contratos contiene también algunas reglas específicas.

Con carácter general, los arts. 1182 y ss. en relación con el art. 1124 del CC, abordan el problema de los eventos que surgen durante la ejecución del contrato que imposibilitan el cumplimiento.

En lo que concierne a contratos en particular, con relación al contrato de compraventa, el art. 1452 CC se remite a las reglas generales los contratos. Para aquéllos cuya ejecución estaba pendiente cuando empezó la crisis pero que ahora han devenido imposibles de cumplir de manera definitiva debido a que el momento de cumplimiento para el comprador era esencial y el cumplimiento posterior, aunque sea posible, carece de interés, el comprador podrá ejercitar el derecho de resolución ex art. 1124 CC, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese entregado, con efectos *ex tunc*. En materia de arrendamientos, el art. 1575<sup>69</sup> CC, para atender a un supuesto de riesgo idéntico al del COVID-19, como fue la peste, prevé el derecho del arrendatario de finca rústica cuando haya perdido más de la mitad de los frutos, no a dejar de pagar la renta, pero sí que se le rebaje. La fundamentación es idéntica: una vez frustrada la utilidad de la cosa objeto del arriendo, el arrendador ha de soportar también el riesgo y tendrá que rebajar la renta. En arrendamientos urbanos, la LAU en su art. 26 previene la suspensión del contrato cuando la realización de obras de conservación de la vivienda la hagan inhabitable. En este caso, aplicable también a los locales de negocio, cuando la utilidad o aprovechamiento de la vivienda o local se vea impedida, dado que el arrendatario deja de obtener las ventajas, y correlativamente cesa en su obligación de pagar la renta, el riesgo lo soporta el arrendador. Por último, también el contrato de obra da respuesta de a

---

68 ORTI VALLEJO, A.. "El riesgo contractual en los contratos privados tras el covid-19: análisis, problemática y soluciones". *Tirant Tech*, mayo 2020.

69 "El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacomunado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever."



quien incumbe el riesgo en caso de pérdida o destrucción de la obra, estableciendo la regla de que lo sufre el contratista. Esta norma no obstante no resulta de aplicación en situaciones derivadas del Covid19 puesto que sólo serviría para solucionar el problema de quien ha de soportar los perjuicios que haya provocado la paralización en la obra y en los materiales, por lo que da respuesta a un problema particular pero impide que pueda ser extrapolable a otras situaciones además de que, los perjuicios que la paralización haya provocado al comitente-promotor eximiría al contratista de responder por aplicación del art. 1105 CC<sup>70</sup>.

## 5 A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad ha quedado evidenciado que el actual derecho de obligaciones ha quedado anticuado, dado que prácticamente no ha sido reformado desde la promulgación del Código en 1889, y ello ha llevado a una reformulación jurisprudencial de muchas de las figuras contenidas en el Libro IV del Código Civil<sup>71</sup>.

A tenor de lo expuesto parece que ninguno de los instrumentos que se acaban de analizar, aplicados con el debido rigor, sirven para dar respuesta a esta situación, que es distribuir adecuadamente el impacto extraordinario de la pandemia en el conjunto de la sociedad, a través del entramado de relaciones contractuales existentes en ella. Las medidas que hay que adoptar van más allá de la consideración de cada contrato y deben estar inspiradas en principios de justicia distributiva, dentro del orden constitucional.

En situaciones distintas de la actual, en la que el cambio afecta a casi todo el tejido contractual, la cláusula rebus puede ser un instrumento jurídico adecuado para repartir entre los contratantes el riesgo de una alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las que el negocio se fundamenta, grave, extraordinaria e imprevisible en el momento de contratar pero en la situación presente, en la que la alteración es sistémica y de una magnitud desorbitada, la cláusula rebus no aporta soluciones de utilidad. Primero, como mantiene acertadamente Morales Moreno, porque está inspirada en criterios de justicia conmutativa al estar pensada para cada contrato y no para el conjunto del tejido contractual; segundo, porque su aplicación es lenta, costosa y puede provocar una gran diversidad de soluciones dependiente de la apreciación que haga cada juez<sup>72</sup>.

Si los expertos no se equivocan, es posible que en el futuro aparezcan nuevas epidemias de virus actualmente desconocidos o recaídas de la actual. Por ello, no es de descartar que en lo sucesivo se prevea la irrupción de este riesgo, especialmente en la redacción de contratos de larga duración porque lo que parece innegable es que, con la experiencia actual, no resultará extraño, sino más bien recomendable, que muchos de los contratos que se celebren con posterioridad a la pandemia incluyan una cláusula que prevea la irrupción de ese riesgo o contingencia, porque lo que también ha cambiado es que ya no se podrá alegar su total imprevisibilidad<sup>73</sup>.

Al igual que han hecho otros países europeos España empieza a poner los cimientos para dotar de regulación específica la cláusula rebus sic stantibus, a la espera de que se

70 ORTI VALLEJO, A.. "El riesgo contractual en los contratos privados tras el covid-19: análisis, problemática y soluciones". *Tirant Tech*, mayo 2020.

71 MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.. "La ruptura de la economía negocial tras el Covid-19 (un análisis desde el moderno derecho europeo de contratos)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 12 bis, mayo 2020, p.330.

72 MORALES MORENO, A., "El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución? *ADC*, núm. 2, 2020, p.453.

73 BUADES FELIU, J.. Dos posibles consecuencias de la más reciente doctrina sobre *rebus sic stantibus*», STS 156/2020 de 6 de marzo) y la pandemia del COVID-19. *Diario La Ley*, núm. 9623, 29 de abril de 2020; MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.. "La ruptura de la economía negocial tras el Covid-19 (un análisis desde el moderno derecho europeo de contratos)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 12 bis, mayo 2020, p.326-339.

consiga; en el ínterin, debe huirse de meras justificaciones sociales para impedir que el contrato se cumpla. Lo recomendable es que sean las partes las que introduzcan las cláusulas correspondientes para llegar a soluciones que remedien la alteración de las circunstancias y no, el juez<sup>74</sup> y que la reforma de realice pausadamente y con perspectiva de futuro. Con todo, por el momento seguirán siendo los tribunales los que marquen el camino a seguir para resolver los problemas ahora surgidos ante un problema general de dimensiones inmensurables.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ, S., “Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a la luz de la Jurisprudencia”, *Diario La Ley*, núm. 9614, 16 abril de 2020.

AVILÉS GARCÍA, J. “Por el momento, la cláusula *rebus sic stantibus* en manos del Tribunal Supremo”, *La Ley*, núm 9687, 2 de septiembre de 2020.

BUADES FELIU, J., “Algunas reflexiones sobre la pandemia del COVID-19, la declaración de estado de alarma, los supuestos de fuerza mayor y los contratos entre empresarios con obligaciones de tracto sucesivo”, *Diario La Ley*, núm. 9608, 6 abril de 2020.

BUADES FELIU, J.. Dos posibles consecuencias de la más reciente doctrina sobre *rebus sic stantibus*», STS 156/2020 de 6 de marzo) y la pandemia del COVID-19. *Diario La Ley*, núm. 9623, 29 de abril de 2020.

CARRASCO PERERA, A.. “Permítame que les cuente toda la verdad sobre el covid19 y la fuerza mayor”. *Cesco*, 17 abril 2020.

ESTRUCH ESTRUCH, J.. “La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus”. *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, 2020, núm. 780, p.2037-2095.

GANUZA, J. J.; GÓMEZ POMAR, F.. “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de Covid-19: guía de uso”, *InDret*, 2020, núm.. 2, p.1-27.

GARCÍA RUBIO, M.P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del covid-19 en España”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, mayo 2020, p.15-46.

GARCÍA-BOENTE DÁVILA, Gerardo. “Fuerza mayor y clausula «Rebus sic stantibus»”, *Admin*, 14 de abril de 2020.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.. “Fuerza mayor”, *InDret* 2020, núm. 2, p. i.

GREGORACI, B.. “El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español”, *ADC* 2020, núm. 2, p.455-490.

LEARRETA OLARRA, P., “Incidencia del coronavirus en los contratos privados”. *Diario La Ley*, núm. 9596, 18 de marzo 2020.

MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.. “La ruptura de la economía negocial tras el Covid-19 (un análisis desde el moderno derecho europeo de contratos)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 12 bis, mayo 2020, p.326-339.

MOLL DE ALBA, CH.. “El moderno derecho civil francés como modelo para la regulación de la cláusula rebus en España”, *Diario La Ley*, N.º 9627, 7 de mayo de 2020.

MORALES MORENO, A., “El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución? *ADC*, núm. 2, 2020, p.447-454.

---

74 AVILÉS GARCÍA, J. “Por el momento, la cláusula *rebus sic stantibus* en manos del Tribunal Supremo”, *La Ley*, núm 9687, 2 de septiembre de 2020.

MORALES, C., “Fuerza mayor, factum principis y COVID”. *Diario La Ley*, núm. 9676, 17 de julio 2020.

ORDUÑA MORENO, J.. “Tenemos un Código Civil obsoleto, de 131 años, que no tiene nada que ver con nuestra realidad económica”, *Confilegal*, 1 octubre 2020.

ORTI VALLEJO, A.. “El riesgo contractual en los contratos privados tras el covid-19: análisis, problemática y soluciones”. *Tirant Tech*, mayo 2020.

PARRA LUCÁN, M.A.. Riesgo imprevisible y modificación de los contratos, *InDret* núm. 4, 2015, p.3-54.

REYES LÓPEZ, M.J, “Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, número 12 Bis, p.568.581.

ROCA GUILLAMON, J., “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)”, *Derecho de obligaciones. XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil Zaragoza*, 16 y 17 de noviembre de 2012.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.. “Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación y presupuestos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, p.2391-2409.

SALVADOR CODERCH, P., Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm, 2130, abril 2011.

VIVAS TESÓN, I., “Crisis económica y alteración extraordinaria de las circunstancias del contrato ¿Pacta sunt servanda?”, *Revista de derecho, empresa y sociedad (REDS)*, número 1, enero-abril 2013, p.126-127.

# NOTAS SOBRE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES TRAS LA PANDEMIA DEL COVID-19 (VENEZUELA)

**María Candelaria Domínguez Guillén**

Doctora en Ciencias, Mención "Derecho". Especialista en Derecho Procesal. Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Investigadora-Docente de lo Instituto de Derecho Privado. Abogada. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0889-8009>. E-mail: [mariacandela1970@gmail.com](mailto:mariacandela1970@gmail.com).

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 El Covid-19 y el derecho de obligaciones; 3 Algunas figuras de obligaciones que podrían encontrar aplicación; 3.1 Causa extraña no imputable; 3.2 Teoría de la imprevisión; 3.3 Teoría de los riesgos; 3.4 Buena fe; 3.5 Otras figuras; 4 A manera de conclusión; Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

La pandemia del covid-19 no solo ha cambiado nuestras vidas y rutina, sino que desde el punto de vista teórico y práctico, ha desplegado la pluma de los estudiosos, en distintas áreas del Derecho. En el ámbito del Derecho de Obligaciones se ha hecho sentir su impacto, con especial referencia entre otras al cumplimiento del contrato, la contratación futura y a la responsabilidad civil. En sede contractual, por ejemplo, el coronavirus puede presentar distintas aristas que permiten pasearnos por algunas interesantes figuras de la materia, a saber, la causa extraña no imputable, la teoría de la imprevisión, la teoría de los riesgos o la buena fe. Por medio de las presentes líneas los consideraremos a la luz del Derecho venezolano. Ello con base a la grata invitación que nos hiciera Michael César Silva a propósito del *impacto del coronavirus en el Derecho*.

Nos referiremos brevemente al coronavirus en el Derecho de Obligaciones, para de seguidas considerar algunos de los institutos de la asignatura en que la pandemia pudiera encontrar efectiva aplicación. No profundizaremos en cada uno de tales, sino que nos enfocaremos puntualmente en el covid-19 bajo la óptica de la reciente doctrina venezolana.

## 2 EL COVID-19 Y EL DERECHO DE OBLIGACIONES

El Derecho Civil como Derecho Privado general regula nuestra vida cotidiana, pero particularmente el Derecho de Obligaciones, es sin duda, la parte más relevante y trascendente del Derecho Civil Patrimonial. Todos y cada uno de nosotros estamos a diario inevitablemente inmersos en relaciones obligatorias, sin ni siquiera salir de nuestra casa<sup>1</sup>. La obligación arroja al individuo a cada instante<sup>2</sup>. El carácter universal y abstracto de la materia, permite presumir que sus instituciones presentan semejanza en los distintos ordenamientos jurídicos. Por ello, entre los caracteres del Derecho de Obligaciones, se reseña su gran aplicación práctica, su permanencia, su universalidad y su “alta perfección técnica”, pues se ha llegado a una acabada elaboración de la teoría general de la institución haciendo abstracción de sus casos particulares<sup>3</sup>.

Ciertamente una de las materias mayormente afectadas por la pandemia es la relativa al Derecho de Obligaciones, que incluye la teoría general del contrato. Instituciones como la causa extraña no imputable, la teoría de la imprevisión, la teoría de los riesgos o la buena fe, podrán encontrar cabida ante los inconvenientes prácticos que puede generar el coronavirus.

La pandemia que nos aqueja ciertamente pondrá en vigencia diversos institutos del

---

1 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C. «Palabras de Presentación del libro Curso de Derecho Civil iii Obligaciones», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-iii Edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 1021-1025, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) (también en: *Boletín Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 156, Caracas, 2017, pp.713-719, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve) ); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C. *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios N° 2, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (Cenlae), Caracas, 2019, pp.11-16; DE VITA, Mariana. Obligaciones in solidum en el Derecho venezolano, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-II edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, p. 439, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) El Derecho de las Obligaciones es la rama del Derecho que ostenta mayor utilidad en el Derecho moderno, se mantiene vigente con el pasar de los años; incluso podríamos decir que es un Derecho reciclable: figuras típicas del *ius civile* privado que desaparecen de la esfera jurídica en determinado momento, toman vigencia unos años más tarde.

2 Véase: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. «El régimen de las obligaciones en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1963-1965)», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 69, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988, p. 323. Toda relación humana de contenido patrimonial tiene necesariamente una fuente obligacional; BELTRÁN DE HEREDIA y ONIS, Pablo. *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 13. No se puede encontrar un solo caso de persona que no sea centro de relaciones de carácter patrimonial.

3 ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Colombia, 1993, T. I, pp. 21 y 22.



Derecho de Obligaciones y en particular su principal fuente (el contrato)<sup>4</sup> a través de múltiples figuras, sin perjuicio igualmente de fuentes extracontractuales como la responsabilidad civil por hecho ilícito. Los principios de justicia y equidad que presentan base constitucional también podrán orientar la interpretación de algunos institutos tradicionales del Derecho de Obligaciones durante la permanencia del covid-19. Ello toda vez que la Constitución mal puede perderse de vista en la interpretación del Derecho Civil patrimonial<sup>5</sup>.

Presupuestos lógicos como que a nadie se le puede exigir lo imposible, así como tampoco puede pretenderse a toda costa lo excesivamente oneroso, a riesgo de la ruina, surgen ante la pandemia. Es decir, podría hacerse presente tanto la causa extraña no imputable en caso de imposibilidad de cumplimiento, como la teoría de la imprevisión en caso de dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva<sup>6</sup>. Ello sin perjuicio, de que más allá, del carácter imprevisible que pudo significar el covid-19 en los contratos ya suscritos, en lo sucesivo -cuando ya no estamos ante un evento imprevisible, sino que al parecer nos acompañará por un considerable período- se tenga en cuenta, evitar las pretensiones radicales porque no estamos ante condiciones normales, y ha de entrar en juego siempre en materia contractual y de Obligaciones en general, el principio de la buena fe.

La pandemia entonces como suceso en un principio imprevisible e inesperado o posteriormente como un evento con el que debemos convivir, ciertamente podrá ser analizado bajo la esfera del Derecho de Obligaciones. Sin duda, el mundo de los contratos, fuente por antonomasia de la relación obligatoria, se ve golpeado por el covid-19. Así como también la responsabilidad civil extracontractual en lo atinente al contagio culposo por no guardar las debidas medidas sanitarias.

Veamos entonces, *grosso modo*, sin pretensiones de profundizar - porque no es nuestro objetivo - en cada una de las figuras e instituciones, cómo encuentra cabida el coronavirus en el ámbito del Derecho de Obligaciones, al que ya la doctrina venezolana ha hecho referencia. Las consideraciones que siguen están referidas exclusivamente al ordenamiento venezolano<sup>7</sup>.

---

4 Véase: BERNAD MAINAR, R. *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. I, p. 27. El contrato se convierte sino en la única, sí en una de las principales fuentes de las Obligaciones.

5 Véanse nuestros trabajos: "Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* Edición Homenaje a José Peña Solís N° 7, 2016, T. I, pp. 87-123, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve); *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Cidep/EJV, Caracas, 2018; «Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela», *Jurisprudencia Argentina* N° 13, Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; «Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10, Idibe, Valencia/España, 2019, pp. 52-91, <http://idibe.org>; "La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano", *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, N° 15, Brasil, set./dez. 2019, pp.93-136, <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/928>.

6 Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. "Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos", *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías/ Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, p. 434, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve). Pero hay muchos otros casos en los que los problemas generados por la pandemia, o por las medidas tomadas por las autoridades para enfrentarla, afectan el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como fueron contraídas. Estos problemas pueden imposibilitar el cumplimiento, al configurar un caso fortuito o de fuerza mayor u otra causa extraña no imputable; o pueden complicar el cumplimiento, en razón de una mayor dificultad u onerosidad.

7 Véase sobre Brasil, todos en la obra colectiva *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*. Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>; EHRHARDT, Marcos: "Breves considerações sobre os impactos da pandemia do Coronavirus nas relações privadas", pp. 258-265; DO RÊGO Monteiro Filho, Carlos Edison. "Contratos em tempos de pandemia: descumprimento e força maior", pp. 292-299; PIANOVSK, Carlos. "A crise do COVID-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas", pp. 286-395.

### 3 ALGUNAS FIGURAS DE OBLIGACIONES QUE PODRÍAN ENCONTRAR APLICACIÓN

#### 3.1 Causa extraña no imputable<sup>8</sup>

La causa extraña no imputable se estudia a propósito del incumplimiento “involuntario” del deudor. Constituye un evento ajeno o externo a éste, sobrevenido e imprevisible, que hace “imposible” el cumplimiento de la obligación. A tenor del artículo 1344<sup>9</sup> del Código Civil (CC) venezolano suele extinguir la obligación y liberar al deudor, sin perjuicio del *commodum repraesentationis* (CC, art 1345)<sup>10</sup>. Excepcionalmente, la causa extraña podría tener un simple efecto suspensivo<sup>11</sup> que retrasaría el cumplimiento de la obligación sin que pueda incurrirse en “mora”, pues esta constituye un retraso “culpable”. Algunos traen a colación la diferencia entre obligación de medio y obligación de resultado<sup>12</sup>. Los artículos 1271<sup>13</sup> y 1272<sup>14</sup> del CC venezolano obligan al deudor a cumplir su obligación so pena de responsabilidad civil, salvo la prueba de la *causa extraña no imputable*<sup>15</sup>.

Se reseña que “pueden surgir circunstancias que impidan al deudor cumplir su obligación, sea por voluntad propia o por un hecho involuntario. En el supuesto de incumplimiento involuntario de la obligación estamos en presencia de lo que la doctrina denomina «causa extraña no imputable», que está caracterizada por una imposibilidad absoluta para el deudor de cumplir su obligación, imposibilidad que además de no serle

8 Véase así como bibliografía allí indicada: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “La causa extraña no imputable”, *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015, T, IV, pp. 2785-2812; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. Curso de Derecho Civil iii Obligaciones, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017, pp. 165-185, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve). Y con especial referencia a la figura en estudio a propósito del covid-19: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, pp. 435-440; CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, Universidad Monteávila, marzo 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3/otro-efecto-del-coronavirus-alegatos-de-causa-extrana-no-imputable/>; ALFONZO PARADISI, Juan Domingo. “Régimen general del estado de excepción; la modalidad del estado de alarma con ocasión del covid-19 y la causa extraña no imputable”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 185-220, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).  
9 “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído de restituir su valor”.

10 “Cuando la cosa ha perecido, se ha puesto fuera del comercio o se ha perdido sin culpa del deudor, los derechos y las acciones que le pertenecían respecto de esta cosa pasan a su acreedor”; LAGRANGE, Enrique. “El principio del “commodum repraesentationis”; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Vol. 68, N° 138, 2001, pp. 11-121, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

11 ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 438. Si la causa extraña no imputable es definitiva, se termina el contrato; y, si la causa extraña no imputable es provisional, se suspende el contrato. Las consecuencias del coronavirus que afecten a un contrato normalmente lo impactan de manera temporal, pues se trata de una crisis que se agota en el tiempo; así que estos problemas paralizan y difieren la ejecución de la o las obligaciones imposibles de cumplir. Entonces, cuando cesan los impedimentos generados por la pandemia y las medidas contra ésta, se reanuda el cumplimiento contractual; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.178. Excepcionalmente podría tener un efecto meramente suspensivo.

12 Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, pp. 436 y 437.

13 “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”; CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, UMA, 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3> “Como se sabe, el deudor que incumple una obligación contractual sólo puede ser eximido de su incumplimiento y de la responsabilidad civil que se deriva del mismo, si prueba el acaecimiento de una causa extraña no imputable. Según el artículo 1271 del Código Civil, el deudor que no cumple con su obligación será condenado al pago de daños y perjuicios, salvo que demuestre que el incumplimiento o el retardo en el cumplimiento se debe a una causa extraña no imputable”.

14 “El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.

15 ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 439.

imputable, debe ser sobrevenida, imprevisible e inevitable. La causa extraña no imputable encuentra su fundamento legal en el artículo 1271 del Código Civil.<sup>16</sup>

Entre las especies de la causa extraña no imputable<sup>17</sup> se citan: el caso fortuito, la fuerza mayor (aunque para algunos la ley lo utiliza como sinónimos), el hecho del príncipe, el hecho del acreedor y el hecho del tercero<sup>18</sup>. El covid-19 puede subsumirse –aunque se trata de un asunto netamente teórico- entre la fuerza mayor y el hecho del príncipe, toda vez, que configura un evento insuperable de la naturaleza pero a su vez, los distintos gobiernos incluyendo al venezolano, declararon el respectivo estado de alarma<sup>19</sup>. Esto último se subsume bajo el hecho del príncipe por tratarse de una decisión emanada de la autoridad que imposibilita el cumplimiento de la obligación<sup>20</sup>.

Entre los requisitos de la causa extraña no imputable se ubica que se trate de un hecho ajeno al deudor, de un evento imprevisible e inevitable, que haga imposible el cumplimiento de la obligación, que la imposibilidad sea sobrevenida y que en principio no se haya incurrido en mora<sup>21</sup>. Los contratos posteriores a la pandemia no podrán alegar el carácter de sobrevenido<sup>22</sup>.

En contratos que estaban en curso cuando entró en escena la pandemia, para que la misma en Derecho venezolano tenga el efecto de liberar al deudor de la obligación ha de cumplir con los requisitos indicados, incluyendo la absoluta imposibilidad de cumplimiento, porque si se trata de dificultad entra en otra figura distinta que veremos de seguidas.

Se admite que la disposición del artículo 1344 CC no es de orden público, pues la propia norma deja a salvo la previsión en contrario de las partes. De allí que se admite la regulación convencional de la responsabilidad civil mediante cláusulas que agravan la responsabilidad

16 Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, Sent. 20-1-09, Exp. 0647/SMP, <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2009/enero/2259-20-0647-.html>.

17 La expresión “causa extraña no imputable” constituye el género relativo a incumplimiento involuntario, conformado por varias especies. Véase: BERNAD MAINAR, Rafael. *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, p. 196. Se trata de una expresión genérica que engloba las modalidades de incumplimiento involuntario.

18 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, RVLJ, 2017, pp. 168-172; CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, UMA, 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3>. Véase también; MIRALLES QUINTERO, Juan Andrés. “Breves comentarios sobre los procedimientos administrativos durante la vigencia del estado de alarma”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carias; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, p. 370, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

19 Véase: Decreto de alarma N° 4.160 publicado en Gaceta Oficial N° 6519 Extraordinario de fecha 13 de marzo de 2020; ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p.435. En ciertas circunstancias, las consecuencias de la pandemia pueden ser calificadas como un caso fortuito o de fuerza mayor. Se trata de los problemas ocasionados por el coronavirus en sí, como enfermedad altamente contagiosa y potencialmente muy grave, en la medida en que estos problemas impidan el cumplimiento. En otras circunstancias, las consecuencias de la pandemia pueden ser calificadas como un hecho del príncipe. Se trata de los problemas ocasionados por las medidas tomadas por la autoridad a raíz del coronavirus, tales como el cierre de empresas, en la medida en que estos problemas impidan el cumplimiento; CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, UMA, 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3>. Los actos dictados por el Estado a raíz del Coronavirus 2, los cuales estarían dentro de la categoría del hecho del príncipe, en la medida en que impidan que una de las partes cumpla con sus obligaciones contractuales. Con respecto a los actos del Estado, nos referimos, concretamente, al Decreto de Alarma dictado por el Ejecutivo Nacional, mediante el *Decreto No. 4.160*, publicado en la Gaceta Oficial No. 6.519, de fecha 13 de marzo de 2020 (el “Decreto de Alarma”). El Decreto de Estado de Alarma autoriza al Presidente de la República a suspender actividades en el país (artículo 8), establece que algunas actividades no podrán ser objeto de suspensión (artículo 9), y, directamente, impide que se lleven a cabo determinadas actividades, como los espectáculos públicos que impliquen aglomeración de personas (artículo 12), y la apertura de restaurantes para que los comensales coman dentro de los mismos (artículo 13), por ejemplo.

20 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, RVLJ, 2017, p.170.

21 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, RVLJ, 2017, pp. 172-177.

22 ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 437. Los problemas creados por el coronavirus, que afectan a un contrato, son eventos sobrevenidos e imprevisibles, salvo que este contrato sea posterior a la pandemia. Cuando el acreedor no es satisfecho y el deudor está actuando de buena fe, estos problemas son, casi siempre, eventos ajenos al obligado e inevitables, al menos en la Venezuela actual; CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, UMA, 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3>. Consideramos que la respuesta es sí, esos deudores podrían alegar una causa extraña no imputable, si se cumplen sus requisitos. Sin embargo, el incumplimiento involuntario no podría radicar en la pandemia ni el Decreto de Alarma, en los términos en que ambos existen al momento en que las partes contraen la obligación, toda vez ya que no serían imprevisibles. Recordemos que uno de los requisitos de la causa extraña no imputable es la imprevisibilidad. Es decir, que aquello que impide el cumplimiento de la obligación no sea predecible. De modo que si las partes celebran un contrato posteriormente ya no podrían alegar el Coronavirus o el Decreto de Alarma como causa extraña no imputable, por cuanto conocen su existencia.

de deudor, por ejemplo, haciéndolo responder por la causa extraña no imputable<sup>23</sup>, o pactar previsiones a través de la cláusula de fuerza mayor<sup>24</sup>.

La presencia de una causa extraña no imputable determina la inexistencia de la responsabilidad por falta de la correspondiente relación de causalidad<sup>25</sup>. Recordemos que los elementos de la responsabilidad civil vienen dados por la culpa, el daño y la relación de causalidad<sup>26</sup>.

### 3.2 Teoría de la imprevisión<sup>27</sup>

Se alude a “incumplimiento por alteración de las circunstancias”<sup>28</sup>, o dificultad extrema y sobrevenida en el cumplimiento de una obligación en aquellos casos en que si bien no acontece imposibilidad de cumplir la misma, pesa sin serle imputable al deudor, una extrema dificultad en su ejecución. La teoría de la imprevisión, también denominada, dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva no está expresamente prevista en el Código Civil venezolano o en la ley. Pero ha sido considerada por la doctrina civil<sup>29</sup>, con reservas<sup>30</sup>, que excepcionalmente ha aceptado su procedencia en casos de contratos de ejecución continuada o diferida, que se trate de una “dificultad” y no de imposibilidad, que la misma sea “excesiva”, que sea sobrevenida, que se trata de un evento extraordinario e imprevisible, ajeno a la culpa del deudor y que no se esté en mora<sup>31</sup>. No se aprecia jurisprudencia venezolana sobre la

23 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.295. Así pues se admiten entre éstas la posibilidad de disponer que el deudor responda inclusive por causa extraña no imputable, así como por culpa levisima; BERNAD MAINAR, Rafael. *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*, UCAB, 2012, T. III, p. 288.

24 Véase: PINTO OLIVEROS, Sheraldine. “Contrato plurilateral, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 13* edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, T. II, pp. 701-727, pp. 715-727, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

25 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p. 272; ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 437. Cuando los problemas generados por el coronavirus son realmente una causa extraña no imputable, no hay una relación de causalidad entre un hecho del deudor y un daño al acreedor; CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, UMA, 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3>. “La causa extraña no imputable son aquellos hechos o circunstancias que impiden al deudor el cumplimiento de su obligación. Por tanto, lo eximen de la responsabilidad civil que se deriva del incumplimiento, toda vez que rompen la relación de causalidad entre la acción u omisión del deudor, en razón de que el incumplimiento no se debe a la conducta del deudor, sino a un hecho allende a la conducta del deudor. De modo que el incumplimiento de la obligación no sería voluntario, sino involuntario. Y recordemos que la diligencia que debe poner el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales es la de un buen padre de familia (artículo 1270 del Código Civil). Es decir, el deudor debe actuar como una persona diligente, salvo que la Ley o las partes establezcan un estándar diferente” (destacado nuestro).

26 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 226-269.

27 Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, pp. 440-444. Véase también: URDANETA FONTIVEROS, Enrique. “Consideraciones generales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho comparado”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 407- 432, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve); COVA ARRIA, Luis. “El uso de la teoría de la imprevisión o de la cláusula “rebus sic stantibus” (las cosas quedan como están), en los contratos marítimos, por causa del covid-19, conforme a la ley de comercio marítimo”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 462-472, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

28 Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio. *Obligaciones*, Libroscá, 3. edic., Caracas, 2007, p. 145.

29 Véase bibliografía referida en (nota 1, que incluye a Rodner Smith, Lupini Bianchi, Mélich Orsini, Morles Hernández): DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 186-201, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve). Véase también nuestro trabajo: “A propósito de las Obligaciones en la obra de Rodner Smith”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 13* edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, T. I, pp. 91-95, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

30 Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 443. En Venezuela, la teoría de la imprevisión es una mera teoría, cuya aplicabilidad, a manera de regla general, es muy discutida y discutible.

31 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 193-196.



procedencia efectiva de la figura ante casos concretos, pero si referencias circunstanciales que haría procedente la misma en caso de llenarse los requisitos<sup>32</sup>.

Es posible que el covid-19 si no se lograra encuadrar en la referida causa extraña no imputable que hace imposible el cumplimiento de la de la obligación por parte del deudor, pudiera según el contexto presentarse bajo la modalidad de “dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva”<sup>33</sup>, si es que el supuesto se subsume dentro de los citados requisitos. Recordemos que para que el coronavirus entrase en este supuesto debe haberse celebrado el contrato pendiente de ejecución antes de la aparición de la pandemia, siendo ésta entonces sobrevenida e imprevisible, amén de hacerse excesivamente oneroso el cumplimiento. En tal caso, ante la falta de previsión legislativa en el ordenamiento venezolano, se admite que las partes de mutuo acuerdo están obligadas con base al principio de la buena fe<sup>34</sup> y la justicia a renegociar el contrato. Y a falta de ello, aunque algunos se muestran esquivos, el Juzgador podría intervenir a los efectos de la revisión o modificación del contrato, por vía inclusive de acción resolutoria, sin perjuicio de la excepción de incumplimiento. Es decir, la imprevisión podría dar lugar a la renegociación del contrato, y a falta de esta, podría

32 Véase: TSJ/SCC, Sent. 00058 de 18-2-08 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/febrero/rc-00058-180208-07713.htm> (José Manuel Lens Suárez y Otro contra Center Import S.K., C.A.); TSJ/SCC, Sent. 000417 de 12-8-11, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/agosto/rc.000417-12811-2011-09-601.html> (Hyundai de Venezuela, C.A. contra Hyundai Motor Company); TSJ/SCC, Sent. 0241 de 30-4-02, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/abril/rc-0241-300402-00376-00164.htm> (Arturo Pacheco Iglesia y Otros contra Inversiones Pancho Villas, C.A.); Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent 14-7-14, AP71-R-2014-000262, <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2014/JULIO/2145-14-AP71-R-2014-000262-.HTML> Por otra parte, con respecto a las alegaciones realizadas por la actora respecto de la teoría de la imprevisión, es necesario advertir que la misma se da en los casos, en que la excesiva onerosidad por parte del deudor sea extraordinaria e imprevista, caso en el cual dependiendo de que tan excesiva sea, aminora el canon a pagar o inclusive libera al deudor de la obligación satisfecha en exceso, ahora bien al respecto esta Superioridad advierte que en el contrato suscrito se apegaron ciertamente a un tipo de cambio para satisfacer la obligación, el cual por causas no imputables a las partes se mantuvo en el tiempo, trayendo como consecuencia descontento por parte del acreedor, sin embargo, debe señalar esta Operadora de Justicia, que el cambio de Dólares a Bolívares, permitido y regulado en la República Bolivariana de Venezuela es el conocido como tipo de Cambio Sicad (antes Cadivi) el cual de no hacerlo de esa manera cualquier otro cambio sería ilícito en su naturaleza; Tribunal Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital con sede en Caracas, Sent. 14-10-11, Exp. 1585-10, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2011/octubre/2258-14-1585-10-179-11.html> “...las actividades desplegadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) en el marco de sus competencias no generan cambios de tal forma imprevisibles, extraordinarios o insalvables que modifiquen las circunstancias originales conforme a las cuales la parte demandada suscribió los contratos de adquisición de bienes...este Juzgado desecha la pretensión referida al incumplimiento de los contratos administrativos de adquisición de bienes, antes identificados, toda vez que no están dados los requisitos de la teoría de la imprevisión, como causa del incumplimiento de los referidos contratos administrativos.”; Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 2013, AP42-R-2012-000116, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2013/febrero/1477-7-AP42-R-2012-000116-2013-0175.html>.

33 Véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique. “Consideraciones generales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho comparado”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 407. “Puede ocurrir que el COVID-19, o las medidas gubernamentales adoptadas para contener y evitar el contagio de la enfermedad, no determinen una imposibilidad absoluta de cumplir el contrato, sino que tornen su ejecución excesivamente onerosa. Por ejemplo, el deudor de un contrato de suministro que para poder atender los pedidos de sus clientes, ante el cierre parcial de las fronteras o una medida de cuarentena, tenga que adquirir los productos en otros países a precios muy superiores con lo cual se encarece desmedidamente el costo de su prestación; o una empresa que se haya comprometido a construir una planta industrial en un país cuyas autoridades hayan adoptado nuevas reglas de seguridad o sanitarias para evitar el contagio de la enfermedad. Las nuevas reglas imponen el rediseño de las instalaciones u obligan al constructor a adquirir nuevos equipos, maquinarias o componentes adicionales para satisfacer las exigencias gubernamentales, con lo cual su prestación se vuelve excesivamente onerosa”.

34 ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 443. A nuestro juicio, si la mayor dificultad u onerosidad es generada por un evento sobrevenido, externo al deudor, imprevisible e inevitable, las partes tienen la obligación de renegociar el contrato de buena fe, para restablecer el equilibrio contractual roto. El fundamento de esta obligación está en el artículo 1160 del Código Civil, antes citado, que establece el principio de la buena fe contractual y extiende los efectos del contrato a las consecuencias razonables no expresadas en el mismo; RODNER S., James Otis. «La teoría de la imprevisión (dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad)», *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo xxi. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 401-449.



requerirse la intervención judicial<sup>35</sup>.

“La teoría de la imprevisión, así como estas circunstancias excepcionales que afectan a la economía, tienen la virtud de hacer posible la revisión y modificación del contenido de la obligación, cuando una excesiva onerosidad sobrevinida, después de nacida la obligación, haga inviable su cumplimiento de la forma originalmente concebida. Aunque en el derecho civil contemporáneo de los contratos, la revisión de las obligaciones contractuales podría abarcar su reducción, así como la modificación de su objeto y demás condiciones económicas, mediante acuerdo de las partes o con intervención del juez competente”<sup>36</sup>

Es importante destacar, según indicamos, que de existir ya la pandemia, previamente a la celebración del contrato en cuestión, no procede la presente figura porque precisa necesariamente que el suceso imprevisto sea necesariamente sobrevinido.

Las particularidades de la situación venezolana complican más la procedencia de la teoría de la imprevisión<sup>37</sup>, que no está expresamente consagrada en el ordenamiento venezolano. Se discute la posibilidad de preverla contractualmente como manifestación de la autonomía de la voluntad: para algunos es inconsecuente prever algo por esencia imprevisible<sup>38</sup>. Otros no descartan la inclusión de cláusulas relativas a la excesiva onerosidad<sup>39</sup>. De nuestra parte, consideramos que la inclusión de una cláusula que disponga la improcedencia absoluta de la teoría de la imprevisión, podría lindar en “abusiva”, dados los efectos en juego<sup>40</sup>.

### 3.3. Teoría de los riesgos<sup>41</sup>

La teoría de los riesgos según la cual, a falta de previsión legislativa, la doctrina se pregunta quien asume los riesgos en caso de imposibilidad de cumplimiento en los contratos

35 Véase: COVA ARRIA, Luis. “El uso de la teoría de la imprevisión o de la cláusula “rebus sic stantibus” (las cosas quedan como están), en los contratos marítimos, por causa del covid-19, conforme a la ley de comercio marítimo”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 473. La parte a quien incumbe la ejecución de una prestación, nacida de un contrato de utilización del buque, la cual se le ha hecho más onerosa, por causa de la pandemia global del coronavirus, circunstancia sobrevinida, no existente a la fecha de su celebración, podría pedir la resolución del mismo, o, una reducción de su prestación o, una modificación de sus modalidades de ejecución. Véase a favor de la acción resolución: LUPINI BIANCHI, Luciano. «Notas sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho Civil», *Homenaje a Aníbal Domínicí*, Ediciones Liber. I. de Valera y J. G. Salaverría, coords. s/l, 2008, pp. 307 y 308; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. “La teoría de la imprevisión en el derecho privado; la crisis económica como supuestos de revisión del contrato”, *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*. Colección Centenario, Caracas 2015, T. IV, p.2431; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 196-199. Véase contrario a la acción de resolución e intervención del juez, respectivamente: RODNER S., James Otis. «La teoría de la imprevisión (dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad)», *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo xxi. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, ACIENPOL, Caracas, 2005, p. 432. La «resolución» por imprevisión solo procedería en caso de que esté expresamente previsto en la ley, lo que no ocurre en Venezuela; ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, pp. 442 y 444. La teoría de la imprevisión tiene muchos partidarios en Venezuela, pero todavía no se ha impuesto, salvo en ciertos campos específicos, porque nuestro ordenamiento jurídico tiende a privilegiar lo convenido sobre lo no acordado.

36 RUAN SANTOS, Gabriel. “Notas sobre los efectos de la pandemia en las obligaciones tributarias”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, p. 519, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

37 Véase: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 441. En los casos en que estos problemas complican el cumplimiento, sin impedirlo, ¿cómo medir la mayor dificultad u onerosidad? Si no hay parámetros contractuales, esta medición es subjetiva, y se presta a la arbitrariedad. En un país como el nuestro, existe el inconveniente adicional, para realizar esta medición, de la escasez e hiperinflación preexistentes a la pandemia; MÉLICH ORSINI, José. “La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva”, *Revista de Derecho la Universidad Católica Andrés Bello* N° 54, 1999, p. 80. La recepción de la teoría de la imprevisión se hace temeraria en un Estado que no posea absoluta confianza en la idoneidad técnica y corrección moral de los integrantes de su poder Judicial.

38 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 199 y 200.

39 Véase: PINTO OLIVEROS, Sheraldine. “Contrato plurilateral, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista”, ob. cit., pp. 715 y 716.

40 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p. 200.

41 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 605-610. Véase también recientemente: ANNICCHIARICO, José. “El riesgo del contrato”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, T. I, pp. 427-475, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

*bilaterales*, pues a los unilaterales, ya nos referimos a propósito de la causa extraña no imputable en que el riesgo en principio lo asume el acreedor (art. 1344 CC). Se admite que en los contratos bilaterales caracterizados por obligaciones recíprocas, al no poder cumplir una parte en razón de una causa extraña no imputable, mal puede pretender exigir a su vez la obligación<sup>42</sup>, por lo que la otra parte queda igualmente liberada y la relación obligatoria se extingue, corriendo cada parte con su propio riesgo. Ciertamente, de mediar prestaciones cumplidas por una parte, podrá presentarse un efecto restitutorio, porque lo contrario propiciaría un enriquecimiento en perjuicio del otro<sup>43</sup>. Por ejemplo, si se pagó el precio anticipado de algún producto que no pudo entregarse en el tiempo esencial necesario en razón del coronavirus, pues la obligación se extingue, pero debe restituirse lo pagado, no existiendo nada que reclamar entre las partes.

En los contratos bilaterales de obligaciones recíprocas, de tracto sucesivo, la imposibilidad generaría una suerte de suspensión. Por ejemplo, una guardería que no puede ofrecer el servicio de cuidado por el covid-19 mal puede pretender el pago respectivo. Porque se trata de un servicio que no puede ser suplido por internet como sí ha acontecido en el caso de algunos establecimientos educativos. De tal suerte, que la causa extraña según indicamos podría tener un simple efecto suspensivo. También se aprecia una norma especial en materia de contrato bilateral de arrendamiento, en el artículo 1588 del CC<sup>44</sup>.

Se refiere a propósito del riesgo una norma especial en los contratos bilaterales traslativos de la propiedad (principio *res perit domino*), a saber, la cosa perece para su dueño, referida en el artículo 1161 CC: “En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado”. Significa que si la cosa perece en manos del transmitente, igualmente el adquirente está obligado a pagar y soportar la pérdida de la cosa pues ya es su dueño con el puro consentimiento. Existen algunas excepciones a dicha norma que consagra el principio del consensualismo en materia de transmisión de la propiedad, como es el caso de la compraventa de cosas genéricas, las cuales deben ser determinadas para que se perfeccionen el contrato<sup>45</sup>.

### 3.4 Buena fe<sup>46</sup>

Algunos de las figuras referidas (causa extraña no imputable o teoría de la imprevisión) precisan ciertas condiciones de procedencia tales como el carácter sobrevenido del evento, que en el caso del covid-19 haría inaplicable los institutos. Entonces, pareciera, que resurge ante la pandemia, un principio con base normativa, que ha de regir la conducta de las partes en toda la fase contractual, inclusive, la fase previa y posterior al contrato<sup>47</sup>. Nos referimos a

---

42 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.607.

43 Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p. 608.

44 “Si durante el arrendamiento perece totalmente la cosa arrendada, queda resuelto el contrato. Si se destruye sólo en parte, el arrendatario puede, según las circunstancias, pedir la resolución del contrato o disminución del precio. En ninguno de los dos casos se debe indemnización, si la cosa ha perecido por caso fortuito”.

45 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp.609 y 610; Pérez Fernández, Carlos; Domínguez Guillén, María C.. “Consensualismo y propiedad”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 14, 2020, pp. 227-279, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

46 Véanse nuestros trabajos: “Pandemia: al rescate de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, pp. 378-385, <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>; “Buena fe y relación obligatoria”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 17-80, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

47 Pinto Oliveros, Sheraldine. «Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas precontractuales», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-i (Edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén). Caracas, 2018, p. 419, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve), la buena fe en sentido objetivo se refiere a un patrón o regla de conducta correcta y leal de los sujetos que presiden las distintas etapas del contrato, incluyendo la fase precontractual.

la “buena fe”, concepto que superando su contenido ético se impone como un efectivo deber de conducta que implica tratar a la otra parte con lealtad y rectitud, colocándolos en el lugar del otro a los fines de la justa ejecución del contrato.

El artículo 1160 del CC venezolano dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”. La doctrina ha referido la trascendencia de tal norma en la efectiva ejecución contractual<sup>48</sup>.

La compleja situación venezolana, aunada al coronavirus, precisa de un principio que impere en todo momento y no ante circunstancias excepcionales. De allí que hemos referido que la buena fe debe necesariamente estar presente en lo sucesivo en los contratos, mientras el covid-19 dure y después de él. Muchos son las relaciones jurídicas que hemos visto que en la práctica han perdido de vista el deber de lealtad, equidad y consideración que impone el principio de buena fe. Y así por ejemplo, es enteramente contrario a tal principio, el vendedor que pretende un precio o ganancia desproporcionada en perjuicio del consumidor o el prestador de un servicio continuo que pretende cobrar sin ofrecer servicio alguno (dada la suspensión por la pandemia). Ellos y muchos tantos, deben adaptar la relación contractual a las nuevas circunstancias, sin pretender mayores beneficios a su favor. De tal suerte que creemos que la buena fe ha de imponerse en lo sucesivo como guía en la resolución de muchos tópicos contractuales y de obligaciones. No cabe, aprovecharse del otro, según tuvimos ocasión de indicar, lo cual tiene sólido apoyo jurídico con base al principio de la buena fe.

Creemos así que no vale sacar lo peor de sí porque la pandemia, la hiperinflación y la escasez impongan al habitante de Venezuela una situación particularmente difícil. La pandemia, como muchas otras, pasará de seguro mucho más rápido que los otros males. El Derecho Civil es el que domina la vida diaria, rige incluso sin salir de casa -desde la que celebramos múltiples contratos- por lo que la relación obligatoria nos acompañará por mucho tiempo. Esperemos que en dicho tránsito la buena fe como norma objetiva de conducta oriente la interpretación y el quehacer de acreedores y deudores. Y que, en definitiva, la pandemia pase y la buena fe subsista siempre como regla reguladora que se impone en el hombre correcto, ya sea deudor o acreedor, permitiéndonos no propinar al otro lo que no queremos para nosotros.<sup>49</sup>

Durante la actual emergencia la buena fe no es una simple norma de la cual derivan diversas obligaciones, sino que asume el carácter de un principio jurídico fundamental, que informa la totalidad del ordenamiento jurídico, y aflora expresamente en múltiples y diferentes

48 Véase entre otros: GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac. “Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos «paradigmáticos» y nuevas dimensiones”, *Derecho y sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* N° 12, UMA, Caracas, Noviembre 2016, pp. 167-206, <http://www.derysoc.com>; RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo: “La buena fe en la ejecución del contrato”, *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje N° 14, Tribunal Supremo de Justicia, F. Parra Aranguren (editor), Caracas, 2004, Vol. II, pp. 415-454; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. “Buena fe y relación obligatoria”, *RVLJ* N° 11, 2018, pp. 17-80.

49 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. “Pandemia: al rescate de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12bis Extraordinario, *La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, 2020, p. 385. Véase también: CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, UMA, 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3>. “La irradiación del Coronavirus también ha incidido en las relaciones jurídicas, pues habrá muchos contratos en los cuales, una o ambas partes, no podrán cumplir sus obligaciones. Y habrá otros en los cuales alguna de las partes se aprovechará de esta situación para sostener que no pudo cumplir sus obligaciones, incluso de mala fe. En algunos de esos contratos, las partes podrán renegociar, pues el interés de ambas implicará que las obligaciones puedan ser diferidas en el tiempo y, en otros, ya no tendrá sentido para las partes que las obligaciones sean cumplidas de manera diferida. Esto ocurrirá en los contratos con obligaciones a término esencial, por ejemplo” (destacado nuestro).

normas, aunque no siempre se le mencione en forma expresa. “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Ello lleva implícita la plena conciencia de no engañar, ni perjudicar, ni dañar, así como también la buena disposición tendiente a que las obligaciones contractuales se cumplan normalmente<sup>50</sup>.

La buena fe se suele colocar como fundamento de algunas figuras en materia de Obligaciones como la imprevisión o la indexación (corrección monetaria)<sup>51</sup>. Pero ciertamente, siempre ha de estar presente entre las partes y en muchas relaciones jurídicas, para evitar costosos litigios innecesarios en beneficio de la paz social.

Y así por ejemplo, la doctrina, indica atinadamente que el deber del acreedor de mitigación del daño, debe igualmente derivar de la buena fe, y en particular del deber de lealtad<sup>52</sup>. Y es que debe insistirse que la buena fe arroja la fase previa y posterior al contrato<sup>53</sup>. En tiempos de pandemia, en lugar de aflorar el abuso y la desproporción, debe imperar la lealtad, la cooperación y la equidad con base a la buena fe de las partes.

En la actual emergencia, la buena fe contractual aparece como módulo regulador de la conducta de ambas partes, que nos servirá de orientación para evaluar como cada una respondió ante las nuevas y excepcionales circunstancias<sup>54</sup>. La buena fe objetiva como patrón de conducta se impone en tiempos de pandemia, a tono con los valores constitucionales<sup>55</sup>. En este duro período deben evitarse los comportamientos oportunistas y ha de imponerse el deber de cooperación entre las partes<sup>56</sup>.

---

50 LIVELLARA, Carlos Alberto: “La buena fe contractual en tiempos de pandemia por el COVID-19 (Coronavirus)”, *Revista de Derecho Laboral actualidad*, Suplemento digital. El impacto del coronavirus en las relaciones laborales, N° 3, Directores José Daniel Machado y César Arese/Coord. DIEGO GUIRADO, Rubinzal Culzoni Editores, 28 de abril de 2020, p. 45, [https://www.juschubut.gov.ar/images/Dossier\\_Laboral\\_3.pdf](https://www.juschubut.gov.ar/images/Dossier_Laboral_3.pdf).

51 Véase: Domínguez Guillén, María C.. “Buena fe y relación obligatoria”, *RVLJ* N° 11, 2018, pp. 63 y 64; URDANETA FONTIVEROS, Enrique. “Consideraciones generales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho comparado”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p.423. No se compadece con la buena fe en sentido objetivo (correttezza) que preside la ejecución de los contratos que la dificultad sobrevenida que torne excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato sea imputable a la persona que reclama un ajuste de las prestaciones surgidas del contrato, o su terminación.

52 PINTO OLIVEROS, Sheraldine. “Contrato plurilateral, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista”, *RVLJ* N° 13, 2020, p. 727; URDANETA FONTIVEROS, Enrique. *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño*, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 6 Homenaje a Arturo Torres-Rivero, 2016, pp. 287-405; Annicciarico, José. “La carga del acreedor de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano”, *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, ACIENPOL, Colección Centenario, Caracas, 2015, T. IV, pp. 2675-2698; Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario y Transito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 2-4-12, Exp. FP02-V-2009-001750, <http://cfr.tsj.gob.ve/decisiones/2012/abril/2177-2-FP02-V-2009-001750-PJ0192012000066.html>. El juez puede y debe acordar una reducción de la indemnización a cargo del causante de la lesión pues un elemental respeto al principio de buena fe exige que la víctima no se aproveche del perjuicio agravando la responsabilidad del demandado.

53 Véase: PINTO OLIVEROS, Sheraldine. “Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas contractuales”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-I edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 315-329, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

54 LIVELLARA, Carlos Alberto. “La buena fe contractual en tiempos de pandemia por el COVID-19 (Coronavirus)”, *Revista de Derecho Laboral actualidad*, Suplemento digital. El impacto del coronavirus en las relaciones laborales, N° 3, 2020, p. 47.

55 Véase: do RÉGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison. “Contratos em tempos de pandemia: descumprimento e força maior”, *Atualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, 2020, p. 299. “Enfim, a administração dos efeitos devastadores da crise mundial impõe pauta que tome a alteridade como chave da resolução de problemas, conforme os influxos da boa-fé objetiva, expressão da solidariedade constitucional”; EHRHARDT, Marcos. “Breves considerações sobre os impactos da pandemia do Coronavirus nas relações privadas”, *Atualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, 2020, p. 265. “Teremos de construir respostas para os novos desafios que se tornaram parte do nosso cotidiano, tendo como ponto de partida uma ética de alteridade e respeito aos valores constitucionais que colocam a pessoa humana no centro de nossas preocupações”.

56 PIANOVSK, Carlos. “A crise do COVID-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas”, *Atualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, 2020, p. 392. Se, de um lado, é necessário rechaçar eventuais comportamentos oportunistas do devedor, não se pode olvidar que, em casos nos quais os efeitos extraordinários da pandemia efetivamente repercutem sobre o vínculo contratual, a boa-fé exige do credor comportamentos de cooperação.



### 3.5 Otras figuras

Podemos pasearnos por otras tantas figuras del Derecho de Obligaciones que pudieran entrar eventualmente en juego ante el covid-19.

Entre ellas cabe citar las cláusulas convencionales de responsabilidad<sup>57</sup> que servirían para regular los efectos de la pandemia mediante la autonomía de la voluntad<sup>58</sup>, siempre teniendo por norte el evitar las cláusulas abusivas contrarias a la buena fe.

El tema de la responsabilidad civil contractual en caso de incumplimiento, ciertamente encontrará aplicación si no logran entrar en juego algunas de las figuras referidas *supra* que tienden a suprimir o mitigar la responsabilidad contractual, pues si el deudor incurre en un daño culposamente está obligado a repararlo<sup>59</sup>.

A propósito del tema de la “mora” o retraso culposo en el cumplimiento de las obligaciones, el covid-19 generó en Venezuela una interesante figura de poca incidencia práctica, a saber, la “moratoria” en materia de arrendamiento de viviendas, toda vez que por disposición normativa, a los arrendatarios no les era exigible el cobro del alquiler en los primeros meses de la pandemia, siendo el caso ejemplo de improcedencia de la mora por decisión de la autoridad<sup>60</sup>.

La particular necesidad de una de las partes de la relación obligatoria de sustraerse o liberarse de la misma -dado el cambio de circunstancias generado por la pandemia- entrando un tercero en su lugar, bajo los requisitos correspondientes, nos colocaría en el tema de la “transmisión de las obligaciones”<sup>61</sup>.

---

57 Según indicamos mediante la regulación convencional de la responsabilidad las partes pueden pactar por efecto de la autonomía de la voluntad los efectos de la responsabilidad civil dentro de los límites del orden público. En tales se ubican las cláusulas de exoneración, de agravación o limitación de la responsabilidad. podrían incluirse perfectamente, previsiones con relación a eventos como la pandemia. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 291-303.

58 Véase: PINTO OLIVEROS, Sheraldine. “Contrato plurilateral, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, T. II, p. 722. Se afirma que una de las finalidades de la cláusula de fuerza mayor es definir los efectos en el contrato del acaecimiento de los hechos o eventos que conforme a dicho contrato constituyen fuerza mayor...en la práctica, las partes frecuentemente regulan la exoneración de la responsabilidad, la vigencia del contrato y el deber de mitigación.

59 Además de la responsabilidad civil que puede generarse como consecuencia natural del incumplimiento contractual durante la pandemia, véase también: ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, ACIENPOL/EJV, 2020, p. 444. El autor quien no es partidario de la teoría de la imprevisión en el ordenamiento venezolano, reseña la imposibilidad de intervención judicial ante la negativa de renegociar el contrato. Para el autor si las dos partes negociaron de buena fe, pero en vano, una reforma contractual, no existe una solución legal eficaz a la mayor dificultad u onerosidad. No creemos que sea posible, jurídicamente hablando, pedirle a un juez que modifique el contrato, pues esto es incompatible con los artículos 1159, 1264, 1171 y 1172, antes citados. Además, en un país como Venezuela, con un poder judicial tan cuestionado, puede ser peor el remedio que la enfermedad. La renegociación sólo termina siendo útil, para el deudor cuyo cumplimiento se complicó, en las siguientes hipótesis: (i) ambas partes logran un acuerdo, que alivie la situación del obligado; o (ii) no lográndose tal acuerdo, el deudor puede probar que el acreedor actuó de mala fe en las negociaciones, incurriendo en responsabilidad civil.

60 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “Pandemia: al rescate de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12bis Extraordinario, *La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, 2020, pp. 282 y 383. Otro aspecto de interés ha sido la “moratoria” por seis meses que el Ejecutivo consideró a favor de los arrendatarios de inmuebles (Decreto N° 4.169, Gaceta Oficial N° 6.522 Extraordinario de 22-3-20). Su artículo 1 indica: “Se suspende hasta el 1° de septiembre de 2020 el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal, a fin de aliviar la situación económica de los arrendatarios y arrendatarias por efecto de la pandemia mundial del coronavirus COVID-19. En el plazo previsto en este artículo no resultará exigible al arrendatario o arrendataria el pago de los cánones de arrendamiento que correspondan, ni los cánones vencidos a la fecha aún no pagados, ni otros conceptos pecuniarios acordados en los respectivos contratos de arrendamiento inmobiliario”. Vale recordar que la moratoria -que tuvo antecedentes en materia de pago de préstamos hipotecarios de vivienda en el terremoto de Caracas de 1967- no significa quita ni perdón de deuda, sino simplemente, el no considerarse -por disposición legal- en mora, a quien no pague dentro de cierto período. El asunto ha causado críticas en una economía de hiperinflación como la que nos golpea. Esto en razón de que la corrección monetaria o indexación acontece en caso de mora, a tenor de la interpretación del artículo 1737 del Código Civil, por lo que las cantidades adeudadas durante la moratoria en virtud de la disposición del Ejecutivo, no estarían sujetas a indexación o corrección monetaria, porque técnicamente no existe mora”; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.: Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.223.

61 Porque una de las partes - con ocasión del cambio de circunstancias que le propicia el coronavirus- sustraerse de su posición contractual en la relación obligatoria, y pueda sustituirse por un tercero ajeno a la relación original, distinguiéndose las modalidades de cesión de créditos, asunción de deuda y cesión de contrato. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 304-320.



También se ha paseado la doctrina venezolana por el impacto del covid-19 en el contrato de seguro por interrupción de los negocios<sup>62</sup>, así como por el contrato de seguro de vida, considerando si el contagio culposo de covid-19 podría lindar con el suicidio a los efectos de la pérdida de la respectiva indemnización<sup>63</sup>.

Rodner Smith refiere que el covid-19 podría aparejar, entre otros, problemas o alegatos asociados a los vicios del consentimiento, particularmente al “error” que constituye una falsa apreciación de la realidad<sup>64</sup>.

Igualmente pudiera la pandemia encontrar vigencia más allá de la esfera del contrato, pues recordemos que éste no es la única fuente de las Obligaciones. Y así, bien podría entrar en juego la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito (1185 CC)<sup>65</sup>, pues todo el que ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo, lo que incluye la transmisión culpable del virus por no adoptar las medidas necesarias. La responsabilidad civil médica contractual o extracontractual es igualmente tema latente en todo caso, y en particular, en estos tiempos de pandemia, en que vale recordar los derechos del paciente<sup>66</sup>. La referida “causa extraña no imputable” también encuentra aplicación en la esfera extracontractual<sup>67</sup>.

Así mismo, no es descartable que entren en escena eventualmente otras fuentes de las Obligaciones como los cuasicontratos, por ejemplo, la “gestión de negocios” en el caso de imposibilidad de un sujeto afectado por la pandemia para asumir sus asuntos, y que alguien generalmente por sentido de solidaridad, asuma sin el consentimiento de aquel, algún negocio o asunto<sup>68</sup>.

Finalmente, los modos de extinción de las obligaciones (pago, prescripción, dación en pago, novación, etc.), también constituyen tema vital de la materia, dado el carácter necesariamente transitorio de la relación obligatoria<sup>69</sup>. Ello pues a diferencia de los derechos reales que tienen vocación permanente, la relación obligatoria por naturaleza es pasajera o

62 Véase: Cruz Suárez, Andrea. “El seguro contra la interrupción de los negocios en el marco de la pandemia del covid 19”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 4*, Sovedem, 2020, T, II, pp. 483-503, [www.sovedem.com](http://www.sovedem.com), especialmente p. 501. Luego del virus SARS en 2003, muchas Aseguradoras suelen excluir virus y enfermedades como causas de interrupción del negocio que sean objeto de la cobertura. La interrupción incluye problemas con la emisión de licencias para operar, acceso a internet, falla de transporte, contaminación ambiental.

63 Yannuzzi, Salvador. “¿Será posible cometer un fraude con el covid-19?”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 451-462, especialmente, p. 461, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve). Si el asegurador tuviese dudas sobre la procedencia del siniestro por considerar que existen elementos que permitan incertidumbre sobre la manera del contagio y el subsecuente fallecimiento, negaría el pago de la indemnización y le correspondería comprobar la intencionalidad del asegurado, lo que se haría mediante prueba indirecta. Por otra parte, si el asegurador no se percatara del hecho del contagio voluntario por parte del asegurado y pagare la indemnización prevista en el contrato, estaríamos en presencia de un fraude cometido con el COVID-19. Véase también sobre el contrato de seguro: De Oliveira Martins, María Inés: “Contrato de seguro e pandemia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, pp. 560-567, <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>.

64 Véase: Rodner Smith, James Otis. “El mundo del Derecho y de la Economía postcovid-19”, *Presentación de la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 13* Edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 16 de julio de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=isFVrq7hDPY>. También alude a la “lesión” o rescisión por lesión enorme. Igualmente refiere que habrá de admitirse la revisión al margen de la imprevisión del evento. También cree que la prescripción y la caducidad podrán afectarse por el covid-19. Finalmente, considera que las obligaciones de dinero podrán verse afectadas, y nos veremos obligados a trabajar en monedas diversas.

65 “El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”. La norma en su primera parte consagra la responsabilidad civil por hecho ilícito, en la cual puede incurrir aquella persona que por no tomar las medidas sanitarias pertinentes contagie a un tercero.

66 Véase: Cровi, Luis Daniel. “La dignidad de los pacientes en tiempos de pandemia”, *La Ley*, LXXXIV N° 93, miércoles 20 de mayo de 2020, Tomo La Ley 2020-C, pp. 1-5; Domínguez Guillén, María C.. “Derechos del paciente y responsabilidad civil médica (Venezuela)”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 8*, IDIBE, Valencia/España, Feb. 2018, pp. 328-372, <http://idibe.org/>.

67 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.648.

68 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 611-617.

69 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 349-467; Domínguez Guillén, María C.. “Temporalidad y extinción de la relación obligatoria”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 8* Edición Homenaje a Jurista Españoles en Venezuela, 2017, pp. 315-353.

efímera: la obligación está destinada a extinguirse<sup>70</sup>. Por lo que en la larga vida subsistente del virus, las relaciones obligatorias seguirán extinguiéndose, aunque algunos apunten a que es probable que el coronavirus subsista permanentemente entre nosotros y tengamos que aprender a convivir con él.

Pero adherimos al deseo que el virus comparta con la relación obligatoria su carácter transitorio y pasajero.

En fin, muchas serían las aristas que la pandemia podría desplegar en el Derecho de las Obligaciones, pues la relación obligatoria forma parte necesaria de la vida cotidiana de la que ya también parece que hacer vida el coronavirus.

#### **4 A MANERA DE CONCLUSIÓN**

El Derecho de las Obligaciones, rama vital del Derecho Civil Patrimonial, constituye una de las materias más afectadas por el covid-19. Muchas son las figuras de la asignatura en sede contractual (fuente primaria de las Obligaciones) o extracontractual que entran en juego ante la pandemia. Siendo clásicas por ejemplo, la causa extraña no imputable, así como la teoría de la imprevisión cuando se aprecia el virus como circunstancia sobrevenida que imposibilita o también dificulta el cumplimiento del contrato, respectivamente. Así mismo, ya en conocimiento pleno del coronavirus, las partes necesariamente han de guiarse en la ejecución del contrato por el principio básico de la buena fe, atendiendo al deber de lealtad y cooperación, que impone colocarse en la posición del otro.

De tal suerte que, muchos serán los temas del Derecho de Obligaciones que entraran en vigor con la pandemia, la cual esperamos no tenga el carácter permanente que reviste esta importante área del Derecho. Apenas mostramos un breve panorama de ello a la luz del Derecho venezolano, pero el carácter universal de la asignatura, permite a cada ordenamiento hacer un ejercicio semejante.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Colombia, 1993, T. I.

ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo. "Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos", *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 433-450, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve)

ALFONZO PARADISI, Juan Domingo. "Régimen general del estado de excepción; la modalidad del estado de alarma con ocasión del covid-19 y la causa extraña no imputable", *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 185-220, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

ANNICCHIARICO, José. "El riesgo del contrato", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, T. I, pp. 427-475, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

ANNICCHIARICO, José. "La carga del acreedor de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, ACIENPOL, Colección Centenario, Caracas, 2015, T. IV, pp. 2675-2698.

---

<sup>70</sup> Véase nuestro trabajo: "Entre los derechos reales y los derechos de crédito", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, 2017, pp. 51-81, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo. *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989.

BERNAD MAINAR, Rafael. *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. I y T. III.

BERNAD MAINAR, Rafael. *Contratación Civil en el Derecho Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. I.

COVA ARRIA, Luis. “El uso de la teoría de la imprevisión o de la cláusula “rebus sic stantibus” (las cosas quedan como están), en los contratos marítimos, por causa del covid-19, conforme a la ley de comercio marítimo”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 462-472, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

CROES CAMPBELL, Juan Enrique. *Otro efecto del coronavirus: alegatos de causa extraña no imputable*, Derecho y Sociedad, Universidad Monteávila, marzo 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3/otro-efecto-del-coronavirus-alegatos-de-causa-extrana-no-imputable/>.

CROVI, Luis Daniel. “La dignidad de los pacientes en tiempos de pandemia”, *La Ley*, LXXXIV N° 93, miércoles 20 de mayo de 2020, Tomo La Ley 2020-C, pp. 1-5.

CRUZ SUÁREZ, Andrea. “El seguro contra la interrupción de los negocios en el marco de la pandemia del covid 19”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil N° 4* edición homenaje a Pedro Pablo Aguilar, Sovedem, 2020, T. II, pp. 483-503, [www.sovedem.com](http://www.sovedem.com).

DE OLIVEIRA MARTINS, María Inés: “Contrato de seguro e pandemia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, pp. 560-567, <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>.

DE VITA, Mariana. “Obligaciones in solidum en el Derecho venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 10-II* edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 419-441, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “Pandemia: al rescate de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, pp. 378-385, <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “A propósito de las Obligaciones en la obra de Rodner Smith”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 13* edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, T. I, pp. 55-104, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios N° 2, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (Cenlae), Caracas, 2019.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano”, *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, N° 15, Brasil, set/diez. 2019, pp. 93-136, <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/928>.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. «Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 10, Idibe, Valencia/España, 2019, pp. 52-91, <http://idibe.org>.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. «Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela», *Jurisprudencia Argentina*. N° 13, Buenos Aires, 2018, pp. 12-35.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2018.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “Buena fe y relación obligatoria”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 17-80, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “Derechos del paciente y responsabilidad civil médica (Venezuela)”, *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 8, IDIBE, Valencia/España, Feb. 2018, pp. 328-372, <http://idibe.org/>.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. «Palabras de Presentación del libro *Curso de Derecho Civil iii Obligaciones*», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-III Edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 1021-1025, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) (también en: *Boletín Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 156, 2017, pp. 713-719, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve))

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “Temporalidad y extinción de la relación obligatoria”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 8 Edición Homenaje a Jurista Españoles en Venezuela, 2017, pp. 315-353.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “Entre los derechos reales y los derechos de crédito”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 9, 2017, pp. 51-81, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve)

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7 Edición Homenaje a José Peña Solís, 2016, T. I, pp. 87-123, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve)

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “La causa extraña no imputable”, *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Colección Centenario, ACIENPOL, Caracas, 2015, T, IV, pp. 2785-2812.

DO RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison. “Contratos em tempos de pandemia: descumprimento e força maior”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, pp. 292-299, <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>

EHRHARDT, Marcos. “Breves considerações sobre os impactos da pandemia do Coronavirus nas relações privadas”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12bis Extraordinario, La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, pp. 258-265, <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>

GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac. “Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos «paradigmáticos» y nuevas dimensiones”, *Derecho y sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* N° 12, UMA, Caracas, Noviembre 2016, pp. 167-206, <http://www.derysoc.com>

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. «El régimen de las obligaciones en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1963-1965)», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 69, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988, pp. 323-350.

LAGRANGE, Enrique. “El principio del “commodum repraesentationis”; estudio sobre el artículo 1345 del Código Civil”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Vol. 68, N° 138, 2001, pp. 11-121, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).



LIVELLARA, Carlos Alberto. "La buena fe contractual en tiempos de pandemia por el COVID-19 (Coronavirus)", *Revista de Derecho Laboral actualidad*, Suplemento digital. El impacto del coronavirus en las relaciones laborales, N° 3, Directores José Daniel Machado y César Arese/Coord. Diego Guirado, Rubinzal Culzoni Editores, 28 de abril de 2020, pp. 44-47, [https://www.juschubut.gov.ar/images/Dossier\\_Laboral\\_3.pdf](https://www.juschubut.gov.ar/images/Dossier_Laboral_3.pdf)

LUPINI BIANCHI, Luciano. «Notas sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho Civil», *Homenaje a Aníbal Dominici*, Ediciones Liber. I. de VALERA y J. G. SALAVERRÍA, coords. s/l, 2008, pp. 265-322 (también en: *Estudios de Derecho Privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. 303-351).

MÉLICH ORSINI, José. "La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva", *Revista de Derecho la Universidad Católica Andrés Bello* N° 54, 1999, pp. 55-98.

MIRALLES QUINTERO, Juan Andrés: "Breves comentarios sobre los procedimientos administrativos durante la vigencia del estado de alarma", *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 367-371, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve)

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: "La teoría de la imprevisión en el derecho privado; la crisis económica como supuestos de revisión del contrato", *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Colección Centenario, Caracas 2015, T. IV, pp. 2337-2438.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Carlos; Domínguez Guillén, María C.. "Consensualismo y propiedad", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 14, 2020, pp. 227-279, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

PINTO OLIVEROS, Sheraldine. "Contrato plurilateral, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, T. II, pp. 701-727, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

PINTO OLIVEROS, Sheraldine. "Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas contractuales", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-I edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp.315-329, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

PIANOVSK, Carlos: "A crise do COVID-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12bis Extraordinario, *La experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus (reflexiones de urgencia)*, Coord. G. Carapezza y J.R. De Verda y Beamonte, IDIBE, Valencia/España, 15-5-2020, pp. 286-395. <http://www.revista-aji.com/numero-12-bis/>.

RODNER SMITH, James Otis. "El mundo del Derecho y de la Economía postcovid-19", *Presentación de la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 Edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 16 de julio de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=isFVrq7hDPY>.

RODNER SMITH, James Otis. «La teoría de la imprevisión (dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad)», *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo xxi. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 401-449.

RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio. *Obligaciones*, Librosca, 3. edic., Caracas, 2007.

RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo. "La buena fe en la ejecución del contrato", *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje N° 14, Tribunal Supremo de Justicia, F. Parra Aranguren (editor), Caracas, 2004, Vol. II, pp. 415-454.



RUAN SANTOS, Gabriel. “Notas sobre los efectos de la pandemia en las obligaciones tributarias”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp.513-522, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

URDANETA FONTIVEROS, Enrique. “Consideraciones generales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho comparado”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías/ Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 407- 432, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

URDANETA FONTIVEROS, Enrique. “El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 6 Homenaje a Arturo Torres-Rivero, 2016, pp. 287-405.

YANNUZZI, Salvador: “¿Será posible cometer un fraude con el covid-19?”, *Estudios Jurídicos sobre la pandemia del covid-19 y el Decreto de estado de alarma en Venezuela*, Serie Estudios 123, Coord. Allan R. Brewer-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, pp. 451-462, [www.acienpol.com.ve](http://www.acienpol.com.ve).

# INADIMPLEMENTO CONTRATUAL EM TEMPOS DE COVID-19

**Marcos Bernardes de Mello**

PhD em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Emérito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor Voluntário das Disciplinas Direito Civil (Graduação) e Conceitos Jurídicos Fundamentais (Mestrado) na Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Academia Alagoana de Letras. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Pressupostos teóricos que embasam esta exposição; 2.1 Conceitos fundamentais sobre juridicidade; 2.1.1 O fato jurídico; 2.1.2 Mundo dos fatos e mundo do direito; 2.1.3 Os planos do mundo do direito; 2.2 O desenvolvimento do fenômeno jurídico; 2.2.1 Primeiro degrau: a previsão normativa dos fatos; 2.2.2 Segundo degrau: a concreção do suporte fático suficiente; 2.2.3 Terceiro degrau: a incidência da norma jurídica; 2.2.4 Quarto degrau: passagem pelo plano da validade; 2.2.5 Quinto e último degrau: o plano da eficácia; 2.3 O fato jurídico como conceito fundamental da juridicidade; 2.4 As várias espécies de fatos jurídicos “lato sensu” segundo o elemento cerne do suporte fático; 2.5 A classificação dos fatos jurídicos conforme a licitude; 2.5.1 Ilícitos absolutos e ilícitos relativos; 2.6 Algumas precisões conceptuais necessárias sobre relações jurídicas; 2.6.1 Sobre a classificação das relações jurídicas; 2.6.1.1 Classificação segundo a determinabilidade do sujeito; 2.6.1.2 Classificação segundo o objeto; 2.6.2 Natureza jurídica do inadimplemento de obrigações; 2.6.2.1 Delimitação temática; 2.6.2.2 Obrigação e exigibilidade; 2.6.2.3 Excludentes de ilicitude do inadimplemento; 3 Aplicação desses pressupostos teóricos a situações concretas; 4 Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo já assistiu a mortandades homéricas. Epidemias, guerras e cataclismos naturais e sociais abalaram civilizações, dizimaram cidades, destruíram estados e ceifaram milhões e milhões de vidas. Em nenhum desses episódios, porém, por mais letais que haja sido suas consequências, foram aplicadas medidas sanitárias tão drásticas quanto as que adotaram as Nações visando a enfrentar a COVID-19. Quando da epidemia da gripe espanhola na década de 1910, naturalmente em razão das limitações do conhecimento científico, mais propriamente médico-sanitário, da época, as medidas perfilhadas pelos “Serviços Sanitários” do Rio de Janeiro e São Paulo para evitar a propagação da doença, por exemplo, se restringiram a recomendar a *lavagem de mãos* e que se *evitassem aglomerações*; proibições apenas de funcionamento de escolas noturnas e algumas outras atividades que implicassem reuniões noturnas, como grêmios literários, muito comuns à época, e clubes sociais, além da quarentena imposta aos passageiros de navios que chegavam do exterior. Em nenhum momento, entretanto, salvo aquelas antes mencionadas, houve atos governamentais, como os decretados agora à força da COVID-19, impondo isolamento social obrigatório, com vedação parcial de circulação de pessoas e bens, fechamento de fronteiras internas e internacionais, uso de instrumentos de proteção (máscaras, por exemplo) e proibição de funcionamento de atividades industriais, comerciais, educacionais, esportivas e de lazer.

Sem querer discutir a sua necessidade – que parece, sem dúvida, incontornável - essas medidas de hoje tiveram o condão de criar a impossibilidade de que os agentes econômicos por elas atingidos pudessem continuar a gerar os meios suficientes a preservar a saúde da própria empresa e vivos os empregos a ela relacionados. Mais prejudicados, ainda, são os agentes da chamada economia informal, aos quais faltam as mínimas condições de produzir recursos essenciais à sobrevivência quando se vêem impelidos à inatividade.

Essas consequências no campo da Economia refletem-se na área do Direito, uma vez que afetam as relações jurídicas, prejudicando a efetivação dos direitos e deveres que *enchem* seus conteúdos eficaciais. Este estudo visa a examinar a questão da inadimplência de obrigações decorrente da falta de recursos financeiros para cumpri-las gerada pela paralisação das atividades negociais por ato proibitivo do Poder Público. Com esse objetivo, após a fixação dos pressupostos teóricos desenvolvidos segundo as concepções da teoria dos fatos jurídicos que embasam esta exposição, serão analisadas, especificamente, (a) a natureza jurídica de ato ilícito relativo da inadimplência contratual, (b) as circunstâncias excludentes de ilicitude aplicáveis a esse ato e (c) a aplicação desses conceitos jurídicos às situações jurídicas de inadimplência consequenciais das medidas governamentais relativas à COVID-19.

## 2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS QUE EMBASAM ESTA EXPOSIÇÃO

### 2.1 Conceitos fundamentais sobre juridicidade

#### 2.1.1 O fato jurídico

Lê-se em Pontes de Miranda<sup>1</sup>: “2. FATOS. - Quando se fala em fatos alude-se a algo que ocorreu, ou ocorre, ou vai ocorrer. O mundo mesmo em que vemos acontecerem

---

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. I. Atualizado por MARTINS COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 1,2. – Um esclarecimento necessário: nas citações do *Tratado de Direito Privado*, e de nossos *Teoria do fato jurídico*, planos da existência, da validade e da eficácia, serão indicados os parágrafos em que as obras são divididas, considerando que são invariáveis nas diversas edições publicadas.

os fatos é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar”. Conforme essa concepção, aprendi com Lourival Vilanova que fatos ou são *eventos* (=fatos da natureza, mesmo quando digam respeito ao homem) e *conduta* (= ações humanas volitivas ou avolitivas). A partir dessa concepção de mundo é forçoso reconhecer que nele ocorrem fatos que trazem em si a possibilidade de interferirem no relacionamento entre as pessoas causando conflitos de interesses. Em face disso, se a comunidade jurídica<sup>2</sup> os considera relevantes para a manutenção da harmonia no ambiente social, passa a regulá-los por meio de normas de conduta que ditam o comportamento que devem adotar as pessoas no relacionamento intersubjetivo quando por eles afetadas (=normas jurídicas), além de lhes imputar consequências no meio social (=eficácia jurídica). Esses fatos passam, então, a constituir hipóteses (=suportes fáticos) que, sempre que se concretizam no mundo recebem, invariavelmente, a *incidência* das normas jurídicas que os regulam e se revestem da qualificação jurídica: são os fatos jurídicos. Há outros que, diferentemente, não têm essa relevância para a convivência harmônica em sociedade e, por isso, *não são regulados por normas do Direito*; são, do ponto de vista jurídico, apenas e simplesmente fatos.

### 2.1.2 Mundo dos fatos e mundo do direito

Diante da evidência dessa diferença axiológica entre os fatos, o notável Mestre, criou um novo paradigma para explicar, com rigor lógico e científico, o fenômeno jurídico: dividiu o conjunto de todos os fatos (= mundo geral, digamos) em dois *subconjuntos* a que denominou *mundo dos fatos*, composto pelos fatos juridicamente irrelevantes, e *mundo do direito* ambiente integrado, exclusivamente, por fatos jurídicos e onde se desenrola, em sua integralidade, o fenômeno jurídico<sup>3</sup>.

### 2.1.3 Os planos do mundo do direito

Considerando as vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, Pontes de Miranda dividiu o mundo jurídico em três planos: (a) da existência, onde entram todos os fatos juridicizados, mesmo nulos ou ineficazes; (b) da validade, por onde os atos jurídicos lícitos passam e são avaliados na sua perfeição para que tenham entrada, definitiva (os válidos) ou temporária (os anuláveis e os nulos putativos), ou negada (os nulos) no (c) plano da eficácia onde *poderão* produzir os efeitos jurídicos que lhes são próprios conforme imputados pelo ordenamento jurídico (embora a eficácia seja o fim último do fato jurídico, pode, eventualmente, não ocorrer).

## 2.2 O desenvolvimento do fenômeno jurídico

O fenômeno jurídico, na dimensão dogmática do Direito, se desenvolve em etapas, sistematicamente ordenadas como degraus de uma escadaria que os *fatos* precisam galgar (o que nem todos conseguem), começando por serem objetos de *previsão normativa* (=

---

2 A expressão *comunidade jurídica* é aqui empregada para designar o grupo humano, organizado social e politicamente, a quem a ordem internacional reconhece poder autônomo para ditar suas próprias normas de conduta de caráter obrigatório (= normas jurídicas). Portanto, é usado no mesmo sentido de *estado soberano* ou outras entidades nacionais que, embora não sejam consideradas estados em sentido próprio, tenham reconhecida autonomia política (Autoridade Palestina, p. ex.). Em estado federal, como o Brasil, o poder de dizer o direito é da União, devolvendo esta às unidades intraestatais rígidas que o integram, como os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, o poder de editar normas jurídicas que lhe cabe.

3 Para exame pormenorizado da fenomenologia da juridicização, vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

suporte fáctico) e terminando no ápice da subida: o plano da eficácia, onde *poderá* ocorrer a *geração da eficácia jurídica* que lhe seja atribuída. Explica-se sinteticamente:

### 2.2.1 Primeiro degrau: a previsão normativa dos fatos

Conforme mencionado antes, a norma jurídica é instrumento através do qual os fatos da vida valorados como relevantes para a harmonia social são erigidos à categoria de fato jurídico, vale dizer: são *qualificados* como jurídicos e lhe são *imputadas* consequências jurídicas que poderá produzir (=eficácia jurídica). Assim a norma jurídica é que delimita o mundo jurídico ao definir o que é jurídico, diferenciando-o daquilo que é considerado sem importância jurídica. Essa a *função classificadora da norma jurídica* em fatos jurídicos e fatos não jurídicos, a que se refere Pontes de Miranda.

A norma jurídica, portanto, configura uma proposição linguística composta por um *descriptor*, em que define um suporte fáctico (=fatos considerados relevantes que constituirão o fato jurídico) e um *prescritor* em que são estatuídas quais consequências jurídicas ele poderá gerar<sup>4</sup>. Disso fica evidente que sem norma jurídica não há fato jurídico e se não há fato jurídico não existe juridicidade. Por isso, a previsão normativa dos fatos constitui o degrau inicial da fenomenologia da juridicização. Mas, é importante que se tenha consciência de que sem a *concreção, no mundo dos fatos, dos elementos do suporte fáctico* a norma será tão somente a proposição linguística que prevê uma hipótese sem qualquer importância jurídica porque sozinha não cria qualquer situação jurídica.

### 2.2.2 Segundo degrau: a concreção do suporte fáctico suficiente

A concreção do suporte fáctico suficiente, que supõe a materialização no plano da realidade de todos os elementos descritos na norma, sem exceção constitui pressuposto essencial para que se dê a *incidência* da norma jurídica. Por isso, a ausência de qualquer deles implica não haver suporte fáctico, simplesmente<sup>5</sup>. Há suporte fáctico *deficiente* quando algum dos elementos do *suporte fáctico suficiente* padece de defeito invalidante, como *e.g.* incapacidade do agente, impossibilidade do objeto, vontade viciada. Mas, a *deficiência* supõe, necessariamente, a *suficiência*.

### 2.2.3 Terceiro degrau: a incidência da norma jurídica

A *incidência da norma jurídica* que ocorre, incondicionalmente, quando materializado o suporte fáctico; tem a função de juridicizar a parte relevante do suporte fáctico, criando o fato jurídico e o fazendo adentrar ao mundo jurídico. Nesse degrau se inicia o desenrolar do fenômeno jurídico na dimensão dogmática do Direito, de modo que a partir daí, e somente daí, existe a juridicidade *stricto sensu*. Antes, tudo se passa no mundo dos fatos, desde a concreção do suporte fáctico à incidência da norma, inclusive. Anote-se, porém, que a incidência não tem materialidade; ocorre em plano lógico e se dá fatalmente, de modo que não é passível de não ocorrer. Sobrevém sempre que o suporte fáctico se concretiza (=incondicionalidade<sup>6</sup>), seja qual for o grau de indeterminação de sua descrição normativa.

---

4 Essa estrutura vista conforme a Lógica tradicional, ao *antecedente* corresponde o *descriptor* e ao *consequente* o *prescritor*.

5 É absolutamente inadequado dizer-se *suporte fáctico insuficiente* para aludir àquele a que faltou um ou mais elementos. Essa espécie não existe.

6 Sobre as características da incidência, *vide* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, §16.



Independe, por isso, de qualquer ato humano, de maneira que tampouco se condiciona a que norma jurídica seja aplicada, corretamente ou não. A função do aplicador consiste em interpretar o sentido da norma e valorar os fatos para constatar se houve, ou não, a incidência. A correta aplicação da norma implica sua efetiva realização no meio social; a incorreta infringe a norma. Porque é atividade humana, se passa, exclusivamente, na dimensão sociológica do Direito. Sua dependência de conduta humana acarreta a possibilidade irremovível de haver erro, intencional ou não. Daí os remédios para corrigi-los, como a ação rescisória e a revisão penal. Mas o erro que houver, persista ou não no mundo, em nada afeta a *veracidade* da incidência, que continua íntegra, nem a validade da norma. A vontade humana não tem poder para alterar a realidade dos fatos que ocorreram, nem lhes negar a existência, tampouco de *mudar* o comando da norma. Pode-se até querer e agir nesse sentido, mas, será tentativa inútil. A definitividade que caracteriza o passado é imutável.

#### 2.2.4 Quarto degrau: passagem pelo plano da validade

Já no plano da existência do mundo do direito, os fatos jurídicos lícitos em que o elemento volitivo constitui o cerne do seu suporte fático passam ao plano da validade, onde serão avaliados em sua perfeição (=se o suporte fático não contém deficiência) quanto: (i) aos sujeitos que os praticaram, se são capazes ou não; (ii) à vontade manifestada, se está conforme com o direito e se não está contaminada por defeitos invalidantes (=se é hígida); (iii) ao objeto, se é lícito, moral, possível e determinável, ao menos; (iv) à forma que tenha sido utilizada para expressá-la, se é a legalmente adequada, portanto, para se verificar se são válidos, nulos simplesmente, nulos putativos ou anuláveis. Os nulos, simplesmente, daqui não passam.

#### 2.2.5 Quinto e último degrau: o plano da eficácia

Os válidos, os nulos, simplesmente, são admitidos ao topo do mundo do direito, definitivamente, o plano da eficácia, onde poderão produzir a eficácia jurídica que lhes é atribuída. Os nulos putativos geram efeitos definitivos, mas somente até ser decretada sua nulidade. Também têm acesso ao plano da eficácia e podem produzir todas as consequências jurídicas que lhe são imputadas os atos jurídicos anuláveis, *interimisticamente*<sup>7</sup>, porém, vale dizer, enquanto não for anulado. Ocorrendo sua anulação, seus efeitos jurídicos são desconstituídos, retornando-se ao *status quo ante*. Se, porém, ocorre a sanção da anulabilidade por confirmação, execução espontânea do negócio jurídico, assentimento posterior ou se decai o direito de anular, a eficácia gerada se torna definitiva.

Exceto os atos jurídicos lícitos, como referido, todos os demais fatos jurídicos, lícitos e ilícitos migram diretamente, sem exceções, do plano da existência ao plano da eficácia; não passam pelo plano da validade. É como se os negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* subissem ao plano da eficácia pela escada, degrau a degrau, e os demais de elevador.

Esquemáticamente, pode-se, assim, sintetizar o desenrolar do processo de realização do fenômeno jurídico na dimensão dogmática (=normativa) do direito acima descrito<sup>8</sup>:

<sup>7</sup> *Interimístico* é vocábulo empregado por Pontes de Miranda para designar o efeito do ato anulável, que é provisório (interino), mas, se pode tornar definitivo.  
<sup>8</sup> É essencial considerar que o fenômeno social do Direito se passa em três dimensões distintas, mas interrelacionadas: (a) a dimensão axiológica, onde ocorre a valoração dos fatos da vida e são *ditadas* as normas jurídicas. É o momento político de escolha da norma; (b) a dimensão dogmática, em que se desenrola o fenômeno jurídico *abstratamente*, desde a criação do fato jurídico à geração de sua eficácia. Passa-se em plano lógico; finalmente (c) a dimensão sociológica onde se devem efetivar as consequências previstas pelas normas jurídicas. É a dimensão da aplicação do direito. Na primeira e terceira dimensões está presente, como dado essencial, a atuação do ser humano: na primeira, escolhendo as normas e na última aplicando-as. Em face da falibilidade natural do ser humano, nessas duas dimensões pode haver erro. Na dimensão dogmática (=normativa) não há possibilidade de erro na realização do direito, em razão de sua natureza lógica.

Norma jurídica



= fato jurídico => eficácia jurídica

Suporte fático<sup>9</sup>

Observe-se, para concluir, que, cumpridas as quatro primeiras etapas de desenvolvimento do fenômeno jurídico, o fato jurídico já existe, plenamente. Por isso, são passos essenciais ao desenvolvimento do fenômeno jurídico, donde não ser possível desconsiderar nenhum deles. A falta de qualquer um impede que o fenômeno se realize e não haverá fato jurídico. As duas últimas etapas, todavia, podem não ocorrer, porque há fatos jurídicos que não passam pelo plano da validade e outros que não geram a eficácia final que lhes é atribuída. Veja-se, por exemplo, que (a) pelo plano da validade somente passam os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu*; e (b) não são admitidos no plano da eficácia os atos jurídicos simplesmente nulos e os ineficazes.

### 2.3 O fato jurídico como conceito fundamental da juridicidade

(a) A partir dessa concepção é inevitável concluir que o fato jurídico constitui o conceito jurídico fundamental da juridicidade<sup>10</sup>, uma vez que o mundo do direito existe, exclusivamente, por ele e em função dele. Por isso, apenas se poderá falar, genericamente, em juridicidade, ou especificamente em situação jurídica, relação jurídica, direito, pretensão, ação, exceção, dever, obrigação, situações de acionado ou de exceptuado, sanções, ônus, prêmios, ou qualquer outra categoria eficaz que a ele diga respeito, se existir um fato jurídico, porque somente um deles pode criá-las. Antes do fato jurídico há o *nihil* jurídico, pois se estará no mundo dos fatos, simplesmente.

Dessas observações deflui um aforismo que, por não admitir exceção qualquer, encerra uma verdade absoluta e pode ser assim enunciado, inspirado na fórmula linguística da Lei da Conservação das Massas de Lavoisier: *no mundo do direito nada se cria, nada se transforma e nada se extingue senão em consequência de um fato jurídico*. Daí é correto afirmar que o fato jurídico (*lato sensu*) consubstancia a própria juridicidade e constitui a única e exclusiva fonte de eficácia jurídica (=consequências jurídicas)<sup>11</sup>.

(b) Segue-lhe em importância a relação jurídica, conforme a opinião de Pontes de Miranda citada na nota nº 10. Consoante a classificação das diversas categorias eficazes aqui adotada<sup>12</sup>, a relação jurídica *constitui* uma situação jurídica intersubjetiva complexa multilateral, certamente a mais importante, composta por dois pólos ocupados, essencialmente, por sujeitos de direito (*princípio da intersubjetividade*):

9 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, § 16,1.

10 “4. A noção fundamental do direito é a de *fato jurídico*; depois a de *relação jurídica*...” diz PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. I. Atualizado por MARTINS COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Prefácio, 4.

11 Sobre a classificação das fontes das obrigações, vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 1ª Parte, § 5º.

12 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, § 49, 1.; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 1ª Parte, §§ 34 e ss.

(b.a) um, dito *ativo* (=credor) titular de *direitos* que, quando se tornam exigíveis, se potencializam em *pretensões* que, quando desatendidas, se revestem de *ações*, que as tornam impositivas (=ações de direito material), e ainda *exceções*, como também por *deveres* que por integrarem seu (do direito) conteúdo, os denominam *deveres ínsitos nos direitos*<sup>13</sup>; e

(b.b) outro, dito *passivo* (=devedor), a quem cabem *deveres*, *obrigações*, *situações de acionado* e *situações de exceptuado*, como também *direitos ínsitos nos deveres*, que deles são correlatos (*princípios da correspectividade de direitos e deveres* e da *coextensão de direitos, pretensões e ações*), que recaem, necessariamente, sobre um objeto (*princípio da essencialidade do objeto*), que tanto pode consistir em um *bem*, material ou imaterial, como numa *promessa de prestação*<sup>14</sup>.

## 2.4 As várias espécies de fatos jurídicos “lato sensu” segundo o elemento cerne do suporte fático

Conforme cânones da melhor Ciência, a classificação de um objeto deve individualizar cada das espécies com fundamento em dados essenciais que integram, com exclusividade, o seu ser e que as distinguem dos demais do gênero. “Após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos”, Pontes de Miranda<sup>15</sup>, aprimorou e corrigiu a classificação elaborada pela doutrina alemã, adotando a rigorosa aplicação do critério de individuá-los com fundamento em dado nuclear de seus suportes fáticos, o cerne, tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica, em razão de ser invariável em essência (só varia se variar a norma jurídica) e constitui o mínimo ontológico do fato jurídico. Metodologicamente, a classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* conforme o critério aqui seguido deve ser iniciada considerando o dado da *ilicitude*, dividindo-os em *lícitos* e *ilícitos*, em razão da generalidade de que se reveste, uma vez que abrange todas as espécies antes apontadas. Para os objetivos deste estudo, entretanto, pede-se vênua para uma inversão: deixa-se para depois a classificação das espécies conforme a licidade, cuidando-se, primeiramente, daquela que leva em conta a presença ou não de vontade relevante na composição do suporte fático. Essa taxionomia atende em tudo o critério científico de ter por fundamento um elemento imutável que, no gênero, diferencia as espécies.

Com efeito, os fatos que compõem o mundo, ou são *eventos* naturais (*E*), inclusive quando referente aos seres humanos em sua condição biológica, ou são *condutas volitivas*

13 No desenvolvimento de nossas pesquisas sobre eficácia jurídica chegamos à evidência de que o conteúdo eficaz da relação jurídica como descrito em doutrina dominante carece de completude. Faltam-lhe elementos que lhe são essenciais, tais como *deveres* que integram a substância dos *direitos* e, correspectivamente, *direitos* que compõem a essência dos *deveres*. Esses deveres e direitos os qualificamos de *ínsitos* (= *deveres ínsitos nos direitos* e *direitos ínsitos nos deveres*) em razão do fato de que só existem como partes integrantes do *direito primário* e do seu correlato *dever primário*, como denomino aqueles que caracterizam a relação jurídica e lhes dá nome (e.g. o direito de propriedade e o dever de respeitá-lo, o direito de crédito e o dever de débito). Os deveres e direitos ínsitos os nomeei *deveres e direitos secundários*. A titularidade desses deveres e direitos ínsitos é exclusiva, privativa, do credor e do devedor, de modo que na relação jurídica não há um sujeito ativo – que somente tenha direitos – e um sujeito passivo – que somente tenha deveres; ambos são, simultaneamente, titulares de direitos e deveres principais e secundários e, portanto, ambos os termos da relação jurídica são, concomitantemente, sujeitos ativos e passivos, sem que essa cumulação eficaz resulte de sinalagma. Por isso, entendemos que têm: (a) os direitos uma *face ativa* composta pelo *direito primário* e uma *face passiva* por *deveres ínsitos* e, (b) os deveres, correlatamente, uma *face passiva* integrada pelo *dever primário* e uma *face ativa* por *direitos ínsitos*. Essa concepção está desenvolvida no texto da 2ª Parte do nosso *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia, em fase de elaboração.

14 Pontes de Miranda se refere a promessa de ato humano como objeto da relação jurídica. Ocorre que a promessa pode ser de pessoa jurídica, donde não se poder, em sentido próprio, falar em promessa de ato humano. Como a promessa que constitui o objeto da relação de direito pessoal é de prestar, por ação ou omissão, optou-se pela referência a *promessa de prestação*. Vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 1ª Parte, §35, nota nº 367.

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. I. Atualizado por MARTINS COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 159,3.

( $C^v$ ) ou *avolitivas* ( $C^{av}$ ), vale dizer, fatos produzidos pelos seres humanos (=atos volitivos e avolitivos). É possível, também, que *conduta humana* ( $C$ ) gere *evento* ( $E$ ) que, por irreversível, não pode ser desconsiderado ( $C+E$ ). Diante disso, tem-se que três são as probabilidades de cerne de suportes fácticos: apenas *eventos* ( $E$ ), *condutas* de que resultam *eventos* ( $C+E$ ) ou apenas *condutas volitivas* ( $C^v$ ). Considerando essa evidência Pontes de Miranda, aperfeiçoando a doutrina germânica, classificou os fatos jurídicos *lato sensu* em (a) fatos jurídicos *stricto sensu*, cerne =  $E$  (e.g. nascimento, morte, avulsão, aluvião, frutificação); (b) atos-fatos jurídicos, cerne =  $C^{av}+E$  nessa espécie, em face de não se poder desconsiderar a ocorrência do *evento* e da circunstância de que ele *somente acontece* como resultado da conduta humana, o direito a recebe sempre como *avolitiva*, mesmo quando haja vontade consciente de praticá-la; e (c) ato jurídico *lato sensu*, cerne =  $C^v$ , que se desdobra em negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*, também denominado ato não-negocial<sup>16</sup>.

Todas essas categorias de fatos jurídicos, conforme já mencionado, podem ser lícitos ou ilícitos.

## 2.5 A classificação dos fatos jurídicos conforme a licitude

A partir de uma análise do que ocorre no mundo, chega-se à constatação de que, sob a óptica do Direito, os fatos, sem exceção alguma, ou

(a) se materializam, exatamente, em conformidade com os ditames das normas jurídicas e, por esse motivo, implicam a própria realização afirmativa da ordem jurídica: são os fatos lícitos; ou

(b) se concretizam em desconformidade com as normas jurídicas e representam, assim, a negação do Direito: são fatos contrários a direito.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que o fato só por ser contrário ao direito seria, necessariamente, ilícito. Para o Direito, no entanto, isso não basta para que um fato (*evento* ou *conduta*) seja rotulado de ilícito porque, diante das necessidades da vida em sociedade e a relevância do interesse social a que atendem, há deles que, apesar de, em si, serem contrários aos postulados jurídicos, são juridicamente permitidos (exemplos: a indústria perigosa, e os excludentes de ilicitude, como os atos danosos praticados em legítima defesa, em estado de necessidade ou no exercício de estrito dever legal), donde serem lícitos. Por isso, os ordenamentos jurídicos adotam adicionar à contrariedade ao direito outro requisito para que haja ilicitude: a *imputabilidade do sujeito* que o pratica ou está a ele relacionado (=capacidade delitual). Em face disso, não comete ilícito aquele que a norma jurídica declara inimputável quanto ao ato contrário a direito que praticar<sup>17</sup>.

Esse primeiro critério classificatório, digamos, genérico não recebe a aprovação de doutrinadores que se valem de dois argumentos principais para rejeitá-lo: (a) um ato somente poderia ser considerado jurídico quando *jurígeno segundo a vontade de quem o praticou*, de modo que, como a eficácia jurídica do ato ilícito é gerada *contra a vontade do seu autor*, não poderia ele ser jurídico; (b) se o ato ilícito é contrário a direito, dizê-lo jurídico constituiria um contrassenso.

Tais objeções, porém, não resistem a uma análise, mesmo perfunctória, dos fatos da vida sob o prisma ponteano da juridicidade. Com efeito, examinada a substância desses fatos

<sup>16</sup> Pontes de Miranda inclui, corretamente, o ato ilícito nessa última categoria. Nós, por questões metodológicas que em nada afetam a perfeição do critério, excluí-o, incluindo-o somente entre os ilícitos.

<sup>17</sup> Embora possa ser civilmente responsabilizado pelo dano que causar. A responsabilidade civil não apenas resulta de ilicitude, mas, basicamente do dano. Se o ato é danoso pode haver responsabilidade civil independentemente de ilicitude.

e fixados os seus pressupostos de existência, constata-se que entre eles há características:

(i) *comuns*, que os identifica genericamente como fatos jurídicos, tais como:

(i.a) tanto os fatos lícitos, como os ilícitos constituem suporte fático de normas jurídicas; por isso, à sua concreção no mundo recebem a incidência das normas que os prevêm e, juridicizados, passam a integrar o mundo jurídico;

(i.b) ambas as espécies têm consequências específicas sobre as relações jurídicas, tanto para criar, como para extingui-las ou modificá-las;

(i.c) não tem qualquer laivo de cientificidade o argumento de que somente é jurígeno o fato que gera direito segundo a vontade do agente. Jurígeno designa aquilo que gera direito, e o fato ilícito o gera, tanto quanto o lícito, não importando se querido ou não;

(ii) e *específica*, típica e ineliminável, que integra, com essencialidade, o *cerne* do próprio fato jurídico e os diferencia, definitivamente, dos demais: a conformidade ou não conformidade da conduta com o direito, nessa última, acrescida da imputabilidade de quem a realizou.

A melhor doutrina, porém, adota essa classificação, e a ela mais cuidado se dedicará nesta exposição porque interessa à fundamentação do estudo aqui desenvolvido.

### 2.5.1 *Ilícitos absolutos e ilícitos relativos*

Conforme a natureza do direito violado, há ilícitos:

(a) *absolutos*, aqueles em que entre o agente (= quem pratica o ilícito ou está a ele, ilícito, vinculado), e a vítima (=o ofendido) não existe relação jurídica alguma ou, se existe, é de direito absoluto (=relação jurídica a sujeito passivo total, o *alter*), como acontece com os direitos reais e os direitos da personalidade, por exemplo; e

(b) *relativos* os que se caracterizam por descumprimento de obrigações geradas em relações jurídicas de direito relativo: aquelas em que os sujeitos ativos e passivos são determinados, individuados, ou ao menos determináveis, de que são exemplos, dentre outras, as relações jurídicas de Direito das Obrigações e de Família.

Apesar da pertinência e adequação dessa classificação, há doutrinadores que limitam o conceito de ilicitude apenas aos atos que se revestirem dos elementos fáticos que compõem o suporte fático dos arts. 186 e 187 do Código Civil, portanto, ao ato ilícito absoluto e ao abuso de direito, como definidos por Messineo<sup>18</sup>, *in verbis*:

Atos ilícitos (do ponto de vista do direito privado e excluindo-se dos atos ilícitos penais) são aqueles que, queridos pelo sujeito que os realiza e cumpridos contra uma norma de lei, produzem um dano a outro sujeito; e, por causa dele, importa para quem haja realizado o ato a obrigação de ressarcir o dano inferido.

A análise dessa definição deixa claro que, para os seguidores dessa orientação, somente haveria ilicitude no plano civil quando o comportamento humano, cumulativamente:

(i) fosse voluntário, comissivo ou omissivo e intencional, mesmo quando resultante de *atos culposos*, portanto, praticados apenas com imprudência ou negligência;

(ii) implicasse violação de um *dever genérico* de conduta tipificado em transgressão direta e imediata de uma norma jurídica; e, finalmente,

(iii) tivesse como resultado dano, material ou apenas moral, à vítima que impusesse ao autor dever de reparação (indenização).

---

18 MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Imprenta: Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1954, v. II, p.337.



Essa concepção de ilícito não expressa a realidade jurídica da espécie, evidentemente, e, porque exclui do conjunto dos fatos ilícitos (*lato sensu*) várias espécies que, sem dúvida, tipificam situações de ilicitude, constitui um posicionamento metodológico não apenas incorreto, mas também de indiscutível incoerência desde quando as espécies excluídas são tratadas como ilícitas em situações que geram *responsabilidade civil* e dever de indenizar. De efeito, sempre que a doutrina se refere, no estudo da *responsabilidade civil*, à *culpa extracontratual* é porque reconhece, a *contrario sensu*, haver uma *culpa contratual*, que não é outra coisa senão a mora contratual (=ilícito relativo). Do mesmo modo, a necessidade de invocar conceitos *forçados* como os de culpa *in contrahendo*, culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo*, e outras que tais para justificar o caráter de ilicitude de certas situações põem à mostra, claramente, a existência de outras espécies de ilícitos que não, apenas, os *delitos*. Sem dúvida, há outros casos de atos que, embora contrários a direito e imputáveis a alguém, não constituem violação de deveres genéricos (= absolutos), nem causam danos que obrigariam a indenizar e tampouco dependem de culpa do agente em sua concreção, como os atos de descumprimento de deveres convencionais (=contratuais ou não), os atos que importam invalidade de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu* e, ainda, os atos não culposos de violação de direito<sup>19</sup>. Em razão dessas evidências, a afirmativa de que essas espécies não poderiam ser incluídas na categoria atos ilícitos por consistirem em violação de *deveres relativos*<sup>20</sup>, somente poderá ser tido como verdadeira se consideradas em face do conceito de ato ilícito explicitado no art. 186 do Código Civil. Esse dispositivo legal, no entanto, não define o que seja ilicitude *in genere*, mas, tão somente descreve o suporte fático de uma dentre as espécies de ilícito *lato sensu*, o ato ilícito *stricto sensu*=*delito civil*<sup>21</sup>, de modo que o argumento é inconsistente.

Além do mais, há ainda outras situações de ilicitude em que é abstraída a vontade em praticar a conduta, de que são exemplos os atos-fatos ilícitos, como a turbação e o esbulho possessórios. Diante disso, não constitui uma atitude cientificamente admissível desconhecer que os fatos jurídicos ilícitos não se limitam, apenas, às espécies definidas nos arts. 186 e 187 do Código Civil, cujos conteúdos ajustam-se à fórmula de Messineo (=delitos ou atos ilícitos *stricto sensu*), antes transcrita.

Finalmente, conforme já destacado, há circunstâncias fáticas que o direito considera excludentes de ilicitude por afastar o elemento *imputação*, de modo que sua ocorrência faz com que o ilícito, no caso concreto, não gere a eficácia própria que produziria; exemplos: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal, caso fortuito e força maior.

## 2.6 Algumas precisões conceituais necessárias sobre relações jurídicas

### 2.6.1 Sobre a classificação das relações jurídicas

Vários são os critérios que a doutrina utiliza para classificar as relações jurídicas. Para este estudo, interessam as classificações que têm por base (a) a determinabilidade do sujeito e (b) a natureza do objeto, porque definem as espécies de obrigações que geram.

19 *Idem*, para maiores detalhes MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, §§ 56 e ss.

20 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.310.

21 O fundamento lógico da disposição genérica do art. 186 do Código Civil reside na necessidade prática de que sejam alcançadas, na ordem civil, todas as espécies possíveis de violações de direitos de que resultem danos materiais ou imateriais, em razão da impossibilidade concreta de se prevenir e definirem todas as hipóteses de direitos e deveres infringíveis. A amplitude da norma do art. 186 permite que se tenham como incluídas na categoria dos ilícitos todas as situações em que direitos, dos mais concretos aos mais abstratos, como os direitos transindividuais (chamados, comumente, interesses difusos), sejam violados.

### 2.6.1.1 Classificação segundo a determinabilidade do sujeito

Há relações jurídicas em que os sujeitos são determinados ou, porque momentaneamente desconhecidos, são determináveis, ao menos (A R B)<sup>22</sup>. E há outras em que um dos sujeitos é determinado, ou ao menos determinável, e o outro é indeterminado, portanto, qualquer um que entre em contato com a esfera jurídica do sujeito ativo, o *alter*, ditos *sujeitos totais, ativos ou passivos* (A R ALTER ou ALTER R B). Considerando essas situações possíveis, a doutrina assim as classifica como:

(i) de *direito relativo*, as primeiras (=A R B), uma vez que somente daquele *específico sujeito passivo* se pode *cobrar* o cumprimento do *dever*, quando exigível (=obrigação);

(ii) de *direito absoluto*, dentre as segundas, aquela em que o sujeito passivo é o *alter* (*sujeito passivo total*) (=A R ALTER).

As relações jurídicas em que em que há *sujeito ativo total* (=ALTER R B), é espécie sobre a qual não tenho conhecimento de que haja estudos, ou ao menos referências feitas a elas por algum doutrinador. Ao que me parece, existem somente alguns casos no direito nacional, tratados pela Constituição Federal de 1988 nos arts. 5º, XXXV (Direito de *todos* à tutela jurisdicional que é dever do Estado prestar), 196 (“*Saúde é direito de todos e dever do Estado*”), 205 (“*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família...*”) e 203 (“*Assistência social será prestada a quem dela necessitar...*”).<sup>23</sup>

### 2.6.1.2 Classificação segundo o objeto

Conforme esse critério, as relações jurídicas são *reais* as que têm por objeto *bens, materiais ou imateriais*, e *personais* as que recaem sobre uma *promessa de prestação* (vide nota nº 14).

Toda relação jurídica é classificável em mais de uma dessas espécies. Assim é que uma relação jurídica como a de propriedade, é *real*, porque recai sobre coisas (bens materiais) e de *direito absoluto*, considerando que há o *dever genérico de abstenção* de todos a violá-lo. As relações jurídicas de direito fundamental e de direitos da personalidade, são de *direito pessoal e absoluto*, porque geradoras do mesmo *dever genérico de abstenção*. Já as relações jurídicas de direito de família e de direito das obrigações são *personais* (têm por objeto uma promessa de prestação) e de *direito relativo* porque serem determinados, ou ao menos determináveis, os sujeitos.

## 2.6.2 Natureza jurídica do inadimplemento de obrigações

### 2.6.2.1 Delimitação temática

Obrigação é vocábulo que não tem significado unívoco, nem mesmo em linguagem comum. Em léxico jurídico, dentre outros sentidos, designa o ramo do Direito Civil cujo objeto, especificamente, consiste na normatização das relações jurídicas pessoais e relativas patrimoniais de *crédito* e *débito* (=o Direito das Obrigações) como, também, a categoria de eficácia jurídica integrante do conteúdo de relação jurídica que resulta da potencialização do dever do sujeito passivo (=devedor), tornando exigível a prestação com que é adimplida, e

---

22 Exemplo de indeterminação temporária de sujeito ativo, os herdeiros desconhecidos, na herança jacente; passivo: devedores desconhecidos de um espólio.

23 Vide sobre a espécie, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, § 40, (ii).

é correspectiva da *pretensão* do sujeito ativo (=credor). Nesse último sentido, obrigação é espécie que está presente em todos os ramos do Direito. Pode ter caráter patrimonial, quando se integram relações jurídicas em que o objeto economicidade (=bens ou promessas de prestação economicamente valoráveis) ou extrapatrimonial, como nas relações de Direito das Famílias em que o objeto se traduz em promessas de prestação que só envolvem valores referidos a sentimentos.

Para este estudo, interessam somente as obrigações conteúdo de relações jurídicas negociais atinentes ao Direito das Obrigações, porque essas as passíveis de ser afetadas por efeitos práticos dos atos governamentais editados em razão da pandemia COVID-19, resultando inadimplementos que implicam sanções econômicas. Excluem-se, assim, as relações jurídicas extrapatrimoniais e as resultantes de responsabilidade civil por ato ilícito absoluto ou ato-fato indenizativo.

#### 2.6.2.2 Obrigação e exigibilidade

Em uma relação jurídica obrigacional ao devedor cabe cumprir a prestação objeto do dever, *quando exigível* (= quando potencializado em obrigação) e ao credor não criar obstáculos a que a obrigação seja regularmente cumprida. O *adimplemento regular das obrigações* constitui um ato-fato jurídico<sup>24</sup> que resulta da efetivação do *princípio pacta sunt servanda*, regente dos contratos. Ocorre quando, pelo devedor, há o cumprimento integral das prestações no tempo, lugar e forma avençados no negócio jurídico ou estabelecidos em lei (Código Civil, art.394) e, pelo credor, quando recebe a prestação. À obviedade, não se pode considerar completamente adimplida uma obrigação, pelo devedor, se algum daqueles requisitos não tenha sido atendido; a ausência de qualquer um quando a ele *imputável*, implica inadimplemento da obrigação, que pode ser:

(i) total, quando seu objeto (=a prestação) se torna absolutamente *impossível* de vir a ser cumprida *a posteriori*, ou *inútil* ao credor (Código Civil, art. 395, parágrafo único), como nos denominados *negócios jurídicos fixos*, por exemplo. Nesses casos dá-se a substituição do objeto por indenização das perdas e danos (pré-estabelecidas em cláusula penal, ou, em sua falta, apuráveis judicialmente) acrescida de juros, correção monetária e honorários advocatícios (Código Civil, art. 389); ou

(ii) parcial, situação em que a prestação ainda é *possível* e útil ao credor, de modo que deve ser cumprida, onerada por juros moratórios, correção monetária e honorários advocatícios, além do ressarcimento de prejuízos que, por ventura, tenha sofrido o credor; (Código Civil, art. 395); se, porém, for caso de *impossibilidade parcial* do objeto e a parte *possível* não é enjeitada (=ainda é útil) ao credor, ao devedor cabe fazer a prestação parcial, completando-a com a substituição da fração que se impossibilitou pelo ressarcimento das perdas e danos com os acréscimos legais.

Do credor, o inadimplemento resulta do descumprimento de seu dever de cooperar, ínsito no seu direito à prestação<sup>25</sup>, não criando dificuldades para que o devedor cumpra, regularmente, sua obrigação, como ocorre quando recusa, injustamente, a prestação ou não promove os meios necessários que lhe cabem para que o devedor possa adimplir corretamente.

O inadimplemento de obrigação, tanto pelo devedor como pelo credor, tem natureza

---

24 Sobre a natureza de ato-fato do adimplemento, *vide* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, §32 (ii).

25 *Vide*, sobre deveres ínsitos nos direitos e direitos ínsitos nos deveres, nota nº 14.

jurídica de ato ilícito relativo<sup>26</sup> a que o ordenamento jurídico atribui, como sua eficácia jurídica, a *mora*. Para se ter certeza da correção dessa afirmativa basta analisar a estrutura da norma jurídica que o regula: (a) o suporte fático tem como cerne uma *conduta contrária a direito* (=não cumprir uma obrigação nascida em uma relação jurídica de direito relativo tal como pactuado negocialmente ou determinado em lei) que seja *imputável a sujeito determinado*, e (b) o preceito prescreve eficácia jurídica própria de ilícitos: uma sanção (= *mora*).

Dessas observações se conclui que: (a) a existência de ilicitude de um fato jurídico *lato sensu* depende não somente de haver uma conduta contrária a direito, mas, necessariamente, também que o sujeito seja imputável; (b) a *mora* é a eficácia jurídica do ato ilícito relativo do inadimplemento da obrigação consistente em penas pecuniárias<sup>27</sup>, que pode resultar do advento do termo (*dies interpellat pro homine*), da condição ou do fato jurídico da interpelação, e não um fato jurídico *lato sensu*, como sustentam muitos juristas<sup>28</sup>. Disso decorre que a ilicitude do inadimplemento de uma obrigação só existe se é imputável ao devedor da prestação. E, em decorrência, se não há ilicitude não há sanção, no caso, a *mora*.

### 2.6.2.3 Excludentes de ilicitude do inadimplemento

Consoante anotou-se, o ordenamento jurídico nacional prevê situações fáticas que, por sua natureza e/ou inevitabilidade, são consideradas excludentes de ilicitude, absoluta ou relativa, dos fatos jurídicos contrários a direito. Para este estudo, interessam as espécies que dizem respeito ao inadimplemento contratual, mais especificamente casos fortuitos e força maior.

Tratando do inadimplemento, prescreve o Código Civil que “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir,” para adiante, reforçando o caráter de excludentes da ilicitude do inadimplemento do caso fortuito e de força maior no âmbito do Direito das Obrigações, dispor: “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

A doutrina não é assente em conceituar *caso fortuito* e de *força maior*, especialmente em estabelecer se são expressões sinônimas ou distintas e em que se diferenciariam. Paulo Lôbo<sup>29</sup> sustenta, com razão,

No direito brasileiro, apesar de algumas opiniões doutrinárias em contrário, caso fortuito ou força maior são considerados indistintamente, como categoria unificada, com idênticas consequências jurídicas. A distinção conceptual nunca convenceu, sendo a mais difundida a que via, na força maior, o acidente produzido pela natureza (p.ex. enchente) e, no caso fortuito, o fato de terceiro (p.ex. greve). Igualmente, no direito estrangeiro, a distinção não prosperou.

26 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Atualizado por NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 2.806,1.

27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Atualizado por NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, §§ 2.798,1; 2.800,1; 2.806,1; 2.807,1.

28 Em verdade, essa concepção resulta de influência do tratamento que lhe dá o Código Civil, como se fosse caso de inadimplemento em que a prestação ainda é possível.

29 LÔBO, Paulo. *Obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.252.

Essa opinião é a mesma de Pontes de Miranda<sup>30</sup>. A nosso entender, configura caso fortuito ou de força maior o evento extraordinário (no sentido de ocorrência rara, incomum) que, embora previsível, porque possível, cria *obstáculo intransponível* que *não se pode evitar*, a que as pessoas exerçam suas atividades e cumpram suas obrigações. Dessa concepção resulta que, diferentemente do que sustentam muitos e ilustres doutrinadores, a *imprevisibilidade* não constitui elemento caracterizador do caso fortuito ou de força maior, mas a *inevitabilidade*<sup>31</sup>. A enchente de um rio que margeia a cidade é previsível, em razão da possibilidade de que aconteça; aqui não haverá caso fortuito, nem força maior. Se, no entanto, em certa ocasião vier a ocorrer em proporções catastróficas (volume d'água extraordinário, e.g.) a ponto de as pessoas não terem como evitar a impossibilidade de exercerem suas atividades normais e cumprirem suas obrigações, haverá caso fortuito e de força maior<sup>32</sup>.

Atente-se: caso fortuito e de força maior não decorre apenas de acontecimentos naturais, mas, também, de conduta humana, como na hipótese de alguém sofrer sequestro por bandidos quando se dirigia ao Banco para pagar dívida sua que se vencia naquele dia, e, por isso, ficou impedido de cumpri-la e.g. Deve-se também incluir na espécie o ato do Poder Público<sup>33</sup> que proíbe, definitiva ou temporariamente, atividade empresarial que era permitida, impedindo a empresa de gerar os meios de prover sua subsistência, mantendo-a viva e financeiramente saudável (=cumprindo suas obrigações). Por ser compulsório ato dessa natureza caracteriza *fato do príncipe*, que se inclui no conceito de força maior, em face de sua *inevitabilidade*.

Em conclusão desse tema: caso fortuito e de força maior, (aí incluído o *fato do príncipe*), são excludentes de ilicitude do inadimplemento das obrigações, uma vez que elimina o elemento essencial da imputabilidade (Código Civil, art. 393 e 393).

Esses os pressupostos teóricos considerados necessários a fundamentar esta exposição. Passar-se-á, então, à análise da situação jurídica das empresas comerciais e industriais que, em razão da pandemia COVID-19, se viram impossibilitadas de adimplir obrigações civis (excluem-se, aqui, as questões de natureza trabalhista) em decorrência dos atos dos Poderes Públicos determinantes de proibições de se manterem em funcionamento.

### 3 APLICAÇÃO DESSES PRESSUPOSTOS TEÓRICOS A SITUAÇÕES CONCRETAS

(i) *O caso concreto*. Em face da pandemia que assola o mundo e como uma maneira recomendada pela Ciência Médica, os estados-membros, Distrito Federal e municípios,

30 Lê-se em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Atualizado por NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, § 2.792, 2: "2. EMPRÉGO DOS CONCEITOS. Nas leis costuma-se pôr 'força maior ou caso fortuito'. Com isso, o legislador afasta que se esmiúcem lindes conceptuais, atribuindo-lhes a mesma consequência." E mais adiante: "A distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes. ... Não ocorrendo tal necessidade, é escusado estarem os juristas a atribuir significados que não têm base histórica, nem segurança na doutrina."

31 Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Atualizado por NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, §2.793, 4;6.

32 Recentemente, o Rio Ipanema, no sertão alagoano, que permanece praticamente seco todo o tempo, ou com pouca água, mesmo no inverno, recebeu, imprevisivelmente, volume d'água tão avassalador que destruiu boa parte da cidade de Santa do Ipanema. Nesse caso, apesar de possível de acontecer (= ser previsível) teve consequências inevitáveis.

33 Em direito nacional, o fato do príncipe está previsto, expressamente, na CLT, art. 486, com a consequência específica de transferir ao ente público que haja ditado o ato a responsabilidade pelos custos das indenizações trabalhistas resultantes. No caso do Direito do Trabalho, porém, o conceito parece limitado a situações em que, por ato discricionário, o Poder Público passa a assumir atividades de serviço público que eram prestadas por concessionárias ou prestadoras de serviço, inclusive quando resolve os contratos a destempo, por exemplo. No entanto, o fato do príncipe tem amplitude maior, abrangendo quaisquer situações que afetem a atividade do particular.



respaldados na decisão do STF, decretaram o fechamento de estabelecimentos comerciais, restaurantes, bares, cafés e congêneres, bem como de indústrias, impondo sanções aos infratores. Essa atitude do Poder Público<sup>34</sup>, em muitos casos levou empresas à situação de inadimplência de suas obrigações, o que leva a um questionamento: os empresários que não puderam cumprir suas obrigações por efeito da pandemia de que resultou o *fato do príncipe*, cometeram o ato ilícito relativo de inadimplemento de obrigação e estão sujeitos à eficácia da mora?

Passa-se a responder.

Os pressupostos teóricos baseados na ponteana concepção do fenômeno jurídico, tal como desenvolvida acima, permite que se possa afirmar que:

(a) as obrigações devem ser cumpridas conforme seu conteúdo estabelecido convencionalmente ou em lei, sendo que as nascidas no Direito das Obrigações somente são consideradas satisfativamente adimplidas se o forem no tempo, lugar e forma previstos;

(b) o inadimplemento de uma obrigação no campo do Direito das Obrigações, tanto do devedor quanto do credor, configura um ato jurídico ilícito relativo, uma vez que constitui um ato contrário a direito praticado por alguém imputável em relação jurídica de direito relativo;

(c) a imputabilidade do sujeito, portanto, é elemento cerne (=essencial) à configuração do suporte fáctico da ilicitude, de modo que, excluída, expressamente, por norma jurídica, o fato, embora contrário a direito, é considerado lícito;

(d) a *mora* é uma sanção com que se pune o ato ilícito relativo do inadimplemento, cujo conteúdo varia conforme a natureza da obrigação inadimplida, mas que tem sempre cunho pecuniário reparatório dos danos sofridos pelo credor;

(e) a inimputabilidade daquele que, devendo, não cumpriu a obrigação exclui a ilicitude do inadimplemento, de modo que não há *mora* quando o sujeito passivo da obrigação não é imputável (Código Civil, art. 396); por isso, persiste a dívida não adimplida, mas sua purgação não sofre os efeitos da sanção, vale dizer, não sofrerá os acréscimos previstos em lei;

(f) casos fortuitos e de força maior são situações fácticas necessárias (=inevitáveis), mesmo que resultantes de conduta humana, que têm o efeito de impossibilitar o adimplemento de uma obrigação; a inevitabilidade das consequências os caracteriza;

(g) no conceito de força maior inclui-se o *fato do príncipe* que se caracteriza por ser ato discricionário, porém legal (=válido), de autoridade pública competente gerador de consequências inevitáveis (=necessárias) com repercussão negativa na possibilidade de adimplemento de uma obrigação;

(h) a ocorrência de caso fortuito e de força maior, se por eles o devedor, expressamente, não se responsabilizou, constitui hipótese de exclusão de imputação, donde resultar que o inadimplemento de obrigação motivado por essas circunstâncias, não configura ilicitude (Código Civil, art. 393) e, portanto, não implica a aplicação dos ônus previstos para a *mora* (Código Civil, art. 395).

Postas essas verdades, primeiramente, é preciso saber se a pandemia COVID-19 e o *fato do príncipe* determinando a paralisação de atividades econômicas concretizam casos

---

34 Aqui não se discutirá a correção dessa decisão do STF, tampouco a pertinência e adequação das medidas, por não se incluírem no objeto desse estudo. Também não se analisará a legalidade dessas medidas que parece indiscutível em face da norma constitucional que constitucionalizou o direito à saúde (CF, art. 196) e da competência que lhes reconheceu o Supremo.

fortuitos e de força maior.

Quanto à pandemia parece inadmissível a ideia de que não constituiria um caso fortuito e de força maior porque, apesar de inesperada, não se poderia considerá-la imprevisível. Em realidade, o mundo convive com epidemias que ocorrem com certa frequência. Variam em gravidade e em amplitude, mas só. São, portanto, previsíveis. A imprevisibilidade, porém, como se mostrou acima, não constitui elemento caracterizador do fortuito e da força maior. A *inevitabilidade* dos seus efeitos e o realmente as identifica.

No caso da COVID-19 a inevitabilidade está presente e foi o dado determinante das medidas de precaução adotadas pelos governos estaduais, distrital e municipais corporificadas nos atos que recomendaram o isolamento social e impuseram as medidas de proteção individual e a proibição de funcionamento de estabelecimentos comerciais (*lato sensu*) e industriais. Por isso, entendemos que a pandemia COVID-19 tem natureza de caso fortuito e de força maior, não, porém, causadores de impossibilidade de adimplemento das obrigações empresariais. Se as empresas não tivessem sido obrigadas a suspender, totalmente, suas atividades, a impossibilidade necessária de adimplemento das obrigações não teria ocorrido. A simples dificuldade em cumprir a obrigação não elimina a mora.

Os atos governamentais que estabeleceram o fechamento obrigatório do comércio (*lato sensu*) e das unidades industriais, com imposição de sanções pecuniárias e ameaças penais contêm todos os elementos para tê-los como *fato do príncipe*, portanto, integrante do conceito de caso fortuito e de força maior: discricionariedade e inevitabilidade. É indubitável que a paralisação do fluxo negocial da empresa por ato discricionário do Poder Público caracteriza situação inevitável de que pode resultar impossibilidade de adimplemento pela privação do meio específico de geração de recursos necessários a honrar suas obrigações. Anote-se que exclusão de ilicitude criada pelo caso fortuito e de força maior não supõe generalidade de afetação, mas especificidade, particularidade. Assim é que, se a empresa X, apesar do fechamento, tinha condições financeiras para manter-se adimplente, sua inadimplência não resultaria de caso fortuito e de força maior, havendo mora. Diferentemente, se a empresa Y dependia do que arrecadava a cada dia para prover seus encargos, a impossibilidade de operar pelo fato do príncipe, sem dúvida, fora a causa do inadimplemento, não se podendo falar em *mora*.

#### 4 CONCLUSÕES

Portanto, conclui-se que:

(a) os atos governamentais que decretaram a proibição de funcionamento de empresas em razão da pandemia COVID-19 constituem *fato do príncipe*, configurando caso fortuito e de força maior tal cõo previsto no suporte fáctico do art. 393 do Código Civil;

(b) em face dessa natureza, podem ser invocados como excludentes da imputabilidade do sujeito, que torna ilícito o inadimplemento (Código Civil, art. 396), desde que seja feita a prova de que a impossibilidade de adimplir a obrigação resultou da paralisação do fluxo negocial da empresa;

(c) a exclusão dos efeitos da mora em razão do *fato do príncipe*, porém, não elimina a necessidade de adimplemento da obrigação inadimplida – quando normalizada a situação – somente que pelo seu valor original, sem os encargos que seriam devidos pela *mora*, que não há.

## REFERÊNCIAS

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LÔBO, Paulo. *Obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Imprenta: Buenos Aires, Ed. Juridicas Europa-America, 1954, v.II, p.337.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. I. Atualizado por MARTINS COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXIII. Atualizado por NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

# ATIVIDADE ECONÔMICA, PANDEMIA E INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

**Rachel Sztajn**

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Incompletude contratual; 3 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A atividade econômica como fonte de criação de riqueza e bem-estar, depende de dois institutos jurídicos e sociais: propriedade e contratos, o último objeto deste estudo. Contratos são instrumentos de cooperação e de alocação de riscos, imprescindíveis para as trocas voluntárias de bens e/ou serviços entre agentes econômicos. No campo do Direito Comercial esse instituto, notadamente os contratos de execução continuada ou diferida é indispensável e norteia a tomada de decisões dos agentes econômicos, notadamente os empresários que atuam em e para mercados.

Quem imaginava que contratos de execução instantânea seriam o eixo ao redor do qual o Direito Comercial se estruturaria, equivocou-se. Sem contratos de execução continuada e/ou diferida como estruturar cadeias produtivas? Ou, segundo Ronald H. Coase, como organizar empresas?

Como ensinou Túlio Ascarelli, o Direito Comercial é o mais histórico dos direitos<sup>1</sup>. Sobre o historicismo de Túlio Ascarelli, o discurso de Miguel Reale, na Revista da Faculdade de Direito do Largo São Francisco é emblemático:

Este aspecto polivalente da sua personalidade vai refletir-se na polivalência de sua compreensão do fenômeno jurídico. Penso que, para uma análise mais aprofundada do assunto, é indispensável fixar alguns pontos preliminares. Antes de mais nada é de grande importância não esquecer a formação filosófica de Túlio Ascarelli que é discípulo de Benedetto Croce. Croce foi um filósofo que, como todos sabem, desencadeou um grande movimento, o do neoidealismo objetivo hegeliano, com característica e feição próprias, exercendo influência considerável sobre os juristas italianos de sua época. É Ascarelli um deles. Qual a influência direta e mais permanente de Croce no pensamento de Ascarelli? É a compreensão histórica, ou, por melhor dizer, historicista do Direito, à cuja luz este se apresenta como um “ordenamento” concreto em constante mutação, isto é, não como simples conglomerado sistemático e logicamente coerente de normas ou proposições normativas, mas antes como realidade social viva, em pleno desenvolvimento. Não se compreenderá a teoria da interpretação de Ascarelli sem correlacioná-la com a sua concepção da experiência jurídica como uma experiência histórica que possui a sua própria lógica imanente, a sua própria dialética. É sob o influxo desta visão historicista que Ascarelli se antecipa de certa forma ao seu tempo, tratando do problema da interpretação à luz de dois conceitos que são polares e básicos em seu pensamento: o conceito de estrutura e o de função<sup>2</sup>.

A partir da ideia de função social dos contratos, não exatamente a que se colhe de doutrinadores civilistas, ganha relevo a questão da alocação de riscos e, dessa perspectiva, a incompletude própria dessa estrutura negocial considerando-se a atividade como complexo de atos e contratos, sofre o impacto de fatos derivados da pandemia do Coronavírus-19 o que acentua a imprevisibilidade.

Evento imprevisível impacta a alocação de riscos e desestrutura a cadeia produtiva, leva à captura de uma das partes pela outra, e afeta a criação de riqueza e bem-estar com perda social geral.

---

1 REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, n.74, p.195-210. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878>. Acesso em: 21 nov. 2021.

2 REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, n.74, p.195-210. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878>. Acesso em: 21 nov. 2021.



Dessa perspectiva é que se pretende analisar o que vem ocorrendo em relação a contratos mercantis no atual período de crise na saúde, seu efeito sobre a economia e como equacionar necessidades e inibir oportunismos.

Para tanto parte-se de ensinamento de economistas: contratos de execução continuada ou diferida são incompletos; não há como prever e, portanto, dispor a respeito, todos e quaisquer eventos que possam ocorrer no futuro e afetem a alocação inicial de riscos, nem a certeza de que a cooperação será preservada.

A cooperação entre partes, em que a autonomia privada se manifesta com transparência - poder para decidir, se obrigar -, a força vinculante dos contratos deve ser preservada tanto pela sociedade quanto pelo ordenamento jurídico. Recordar-se que se trata de contratos celebrados entre profissionais, tal como definidos no Código Comercial de 1850: pessoa que faz da atividade mercantil seu meio de vida.

A incompletude contratual é matéria praticamente ignorada pelos operadores do direito, notadamente nos países cuja legislação pertence à família romano-germânico-canônica, como o brasileiro, em que se acredita que a legislação suprirá eventuais lacunas do clausulado negocial seja qual for a circunstância ou se considera a hipótese de quebra contratual.

A legislação do anonimato, de forma curiosa, ao exigir a realização anual de assembleias gerais ordinárias para a análise e aprovação, ou rejeição das contas dos administradores de sociedades – tanto as de capital aberto quanto não –, prevê uma forma de “completamento” do contrato plurilateral que, como apontou Ascarelli, combina cooperação e alguma divergência entre os acionistas, mas sobretudo, como ensinaram Berle e Means<sup>3</sup>, a dispersão da base acionária e o poder de disposição dos bens societários, conferido aos administradores, não necessariamente acionistas, leva à separação entre propriedade e controle. É o que denominam poder de controle.

Pensando a empresa como umnexo de contratos, segundo Ronald H. Coase, seja para reduzir custos de transação, seja para manter a atividade de forma a continuada, a maioria dos contratos será de execução continuada<sup>4</sup>.

Pensando a empresa como umnexo de contratos, segundo Ronald H. Coase, seja para reduzir custos de transação, seja para manter a atividade de forma a continuada, a maioria dos contratos será de execução continuada<sup>5</sup>.

## 2 INCOMPLETUDE CONTRATUAL

Nos anos de 1950, o economista Kenneth Arrow discutiu o que é denominado “teorema da impossibilidade”, ou Teorema de Arrow<sup>6</sup>, voltado para conflitos entre interesses em que trata de bem estar e escolhas racionais conforme parâmetros usuais na ordem de preferências racionais. Parece indicar que as pessoas nem sempre agem de forma objetivamente racional e, portanto, os resultados “previstos” podem ser diferentes.

Oliver Hart e Bengt Holmström, ganhadores do prêmio Nobel de economia em 2016, ao abordarem a incompletude contratual, típica de contratos de execução continuada ou

---

3 BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The Modern Corporation and Private Property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1932.

4 COASE, Ronald H.. *The Nature of the Firm* – in *Economica*, New Series, 1937, v.4, n.16, p.386-405. Custos de transação são os esforços feitos para a realização de uma troca o que inclui o tempo gasto na busca do bem serviço, a negociação e a garantia de cumprimento da obrigação pela outra parte.

5 COASE, Ronald H.. *The Nature of the Firm* – in *Economica*, New Series, 1937, v.4, n.16, p.386-405. Custos de transação são os esforços feitos para a realização de uma troca o que inclui o tempo gasto na busca do bem serviço, a negociação e a garantia de cumprimento da obrigação pela outra parte.

6 ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. New York: Wiley, 1951, comentado em *The Review of Economic Studies*, 1953, v.21, issue 3, Oxford Academics por Murray Kemp.

diferida. Mostram ser inviável especificar todas e quaisquer hipóteses de ocorrência de eventos futuros que possam impactar a execução do contrato e dispor a respeito. Hart aborda o tema em 1988, juntamente com John Hardman<sup>7</sup>. Segundo Hart, a incerteza quanto ao futuro é inevitável e que se os agentes econômicos tentarem “prever o futuro” em busca de alguma segurança esses contratos, provavelmente, não seriam celebrados.

Continuando a discussão sobre incompletude contratual Hart volta a atenção para o que denomina de controle residual ligado ao completamento do contrato que associa a uma forma de poder, espécie de titularidade sobre dada posição jurídica<sup>8</sup>.

A alocação eficiente de tal poder em exemplo do autor trata de usina geradora de energia elétrica localizada nas proximidades de mina de carvão (que supre sua demanda). O contrato entre usina e mina especificará a quantidade, qualidade e preço do carvão por muitos anos, mas, como o clausulado não tem provisão para eventos futuros, a mina poderá fornecer carvão de diferentes qualidades (o bem não é homogêneo). Se, no futuro, houver renegociação do contrato, dizem, a mina estará em melhor posição visto que a usina dela depende para produzir energia. (logística).

Na visão dos economistas a usina é refém da mina e, por isso, decisão estratégica sobre sua localização ganha importância. Uma hipótese seria, por exemplo, localizar a unidade (usina) em espaço físico no qual haja diferentes fornecedores do insumo o que permitirá “punir” a mina que não atender adequadamente a demanda e incentivará a mina a mudar a conduta. Seria, da perspectiva de teoria dos jogos, uma situação de ameaça crível – será exercível conferindo ao jogador poder para definir o jogo.

Como a renegociação *ex post* de contratos incompletos costuma dar-se em condições de simetria informacional nas relações entre partes, o que, por óbvio, deve considerar hipóteses de investimento específico, quando a parte fica refém da outra, de supor que esse procedimento será mais eficiente do que frente à intervenção de terceiros. Hart vai mais longe e considera que na concessão de atividades originariamente públicas a particulares, esse direito residual de controle é ainda mais relevante, pois os particulares terão incentivos para reduzir os custos ainda que a custa de perda de qualidade do bem/serviço ofertado.

Tais discussões ficam distantes dos operadores do direito tanto é que o que se sabe é que, em face da pandemia e quebra de contratos, sem qualquer análise crítica, com base na linha do pensamento de Ascarelli, invoca-se a teoria da imprevisão, *rebus sic stantibus* a que se associa o desequilíbrio prestacional. Isso tem sido comum mesmo quando a “decisão” de encerrar atividades decorre de comando do Estado! Como manter o *pacta sunt servanda* se o Poder Público determina a cessão de atividades consideradas não essenciais? Quebras das cadeias produtivas, muitas vezes em virtude de dependência de importação de insumos, de bens especiais, são impedidas pelos governos dos países em que são produzidas?

Tais princípios são aplicáveis na atualidade sem nenhuma avaliação jurídico-econômica? Se o futuro é incerto, a dinâmica econômica torna as circunstâncias voláteis. Como garantir a previsibilidade negocial e a preservação do equilíbrio prestacional quando há mudanças inesperadas e imprevisíveis no mundo real?

Uma vez que incerteza não se confunde com probabilidade, esta mensurável estatisticamente, aquela não, de se supor que as pessoas ou não as distinguem ou estão

---

7 HARDMAN, John. *Incomplete Contracts and Renegotiation Econometrica*, July, 1988, v.56 issue 4.

8 HART, Oliver; MOORE, John Hardman. Property Rights and the Nature of the Firm in *Journal of Political Economy*, v.98, n.6, 1990, p.1119-1158.

prontas para suportar os diferentes efeitos, aí incluídos os adversos, o que valerá até mesmo para agentes avessos a riscos. Contratos de execução continuada ou diferida são incompletos e fonte desse paroxismo negocial.

Entender a incompletude contratual permite avaliar, na criação de incentivos, as assimetrias informacionais, o risco moral, a alocação de riscos (custos e benefícios), sua alteração por força de fatos exógenos supervenientes, e custos de transação (expressão empregada no sentido econômico) incorridos e/ou aceitos pelas partes.

Obviamente que quando o futuro é incerto, pensar-se, tão somente, em reconhecer a incapacidade dos seres humanos de fazerem projeções sustentáveis para o que possa vir a ocorrer é irreal. As pessoas celebram contratos de execução continuada ou diferida na prática comercial mesmo reconhecendo, ainda que tardiamente, que eventos adversos podem afetar a execução do contrato como originalmente desejada.

Evidente que a pandemia, ao se disseminar pelo planeta deve alertar o operador do Direito para a importância de que contratos alocam riscos e, em certa medida, conferem poder diferente às partes, mas a alocação tem como fundamento a distribuição de custos e/ou benefícios. Sem considerar, a priori, que fato superveniente e imprevisível pode levar à realocação dos riscos, há que pensar em como a internalização de responsabilidades geradas por mudanças nos direitos e obrigações adrede ajustados, ou seja, o redesenho do contrato (ou o distrato) poderá ensejar solução eficiente de interesse recíproco das partes.

Uma solução, proposta por economistas, é a inserção, no clausulado contratual, de regra incentivando a renegociação do contrato visando-se o equacionamento de fatos/eventos absolutamente não previstos pelas partes e que venham a impactar a obrigação de uma delas. Vale dizer, modelar incentivos para a renegociação ao invés da ruptura do contrato sob o argumento de que *rebus non sic stantibus* e, portanto, que a solução será o rompimento do contrato, esquecendo o impacto na cadeia produtiva e no bem-estar dos consumidores, por exemplo.

Essa estratégia é menos complexa quando as partes contratantes operam de forma sistemática, desenvolve-se, entre elas, confiança com desestímulo a comportamentos oportunistas. Também é importante considerar investimentos específicos ou idiossincráticos, isto é, a dependência de uma das partes à outra, o que facilita o oportunismo.

Confiança (*trust*) é parte essencial do pano de fundo para tanto uma vez que as “regras do jogo”, isto é, as instituições sociais, associadas ao marco regulatório do direito positivo, geram incentivos para contratar e, em face de imprevistos, ao invés de simplesmente descumprir o contrato, optar pela renegociação corrigindo, na medida do possível, o impacto do evento na distribuição de riscos e mantendo a cooperação.

Direito e instituições sociais exercem papel fundamental em momentos de profunda incerteza. Ao inspirarem agentes econômicos a não agirem de forma oportunista, adotem como estratégia, negociar/renegociar o contrato. Veja-se o que se aprende com a teoria dos jogos pensando em jogo de execução continuada, conquanto finito, isto é, em algum momento será encerrado, a fim de determinar se há, ou não, estratégia dominante e, se houver, a quem beneficiará.

Considerados ganhos de cada decisão, pode-se, mediante *backwards induction* tentar definir se algum jogador antecipará o final do jogo, adotando a estratégia que melhor lhe convenha uma vez que “sabe” como o outro jogador atuará. Se além de continuado o jogo for repetitivo, a reputação dos jogadores terá papel relevante no processo decisório de vez que as futuras relações entre eles podem ser prejudicadas se inexistir confiança. Dessa forma, preservar a reputação é parte da “estratégia” dos jogadores. Aos contratos de execução

continuada não se aplica o modelo do dilema do prisioneiro, de jogada única.

Segundo Norberto Bobbio, o Direito é um sistema de prêmios e punições logo ao incentivar o cumprimento de contratos, ou sua renegociação se houver interesse em manter o vínculo negocial, gera-se a segurança necessária para a redução de custos de transação facilitando-se a viabilização de negócios.

Ronald Coase consolidou a importância da noção de custos de transação em seu artigo "*The Nature of the Firm*", mencionado acima, a fim de reduzir os custos de transação e, no texto *The Problem of Social Cost*<sup>9</sup>, de 1960, demonstra que uma vez atribuído direito de propriedade, titularidade sobre bem, inexistindo custos de transação, as externalidades serão internalizadas.

Em face de custos de transação, as externalidades negativas – que afetam adversamente terceiros – sem que os custos de as corrigir sejam suportados por quem as cria, pode-se resolver o problema mediante negociação direta entre as partes e, quando isso não for viável, cabe ao Estado prover regras que equacionem o problema.

Lembrando o "teorema de Coase", *The Problem of Social Cost*, está-se em face de situação em que nem sempre as partes terão incentivos para renegociar cabendo, então, ao Estado, minimizar os efeitos socioeconômicos e incentivar a coordenação entre partes para minimizar os impactos nos mercados.

Tome-se como exemplo a produção de cerveja. A qualidade (sabor) da cerveja tem relação direta com a qualidade da água utilizada, inegável que a produtora de cerveja tratará de localizar a unidade produtiva próxima de nascentes de rios, longe de qualquer poluição. Porém, a produção de cerveja produz rejeitos que são poluentes. Dessa forma internalização dos custos com o tratamento desses rejeitos pela parte "informada", a cervejaria, visa a proteger as pessoas – pescadores, agricultores e famílias - que utilizam a água do rio para consumo e ou alimentos. Nesse caso a teoria sugere que, segundo o modelo do *cheapest cost avoider* –, caberá à cervejaria o ônus do tratamento dos rejeitos não apenas porque tem melhores condições para suportá-lo -, mas por ser difícil negociar compensações para pessoas/famílias que sejam afetadas pela poluição. A determinação tem na internalização eficiente do efeito adverso seu fundamento.

Confiança, ambiente institucional e desenho de contratos modelam os incentivos para que as partes evitem litígios se e quando ocorrerem fatos que dificultem ou impeçam a consumação da prestação acordada. As alternativas para a resolução de conflitos, o Poder Judiciário ou a justiça privada – arbitragem – devem atentar para não criarem incentivos que favoreçam oportunismos.

A confiança é fruto de interações continuadas entre partes, reputação e observância da boa fé nos comportamentos sociais, e a imprevisibilidade serve para a sedimentar.

O evento imprevisto e dificilmente previsível, a pandemia que teve início em 2019, com severos impactos sobre a sociedade e as economias nacionais, levou à adoção de políticas emergenciais entre as quais o confinamento social com a consequente paralização de atividades econômicas consideradas não essenciais. Tais medidas visam a reduzir os contágios pelo vírus cujos efeitos que podem ser letais ou deixar sequelas ainda desconhecidas o que demandará novas providências das autoridades na saúde e saneamento básico.

O que se observa, neste primeiro semestre de 2020 é o impacto causado pelo confinamento social em contratos – locação, mensalidades escolares, entre outros -, contratos

---

9 COASE, Ronald H.. in *The Journal of Law and Economics*, v.III, 1960, p.1-44.

de execução continuada, a par de sobrecarregar o Judiciário, sob o argumento de onerosidade excessiva ou fato imprevisto, espelham a incompletude contratual de forma límpida.

A impossibilidade de cumprimento das prestações tende a ser real. Pagar aluguel de imóvel de uso comercial fechado, sem produzir receita é justo? E como faz a pessoa que depende do aluguel para sua sobrevivência? Reduzir o valor das mensalidades escolares sob o argumento que as aulas presenciais estão suspensas levará à suspensão de salários de professores, funcionários, despesas com serviços públicos, impostos? Qual a vantagem desproporcional para a parte afetada por decisão judicial que depende dos valores adrede acordados?

Flexibilizações, recontrações ou quebras de contrato são inevitáveis, fatos que se agravam coma incompletude contratual. Sem incentivos para negociações entre partes a litigiosidade tende a ser agravar. A par disso há de ser observada a especialização da produção e a organização de cadeias produtivas o que, no plano econômico, pode gerar quebra dessa estrutura - cadeias produtivas - evidenciando a dificuldade de lidar com questões econômico-financeiras tais como as atualmente existentes se a visão pender para a discussão, tão somente, da situação individual. Será que o “coletivo” não deveria fazer parte do quadro?

A confiança e a boa-fé objetiva são relevantes seja em virtude da assimetria informacional, seja pela incerteza como a que vivemos neste ano de 2020 (art. 422CCB) . O interesse de manter relacionamentos negociais tem papel relevante na busca da melhor solução recíproca. Por isso o oportunismo deve ser afastado privilegiando-se a confiança e, se possível, a alocação de riscos inicial. Caso isso seja inviável, a negociação é o melhor remédio.

O impacto da pandemia pode incentivar decisões trágicas que venham a levar à perda de empregos a par de outras mudanças na forma de exercício de atividades econômicas que só se agrava quando as decisões judiciais são paternalistas, visadas, em que não se avaliam a alocação de riscos nem a cooperação contratual. Nem se afasta a hipótese de alguns agentes econômicos buscarem se beneficiar em razão da excepcionalidade do momento. Ao interferir no contrato o Judiciário deve considerar o que as partes pretendiam e tentar alguma forma de conciliação que preserve a relação, tal como previsto no inciso III ao art. 421 do Código Civil Brasileiro, que prescreve revisão excepcional e limitada. Tampouco se há de invocar o art. 478 do mesmo diploma legal de forma singela.

Carlo V. Giabardo, em *Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law*<sup>10</sup>, considera que a busca por formas de solução de controvérsias fora do âmbito do Judiciário não tem sido objeto de reflexão e indaga: será que isso desarticula as ideias de legalidade e justiça? O foco são mediação, arbitragem e formalismo como elementos para responder à dúvida.

Mesmo que defende tais procedimentos, ou outros modelos de solução de controvérsias, não pode negar a importância de um Judiciário que, de forma eficiente e eficaz atue na preservação de valores éticos e sociais.

O que se pode, e deve questionar, é a atuação judicial que tenha algum tipo de viés ideológico, que não se atenha, de forma clara ao quadro social geral e, portanto, deixe de decidir com imparcialidade. Soluções extrajudiciais não podem se tornar panaceia social, assim como intoleráveis são decisões viesadas que perpetuam o oportunismo de uma classe de agentes econômicos.

---

10 GIABARDO, Carlo V.. Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law in *Wolverhampton Law Journal*, v.4, 2020, July 2020.



Giabardo cita Lon Fuller sobre o procedimento de mediação como apto a reorientar as partes entre si e não como forma de imposição de regras; de auxiliar as partes a atingirem uma nova percepção de sua relação que endereçará suas atitudes visando a preservá-las o que ensejará nova forma de justiça, não presa ou limitada às regras positivadas que, em boa medida, são estáticas enquanto a realidade socioeconômica é dinâmica.

O modelo ideal para equacionar os problemas gerados com a pandemia e as medidas de saúde adotadas será o de “ganha-ganha” em que ambas as partes não se sintam prejudicadas e as relações futuras se desenvolvam em ambiente não hostil.

Até o argumento de que esse modelo de “privatização” do direito ameaça o Judiciário, não tem suporte, pois o Judiciário, em muitos casos, poderá rever decisões privadas se causarem danos ou ameaças à coletividade.

### 3 CONCLUSÃO

A conclusão do artigo é de que acordos podem levar a soluções melhores, moralmente superiores não impostas hierarquicamente por um juiz como resultado da interação entre partes. Que as partes, respeitadas as limitações por normas cogentes e políticas públicas, podem superar o que o direito positivo prevê para aquela determinada situação e escolherem o que seja melhor para elas e não o que o Direito considera melhor.

Previsibilidade das consequências jurídicas das disputas assim como tratamento equitativo são imperativos inafastáveis para que não se estimulem oportunismos que, ao final, gerarão efeitos perversos no ambiente social.

A questão se se põe é: terá o Covid-19 alterado a forma de relacionamento social por conta do distanciamento necessário para preservar a saúde, medida de interesse público? É possível “mensurar” seu impacto na qualidade de vida das pessoas, valor estuado em bioética?

No que diz respeito à economia e ao comércio/indústria/serviços, há mudanças relevantes sem que se possa assegurar que, cessado o temor de contágio, as relações repetirão o que era considerado habitual ou se caminharemos para um denominado “novo normal”.

Inibir oportunismos, gerar previsibilidade nas relações intersubjetivas, privilegiar a alocação eficiente de recursos e incentivar a autocomposição, supõe-se, levarão a menores danos e retomada mais célere das atividades econômicas e sociais. Mas, especialmente, considere-se que cabe ao Estado prover ambiente institucional (regras do jogo claras e estáveis) a fim de facilitar a solução de disputas para que o sistema jurídico se enquadre como instrumento de premiação e punição, segundo a lição de Norberto Bobbio.

Dessa perspectiva, como apontado por Tullio Ascarelli, segundo o professor Miguel Reale, o direito comercial, afora o engessamento do Código Civil Brasileiro e outras normas de direito positivo, em que o legislador, acreditando ter solução para todas as situações, pela sua história estará apto para encontrar soluções aplicáveis, ainda que temporariamente, equacionando situações de emergência ao mesmo tempo em que se preserva sua função básica: facilitar a atividade de circulação de mercadorias em e para mercados do modo mais eficiente possível, mantendo e consolidando a confiança entre pessoas.

Outra possibilidade, e novamente a dinâmica própria do Direito Comercial se manifesta com limpidez, é repensar os modelos de alocação de riscos e de que forma ampliar ou consolidar a cooperação entre agentes econômicos desincentivando litígios. Assim, talvez, conviesse pensar em como harmonizar o *rebus sic stantibus* com o *pacta sunt servanda*.

A pandemia pode ser o estopim para uma rediscussão da regra *pacta sunt servanda*, princípio fundamental do direito dos contratos, de sorte a modelar um sistema normativo eficaz e eficiente na redefinição das relações contratuais, notadamente no campo do Direito

Comercial, recorrendo à funcionalidade de uma perspectiva contemporânea e dinâmica.

A impossibilidade de cumprimento da obrigação sem culpa ou dolo em verdade não tem relação com a alocação inicial de riscos e sim com a incompletude contratual. A previsão de onerosidade excessiva dos arts. 478 e 479 do Código Civil Brasileiro não são a solução ideal para o momento atual ainda que ocorra desequilíbrio prestacional nem impossibilidade imediata de cumprir a obrigação.

A cláusula *rebus sic stantibus*, tal como pensada originalmente, não poderia prever mercados globais, alta especialização e, especialmente, a questão de saúde pública com a rápida disseminação do vírus pelo globo. Vale dizer, invocar essa regra, no atual contexto, afasta interesses gerais.

As regras de direito das obrigações/contratos, aplicadas literalmente à situação emergencial atual que requer adaptação e resolução de contratos, o que, como exposto por Coase, requer atuação estatal para minorar os custos sociais.

Rebalancear obrigações contratuais de natureza não sistemática requerem estímulos à renegociação, não sua imposição cogente. Hipóteses de abuso de poder, notadamente se convertido em estratégia dominante, devem ser inibidas. A prioridade é preservar os laços entre contratantes, a cooperação em que se baseiam os contratos. Portanto, mesmo seguindo Coase, a ação estatal deve se limitar a buscar alternativas para reduzir os danos socioeconômicos. Se vier a se converter em poder que realoca riscos ao arrepio dos interesses dos contratantes.

O direito das obrigações/contratos segue as mudanças de preferência de consumidores, as inovações tecnológicas. Sua convivência com o *rebus sic stantibus* e o *pacta sunt servanda* depende de negociações e não de alteração do direito positivo, ainda que de caráter/natureza temporária.

Boa fé, objetiva e subjetiva, e confiança, instituições sociais estáveis que reflitam os valores da sociedade, são os elementos indispensáveis para o melhor resultado em face da pandemia.

## REFERÊNCIAS

ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. New York: Wiley, 1951 comentado em *The Review of Economic Studies*, 1953, v.21, issue 3, Oxford Academics por Murray Kemp *Economica*, New Series, 1937, v.4, n.16, p.386-405.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The Modern Corporation and Private Property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1932.

COASE, Ronald H.. in *The Journal of Law and Economics*, v.III, 1960, p.1-44.

COASE, Ronald H.. *The Nature of the Firm* – in *Economica*, New Series, 1937, v.4, n.16, p.386-405.

GIABARDO, Carlo V.. Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law in *Wolverhampton Law Journal*, v.4, 2020, July 2020.

HARDMAN, John. *Incomplete Contracts and Renegotiation Econometrica*, July, 1988, v.56, issue 4.

HART, Oliver *Incomplete Contracts and Renegotiation Econometrica*, July, 1988, v.56, issue 4.

HART, Oliver; MOORE, John Hardman. Property Rights and the Nature of the Firm in *Journal of Political Economy*, v.98, n.6, 1990, p.1119-1158.

REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, n.74, p.195-210. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66878>. Acesso em: 21 nov. 2021.

# NOTAS SOBRE A IMPOSSIBILIDADE TEMPORÁRIA NO CÓDIGO CIVIL

**Judith Martins-Costa**

Livre-Docente e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Parecerista e Árbitra (ICC, CCBC, CMA-CIESP, FGV, CAMARB). Advogada.

*A Autora agradece o convite feito para integrar essa coletânea de estudos. Agradece, igualmente, a Giovana Benetti, Rafael Xavier e a Pietro Weber pela revisão do texto, e a Luca Gianotti e Giordano Loureiro pela pesquisa.*

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A impossibilidade superveniente como espécie das perturbações da prestação; 2.1 Impossibilidade superveniente; 2.2 Critérios para a configuração da impossibilidade superveniente temporária; 3 Eficácias; 3.1 Ausência de mora; 3.2 O não transcurso da prescrição; 4. Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro não dispõe de artigo análogo ao 1.256<sup>1</sup> do Código Civil italiano ou ao 792<sup>2</sup> português, que reconhecem e disciplinam a figura da impossibilidade temporária da prestação. No entanto, os Tribunais têm dado corpo a essa figura, delineando os seus contornos, é dizer, seus requisitos e sua eficácia. Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>3</sup> suspendeu os efeitos de obrigações principais de contrato de locação comercial<sup>4</sup> porque, embora um incêndio tivesse devastado consideravelmente o imóvel locado (não estando o imóvel, portanto, em “estado de servir ao uso a que se destina<sup>5</sup>”), o locatário demonstrou interesse na continuidade do contrato de locação, uma vez feitos os reparos necessários no imóvel<sup>6</sup>.

Esse é um exemplo, dos muitos que se colhem na jurisprudência, de caso em que uma prestação *não pode ser cumprida* (no exemplo, o locador estava impossibilitado de ceder ao locatário a posse, o uso e o gozo, ao fim a que se destinava, de um imóvel praticamente inexistente, sendo essa a sua obrigação principal decorrente do contrato), mas o impedimento é temporário, isto é: a prestação não pode ser cumprida *apenas temporariamente*. Cessada a situação de impossibilidade de prestar (no caso acima mencionado, pela reconstrução do imóvel e a possibilidade de seu retorno a servir aos fins aos quais destinado), a relação obrigacional retomará o seu curso. Então, não se terá produzido o efeito *extintivo e liberatório*, como é próprio da espécie – impossibilidade superveniente de prestar não imputável ao devedor –, nem o efeito *extintivo e indenizatório*, que seria gerado se a causa da impossibilidade fosse imputável, por culpa, ao devedor.

Não apenas assim ocorre, a crer em muitas decisões judiciais, quando a *causa é física*, ou natural, como no exemplo da destruição de um imóvel pelo fogo. A pandemia decorrente

---

1 Código Civil italiano, *in verbis*: “Art. 1256. Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea. L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile.; Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia, l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”.

2 Código Civil Português, *in verbis*: “Art. 792º (Impossibilidade temporária) 1. Se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. 2. A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor”.

3 MINAS GERAIS. TJMG. *Ap. Civ. 1.0702.13.042250-5/001*. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira. J. em 02.07.2019, assim ementada: “Apelação cível - ação de indenização - contrato de locação - incêndio - cumprimento das obrigações - impossibilidade temporária - suspensão do contrato - dever de reparação - causa - caso fortuito ou força maior - indenização indevida - descumprimento contratual - perdas e danos - aquisição de novo ponto comercial - indenização devida - dano moral - não demonstração - meros aborrecimentos - ônus da sucumbência. - O caso fortuito ou a força maior que impossibilite, apenas temporariamente, o cumprimento das obrigações de um contrato, acarreta a suspensão dos contratos, não a sua extinção. - O locador deve manter a coisa alugada no estado de servir ao uso a que foi contratado, conforme disposto no art. 566, I, do Código Civil. Tendo sido descumprida a obrigação, responde pelas perdas e danos devidamente comprovadas, nos termos do art. 389, do Código Civil. - Se o descumprimento contratual não se deu por ato de um dos contratantes, mas sim por fato alheio à sua vontade, caracterizado como caso fortuito ou de força maior, ele não responde pelos prejuízos (CC, art. 393)”.

4 Código Civil, art. 565. “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e o gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.

5 Lei 8.245/91, art. 22, I, *in fine*.

6 Retenha-se, do aresto acima mencionado, ainda as seguintes razões: “Assim, primeiramente, cumpre estabelecer se o incêndio ocorrido na loja objeto do contrato de locação entre as partes ocasionou a suspensão do contrato, tal como alegado pelo autor/apelante ou a sua extinção, tal como alegado pelo réu/apelado. [...] Também não se tem, no caso, a resolução do contrato em razão do sinistro ocorrido no imóvel, conforme pretende o apelado, pois a rescisão se dá quando há a impossibilidade definitiva de cumprimento da obrigação, em decorrência de caso fortuito ou força maior. Ora, conforme se depreende das provas dos autos, neste caso não havia a impossibilidade definitiva para o cumprimento do contrato de locação, já que a impossibilidade era temporária, perdurando tão somente até que o locador providenciasse a reforma do imóvel [...]. Portanto, em razão de caso fortuito ou de força maior *que impossibilite, temporariamente, o cumprimento das obrigações de um contrato tem-se a suspensão das obrigações, não a sua extinção*”. (Destaquei).

do vírus Sars-CoV-2 trouxe ao conhecimento geral casos de impossibilidade superveniente temporária e não imputável ao devedor por *causa jurídica*, como quando academias de ginástica, escolas, estabelecimentos públicos, universidades, casas de espetáculos, museus – e, modo geral, todos os estabelecimentos destinados a reunir pessoas – fecharam suas portas temporariamente, por determinação de autoridades públicas, a fim de evitar a maior propagação do vírus. Assim também certas atividades como, exemplificativamente, o transporte escolar, tornado inútil enquanto as escolas permanecem fechadas. A prestação de serviços ao público ficou impossibilitada não por culpa do devedor da prestação, nem do credor, mas por um obstáculo invencível de ordem jurídica. Porém, segundo se espera, a situação de impossibilidade de prestar terá fim, quer por uma diversa medida administrativa, quer pela disponibilização da tão aguardada vacina contra o vírus, viabilizando, ainda, a continuidade e cumprimento da prestação, com satisfação ao credor.

Como a realidade está sempre a testar o sistema jurídico, quer para mostrar suas falhas, quer para apontar às possibilidades técnicas de sua superação, certo é que a pandemia da Covid-19 veio mostrar que, neste ponto, o Código contém *lacuna de previsão*, a saber: quando falha a previsão de um caso que *deve ser juridicamente regulado*<sup>7</sup>. Em face da realidade que se apresenta aos nossos olhos desde o mês de março de 2020, quando a Organização Mundial da Saúde reconheceu o estado de pandemia<sup>8</sup>, não há dúvidas de terem se configurado muitos casos de impossibilidade temporária de prestar não imputáveis a quaisquer dos sujeitos da relação obrigacional.

Como tratar essas situações? Por meio de qual fundamento, e de quais critérios? Reconhecendo-se a hipótese de impossibilidade temporária, quais os efeitos devem considerar-se ligados à figura?

Estas são as questões que suscitam essas notas, por intermédio das quais enfocarei, primeiramente, os critérios a reger a *impossibilidade temporária, superveniente e não imputável* a qualquer das partes (Primeira Parte), cuidando, depois, da eficácia (Segunda Parte).

## **2 A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE NÃO IMPUTÁVEL AO LESADO COMO ESPÉCIE DE PERTURBAÇÃO DA PRESTAÇÃO**

O Código Civil brasileiro apresenta um conjunto de regras distribuídas ao longo de diversos títulos para lidar com todas as situações em que a prestação não foi corretamente cumprida, ou não pode, ou não deve ser realizada pelo devedor, isto é, situações de *perturbação da prestação*<sup>9</sup>. Para além do inadimplemento<sup>10</sup>, regrado de forma mais ou menos

7 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.417.

8 A pandemia começou, de fato, meses antes, em Wuhan, na China, mas só foi reconhecida como tal pela OMS na data acima indicada.

9 A expressão “perturbações na prestação”, de cunho doutrinário, foi evidenciada pela reforma do Código Civil alemão de 2001/2002 que consagrou a ideia de um “Direito das Perturbações da Prestação” (*Recht der Leistungsstörungen*), sistematizando, pelo recurso a essa ideia, todas as figuras (algumas até então não codificadas) que vêm alterar o curso regular de uma prestação desde o seu nascimento até a sua extinção pelo seu fim natural, que é o adimplemento satisfatório. A reforma alemão incluiu na rubrica “Direito das Perturbações da Prestação” a violação a deveres, incluindo mora, violação positiva do contrato, culpa *in contrahendo* e a impossibilidade de prestar. Embora seja questão de método não fazer, nunca, o transplante acrítico do que se verifica em outros sistemas, desatendendo aos dados de base dos sistemas em exame, parece perfeitamente adequado aproveitar a ideia de “perturbações da prestação” para melhor discernir alguns institutos que nos Direitos brasileiro e português têm similar função, qual seja, a de responder à questão de saber qual o destino da prestação “cuando una pretensión no se cumple oportunamente y tampoco se realiza una subrogación en el cumplimiento (...), se habla de una interrupción de la prestación.” (MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. v. I. Tradução espanhola de Ángel Martínez Sarrion. Barcelona: Bosch, 1995, p.143). Sobre o tema, escreveu-se em MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 7 e ss.

10 O inadimplemento apresenta como espécies o inadimplemento relativo, cujo efeito é a mora, o inadimplemento absoluto, ou definitivo, e violação positiva do crédito. Sobre essas noções e o conteúdo da relação jurídica obrigacional, escreveu-se em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. V, Tomo II, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.125 ss. e a bibliografia citada.



sistemática nos artigos 389-420 do Código Civil, existem regras com caráter *geral* na disciplina das modalidades das obrigações (artigos 234-235, 238-240, 245-246, 248, 250, etc.), e na parte geral dos contratos (artigos 478-480) que formam um sistema amplo composto pelas figuras do inadimplemento, da impossibilidade superveniente de prestar e da onerosidade excessiva, as três figuras privilegiadas pela Lei para lidar com os eventuais percalços pelos quais a relação obrigacional pode passar em sua marcha na direção do seu fim, qual seja, o cumprimento satisfatório aos interesses do credor. Outras figuras, como, e.g, as exceções sinalagmáticas e a vedação ao exercício jurídico abusivo completam, no sistema do Código Civil, os meios de enfrentamento das perturbações da prestação. Cabe referir com maior vagar a impossibilidade superveniente da prestação.

## 2.1 A impossibilidade superveniente

Diante do variado cardápio de soluções legais está a *impossibilidade superveniente da prestação*<sup>11</sup>, que é, das hipóteses de perturbação da prestação, aquela dotada do regime mais fragmentário e a que menos despertou interesse da doutrina<sup>12</sup>, frequentemente gerando algumas confusões, ora com a figura do inadimplemento, ora com a figura da excessiva onerosidade superveniente, ora restando reduzida a uma de suas manifestações, consistente no caso fortuito ou força maior<sup>13</sup>.

Diz-se fragmentário esse regime porque seu idealizador, Teixeira de Freitas, decidiu, no Esboço, atar um *regime de riscos específico* a cada uma das modalidades das obrigações (dar, restituir, fazer, não fazer), ao invés de traçar um regime centralizado como, quarenta anos depois, cuidou de fazer o legislador alemão<sup>14</sup> seguido, mais tarde, pela Lei Civil portuguesa<sup>15</sup>. A solução encontrada por Teixeira de Freitas colocava-se em um grau de abstração maior do que a aventada pela doutrina portuguesa de então. Essa lidava com o paradigma da perda da coisa a ser entregue<sup>16</sup>, mas destoou significativamente do sistema proposto pelo *Code Civil*, fiel às raízes romanas, apenas definindo caso fortuito e força maior como hipótese de exclusão de responsabilidade pelo inadimplemento. Inovadora e criativamente, Teixeira de

11 A impossibilidade *originária*, também dita impossibilidade *inicial*, não será objeto deste artigo. Diga-se apenas, tratar-se de *outra figura*, situada em outro plano (o da validade) e obediente a um diverso regime jurídico, especificamente ligado à validade do negócio jurídico (art. 104, II). Essa disciplina não faz parte do regime de perturbações das prestações, uma vez que a obrigação sequer nasceu. O marco entre a impossibilidade inicial e superveniente é a celebração do negócio (vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958, § 3.056 e ss; e PIREZ, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2018, p.214).

12 Da produção doutrinária a respeito, menciona-se os estudos clássicos de MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958 e de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958, § 3.056 ss. Abordou-se recentemente o tema em MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 19 e ss.; ainda em: MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e a excessiva onerosidade superveniente na relação entre *shopping center* e seus lojistas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Orgs.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.75-110; e MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, 2019, p.371-404.

13 É significativo que doutrina e jurisprudência posteriores à decretação da pandemia da Covid-19 tenham centrado atenção exclusivamente na hipótese de caso fortuito ou força maior, ou, por vezes, no fato do príncipe, que é uma das manifestações da impossibilidade superveniente não imputável no Direito Público. Assim, exemplificativamente, PETEFFI DA SILVA, Rafael. Caso fortuito ou de força maior: elementos estruturantes e aplicabilidade em tempos de Covid 19; ainda: LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O regime jurídico transitório no direito dos contratos sob o contexto da pandemia de 2020 (prescrição, decadência caso fortuito e revisão contratual). Ambos em: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Orgs.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, respectivamente p.63-74 e p.111-136.

14 BGB, § 275.

15 Código Civil Português, art. 790 e ss.

16 V.g., COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Instituições do direito civil português*. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, § 169.

Freitas decidiu expandir a disciplina casuística para todas as modalidades das obrigações, justificando a proposição como “consequências naturais da inovação que tenho feito”<sup>17</sup>. Entre nós, essa forma de reger os riscos relacionados às prestações fez fortuna, sendo adotada pelos projetos subsequentes e por ambos os Códigos Civis, o de 1916 e o de 2002.

Partindo do que há de comum a todos regimes, a impossibilidade superveniente é o evento *posterior à formação do negócio* – quer seja de ordem natural, ou física, quer seja de ordem jurídica – que impede a realização da prestação pelo devedor, obstaculizando, assim, a satisfação do credor. “A impossibilidade da prestação contratual”, define Catarina Monteiro Pires, “ocorre quando a atividade de prestar não é realizável ou quando o resultado que se pretendia atingir com a prestação não é alcançável”<sup>18</sup>. A correta apreensão dessa figura liga-se com a noção de *prestação*. Essa não é considerada apenas como *atividade devida* por parte do devedor, mas, igualmente, como *ato finalístico* de satisfação do interesse do credor<sup>19</sup>. Há, pois, impossibilidade superveniente, toda vez que, após a celebração do negócio, a satisfação da prestação devida é impedida por razão de ordem física ou jurídica.

Porém, a impossibilidade superveniente divide-se em duas grandes espécies: aquela que é imputável – isto é, atribuível – ao devedor e a que não lhe é imputável. Quando a impossibilidade for imputável ao devedor, a Lei Civil exige (artigos 234 a 236; 238 a 241; 248; 250, *a contrario*) que essa atribuição seja feita pela culpa, sendo esse, pois, o *fator de imputação* escolhido pela Lei. Nesse caso, o vínculo se extingue, mas não há o efeito liberatório ao devedor, pois a esse será atribuída a responsabilidade, nascendo-lhe, conseqüentemente, o dever de indenizar o credor pela não satisfação da prestação. Já não há o dever de prestar, mas há o de indenizar<sup>20</sup>.

Se a impossibilidade for *não imputável*, há, para além da liberação do vínculo, a liberação do devedor sem atribuição de responsabilidade (e, conseqüentemente, do seu efeito, que é o dever de indenizar) ao devedor. Sua eficácia é precisamente *excluir* o dever de prestar<sup>21</sup>, liberando as partes do vínculo, o qual resta extinto. Esta é a razão pela qual tratar a impossibilidade superveniente não imputável como mera hipótese de exclusão da responsabilidade pelo inadimplemento, como o Código Civil faz no art. 393, não parece ser suficiente para explicar seu regime, uma vez que a própria relação obrigacional se extingue comprovado o impedimento, como está na primeira parte dos artigos 234; 240; 248; e 250 do Código Civil e, ainda, no art. 238 255, segunda parte, e 256. Não seria lógico falar-se em inadimplemento, pois não há como adimplir ou deixar de cumprir um dever que não existe mais. O emprego da terminologia é de rigor, pois, no Direito, as palavras têm eficácia: dizer-se que uma obrigação foi inadimplida gera efeitos diversos dos que estão vinculados à afirmação segundo a qual a obrigação não foi cumprida porque se impossibilitou, sem culpa do devedor<sup>22</sup>.

17 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*. Esboço. v. II. Consultado na edição publicada pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro, 1952, p.355-356. A observação é feita ao art. 903, que versa o problema da perda da coisa na obrigação de dar.

18 PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I: perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p.14.

19 Sobre as tensões ao redor do conceito moderno de prestação, MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 7 e ss., e a bibliografia indicada.

20 Acerca das semelhanças e diferenças entre o inadimplemento e a impossibilidade, remete-se o leitor ao que se escreveu em MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 20, e a bibliografia indicada.

21 Não se deve confundir “culpável” com “imputável”. Culpa é fator de imputação, e não a imputação em si. É, pois – assim como o são o risco e a garantia – o critério que se adota para imputar a responsabilidade de algum evento a algum sujeito.

22 Por esta razão, penso dever ser evitada a designação da impossibilidade como “inadimplemento fortuito” utilizada por um grande doutrinador como GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.173 e ss.

## 2.2 Espécies de impossibilidade superveniente não imputável e configuração da impossibilidade temporária

Delimitado o campo da impossibilidade superveniente não imputável, chegamos às suas espécies<sup>23</sup>, a alcançar por via de distinções entre pares: assim, a impossibilidade *total* e *parcial*; a *objetiva* e a *subjéctiva*; a *absoluta* e a *relativa*; e a *definitiva* e a *temporária*. Como as noções são jurídicas, e não naturalistas, é preciso redobrada atenção.

Para chegar-se à distinção entre impossibilidade *total* e *parcial*, é preciso ter em mente a noção de divisibilidade das obrigações. Segundo a regra do art. 258 do Código Civil, a “*obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico*”. Conquanto não sejam superpostos os conceitos jurídico e naturalista de divisibilidade ou indivisibilidade, certo é que, para concluir pela divisibilidade ou não de uma obrigação, o intérprete não pode nem se encerrar no mundo fático, nem para ele fechar os olhos. Como alertou Pontes de Miranda, é necessário fitar os *dois mundos*, descendo a escala para perpassar, primeiro, no mundo jurídico e, depois, no mundo dos fatos<sup>24</sup>.

Dito de outro modo: cabe distinguir entre o *objeto direto* da obrigação (a conduta: o dar, fazer ou não fazer, isto é, o prestar, ou mais precisamente, a prestação) e o *objeto indireto* da obrigação (a coisa ou o fato sobre o qual incide o prestar). Em determinados casos, a natureza indivisível do objeto indireto, enquanto dado do mundo fático, pode conduzir à indivisibilidade do objeto direto, noção do mundo jurídico<sup>25</sup>. Consequentemente, se o objeto (direto) da obrigação é a prestação, e não a coisa ou o fato a ser prestado primeiramente (objeto indireto da obrigação), é pela análise da *prestação*, que se poderá afirmar ser determinada obrigação divisível ou não.

Adotado esse critério, fácil é perceber que divisível “é obrigação que se pode *cumprir* em partes, obrigação que não se divide a si mesma mas permite que o seu adimplemento se *divida*.”<sup>26</sup> Se em determinada relação jurídica obrigacional o *adimplemento* pode ser fracionado, até que se alcance a *satisfação total* do credor –, porque a cada parte da prestação recebida pelo credor gera a sua satisfação parcial –, a prestação é divisível, e, por consequência, assim o é a obrigação. Portanto, o segundo elemento a caracterizar a divisibilidade da obrigação é a possibilidade de satisfação do credor quanto à parte adimplida da prestação. Diversamente, se o adimplemento parcial da obrigação não tem a virtualidade de gerar satisfação ao credor, a obrigação é indivisível<sup>27</sup>.

Cabe ainda considerar a regra do art. 314 do Código Civil, segundo a qual, “[a]inda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”. Trata-se de regra *dispositiva*, como claramente indica a sua parte final (“se assim não se ajustou”). Pode, portanto, ser

23 O tema vem tratado em MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 22.

24 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.709, 2.

25 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 151-153. No léxico ponteano, a noção de “objeto direto” da obrigação corresponde a noção de prestação, e “objeto indireto” da obrigação refere-se à coisa ou ao fato a ser prestado (vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.708, 1). Os “dois mundos” se tocam, bastando pensar, em singelo exemplo, na tradição de um cavalo, objeto indireto que não se pode prestar por partes. Inversamente, poderá o objeto indireto ser divisível no mundo dos fatos, mas as partes o considerarem – como objeto direto da obrigação – não divisível, como, por exemplo, as peças componentes do motor de um automóvel: o adimplemento estará na entrega do motor, e não, separadamente, das várias peças que o compõem.

26 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.708, 2.

27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 2.708, 7.

afastada por declaração de vontade dos contratantes, manifestada pelas formas expressa, tácita, por seu comportamento concludente, ou pelo silêncio circunstanciado (Código Civil, art. 111), e, ainda, se ao caso incidir regra jurídica cogente. Nesses casos, passa a imperar a divisibilidade da obrigação.

Se, conjugados todos esses dispositivos, a obrigação puder ser cumprida por partes, com satisfação do interesse do credor, e sobrevir impossibilidade que não atinja o todo, haverá, então, hipótese de impossibilidade parcial. Seria o caso exemplificado por Araken de Assis, da “sociedade ‘X’ [que] se obrigou a entregar à empresa de banco ‘Y’ doze centrais telefônicas e cento e vinte aparelhos, deixando, todavia de prestar os últimos, porque tecnicamente inviável seu fabrico”<sup>28</sup>. Observa-se, desde logo, a *divisibilidade* da prestação.

“É possível, ademais, que a parcela cumprida seja útil ao parceiro, visto existirem aparelhos harmonizáveis no mercado; por outro lado, o inadimplemento verificado se revela *absoluto* nesta parte, pois a sociedade ‘X’ nunca cumprirá a prestação a contento”, diz ainda Assis, que complementa: “Em vez de aniquilar a totalidade do programa traçado no contrato, o espírito atento dos juristas acolheu a hipótese de fazê-lo parcialmente, preservando o equilíbrio prestacional infenso ao descumprimento”<sup>29</sup>. Nesse caso, aduz, “o contrato se considerará repartido em tantas partes quantas prestações recíprocas puderem ser isoladas no programa contratual”<sup>30</sup>. Ao mesmo resultado chegara Pontes de Miranda, embora afastando a aplicação analógica do princípio hoje inscrito no art. 184 do Código Civil, alertando, porém, à noção de *separabilidade*<sup>31</sup>.

Já se vê, portanto, ser ponto central ao adequado deslinde da *quaestio* a noção jurídica de divisibilidade: quando a impossibilidade atinge apenas *parte separável* da prestação, a suspensão ou extinção típica da impossibilidade não afeta a relação obrigacional, mas tão somente esta parte.

Distingue-se, também, a impossibilidade *objetiva* da *subjetiva*. A impossibilidade objetiva surge de elementos vinculados à própria prestação: o bem a ser entregue pereceu; o paciente já foi curado e não mais necessita dos serviços médicos contratados. A prestação é impossível a todos. A impossibilidade subjetiva, por outro lado, deriva de condições específicas do devedor obrigado. Já se dizia na doutrina que apenas a impossibilidade objetiva tem o condão de liberar o devedor, mas a afirmação deve ser bem compreendida: o advogado acometido por Covid-19 e hospitalizado que, à falta de condições físicas, deixa de fazer a sustentação oral contratada, deixa de cumprir o ajustado por impossibilidade, e não deve ser responsabilizado por isso<sup>32</sup>. Também assim o caso da cantora que falta ao espetáculo em vista da morte de seu filho na mesma data: trata-se de hipótese de impossibilidade moral, que acarreta eficácia liberatória, se não for possível ao advogado postergar a sustentação oral ou à cantora se apresentar em outra data. Conquanto referida a uma situação subjetiva, certo é que todos os que estiverem em idêntica situação estariam impossibilitados de prestar.

O importante, ao se falar em impossibilidade subjetiva (para negar-lhe o efeito liberatório), é conotá-la às hipóteses de “inaptidão” ou “impracticabilidade para prestar”, ou, ainda “insolvência” – expressões em língua portuguesa que buscam traduzir o significado do alemão *Unvermögen*. Este vocábulo designa, literalmente “incapacidade”, termo que, no

28 ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.158.

29 ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.158, termos em itálico no original.

30 ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.159.

31 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 296, 4.

32 Inaplicável nesses casos o art. 249, que funciona como uma punição à mora e ao incumprimento imputável da obrigação.



Direito brasileiro, aponta a conceito diverso: no âmbito da impossibilidade, a inaptidão para prestar trata, a rigor, de uma impracticabilidade, para o sujeito, da atividade de prestar, por estar sem meios para tanto, sendo essa razão de ordem subjetiva só a ele referida como, por exemplo, pela diminuição de seu patrimônio, ou uma limitação do seu acesso a um crédito.

Nada obstante assim assentar a doutrina, foi qualificada como hipótese de impossibilidade, com eficácia de suspender – embora não extinguir – a exigibilidade da prestação, aquela julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo atinentemente à obrigação alimentar de pai, relativamente a seus filhos, que, em plena pandemia, perdera o emprego, vivendo em situação de rua<sup>33</sup>. O julgador de primeiro grau qualificara o caso como hipótese de impossibilidade de prestar, liberando o pai da obrigação legalmente imposta. Em segundo grau, manteve-se a qualificação, aduzindo, todavia, ser temporária, e não definitiva, a impossibilidade subjetiva. Ponderou-se que “o fato de o requerido estar momentaneamente impossibilitado de arcar com a pensão alimentícia, devido a situação de vida precária, não o isenta das responsabilidades advindas da paternidade, bem como não exclui o direito do menor de ter estabelecido um valor de alimentos que contribua com sua subsistência”.

A “impossibilidade” de arcar com a pensão alimentícia, por falta de meios para tanto, não configura impossibilidade superveniente não imputável, isto é, liberatória. Reconhecendo, no entanto, a situação de extrema penúria do alimentante, “por estar momentaneamente vivendo de forma precária, sem condições de auferir renda”, determinou o Tribunal a suspensão da exigibilidade da decisão que determinara a fixação dos alimentos em 20% do salário mínimo vigente, “até comprovação da alteração da situação econômico-financeira do apelado”. Dito de outro modo: a situação impossibilidade subjetiva não liberou o devedor, mas conduziu à inexigibilidade temporária da prestação<sup>34</sup> por razões que extrapolam a lógica do regime da impossibilidade de prestar. Na realidade, a decisão fundou-se em argumento de equidade.

O mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>35</sup> atribuiu à situação de insolvência de uma sociedade comercial o efeito de dilatar o termo para o cumprimento da obrigação legal de pagar custas processuais. No caso, considerou-se que, por definição, empresa é atividade econômica<sup>36</sup>. Liberar do pagamento, *tout court*, equivaleria a uma contradição em termos com a própria noção de empresa. E se assinalou: “É evidente que, em se tratando de pessoa jurídica que ainda preserva sua atividade econômica, é de natural compreensão que

33 TJSP. Ap. Civ. 1023981-05.2014.8.26.0405. 1ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy. J. em 31.03.2020, assim ementado: “ALIMENTOS. Fixação. Obrigação alimentar fixada em 20% do salário mínimo, com observância do binômio necessidade/possibilidade. Carência do autor que é presumida, em razão da idade. Valor que se mostra razoável. Réu em situação de morador de rua. Irrelevância para fixação de prestação alimentícia. Suspensão, entretanto, da exigibilidade do seu pagamento por encontrar-se o réu em situação de penúria e impossibilitado de auferir renda. Sentença reformada. Recurso provido em parte”.

34 O Tribunal, reconhecendo que “exigir a obrigação alimentar ao apelado poderia dificultar ainda mais sua própria subsistência, bem como sua inserção no mercado de trabalho e na sociedade, com grandes possibilidades no não cumprimento do dever alimentício e conseqüente prisão civil”, decidiu pela suspensão da exigibilidade da pensão alimentícia, sem, entretanto, extinguir a dívida. Como o interesse do credor dificilmente se extingue, uma vez que ele representa o substitutivo do dever de sustento, os desembargadores condicionaram o pagamento dos valores à alteração da condição socioeconômica do alimentante.

35 TJSP. AI n. 2155807-86.2017.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Sebastião Flávio. J. em 25.10.2017, assim ementado: “GRATUIDADE PROCESSUAL. Pessoa jurídica. Manifesta impossibilidade temporária de fazer frente aos custos do processo, comprovação dada pela exibição de extratos de movimentação de conta bancária e de outros documentos. Subsistência da atividade empresarial que faz supor a recuperação da suficiência econômico-financeira para o giro normal de seus negócios. Postergação para o final do processo da obrigação de pagamento das custas do processo. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Descabimento da pretensão de executada de ver suspensa a prática de atos executórios, quando não garantiu o juízo, não foi localizada no endereço declinado no instrumento de confissão de dívida para ser citada, sem prévia comunicação à credora de eventual mudança de se, é manifestamente insolvente e trouxe apenas argumentos genéricos sobre a falta de requisitos do título executivo. Eficácia da citação que foi corretamente reconhecida. RECURSO IMPROVIDO”.

36 Recorde-se o clássico estudo de ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Traduzido por Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. XXXV, n. 104, out.-dez. 1996.



a alegação de impossibilidade de pagamento das custas do processo deve ser vista como apenas temporária, até porque o giro de seus negócios é presuntivo de que terá a superação da crise financeira e, se isso não ocorrer, não lhe restará outra alternativa que a falência. Daí que não se deve prodigalizar a benesse em causa às pessoas jurídicas quando sobejar a menor dúvida acerca de sua absoluta impossibilidade de pagar as custas do processo, e *apenas deve de regra haver a prorrogação da obrigação para o final do processo*, para resguardar o direito de defesa, o que é aplicável à hipótese ora versada (...). Com isso, deve ser permitido à postulante o direito de se defender, porém sem ignorar que aquelas circunstâncias não são suficientes para concluir por uma impossibilidade absoluta e definitiva de poder arcar com os custos do processo, até porque isso seria incompatível com a própria afirmação de prosseguimento da atividade empresarial”.

Separa-se, também, a impossibilidade *absoluta* da *relativa*. A impossibilidade relativa não é “verdadeira” impossibilidade<sup>37</sup>: é o aumento na dificuldade de prestar, o que pode levar à configuração da onerosidade excessiva, constitutiva, pois, de *outra hipótese*, diversa da figura da impossibilidade<sup>38</sup>, pois não se confundem – embora possam se tangenciar – esses dois institutos. Por vezes, a fronteira é tênue.

Um bom exemplo do necessário *distinguo* está em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>39</sup>. Tratava-se de julgar pretensão do autor da demanda, que queria auferir, a título de *royalties*, o percentual de 10% do valor das vendas de aparelhos pela utilização de tecnologia de que é cotitular. Em contraposição, alegava o réu que a situação de pandemia reduzira substancialmente o número de clientes, o que tornaria sua obrigação de pagar *royalties* temporariamente impossível.

O Tribunal rejeitou tanto o argumento da impossibilidade física, porque os aparelhos continuavam sendo comercializados, como a jurídica, já que nenhuma regra proibia a venda dos produtos. Esse seria um caso de impossibilidade econômica, subsumida à imprevisão, mas seus requisitos (onerosidade excessiva) não se encontravam satisfeitos. E esclareceu: “A impossibilidade temporária superveniente que retarda o cumprimento das obrigações nos casos de força maior ou caso fortuito pressupõe a impossibilidade física ou jurídica. No caso, a impossibilidade não é física porque se reconhece que os aparelhos continuam a ser comercializados, nem é jurídica, porque a venda prossegue sendo autorizada. Na verdade, trata-se de impossibilidade econômica decorrente não da comercialização dos equipamentos de que são co-titulares as partes, mas de outras causas relativas ao complexo de obrigações da

37 No direito português, observa Catarina Monteiro Pires que “[a] lei não faz alusão à impossibilidade *absoluta*, nem *relativa*, precisamente porque não aceitou as duas expressões, mas apenas uma, a absoluta”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I: perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p.22).

38 Desenvolveu-se esse ponto em: MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 19-24.

39 RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AI n. 70084224948. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Denise Oliveira Cezar. J. em 27.08.2020, assim ementado: Ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA. COVID-19 REANÁLISE. DECISÃO QUE MANTEVE O INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA POSTA EM DISCUSSÃO. Consolidado o entendimento em decisões judiciais submetidas a recurso, de que há verossimilhança na alegação do autor/agravado de que tem direito ao pagamento dos royalties no percentual de 10% sobre a venda dos aparelhos, pela utilização de tecnologia de que é co-titular, por meio de depósito judicial, encontra-se preclusa a matéria. COVID-19. ALEGAÇÕES DE ONEROSIDADE E IMPREVISIBILIDADE NÃO ACOLHIDAS A impossibilidade temporária superveniente que retarda o cumprimento das obrigações nos casos de força maior ou caso fortuito pressupõe a impossibilidade física ou jurídica. No caso, a impossibilidade não é física porque se reconhece que os aparelhos continuam a ser comercializados, nem é jurídica, porque a venda prossegue sendo autorizada. A impossibilidade econômica decorre não da comercialização dos equipamentos de que são co-titulares as partes, mas de outras causas relativas ao complexo de obrigações da empresa. Embora a pandemia tenha sido imprevisível, a aplicação da teoria da imprevisão pressupõe que a obrigação tenha se tornado excessivamente onerosa em razão do fato imprevisível. Porém como o direito de co-titularidade reconhecido na decisão que antecipou a tutela de mérito incide sob a forma de um percentual nas vendas, a diminuição destas ou dos preços não repercutem na obrigação. Manutenção da decisão proferida na origem. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO”.

empresa”. A mencionada “impossibilidade econômica” configurava, na verdade, *difficultade para prestar*, inconfundível com a impossibilidade, podendo compor o instituto da excessiva onerosidade superveniente, na espécie não caracterizada por ausência do preenchimento dos requisitos legalmente exigidos para tanto.

A *impossibilidade absoluta*, seja total ou parcial, e objetiva, é a única que tem eficácia liberatória, extinguindo o vínculo: trata-se de um impedimento insuperável à realização da prestação pelo devedor. A questão que se põe é: apenas a impossibilidade absoluta definitiva (total ou parcial) libera ou também tem esse efeito a *impossibilidade temporária*, assim compreendida aquela em que o obstáculo que se antepõe ao cumprimento tem efeitos não definitivos em relação à prestação?

A resposta a esta questão – desde já respondida pela negativa – é a de que, se a prestação ainda puder ser cumprida com utilidade para o credor, uma vez cessada a causa da impossibilidade, estar-se-á frente a uma hipótese de impossibilidade temporária. Não há liberação, mas pode haver suspensão ou dilação do dever de prestar. O critério para a sua configuração não é, todavia, fático, mas jurídico. O que é temporário ou definitivo é sempre mensurado em relação à finalidade da prestação, é dizer, ao interesse do credor<sup>40</sup>. O critério central é aquele retirado, por analogia, do parágrafo único do art. 395 do Código Civil. Conquanto dirigido à hipótese de inadimplemento, e não de impossibilidade superveniente não imputável ao devedor, e referindo a ideia de “utilidade” e não expressamente a de “finalidade”, pode ser concebido como um *topos*, a marcar a própria noção de prestação como atividade dirigida à uma finalidade, qual seja: a utilidade que proporcionará a satisfação do interesse do credor.

Sendo assim, saber se a relação obrigacional sobrevive ao fator impeditivo é algo a ser avaliado em *concreto* e *apenas a partir da situação das partes e dos termos do contrato*. Não existem fatos que *abstratamente* impedem ou dificultam a prestação: eles o são *sempre* em concreto. O fechamento de um *shopping center* por decreto municipal<sup>41</sup>, por exemplo, pode levar à impossibilidade parcial ou total; temporária ou definitiva; absoluta ou relativa: enquanto um quiosque terá a utilidade da coisa alugada muito reduzida ou até mesmo excluída pelo impedimento de circulação de consumidores; uma loja que usa o espaço para depósito e vendas por entrega ao domicílio será levemente afetada pela diminuição do consumo local; a locação de determinado espaço no *shopping* para a realização de um evento temporário poderá ser postergada, mas a perda do uso do bem no determinado período de vigência do decreto jamais poderá ser recuperado – essas e diversas outras situações mostram que não existe *impossibilidade em abstrato*. As diversas situações da vida caracterizam impossibilidade – ou não – *por seus efeitos na prestação*.

Nada obstante, o sistema indica alguns elementos a serem considerados para definir se a impossibilidade é temporária ou definitiva<sup>42</sup>, como segue:

- (i) se for possível prever que a situação de impossibilidade é (cronologicamente) transitória;
- (ii) a obrigação sobre a qual a impossibilidade atua admite uma dilação no cumprimento: este pode ser realizado em outro momento sem a perda do interesse do credor;
- (iii) não se trata de um negócio jurídico *fixo*; cujo cumprimento não pode (por sua natureza

40 Sobre o conceito e os critérios usados para concretizar o interesse do credor, vide: ZANETTI, Cristiano. A perda do interesse do credor. In: BENETTI, Giovana et al (Orgs.). *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p.765-787.

41 Analisou-se essa situação em MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e a excessiva onerosidade superveniente na relação entre *shopping center* e seus lojistas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Orgs.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.75-110.

42 MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 22.

ou pela vontade das partes) ser realizado noutro dia, pois, nesse caso, embora temporária faticamente a situação de impossibilidade, estará equiparada à impossibilidade definitiva<sup>43</sup>;

(iv) ainda quando, embora passageira a impossibilidade, e mesmo quando não se tratar de um negócio jurídico fixo<sup>44</sup>, o fato da prestação não atingir a finalidade a que fora predisposta se prestada em outra ocasião: nesse caso, poderá dar ensejo à resolução, transmutando-se, então, em impossibilidade definitiva, a depender de ter sido ou não atingido o interesse do credor à prestação, isto é: a “utilidade da prestação para o credor”, como está no já mencionado art. 395, par. único do Código Civil, empregado analogicamente. A “utilidade da prestação para o credor” não se confunde, porém, com os motivos subjetivos do credor. Trata-se de um interesse objetivado, no qual há a conjugação entre os critérios subjetivo e objetivo, considerada a finalidade da prestação e as circunstâncias do caso<sup>45</sup>. Ademais, não se há de esquecer que o “definitivo” não é um critério naturalístico, é um *critério jurídico*.

(v) tipo de obrigação, ou a natureza do objeto a ser prestado: se, em vista da natureza, da finalidade o devedor não pode ser considerado obrigado a executá-la, a obrigação é extinta. Porém, se a prestação ainda puder ser cumprida, ainda que em data diversa, não há extinção, apenas dilação temporal.

Essa é hipótese de *impossibilidade moral temporária* que já mereceu judiciosa apreciação do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>46</sup>. Tratava-se do cumprimento de um acordo homologado em juízo, colocando fim a litígio sobre resolução contatual. No entanto, o cumprimento da transação foi atrasado em um dia, justificada a demora na internação hospitalar da filha dos devedores, que veio a falecer em razão de câncer logo em seguida. O credor pediu perdas e danos pela mora. Tanto a sentença de primeiro grau quanto o Tribunal rejeitaram o pedido, este sob os seguintes fundamentos:

[...] A respeitável sentença reconheceu que as circunstâncias pessoais que influenciaram na conduta do devedor são causas que excluem a responsabilidade pela mora e não há como censurar esse ponto de vista. Talvez e por apego a uma cultura clássica dos princípios jurídicos, não fosse recomendável inserir a hipótese examinada (doença grave de filho) no rol das situações admitidas do caso fortuito e de força maior (art. 393, do CC). Um fato precisa reunir diversos requisitos para ser classificado de fortuito ou

43 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p.100.

44 Negócios jurídicos fixos são aqueles nos quais o cumprimento do prazo, estritamente considerado, integra a obrigação principal. Não adimplida a prestação na data aprazada, enseja-se de imediato o inadimplemento definitivo. Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, § 3.795, 6.

45 Tratou-se do tema em MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, § 81, 5. A propósito, escreveu recentemente Guido Alpa: “La disciplina di codice bilancia gli interessi delle parti, sempre da un punto di vista oggettivo, nell’interesse della certezza dei rapporti e della loro funzionalità alle regole di mercato: la prima regola consiste nel conservare in vita il rapporto, ex art. 1367 cod.civ., perché il rapporto in sé è un valore, in quanto le parti hanno sostenuto costi e impiegato tempo per poterlo costituire, ed hanno altresì fatto programmi per goderne gli effetti; la seconda regola è che la prestazione nel futuro possa essere ancora effettuata dal debitore; la terza è che essa, ancorché tardiva, possa sempre convenire al creditore. Il calcolo della convenienza non è lasciato all’arbitrio del creditore: il suo interesse a non proseguire deve essere apprezzabile, è cioè soggetto alla valutazione del giudice, che tiene conto della natura della prestazione e delle circostanze del caso” (ALPA, Guido. *Note in Margine agli Effetti della Pandemia sui Contratti di Durata*. 2020, p.4)

46 TJSP. Ap. Civ. 0137733-53.2010.8.26.0100. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Zuliani. J. em 27.03.2014, assim ementado: “RESCISÃO CONTRATUAL CC PERDAS E DANOS. Acordo homologado colocando fim a litígio que versava sobre rescisão de contrato, com efeitos indenizatórios. Fase de cumprimento da transação e denúncia de atraso de apenas um dia no pagamento de uma das parcelas, que estaria justificado pela internação da filha dos devedores, acometida de câncer, com óbito posterior. Típica hipótese de impossibilidade temporária não imputável ao devedor e que exclui os danos moratórios. Aplicação, por simetria, do art. 792, do CC, de Portugal. Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, da CF). Boa-fé objetiva e função social do contrato. Inteligência dos arts. 113 e 422, do CC. Novo Diploma Civil inovou no ordenamento jurídico ao criar um arcabouço de normas pautadas nos ditames da eticidade, sociabilidade e a operabilidade, expurgando de vez do sistema as normas baseadas no individualismo então reinante. Embora rejeitada a pretensão do credor de receber multa diante da impossibilidade temporária não imputável ao devedor de cumprir no prazo, não cabe aplicar sanção de litigância de má-fé. Extinção da execução mantida, com provimento, em parte, apenas para excluir a multa da improbidade judiciária”

de força maior e a doutrina aponta a sua atualidade, sua imprevisibilidade, como a inevitabilidade. Também necessita ser externo e quase todos os estudiosos descartam as ocorrências pessoais, como doença, desemprego e morte, porque previsíveis, do catálogo.

[...]

Nessa mesma esteira e pelos mesmos fundamentos acima expostos, muito embora a declaração do médico de que o apelado estava acompanhando sua filha não tenha mencionado também a apelada é claro que deve se presumir a sua presença, pois a mulher internada que faleceu era filha de ambos. Assim, a grave doença que acometeu a filha dos apelados resultando em sua internação e posterior falecimento merece ser contemplada como fundamento razoável para retirar, de atraso de um dia, os reflexos contundentes da mora.

Para isso não há necessidade de invocar o caso fortuito, mas, sim, o que se conceitua como impossibilidade temporária de cumprir a prestação, em virtude de a mora não ser imputável ao devedor. Embora o nosso Código Civil não disponha de uma regra como a contida no art. 792, do Código de Portugal (“792.1. Se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. 792.2. A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor”) nada obsta que se use da disciplina específica porque o nosso regime não colide com esse tipo de regulamentação. O credor não repudiou o pagamento que se fez com o atraso, o que demonstra seu interesse e isso é natural nas obrigações pecuniárias. O atrasar um dia, nesse contexto, não poderia render a pesada multa, totalmente desproporcional ao sentido da razoabilidade do direito.

ANTUNES VARELA examinou o art. 792, do CC de Portugal e afirmou que “a doença grave, que incapacitou (acidentalmente) o devedor de cumprir, demorou algumas horas”, pode ser classificada como uma impossibilidade temporária de cumprir a obrigação, o que retira a responsabilidade do devedor dos danos moratórios (Das Obrigações em Geral, 7<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 1997, vol. II, p. 80).

Essa importante decisão bem revela os males da redução da impossibilidade superveniente de prestar não imputável a uma de suas espécies – o caso fortuito ou força maior – redução essa, de resto, generalizada na doutrina. Com base em civilista português (Antunes Varela) percebeu, porém, o julgador ser a figura da impossibilidade *gênero* que abarca distintas espécies, não sendo redutível, pois, apenas à hipótese prevista no art. 393 do Código Civil. É, aliás, o que estava em Pontes de Miranda, ao advertir dever-se “evitar atribuir toda a impossibilidade a *casus*, ao caso fortuito, porque há impossibilidades que de modo nenhum derivam de caso fortuito ou força maior”<sup>47</sup>. No caso, a qualificação foi adequada: impossibilidade absoluta, na modalidade de impossibilidade moral, e temporária. O vínculo não foi extinto, como o seria se a impossibilidade fosse definitiva: apenas se afastou a qualificação do atraso em prestar como mora.

Essa peculiar eficácia é característica própria da impossibilidade temporária, porém não é a única. É hora de examiná-las.

### **3 DAS EFICÁCIAS DA IMPOSSIBILIDADE TEMPORÁRIA.**

A possibilidade de superação do evento obstativo é o pressuposto que se percebe num conjunto de decisões judiciais lidando com situações de impossibilidade de prestar,

---

47 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsói, 1958, § 2.795, 1.

superveniente, não imputável e temporária, ocasionadas pelos efeitos da pandemia em determinadas relações contratuais. Observando essas decisões, retira-se a inclinação dos Tribunais a manter vivo o vínculo obrigacional diante da Covid-19, supondo que o impedimento à atividade do devedor criado pela pandemia (impossibilidade física) ou pelas medidas restritivas impostas pelo Estado (impossibilidade jurídica) sejam eventualmente superadas. Porém, embora vivo o vínculo, a exigibilidade da prestação resta – enquanto dura o estado de impossibilidade – em *estado de pendência*. Assim, (1) como a prestação deixou de ser cumprida por ato que não é imputável ao devedor, não há mora (Código Civil, art. 396). Havendo estado de pendência, ou suspensão, por lógica consequência, não correm os prazos prescricionais, já que a suspensão da exigibilidade do crédito está suspensa, embora não extinta (2).

### 3.1 Ausência de mora

Recorde-se, primeiramente, o que significa *suspender*. Suspensão é “estado de pendência”, como está no étimo “pendere”, ato de deixar pendente. Portanto, suspender não é o mesmo que *desfazer, terminar*. Deixa-se pendente determinada eficácia, mas essa não está ainda terminada. O que pende está “pendurado”, denotando transitividade.

Em contrato de fornecimento de energia elétrica, por vezes – em face de um pedido de “revisão de pagamentos” – é suspensa a exigibilidade da prestação<sup>48</sup>. Nesses contratos, é comum prever uma cláusula de tipo *take or pay*<sup>49</sup>, que é forma de pagamento, inconfundível com penalidade contratual, utilizada para fazer frente a certos riscos, notadamente nos setores de gás, compra e venda de combustíveis, energia elétrica, mineração, transporte e logística, operação portuária e utilização de equipamentos, locação de estrutura de armazenagem de produtos e prestação de serviços de consultoria em tecnologia da informação<sup>50</sup>.

Decidindo sobre contrato de compra e venda de energia elétrica que estabelecia, além da cláusula *take or pay*, a suspensão da prestação se configurado caso fortuito ou força maior, o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>51</sup> suspendeu a eficácia do contrato como um todo, a pedido da utilizadora de energia que invocava a situação de pandemia para eximir-se da prestação.

No voto condutor, veio explicitado o mecanismo financeiro próprio ao chamado ambiente de contratação livre de energia elétrica: “a utilizadora da energia, contratante, é livre

48 TJSP:AI 2080575-63.2020.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Morais Pucci. J. em 14.07.2020; TJSP:AI 2118465-36.2020.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Arantes Theodoro. J. em 30.06.2020; TJSP:AI 2103484-02.2020.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Milton Carvalho. J. em 20.06.2020; TJSP:AI 2122072-57.2020.8.26.0000. 37ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Sergio Gomes. J. em 15.07.2020; TJSP:AI 2079033-10.2020.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. J. em 23.06.2020.

49 Cláusula segundo a qual o comprador se obriga a adquirir uma determinada quantidade mínima de insumo ou, alternativamente, a pagar uma quantia no lugar do produto, remunerando-se a disponibilização. Exame aprofundado está em: VIEIRA, Vitor. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*, v. 106, 2020, p.101-150, onde explicitado: “Pode-se definir a cláusula de take or pay como o pacto pelo qual uma parte se obriga – num contrato de fornecimento, transporte ou de prestação de serviço, por exemplo – a pagar por volume mínimo de bens ou serviços objeto do contrato em cada período contratual, mesmo se tal quantia não seja (em todo ou em parte) utilizada. O contexto fático e circunstancial que envolve a aplicação da cláusula e que se reflete, muitas vezes, na intenção das partes, é de haver disponibilização de determinado bem ou serviço em determinada quantidade por uma parte e, por outra, o dever de pagar quantia pelo disponibilizado na proporção contratualmente definida. A intenção das partes é de prever contraprestação fixa em relação a nível mínimo de prestação, restando irrelevante o consumo ou utilização do bem ou serviço”.

50 Com exaustivas indicações de doutrina e jurisprudência: VIEIRA, Vitor. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*, v. 106, 2020, p. 101-150.

51 TJSP:AI 2080575-63.2020.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Morais Pucci. J. em 14.07.2020, assim ementado: “Agravado de Instrumento. Ação revisional. Compra e venda de energia. Decisão que indeferiu tutela antecipada para suspender as obrigações contratuais da autora enquanto perdurar o estado de calamidade pública advindo da pandemia causada pelo coronavírus (covid-19). Insurgência. Contrato que prevê a suspensão na ocorrência de caso fortuito ou força maior. Presença dos requisitos necessários à concessão da tutela. Agravo provido”.



para pactuar as condições do contrato, como preço e demanda, e escolhe seu fornecedor, uma geradora ou comercializadora de energia elétrica, à qual deverá pagar o preço constante da fatura de cobrança de energia contratada. Ao final de um período, o consumo efetivamente feito é contabilizado e o valor liquidado pela CCEE (Câmara Comercializadora de Energia Elétrica), podendo a contratante ter saldo positivo ou negativo, a depender do que efetivamente consumiu, podendo suprir no mercado a falta, vender o excedente ou aguardar a liquidação do PLD (Preço de Liquidação de Diferenças)”.

Registrou o Desembargador Relator conter o contrato a previsão da “suspensão da obrigação afetada por tempo igual ao de duração do evento e proporcionalmente aos seus efeitos”. Porém, considerando que a impossibilidade apanhava a prestação como um todo, o Tribunal – argumentando que a despeito do mecanismo previsto contratualmente para a utilização do insumo abaixo do patamar fixado ainda assim se caracterizaria a impossibilidade temporária – decidiu que “o contrato *como um todo* entrara em uma situação de paralisia”, apenas retomando sua eficácia quando o evento obstativo da prestação fosse superado<sup>52</sup>. Articulou-se, assim, a fonte contratual com a fonte legal, cabendo lembrar que a autonomia privada pode disciplinar situações de eficácia suspensiva ou liberatória do contrato: normalmente, as partes, nos contratos paritários, são os melhores juízes dos seus próprios interesses. Mas a previsão legal de suspensão da eficácia pode bem conviver com a previsão contratual, exemplificativamente, a do art. 625, inc. I, *in fine*, do Código Civil.

O que não deve ocorrer é o somatório de fundamentos – e de institutos – distintos. Em hipótese similar<sup>53</sup>, entendeu-se (ainda que em decisão adotada em Agravo de Instrumento) que, muito embora as atividades comerciais do recorrente não tivessem sido interrompidas por força da quarentena decorrente da pandemia por COVID-19, medida fundada na Lei federal nº 13.979/2020 e, no âmbito local, no Decreto estadual nº 64.881/2020 e em Decretos municipais, certo é que “a demanda de consumo de seus produtos teve notável redução”. Em acúmulo de fundamentos dispares, reconheceu-se, então, a força maior (*rectius*: impossibilidade de prestar), mas, em seguida, qualificou-se o caso como hipótese de resolução por excessiva onerosidade ou de revisão por motivos imprevisíveis, permissiva da pretensão a “postular a readequação do ‘valor real da prestação’ (artigo 317)”. Conquanto esses dois diversos fundamentos aventados, findou-se por seguir a solução contratual, permissiva da suspensão das “as obrigações afetadas pelo evento de caso fortuito ou força maior (...) por tempo igual ao de sua duração e proporcionalmente aos seus efeitos”.

Pelos elementos constantes da decisão não é possível qualificar o caso como hipótese de impossibilidade superveniente temporária e não imputável ou como hipótese de excessiva onerosidade superveniente. Seja como for, a solução contratual parece ser perfeitamente razoável, fazendo coincidir a duração da suspensão da eficácia contratual com a duração da situação de impossibilidade.

Quanto ao período de suspensão, diferentemente do que se verifica no sistema português<sup>54</sup>, não se admite a fixação de um prazo razoável objetivo para marcar “até

52 A bem verdade, o aresto não refere a impossibilidade (como gênero) mas o caso fortuito ou força maior, tomando, assim, *pars pro toto*, em operação verbal de sínodoque.

53 TJSP. AI 2118465-36.2020.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Arantes Theodoro. J. em 30.06.2020, assim ementado: “Fornecimento de energia elétrica. Contrato com cláusula de consumo mínimo (take or pay). Pandemia por COVID19. Tutela de urgência destinada a determinar que a requerida proceda à cobrança pelo volume de energia efetivamente consumida. Fato do príncipe que corresponde à figura da força maior. Artigo 317 do Código Civil e previsão contratual que autorizam a suspensão da obrigação de pagar pelo consumo mínimo, sendo exigível apenas a cobrança do quanto efetivamente for consumido. Recurso improvido.”. Em sentido similar o TJSP. AI 2103484-02.2020.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Milton Carvalho. J. em 20.06.2020.

54 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.346 e ss.

quando” o interesse do credor se mantém. Ou seja, na solução brasileira à impossibilidade temporária, construída por analogia e com base no *topos* da utilidade da prestação para o credor, enquanto esse interesse se mantiver, subsiste a relação obrigacional<sup>55</sup>. Não se há de esquecer que o estado de pendência ou suspensão é, por definição, transitório: ou finda o estado de impossibilidade transitória, e a execução contratual prossegue, ou transforma-se o que era temporário em definitivo, liberando-se as partes do cumprimento, sem qualquer efeito remanescente<sup>56</sup>. Insista-se, todavia, que o relevante a considerar na decisão em que será reconhecida a transformação da impossibilidade temporária em definitiva que não são os motivos do credor, mas o interesse que decorre do sinalagma, a ser averiguado segundo um critério objetivo-subjetivo, é dizer: o interesse normalmente atado ao tipo de negócio em causa, consideradas as circunstâncias do caso.

Assim como não há mora, não se verifica o transcurso da prescrição.

### 3.2 Do não transcurso da prescrição

A função primordial e imediata da prescrição é punir a inércia<sup>57</sup>, como traduzido nos arcanos adágios: *Dormientibus non succurrit jus e iura scripta vigilantibus*. No entanto, a inércia a ser punida não significa todo e qualquer fato da inatividade: significa uma inércia dotada de relevância jurídica, assim ocorrendo quando assume o caráter de um *comportamento concludente*, vale dizer: de um comportamento, ativo ou omissivo, do qual se pode deduzir um *significado declarativo*, apreensível por meio de uma recognoscibilidade tácita (ou, para Betti, indireta) acerca da existência de uma manifestação de vontade<sup>58</sup>. Conjugadamente a essa função está a de assegurar a estabilidade e segurança jurídicas que poderiam ser perturbadas pela reviravolta de situações há longo tempo assentadas, nesse sentido a prescrição servindo como garantia da certeza do direito. Esta – a certeza do direito –, deriva, pois, do transcurso do tempo conectado ao significado declarativo que, concludentemente, foi razoável retirar do comportamento inerte do titular do direito. Daí se concluir que a punição é à inércia como não-atividade *quando esta pode ou deve ser desempenhada*. O que se pune é a inatividade do credor que, embora implicitamente, demonstrou não ter interesse em fazer atuar a relação jurídica que o liga ao devedor.

Ora, verificando-se a situação de impossibilidade temporária, não pode correr a prescrição porque a parte restou inerte justamente em razão da impossibilidade. A atividade não podia, pois, ser desempenhada. Nem lógica, nem teleologicamente, poderia correr a prescrição.

55 Vide ZANETTI, Cristiano. A perda do interesse do credor. In: BENETTI, Giovana *et al* (Orgs.). *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p.765-787.

56 Sobre os efeitos específico da impossibilidade permanente, vide: PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2018, p.578 e ss.

57 Assim está na doutrina, exemplificativamente, entre os modernos comentaristas do Código Civil: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 p. 355; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Arts. 185 a 231. v. III. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008, p.154. Nos repertórios jurídicos: GRASSO, Biaggio. Voc. “Prescrizione (dir.priv.)”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p.63.

58 GRASSO, Biaggio. Voc. “Prescrizione (dir.priv.)”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986, p.63. Acerca do significado da expressão “comportamento concludente” consulte-se a exaustiva obra de MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995 (sobre o significado declarativo da concludência, em especial p. 767 e ss). A noção de uma “recognoscibilidade indireta” no comportamento concludente está em BETTI, Emílio. (BETTI, Emílio. *Teoria general del negocio jurídico*. Editorial. Tradução de Martin Perez. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p.109); para Orlando Gomes, há declaração tácita, resultante de circunstância indicativa da vontade (GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por AZEVEDO, Antonio Junqueira e MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.61). Não há dissenso doutrinário quanto à possibilidade de uma manifestação tácita ser configurada por meio de “atos ou omissões que se hajam de interpretar, conforme as circunstâncias, como manifestação de vontade (...)”, isto é, por meio de comportamentos concludentes (e.g., PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, T. XXXVIII, § 4.188, p.22.

## 4 CONCLUSÃO

O fato de a impossibilidade temporária não vir expressamente regulada no Código Civil aponta a cautelas adicionais. Trata-se de um instituto construído dogmaticamente por analogia. Cabe, pois, ter em mente – e aqui faço a lembrança a título conclusivo – o dever, inafastável, nesta matéria, da prudente consideração das circunstâncias do caso, notadamente os efeitos da impossibilidade temporária na concreta relação contratual, sopesando-se o interesse do credor em vista da finalidade da prestação.

A palavra de ordem é, pois, prudência: passados oito meses do reconhecimento, pela Organização Mundial da Saúde, do estado de pandemia, não temos, ainda, uma definição temporal precisa acerca de sua duração e sequer de seus efeitos, quer na saúde das pessoas, quer na saúde da economia mundial. Tudo é incerto e soluções definitivas raramente serão as mais acertadas. O que à doutrina cabe é evidenciar os critérios que estão no sistema, e não encerrar as possíveis soluções em fórmulas fixas. Como está na lição de Trabucchi, para produzir a extinção da obrigação, o impedimento deve ser insuperável por todo o tempo pelo qual o credor possa ter interesse na prestação<sup>59</sup>, o que nos leva de volta ao caso concreto com o qual este texto foi iniciado<sup>60</sup>: mantido o interesse do credor da prestação – isto é, o locatário – a usufruir do imóvel locado, apesar do fogo que o atingira, danificando suas instalações, mantém-se, em suspenso, a vida da relação obrigacional e afastada a extinção do contrato.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALPA, Guido. *Note in Margine agli Effetti della Pandemia sui Contratti di Durata*. 2020.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Traduzido por Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. XXXV, n. 104, out.-dez. 1996.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio jurídico*. Editorial. Tradução de Martin Perez. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959.
- COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Instituições do direito civil portuguez*. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por AZEVEDO, Antonio Junqueira; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 173 e ss.

---

59 TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 40. ed. Padova: CEDAM, 2001, p.581.

60 Trata-se da MINAS GERAIS. TJMG. Ap. Civ. 1.0702.13.042250-5/001. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira. J. em 02.07.2019, referida na nota de rodapé 4, supra.

GRASSO, Biaggio. Voc. "Prescrizione (dir.priv.)". In: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV. Milão: Giuffrè, 1986.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. O regime jurídico transitório no direito dos contratos sob o contexto da pandemia de 2020 (prescrição, decadência caso fortuito e revisão contratual). In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Orgs.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.111-136.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. v. V. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, 2019, p.371-404.

MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e a excessiva onerosidade superveniente na relação entre *shopping center* e seus lojistas. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Orgs.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 75-110.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. v. I. Tradução espanhola de Ángel Martínez Sarrion. Barcelona: Bosch, 1995.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Vol. IX. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MINAS GERAIS. TJMG. *Ap. Cív. 1.0702.13.042250-5/001*. 10ª Câmara Cível. Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira. J. em 02.07.2019.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Caso fortuito ou de força maior: elementos estruturantes e aplicabilidade em tempos de Covid 19. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Orgs.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.63-74.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2018.

PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I: perturbações na execução*. Coimbra: Almedina, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXV. São Paulo: Borsoi, 1958.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS. AI n. 70084224948. 6ª Câmara Cível. Rel. Desa. Denise Oliveira Cezar. J. em 27.08.2020.

SÃO PAULO. TJSP. Ap. Cív. 0137733-53.2010.8.26.0100. 4ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Enio Zuliani. J. em 27.03.2014.

SÃO PAULO. TJSP. AI n. 2155807-86.2017.8.26.0000. 23ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Sebastião Flávio. J. em 25.10.2017.

SÃO PAULO. TJSP. AI 2080575-63.2020.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Moraes Pucci. J. em 14.07.2020.

SÃO PAULO. TJSP. AI 2118465-36.2020.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Arantes Theodoro. J. em 30.06.2020.

SÃO PAULO. TJSP. AI 2103484-02.2020.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Milton Carvalho. J. em 20.06.2020.

SÃO PAULO. TJSP. AI 2122072-57.2020.8.26.0000. 37ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Sergio Gomes. J. em 15.07.2020.

SÃO PAULO. TJSP. AI 2118465-36.2020.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Arantes Theodoro. J. em 30.06.2020

SÃO PAULO. TJSP. AI 2079033-10.2020.8.26.0000. 32ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira. J. em 23.06.2020.

SÃO PAULO. TJSP. Ap. Cív. 1023981-05.2014.8.26.0405. 1ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy. J. em 31.03.2020.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil*. Esboço. v. II. Consultado na edição publicada pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro, 1952.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Arts. 185 a 231. v. III. Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2008.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 40. ed. Padova: CEDAM, 2001.

VIEIRA, Vitor. A cláusula de take or pay no direito privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*, v. 106, 2020, p. 101-150.

ZANETTI, Cristiano. A perda do interesse do credor. In: BENETTI, Giovana *et al* (Orgs.). *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p.765-787.



# A CRISE DA COVID-19 E O DEVER DE RENEGOCIAR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS

## **Rosalice Fidalgo Pinheiro**

Pós-doutora pela Universidade Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Paris, França. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná. Professora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná.

## **José Roberto Della Tonia Trautwein**

Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (IBEJ), Curitiba, Paraná. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A crise da covid-19 e os contratos de locação: da intervenção mínima à máxima; 3 A função de equilíbrio da boa-fé objetiva nos contratos de locação: extinção ou conservação?; 4 O dever de renegociar nos contratos de locação atingidos pela crise da covid-19; 5 A recusa abusiva do dever de renegociar em contratos de locação atingidos pela crise do covid-19; 6 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A crise da Covid-19 afetou profundamente o direito dos contratos, a tal ponto que seria possível indagar por uma renovada teoria contratual. Entretanto, escolheu-se como representativa desta discussão uma questão menos pretenciosa, mas que se revela de interesse prático ímpar.

Os contratos de locação estão entre os mais afetados pela pandemia, pois a queda de renda sofrida, por boa parte dos locatários que tiveram suas atividades profissionais e econômicas restringidas ou, até mesmo, impossibilitadas, tem comprometido o pagamento do aluguel. Um levantamento da Associação das Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo (AABIC) revela que, um em cada cinco aluguéis residenciais passaram por um processo de renegociação dos últimos meses, concedendo-se descontos que variam entre dez e cinquenta por cento, pelo período de três meses<sup>1</sup>. Assiste-se, então, desde os primeiros meses da crise sanitária do coronavírus, no Brasil, a busca pela renegociação dos aluguéis.

Em resposta, foi promulgada a Lei nº 14.010/2020, em 10 de junho deste ano, que estabelece o “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”. A nova lei dedicou em seu projeto, em sua versão original, dois artigos para disciplinar os efeitos da crise sanitária nos contratos de locação: o artigo 9º, que previa que não seria concedida liminar para desocupação de imóvel urbano em ações de despejo movidas com base no artigo 59, da Lei 8.245/91, ajuizadas a partir de 20 de março de 2020 (com exceção das que fossem movidas com base no artigo 47, incisos I, II, III e IV), e o artigo 10, a possibilidade de suspensão total ou parcial do pagamento do aluguel, aos locatários residenciais que sofressem alteração econômico-financeira, decorrente de demissão, redução de carga horária ou diminuição de remuneração, no período entre 20 de março e 30 de outubro de 2020. Em seus parágrafos ainda se previa que o valor suspenso poderia ser parcelado aos aluguéis vencidos, no percentual de vinte por cento, a partir de 30 de outubro de 2020.

O projeto em seu texto original previa um direito de renegociação dos aluguéis em contrato de locação residencial, que poderia ser exercido pelo locatário, mas que, por ocasião do texto final, que foi encaminhado à votação, foi suprimido. Isso, sem descuidar do veto presidencial que suprimiu até mesmo o artigo 9º, por ocasião da aprovação da Lei nº 14.010/2020, que posteriormente foi revogado, mas que esvaziava de sentido a lei emergencial para regulação das relações de Direito Privado. Deste modo, verificou-se verdadeira lacuna jurídica quanto à regulamentação jurídica dos contratos de locação e até mesmo, quanto à proteção de contratantes vulneráveis, como os locatários residenciais.

Com base nesse contexto, o objeto do presente artigo é indagar sobre a existência de um dever de renegociar o aluguel nos contratos de locação de imóveis urbanos. Para tanto, recorre-se ao princípio da boa-fé e da proibição do abuso do direito, previstos, respectivamente, nos artigos 422 e 187, do Código Civil brasileiro. Poder-se-ia alegar a impossibilidade de um dever de renegociar em razão do prazo de três anos previsto pelo artigo 19, da Lei 8.245/1991, para a ação renovatória do aluguel. Entretanto, recentes julgados proferidos por alguns tribunais brasileiros, têm possibilitado a redução de aluguéis, não obstante a aludida restrição, corroborando a existência de um dever anexo de renegociar nos contratos de locação de imóveis urbanos afetados pela crise da Covid-19.

---

1 AGÊNCIA BRASIL. COVID-19: Pandemia e crise fazem proprietários renegociar contratos de aluguel. *O Tempo*, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/covid-19-pandemia-e-crise-fazem-proprietarios-renegociar-contratos-de-aluguel-1.2352336>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Utilizando-se do método de abordagem dedutivo e do procedimento de pesquisa documental bibliográfico, o presente trabalho foi dividido em quatro partes, a saber: a primeira busca contextualizar o movimento de intervenção maior ou menor nos contratos atingidos pela crise sanitária do coronavírus, considerando os percursos de “historicidade” e “relatividade” dos contratos, enunciados por Enzo Roppo. A segunda, à luz do princípio da boa-fé, indaga se a melhor solução para os contratos de locação atingidos pela crise seria a sua extinção ou sua conservação. A terceira situa a existência de um dever de renegociação dos contratos com fundamento na concepção de obrigação como relação de cooperação, com inspiração na tese “obrigação como processo” de Clóvis do Couto e Silva. E a quarta conclui que o credor, ora locador, que recuse injustamente negociar o valor do aluguel em tempos de coronavírus estaria exercendo abusivamente sua liberdade contratual.

## **2 A CRISE DA COVID-19 E OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO: DA INTERVENÇÃO MÍNIMA À MÁXIMA**

O percurso do contrato é delineado por sua “historicidade” e “relatividade”<sup>2</sup>, segundo Enzo Roppo, eis que “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido”<sup>3</sup>. Isto significa que essa categoria muda sua concepção e função, de acordo com o contexto econômico, político e social do qual faz parte.

A noção de contrato como “acordo vinculativo resultante da fusão de duas ou mais declarações de vontade contrapostas, mas harmonizáveis entre si, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes”<sup>4</sup> liga-se à sociedade capitalista dos séculos XVIII e XIX.

A concepção objetiva de contrato, baseada na forma, e herdada dos romanos, não se prestaria a delinear o processo de transferência de riquezas das classes vencidas para a classe vencedora, no contexto pós-Revolução francesa. Somente uma concepção subjetiva, baseada na liberdade de contratar e no consenso, poderia conferir legitimidade à libertação e mobilização da propriedade fundiária. Torna-se, então, possível afirmar com Enzo Roppo, que “o princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade.”<sup>5</sup>

Essa concepção moderna estava atrelada à liberdade de contratar, “tendencialmente ilimitada”<sup>6</sup>, e à igualdade formal dos contraentes. O contrato deveria ser uma operação livre dos interessados, sujeitando-se à mínima intervenção do Estado de Direito Liberal, que cuidava tão somente de delinear seus limites negativos, expressos em proibições que fixavam sua fronteira exterior. De outra sorte, não se admitia que liberdade contratual estivesse sujeita a vínculos positivos<sup>7</sup>, de tal modo, que o contrato apresentava-se com força obrigatória não apenas para as partes, mas para o Estado, que não poderia nele intervir, por meio do legislador ou do juiz<sup>8</sup>.

---

2 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.25.

3 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.24.

4 VARELA, Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.119.

5 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.46.

6 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.34.

7 Conferir o desenvolvimento dado a este assunto por: ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.32.

8 Cf. GHESTIN, *Traité de droit civil: les obligations; le contrar*. Paris: LGDJ, 1980, p.24.

A liberdade de contratar ligava-se ao sentido revolucionário de abolição de discriminações e privilégios que norteavam o Antigo Regime<sup>9</sup>. Exigia-se que a celebração de operações econômicas levadas a cabo sob a forma do contrato, desenvolver-se-ia em um plano de recíproca igualdade jurídica entre as partes<sup>10</sup>. A disparidade das condições econômico-sociais das partes escapava à atenção do Estado, bastando a abstrata posição de igualdade perante a lei dos contraentes. Na observação de Enzo Roppo, “Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer ‘contratual’ equivale a dizer ‘justo’ (*‘qui dit contractuel dit juste’*).”<sup>11</sup>

Os ditames da justiça comutativa formal tornaram-se ainda mais contundentes ao se revestir o contrato da categoria do negócio jurídico. Sua abstração e generalidade permitiram que os contraentes se revelassem sempre como sujeitos iguais, ausente de sua concreta posição econômica e social em face da relevância atribuída à vontade<sup>12</sup>.

No século XX, assiste-se à ruptura da “ideologia da liberdade de contratar e da igualdade dos contraentes”<sup>13</sup>, pois ao mesmo tempo em que ela refletia uma nova conformação de organização das relações econômicas e sociais, tratava de dissimular e deturpar a realidade. Por trás da condição de igualdade jurídica das partes, ocultava a funções que o “regime do *laissez-faire* contratual” desempenhava na sociedade capitalista<sup>14</sup>. Deste modo, os “contratos substancialmente injustos”<sup>15</sup> tornaram-se objeto privilegiado de intervenção estatal, sob o viés de uma nova orientação ideológica: o “igualitarismo”<sup>16</sup>.

Em lugar de uma função individual, busca-se a função social do contrato, colocando-se em prevalência o interesse público, pois ele deixa de ser visto como o reino da autonomia da vontade para se tornar um “instrumento de política econômica”<sup>17</sup>. Os pressupostos econômicos e sociais, ora caracterizados pelas relações econômicas massificadas e pelo advento do Estado Social de Direito, exigiram uma “reconstrução da noção de contrato”, não sendo suficiente adaptar sua teoria tradicional aos novos fatos<sup>18</sup>. O contrato sofre uma intervenção política, que em um primeiro momento, se caracteriza pelo exercício de uma função protetiva, que favorece o contraente economicamente mais frágil, e em um segundo momento, limita-se a dirigi-lo, ao estabelecer as regras do jogo, que colocam em primeiro plano os interesses sociais<sup>19</sup>.

Ricardo Luiz Lorenzetti destaca o papel instrumental que o contrato assume no Estado do Bem-Estar Social, para uma planificação centralizada da economia<sup>20</sup>. Por conseguinte, enquanto a liberdade de contratar passou a ser restringida pela admissão de contratos de adesão, e a liberdade contratual sofreu notável interferência, ora advinda de nomas de

9 “Liberdade de contratar significava abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de ‘estado’, que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização econômica-social fechada, pouco dinâmica” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.36).

10 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.35.

11 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.35.

12 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.51.

13 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.36 e ss.

14 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.37.

15 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.38.

16 LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Do contrato no Estado social*. Crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983, p.41.

17 LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Do contrato no Estado social*. Crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983, p.43.

18 LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Do contrato no Estado social*. Crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983, p.43.

19 LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Do contrato no Estado social*. Crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983, p.43.

20 LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.26.

ordem pública que modificavam as cláusulas contratuais estabelecidas pelas partes, ora pela intervenção judicial, que pulverizando a força obrigatória do contrato, delineou novas figuras como a lesão, o abuso do direito e a boa-fé objetiva. Por outro lado, um renascimento do formalismo se contrapõe ao consensualismo, rendendo ao contrato uma feição mais objetiva.

Sob a alegação de um excesso de intervenção estatal, empreendeu-se um processo de desregulação do contrato, na passagem do século XX para o século XXI. Postulou-se o retorno a uma autonomia privada irrestrita, o respeito à propriedade individual e o contrato como categoria capaz de operar uma distribuição de riquezas. Diante de recursos escassos, a propriedade deveria estar nas mãos de quem pudesse pagar mais por ela, e para que seu intercâmbio voluntário fosse mais eficiente, o esfacelamento de todas as restrições fundamentadas na nacionalidade, sexo ou condição social dos contraentes, possibilitando a contratação livre de regulações<sup>21</sup>.

Assiste-se, então, uma retração no dirigismo contratual delineado pelas mãos do legislador e do juiz, cujos contornos vão se tornando cada vez mais nítidos na mitigação da atividade de revisão e modificação das cláusulas contratuais, na declaração de nulidade de cláusulas abusivas, no esvaziamento de normas protetivas, e, até mesmo, a perda de fôlego na aplicação de princípios como a boa-fé. Trata-se do avanço de uma sociedade global e do enfraquecimento da ordem pública nacional, que requer um direito uniforme passível de ser aplicável ao contexto de economia global<sup>22</sup>.

A crise sanitária da Covid-19 atingiu a sociedade global nos planos econômico, político e social, tendo severas repercussões no direito dos contratos, e afetando em cheio as locações de imóveis urbanos. Eis que diversos locatários caíram em inadimplência, ensejando seu despejo e deixando esses imóveis com poucas possibilidades de nova ocupação, em razão da recessão econômica. Este cenário levou aos Estados escolher entre duas opções: da intervenção mínima ou à intervenção máxima, sintetizando a senda percorrida pelo direito contratual, nos últimos dois séculos.

Em 25 de março de 2020, o Reino Unido aprovou o *Coronavirus Act*, estabelecendo o regime transitório com vigência de dois anos, passível de prorrogação ou abreviamento. O novo texto alterou o regime jurídico dos contratos de locação residencial e comercial, em duas direções: estabeleceu o prazo de três meses para desocupação do imóvel locado em caso de inadimplência, contados da notificação para desocupação, e, findo este prazo sem desocupação, conferiu ao locador o direito de solicitar a ordem judicial de despejo para retomada da posse direta do bem, sem possibilitar um prazo para purgação da mora dos aluguéis vencidos durante a pandemia<sup>23</sup>. O *Coronavirus Act* também alcançou os contratos de locação comercial, conferindo suspensão por três meses, às cláusulas relativas ao inadimplemento dos aluguéis, contados a partir da vigência da nova lei, deixando intacto ao locador o direito de recusar a renovação contratual<sup>24</sup>.

Em 25 de maio de 2020, o Parlamento alemão aprovou um conjunto de medidas de caráter extraordinário para enfrentamento da crise da Covid-19, que afetam várias áreas do Direito. No que se refere aos contratos de locação, a nova lei proíbe locadores de promoverem o cancelamento ou despejo de contratos de locação residencial ou comercial por falta de pagamento de aluguéis<sup>25</sup>. Trata-se de uma suspensão do direito de resolução desses contratos

---

21 LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.27-28.

22 LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.28.

23 MARTINS, Humberto. A aprovação definitiva do PL 1.179 e uma perspectiva do direito comparado. *Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2020.

24 MARTINS, Humberto. A aprovação definitiva do PL 1.179 e uma perspectiva do direito comparado. *Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2020.

25 FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas*, 26 de março de 2020.



no período de 01 de abril a 30 junho de 2020, dentro do qual se estima que os locatários terão dificuldades em adimplir tais débitos em razão de uma possível restrição de suas atividades econômicas e profissionais<sup>26</sup>. Ao final deste prazo, ainda se concede um prazo de dois anos para que os inquilinos paguem as dívidas decorrentes da locação, vencidas durante o período de crise<sup>27</sup>. De acordo com Karina Nunes Fritz, caberá ao locatário demonstrar a “relação de causalidade entre o descumprimento e a pandemia de coronavírus, (...) principalmente que, por conta da pandemia, suas atividades foram vedadas ou consideravelmente restringidas.”<sup>28</sup>

A contraposição entre os dois regimes, acima expostos, demonstra que, enquanto o primeiro promoveu uma intervenção mínima nos contratos de locação, o segundo promoveu uma intervenção máxima, passível de concretizar os postulados de um Estado Social de Direito<sup>29</sup>. A Lei 14.010/2020, que estabelece normas para o enfrentamento da crise da Covid-19 no Direito Privado brasileiro, revela-se como uma saída intermediária, optando, em seu artigo 9º, pela suspensão das liminares de despejo em locações de imóveis urbanos, para ações ajuizadas a partir de 20 de março de 2020, até a data de 31 de dezembro do mesmo ano, mas afastando a possibilidade de renegociação. Eis que por ocasião do envio do texto final do Projeto de Lei nº 1.179, encaminhado para sanção presidencial, o artigo 10, que previa uma suspensão total ou parcial do pagamento dos alugueres de contratos de locação residencial, cujos locatários sofressem alterações econômicas em razão de demissão ou diminuição de sua remuneração, entre o período de 20 de março a 30 de outubro de 2020, foi suprimido. Previamente, ainda, que os valores suspensos ou diminuídos deveriam ser cobrados após o período de pandemia, uma vez somados aos alugueis vincendos no percentual de vinte por cento<sup>30</sup>.

Trata-se justamente deste ponto, suprimido da nova lei, que se coloca em discussão. Considerando-se que, em razão da pandemia do coronavírus, a atividade econômica ou profissional do locatário teria sido restringida ou até mesmo impossibilitada, diminuindo sua capacidade de pagar o aluguel, tal contrato deve ser mantido ou rescindido? Atendo-se à possibilidade de sua conservação, seria possível impor ao locador um dever de renegociar o valor locatício, estabelecido em contrato?

### **3 A FUNÇÃO DE EQUILÍBRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO: EXTINÇÃO OU CONSERVAÇÃO?**

O Código Civil de 2002, elaborado com base nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade<sup>31e32</sup>, foi apontado pelo Prof. Miguel Reale como o “código do homem comum,

26 FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas*, 26 de março de 2020.

27 FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas*, 26 de março de 2020.

28 FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas*, 26 de março de 2020.

29 FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas*, 26 de março de 2020.

30 RIZZARDO, Arnaldo. Período da pandemia do coronavírus (Covid-19) – O confronto entre as medidas previstas no Projeto de Lei nº 1.179/2020 e as mantidas pela Lei nº 14.010/2020. *GenJurídico*, 18 de junho de 2020.

31 REALE, Miguel. *Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”*.

32 Miguel Reale relata que se valeu da eticidade porque “Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à concreção jurídica, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa.” Afirma ainda que “o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.” Por fim, ao tratar da operabilidade, menciona que “toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Ihering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Ihering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina, O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado.” (REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*).

visto como ele dispõe sobre a situação social e a conduta dos seres humanos”<sup>33</sup>. Tais princípios atendem aos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, tais como a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, bem como a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, o Código Civil de 2002 atribui importância expressiva à boa-fé<sup>34 e 35</sup>, devendo ser vista, em sua faceta objetiva, como “exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como uma pessoa honesta, proba e leal.”<sup>36</sup>

Prevista no Código Civil de 2002 em seus artigos 113<sup>37</sup>, 187<sup>38</sup> e 422<sup>39</sup>, a cláusula geral<sup>40</sup> da boa-fé objetiva tem larga aplicabilidade no direito contratual. Trata-se de matéria de ordem pública<sup>41</sup> dotada de conteúdo indeterminado, que implica na transferência à discricionariedade do Juiz averiguar se o comportamento adotado no caso concreto é o adequado naquela atividade desenvolvida.<sup>42</sup>

A referida cláusula geral possui as seguintes funções: “(i) função de cânone hermenêutico e integrativo do contrato; (ii) função limitativa do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas; e (iii) função criadora de deveres anexos ou instrumentais da prestação principal (...)”.<sup>43</sup>

Judith Martins-Costa, por sua vez, afirma que a boa-fé objetiva, como “*modelo de comportamento* não-enrijecido, mas apto a moldar-se segundo as circunstâncias concretas, dá o *critério* para a valorização judicial do comportamento, não a *solução prévia*.”<sup>44</sup> Prossegue

33 REALE, Miguel. *Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”*.

34 Ruy Rosado de Aguiar Junior assevera que: “A boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se mede somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes.” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, princípios do direito do consumidor, microssistema de defesa do consumidor e sua aplicação*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.383).

35 Cláudia Lima Marques assevera que a “Boa-fé é um pensar refletido, é o pensar no outro, no mais fraco, no parceiro contratual, nas suas expectativas legítimas, é lealdade, é transferência, é informação, é cooperação, é cuidado, é visualização e respeito pelo outro”. (MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 22, set./2002).

36 REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*.

37 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

38 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

39 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

40 Pietro Perlingieri assevera que: “as cláusulas gerais não tem um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários e internacionais”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.239).

41 Acerca do tema, o STJ já se pronunciou no sentido de que: “(...) Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); (...).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Recurso Especial nº 1.112.524/DF*. Rel. Min. Luiz Fux. j. 01/09/2010).

42 KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: Contratos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.44.

43 MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso de direito e a boa-fé objetiva. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 7, n. 7, jan.-jun. 2010, p.339.

44 COSTA, Judith Martins. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p.240.

em seus argumentos dizendo que agindo como critério, a boa-fé tem diversas funções, dentre as quais se destaca “(...) b) corrigir e reequilibrar, se for o caso, o conteúdo do negócio jurídico, notadamente nos casos de quebra da base negocial objetiva ou excessiva onerosidade, superveniente e não-imputável.”<sup>45 e 46</sup>

Daí a análise de Paulo Nalin, para quem a boa-fé objetiva acaba se relacionando com a noção de justiça contratual e de equidade, coibindo a adoção e permanência de cláusulas tidas como abusivas e que tenham o condão de acarretar “um distanciamento econômico entre as partes e as obrigações pecuniárias (não equivalentes) que assumiram. A justiça contratual, destarte, se baseia na equivalência econômica, e mais adiante, na boa-fé objetiva”<sup>47</sup>. Prossegue o autor dizendo que o desatendimento da equidade pode resultar na nulidade de determinada cláusula abusiva ou na revisão parcial ou total do contrato, na medida em que “o injusto nunca poderá ser reputado como obrigatório. Só o contrato justo obriga, como diria Ghestin.”<sup>48</sup>

Deste modo, justiça contratual e boa-fé objetiva se entrelaçam, surgindo, para esta última, uma quarta função: a de correção do desequilíbrio contratual. Eis que se constitui em uma exigência da boa-fé objetiva, a revisão ou resolução de um contrato que se torne excessivamente oneroso. Indaga-se, então, acerca das potencialidades deste princípio para promover o equilíbrio contratual em contratos de locação de imóveis urbanos, atingidos pela crise da Covid-19.

Os efeitos da crise sanitária repercutem nos contratos de locação, acarretando a necessidade de privilegiar sua conservação, em detrimento da extinção, conforme estabelece o princípio da conservação dos negócios jurídicos (art. 170 do CC/2002), que consiste no encargo imposto ao intérprete de “tentar preservar o conteúdo negocial e impedir que o ato deixe de produzir ao menos parte de seus efeitos, sempre que possível.”<sup>49</sup>

Tal acontecimento tem por finalidade assegurar os benefícios gerados para a sociedade e particulares de um contrato de locação, notadamente geração de empregos, recolhimento de tributos e a circulação de riquezas. Ou seja, os contratos de locação devem cumprir sua função social e servir de instrumento o desenvolvimento econômico e social.<sup>50</sup>

#### **4 O DEVER DE RENEGOCIAR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO ATINGIDOS PELA CRISE DA COVID-19**

A locação de imóveis urbanos para fins residenciais e comerciais, disciplinada pela Lei nº 8.245/1991, consiste na cessão, a ser realizada pelo locador ao locatário, de bem imóvel para ser utilizado por prazo determinado ou indeterminado, mediante o pagamento de uma remuneração, denominada aluguel.<sup>51</sup>

A Lei nº 8.245/1991 estabelece, em seu art. 17, a liberdade das partes para ajustarem o valor do aluguel, proibindo sua fixação em moeda estrangeira, variação cambial ou ao salário mínimo. Além disso, assevera ser lícito às partes estabelecerem, de comum acordo, novo

45 COSTA. Judith Martins. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p.240.

46 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015, p.231.

47 NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 145.

48 NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.145.

49 SOUZA. Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p.297.

50 Enunciado 22 do Conselho da Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”. (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados*).

51 O art. 1º da Lei de Locações estabelece que a locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei. Já o seu parágrafo único preconiza que: “Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em *apart-hotéis*, hotéis - residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.

valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula para seu reajuste (art. 18). Por fim, no art. 19 tem-se a possibilidade de qualquer das partes ajuizarem ação revisional para adequar o valor do aluguel ao preço de mercado; todavia, a propositura dessa demanda está condicionada ao decurso do prazo de três anos de vigência do contrato ou de composição anteriormente celebrada e a inexistência de acordo.

Assim é que surge a discussão sobre a existência do dever de renegociar o valor do aluguel quando se esteja diante de situação extraordinária, como se tem verificado com a pandemia do coronavírus, e não tenha transcorrido o prazo de três anos estipulado no art. 19 da Lei de Locações.

Ressalve-se, desde já, que a hipótese suscitada não incide sobre a autonomia privada das partes no ato da contratação e, portanto, na fixação inicial do aluguel, assim como não busca analisar questões relativas ao risco normal<sup>52</sup> de qualquer atividade na locação comercial ou ainda tentar caracterizar uma burla ao disposto no art. 19 da Lei nº 8.245/1991, que exige o prazo de três anos para o ajuizamento de ação com a finalidade de adequar o aluguel ao preço de mercado. Discorrer-se-á sobre a subsistência de um dever de renegociar o valor do aluguel fixado em contrato de locação.

A boa-fé objetiva, conforme já demonstrado, tem função de corrigir e reequilibrar as relações contratuais, em decorrência de acontecimentos extraordinários, que alteram significativamente o equilíbrio de um contrato de locação. Até mesmo porque os contratos se notabilizam no fato de assegurar que seus contratantes cumpram suas obrigações<sup>53</sup>.

Tal compreensão decorre da alteração na noção de obrigação, vista anteriormente de forma estática, na qual a atuação do credor se limitava a aguardar o cumprimento da obrigação pelo devedor. Atualmente, a obrigação é caracterizada como um processo, no qual não se tem o estabelecimento de um dever de cooperação entre as partes para que o negócio jurídico atinja seu fim, atentando-se à sua função econômica e social, com base nos princípios fundamentais da Constituição da República.<sup>54</sup>

Pietro Perlingieri, ao tratar da relação obrigação como um processo, assevera que “a cooperação substitui a subordinação e o credor se torna titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação para o adimplemento pelo devedor”, que passa também atingir terceiros, “na medida em que o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um bem autônomo”<sup>55 56</sup>.

A noção de obrigação como processo faz com que os contratantes sejam obrigados a cumprir deveres que não tenham sido expressamente ajustados no contrato. Trata-se dos deveres anexos ou instrumentais, que decorrem da boa-fé objetiva e que fazem parte da

52 Fábio Queiroz Pereira e Daniel da Pádua Andrade afirmam: “Contratar significa assumir riscos que emanam do próprio termo pactuado. Certas conjunturas negociais devem ser compreendidas com o resultado da assunção de determinados riscos, sendo inerentes à própria estrutura contratual.” (PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, abr.-jun. 2018).

53 PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, abr.-jun. 2018.

54 Clóvis do Couto e Silva assevera que se busca, “mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação (...) O princípio da boa-fé exige maior consideração aos partícipes do vínculo, às suas necessidades e interesses, o que permite definir-se o fato jurídico *latu sensu* como fez o prof. Ruy Cirne Lima: ‘Fato jurídico não é, portanto, o contrato, de conclusão instantânea; mas os contratantes, o objeto do contrato, o contrato mesmo, e a própria coletividade social, a que aqueles pertencem. O todo condicionará a relação jurídica que, graças a essa conjunção, virá a surgir e perdurar’” (SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.168).

55 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.913.

56 Laís Bergstein e José Roberto Trautwein asseveram: “contrato, enquanto fato social, que outorga direitos e determina o cumprimento de obrigações atinge a esfera jurídica de terceiros, que assumem o ‘dever legal de não intervir na esfera da atividade de outrem, de respeitar os direitos de outrem, *ne neminem laedere*’ (...) O reconhecimento de que terceiros não deveriam interferir nas relações contratuais resultou, assim, na compreensão de que se estaria diante de um dever geral de abstenção” (BERGSTEIN, Laís; TRAUTWEIN, José Roberto. A tutela externa de crédito: aplicabilidade e fundamentação adotada pelos tribunais. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas*, v. 7, n. 3, p.121-134).

relação obrigacional em sua totalidade, baseados na noção de cooperação.<sup>57</sup>

Assim, com base nos ensinamentos de Antunes Varela, no sentido de que “os deveres acessórios de conduta tanto recaem sobre o devedor, como afectam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne *desnecessariamente* mais onerosa para o obrigado”<sup>58</sup>, é que se denota um dever de renegociação contratual decorrente da boa-fé objetiva.

Com efeito, aludido dever anexo de renegociar os contratos decorre especialmente do fato de que a celebração de um contrato de locação obviamente gera interesses específicos tanto para o locador, dentre os quais se destacam o recebimento do aluguel e a manutenção do imóvel locado, quanto para o locatário, apontado de forma exemplificativa na possibilidade de continuar cumprindo suas obrigações, assegurando o direito de moradia ou de continuidade da atividade econômica. Ocorre, contudo, que as partes, ao celebrarem o contrato de locação têm o interesse específico de fazer com que ele cumpra a sua finalidade econômica e social.<sup>59</sup>

A esse respeito, Anderson Schreiber assevera:

Não se tolera, à luz da boa-fé objetiva, que um contratante esvazie a utilidade do contrato, ou permaneça inerte quando sua atuação se faz necessária para que tal utilidade seja atingida. Impõe-se às partes o agir responsável, tomando em consideração os interesses do outro contratante, respeitando suas legítimas expectativas, tudo em prol da realização efetiva do fim contratual. Essa profunda transformação operada pela boa-fé objetiva tem íntima relação com o reconhecimento de um dever de renegociar contratos em desequilíbrio.<sup>60</sup>

Daí é que se evidencia a existência de um dever anexo de renegociar o valor do aluguel nos contratos de locação, em decorrência da Covid-19. Ou seja, a manutenção do contrato de locação gera benefícios para os contratantes e para a sociedade.

## **5 A RECUSA ABUSIVA DO DEVER DE RENEGOCIAR EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO ATINGIDOS PELA CRISE DO COVID-19**

Uma vez demonstrada a existência do dever de renegociar os contratos de locação em virtude da crise gerada pela Covid-19, é necessário elencar que essa renegociação igualmente deve ser feita com espírito colaborativo e em atendimento ao dever de lealdade estabelecido pela boa-fé objetiva.

A inobservância desse encargo, com a prática dos atos apontados, de forma exemplificativa, como (a) a não aceitação em participar de reuniões objetivando a renegociação, (b) a recusa em apresentar resposta em tempo hábil sobre a proposta encaminhada por um dos contratantes, ou ainda (c) a análise de forma despreocupada e sem a seriedade necessária ao que foi sugerido pelo outro contratante, pode caracterizar inadimplemento contratual<sup>61</sup>, apontado como abuso de direito no art. 187 do Código Civil de 2002<sup>62</sup>, que assim estabelece: “Também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Com efeito, o abuso de direito é conceituado “como o exercício de posição jurídica

57 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 219-220.

58 VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. vol. 1, 10. edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, p.127.

59 NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. *Revista do Tribunais*, v.906, abr. 2011.

60 SCHREIBER, Anderson. Contribuindo um dever de renegociar no Direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan.-jun., 2018.

61 NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. *Revista do Tribunais*, v.906, abr. 2011.

62 Francisco Amaral assevera: “O Código Civil brasileiro de 1916 acolhia a figura do abuso de direito, de modo indireto, no seu art. 160, ao reconhecer como ato ilícito o exercício irregular ou arbitrário de um direito”. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed., rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.210).



de modo incompatível com a função que lhe é própria, isto é, com a finalidade que justifica axiologicamente a sua proteção pelo ordenamento”.<sup>63</sup> Trata-se, portanto, de ato que não tem qualquer relação com o ato ilícito, eis que a atitude abusiva de um dos contratantes está autorizada pelo ordenamento jurídico, “desvirtuando-se, contudo, ao contrariar a finalidade econômica e social almejada pelo legislador, a boa-fé objetiva ou os bons costumes”.<sup>64</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes assevera, por sua vez, que o abuso de direito “atua como um limite interno ao próprio direito (subjetivo), o qual somente vigorará para o seu titular se, e enquanto, não for exercido de modo nocivo ao interesse social”.<sup>65</sup> Tal prática do abuso de direito pode resultar no reconhecimento de dever de indenizar independentemente de culpa, por se basear na responsabilidade objetiva<sup>66</sup>, e da ocorrência do dano<sup>67</sup>.

Outra consequência da recusa abusiva do dever de renegociar se verifica com a possibilidade de um dos contratantes ajuizar ação revisional ou a ação de rescisão por descumprimento contratual, com a incidência do parágrafo único do art. 421 do Código Civil de 2002<sup>68</sup> que, embora determine a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão, acabam por autorizá-la.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em recentes decisões, tem se posicionado no sentido de que a pandemia do coronavírus autoriza a redução do valor do aluguel fixado em contrato de locação, não se fazendo necessário o cumprimento do prazo de 3 (três) anos de vigência do contrato ou de composição anteriormente celebrada e a inexistência de acordo, previsto no art. 19 da Lei de Locações. Com efeito, no julgamento do agravo de instrumento nº 2109128-23.2020.8.26.0100<sup>69</sup>, realizado em 11/06/2020, a 32ª Câmara de Direito Privado concluiu, dentre outros pontos, pela isenção dos alugueres enquanto perdurarem os efeitos da pandemia (31/12/2020), determinando-se o pagamento do aluguel percentual sobre o faturamento bruto estipulado em 0,5%, com a exclusão do aluguel mínimo, “e posterior parcelamento dos alugueis vencidos a serem pagos junto com os vincendos ao limite de 15% de cobrança mensal”.

No julgamento do agravo de instrumento nº 2088297-51.2020.8.26.0000<sup>70</sup>, realizado em

63 OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamento do direito civil: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.371.

64 OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamento do direito civil: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 371-372.  
65 MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.181.

66 Enunciado 37 do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalística” (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados*).

67 Enunciado 539 do Conselho da Justiça Federal: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano” (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados*).

68 Art 421. (...)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

69 Agravo de Instrumento – Locação de imóvel em shopping center – Ação revisional ajuizada por locatária em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID 19) - Tutela provisória parcialmente deferida pelo Juízo, com redução e suspensão da exigibilidade dos alugueis e fundo de promoções e propaganda até dezembro de 2020 – Agravante que pretende ver reconhecido direito à isenção integral de tais obrigações – Descabimento – Risco de dano já tutelado com a suspensão da exigibilidade – Questão de caráter patrimonial a ser definida ao final da lide, após contraditório e instrução probatória, oportunidade em que deverá ser analisado o cabimento e os termos de eventual revisão contratual, à luz da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva – Inviável antecipar ou definir, liminarmente, eventual novo conteúdo da relação contratual entre as partes – RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL. TJSP. *Agravo de Instrumento 2109128-23.2020.8.26.0000*. Relator(a): Luis Fernando Nishi. Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 11/06/2020. Data de Registro: 11/06/2020).

70 Locação de imóveis – ação revisional – interposição contra decisão que indeferiu pedido liminar de suspensão da cobrança dos locativos, diferimento e/ou redução no percentual de 50% – reconhecimento de justa causa a justificar a excepcional intervenção judicial no contrato – possibilidade apenas de redução de 50% do valor do aluguel, com base no último aluguel pago ao locador, a vigorar desde o vencido em abril/2020 e até que seja levantada a proibição à abertura daquele ponto comercial - decisão reformada – recurso provido. Considerando-se as peculiaridades do caso, em especial o inegável impacto econômico direto na atividade comercial exercida pela locatária, em decorrência da pandemia e de seus meios de enfrentamento da emergência de saúde pública, é de se admitir a excepcional intervenção judicial no contrato para o reequilíbrio da obrigação, em aplicação, por analogia, à teoria da imprevisão prevista no artigo 317 do Código Civil, sendo razoável conceder a tutela antecipada para o fim de reduzir em 50% o valor do aluguel, com base no último aluguel pago ao locador, a vigorar desde o vencido em abril/2020 e até que seja levantada a proibição à abertura daquele ponto comercial. (BRASIL. TJSP. *Agravo de Instrumento 2088297-51.2020.8.26.0000*. Relator (a): Paulo Ayrosa. Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 04/06/2020. Data de Registro: 04/06/2020).

04/06/2020, a 31ª Câmara de Direito Privado entendeu pela necessidade de serem reduzidos os alugueres em 50% (cinquenta por cento), durante o período de fechamento do comércio. Extrai-se do v. acórdão:

Logo, diante da imprevisibilidade dos impactos da pandemia de coronavírus sobre o faturamento da parte locatária, a fim de preservar a função social da atividade exercida pela agravante e reequilibrar a obrigação assumida quando da celebração do contrato de locação, reputo razoável o deferimento da tutela antecipada para fins específicos de suspensão do pagamento de metade do valor do aluguel a vigorar desde o vencido em abril/2020 e até que seja levantada a proibição à abertura daquele ponto comercial, vez que da própria narrativa da autora extrai-se que as medidas restritivas adotadas pelas autoridades começaram a ser praticadas a partir de meados de março (fls.45/46, destes autos).

Por fim, nada impede que, no curso da demanda, haja revisão por parte do MM. Juízo 'a quo' da tutela provisória aqui deferida (artigo 296 do Código de Processo Civil).

Assim, evidencia-se a necessidade de os contratantes efetivamente cumprir com o dever de renegociar, atentando-se aos ditames da boa-fé objetiva, evitando-se, com isso, incidirem na prática do abuso de direito e terem reconhecida a prática de descumprimento contratual. Além disso, como o Poder Judiciário tem estado atento as anormalidades e imprevisibilidade decorrentes da pandemia do coronavírus (COVID-19), justifica-se o cumprimento sério e efetivo dessa obrigação, sob pena de se recair em situação até mesmo desfavorável, em demanda judicial.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo de seu percurso, a concepção de contrato sofreu decisiva influência do contexto econômico, político e social. Foi possível identificar em um contexto liberal, a “ideologia da liberdade de contratar e da igualdade dos contraentes”, que obscurecia a disparidade dos poderes contratuais das partes. Tal situação despertou um dirigismo contratual, por meio de normas protetivas do contraente mais frágil e uma regulamentação dos interesses dos particulares em face dos interesses sociais. Posteriormente, o advento de uma sociedade global impôs um afastamento da intervenção do Estado, em favor de uma autonomia irrestrita e de ausência de regulação da liberdade de mercado.

É nesse contexto, que surge a crise da Covid-19 lançando seus efeitos sobre o direito dos contratos. Com vistas a enfrentar tais efeitos, os Estados orientam-se por uma intervenção mínima, como o foi o *Coronavirus Act* ou por uma intervenção máxima, como as medidas extraordinárias, aprovadas pelo Parlamento da Alemanha. O direito brasileiro colocou-se a meio termo, ao editar a Lei nº 14.010/2020. Mas, as mudanças ocorridas no texto definitivo enviado para votação ao Congresso Nacional e os vetos presidenciais, por ocasião de sua sanção, colocam-na em uma tendência de intervenção mínima, reafirmando uma perspectiva neoliberal dos contratos entre nós.

A codificação de 2002 atribui importância expressiva ao princípio da boa-fé, ao recepcioná-la em uma cláusula geral que a doutrina e jurisprudência desenvolvem sob a égide das funções de fonte de deveres, interpretativa e de limite ao exercício de direitos. Mas, é possível, ainda, atribuir-lhe um novo papel, relacionado à justiça contratual, a função de equilíbrio no contrato, essencial para que se privilegie a conservação em lugar da extinção dos contratos de locação atingidos pela crise da Covid-19.

Discutiu-se acerca de um possível dever de renegociar o valor do aluguel nesses contratos, ainda que não tenham se passado os três anos exigidos pela Lei do Inquilinato para propositura da ação renovatória.

Considerando-se que a relação obrigacional é considerada uma relação de cooperação, que impõe deveres acessórios de conduta entre as partes, é possível cogitar de um dever anexo de renegociar no contrato, segundo o qual o credor não poderia exigir do devedor uma prestação que fosse demasiadamente onerosa para o devedor.

Para o contrato de locação de imóveis urbanos atingidos pela crise da Covid-19, considerar a existência de um dever anexo de renegociar o valor do aluguel contribuiria para a realização de sua finalidade econômica e social, no que pode se incluir o direito à moradia ou a continuidade da atividade econômica do locatário.

O comportamento do locador que não aceitar renegociar o valor do aluguel com o locatário, em meio à crise da Covid-19, pode se caracterizar como exercício abusivo do direito, com base no artigo 187, do Código Civil. Eis que tal disposição prevê o exercício inadmissível de posições jurídicas por contrariar a boa-fé objetiva. Ademais, alguns julgados já têm se pronunciado em favor da possibilidade de readequação do valor locativo à capacidade de pagar do devedor, em razão da crise sanitária e, mesmo antes de cumprido o prazo de três anos para propositura da ação renovatória, pois se trata de situação emergencial. Tal fato demonstra que não obstante a Lei nº 14.010/2020 não tenha tocado neste ponto, ele tem sido objeto de discussão nos tribunais brasileiros e há fundamento jurídico para colocá-lo em prática.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. COVID-19: Pandemia e crise fazem proprietários renegociar contratos de aluguel. O Tempo, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/covid-19-pandemia-e-crise-fazem-proprietarios-renegociar-contratos-de-aluguel-1.2352336>. Acesso em: 10 nov. 2021.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor: princípios do direito do consumidor, microsistema de defesa do consumidor e sua aplicação*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 377-387.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed., rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERGSTEIN, Laís; TRAUTWEIN, José Roberto. A tutela externa de crédito: aplicabilidade e fundamentação adotada pelos tribunais. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7, n. 3, p.121-134.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Recurso Especial nº 1.112.524/DF*. Rel. Min. Luiz Fux. j. 01/09/2010.

BRASIL. TJSP. *Agravo de Instrumento 2088297-51.2020.8.26.0000*. Relator (a): Paulo Ayrosa. Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 04/06/2020. Data de Registro: 04/06/2020.

BRASIL. TJSP. *Agravo de Instrumento 2109128-23.2020.8.26.0000*. Relator(a): Luis Fernando Nishi. Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 11/06/2020. Data de Registro: 11/06/2020.

COSTA. Judith Martins. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2003, p.229-281.

FRITZ, Karina Nunes. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas*, 26 de março de 2020.

GHESTIN. *Traité de droit civil: les obligations; le contrar*. Paris : LGDJ, 1980.

KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Do contrato no Estado social*. Crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 22, set./2002.

MARTINS, Humberto. A aprovação definitiva do PL 1.179 e uma perspectiva do direito comparado. *Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2020.

MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso de direito e a boa-fé objetiva. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 7, n. 7, jan.-jun. 2010, p.324-351.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA e direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.183-206.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Renegociação contratual. *Revista do Tribunais*, v. 906, abr. 2011.

OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamento do direito civil: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Fábio Queiroz; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, abr.-jun. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*.

REALE, Miguel. *Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil"*.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*.

RIZZARDO, Arnaldo. Período da pandemia do coronavírus (Covid-19) – O confronto entre as medidas previstas no Projeto de Lei nº 1.179/2020 e as mantidas pela Lei nº 14.010/2020. *GenJurídico*, 18 de junho de 2020.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHREIBER, Anderson. Contribuindo um dever de renegociar no Direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan.-jun., 2018.

SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1, 10. edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.



# POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DE ALUGUERES LOCATÍCIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID 19: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS POR ACÓRDÃOS DO TJDFE E O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL CONTRATUAL

**Pablo Malheiros da Cunha Frota**

Pós-Doutorando em Direito na Universidade de Brasília. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor Adjunto em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Federal de Goiás. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás. Co-fundador da Rede Agendas de Direito Civil Constitucional. Fundador e Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Princípio da equivalência material no direito privado; 3 Seis acórdãos do TJDFE sobre a possibilidade (ou não) de redução dos alugueres em tempos de Pandemia da COVID 19 e a análise a partir do princípio da equivalência material; 4 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Este texto é uma continuidade de uma reflexão que pude fazer na companhia de Paulo Nalin e de Fernando Carvalho Dantas publicado na coluna Migalhas Contratuais no mês de abril de 2020.<sup>1</sup> No referido artigo tivemos a oportunidade de trabalhar o princípio da equivalência material contratual na verificação dos fundamentos dos Projetos de Leis n.ºs 1.079/20 e 1.080/20 da Câmara Legislativa do Distrito Federal, com o intuito de impor às instituições de ensino privado a possibilidade de redução das mensalidades escolares entre 30% e 50% por conta dos efeitos da citada pandemia.

Os mencionados projetos de lei foram aprovados pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, mas foram vetados pelo Governador do DF. Desse modo, a partir das reflexões sobre o princípio da equivalência material, agora para estudar os fundamentos dos seis acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) sobre a possibilidade de redução (ou não) dos alugueres em decorrência dos efeitos da pandemia.

Para tanto, o contexto de excepcionalidade<sup>2</sup> instaurado pela emergência de saúde pública referida à pandemia do COVID19 ensejou nas últimas semanas uma profunda reflexão acerca do alcance e da suficiência da legislação infraconstitucional postas para regular as relações jurídicas privadas.

Iniciativas legislativas foram tomadas no âmbito dos três entes da Federação orientadas a dotar o ordenamento jurídico de regras legais vocacionadas a regular as situações jurídicas alcançadas pelos efeitos econômicos da crise de saúde pública que se abateu sobre empresas, famílias e governos.

Um dos institutos jurídicos que mais foram afetados pelos efeitos da pandemia foram os contratos e, como afirmado dantes, as relações locatícias serão objeto do presente texto recortados para os fundamentos expostos pelo TJDFT nos seis acórdãos pesquisados sob os critérios “redução e aluguel e pandemia”.

O problema,<sup>3</sup> portanto, a ser investigado é saber se os fundamentos utilizados pelo TJDFT observaram o princípio da equivalência material. Objetiva-se, com isso, verificar se há um problema no dever de fundamentação de tais acórdãos. A hipótese a ser pesquisada é: há um problema de fundamentação nos acórdãos e não se consegue controlar democraticamente as decisões, pois não se sabe como o Tribunal chegou à decisão de reduzir (ou não) o aluguel em cada um dos casos concretos.

Nessa senda, a presente investigação utilizará o método fenomenológico-hermenêutico, que serve para realizar esse revolvimento de sentido da ideia de interpretar cada problema jurídico:

---

1 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; NALIN, Paulo; DANTAS, Fernando Carvalho. Redução das mensalidades escolares de instituições de ensino privadas como efeito do covid-19: Análise dos PLs 1.079/20 e 1.080/20 da Câmara Legislativa do Distrito Federal. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325547/reducao-das-mensalidades-escolares-de-instituicoes-de-ensino-privadas-como-efeito-do-covid-19-analise-dos-pls-1-079-20-e-1-080-20-da-camara-legislativa-do-distrito-federal>. Acesso em: 17 set. 2020.

2 Seja a excepcionalidade classificada como caso fortuito ou de força maior ou como quebra ou alteração da base objetiva do negócio ou como lesão, etc., é indiscutível que a COVID19 se classifica como um fato jurídico excepcional que pode afetar as relações contratuais. Sobre as diversas perspectivas dos efeitos da COVID tem se destacado, entre outras, a Coluna *Migalhas Contratuais* com excelentes textos sobre o tema, que se encontra disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais>. Acesso em: 15. abr. 2020.

3 O conhecimento é produzido a partir da solução de problemas, ideia central para a Filosofia. O termo problema é “de origem grega (*πρόβλημα*) e seu significado original é relativo a algo que é projetado a frente ou algo que se apresenta como obstáculo.” (UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA. Universidade Católica de Brasília Virtual – UCB Virtual. *Curso de graduação, Bacharelado e Licenciatura em Filosofia: Problemas Filosóficos*. Disponível em: <http://www.catholicavirtual.br>. Acesso ao conteúdo com login e senha).

o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente.

*Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações.* Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, *somente porque há fatos é que existem interpretações.* E estes fatos que compõem a concretude do caso podem – e devem – ser devidamente definidos e explicitados.<sup>4</sup>

Como diz Streck, *a escolha pela fenomenologia representa a superação da metafísica no campo do Direito*, de tal modo que uma abordagem hermenêutica – e, portanto, crítica – do Direito jamais pretenderá ter a última palavra. E isso já é uma grande vantagem, sobretudo no paradigma da intersubjetividade.<sup>5-6</sup>

O aludido método fenomenológico-hermenêutico será aliado a uma metodologia (caminho para um objetivo) será bipartida em procedimento e abordagem. A primeira tem por base o procedimento monográfico, com a análise das obras acima referidas. A segunda se ampara em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados.”<sup>7</sup>

O texto será dividido, além da introdução e das considerações finais, na construção de sentido do princípio da equivalência material e na análise dos fundamentos dos acórdãos para, ao final, comprovar (ou não) a hipótese lançada nesta introdução.

---

4 STRECK, Lênio. Parecer. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

5 TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, a. 3, p. 311-326, set.-dez. 2017, p.325.

6 Aduz Clarissa Tassinari: “Neste sentido, a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana, possibilitou um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, denunciado a dimensão interpretativa do Direito, seja através da desmistificação dos conceitos jurídicos como enunciados com conteúdos determinados *a priori*, seja a partir da diferença entre texto e norma (que, segundo Streck, é ontológica). A ideia de método é compreendida à distinção da noção de certeza e segurança, própria do pensamento moderno. O método hermenêutico-fenomenológico apresenta-se como uma “ferramenta,” precária e provisória, da qual não se consegue ter total apreensão e domínio, estando voltado ao constante questionamento e, por isto, constituindo um modo de filosofar. O método proposto por Heidegger procura superar o velamento da questão dos ser (que a metafísica, através TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre a Filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lênio Luiz (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p.147-148.

7 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, e-book, item 3.1.

## 2 PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL NO DIREITO PRIVADO

A principiologia<sup>8 9</sup> contratual<sup>10</sup> é composta por princípios individuais

8 Etimologicamente, a palavra princípio, vem do latim, *principium*, que significa “início”, “origem”, “aquilo que vem antes”, “causa (primeira).” (...) Os princípios constitucionais oferecem espaços argumentativos que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões. Ademais, o conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestação histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum”. (STRECK, Lênio. Princípios jurídicos. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, [e-book]). Nessa linha, princípios jurídicos são padrões deontológicos instituintes do mundo prático ao Direito constitutivos e presentes nas regras, transcendendo-as, porque “existencializa a regra que ele instituiu. Só está encoberto”. (STRECK, Lênio Luiz. Princípios jurídicos. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, [e-book]). A função do princípio jurídico é fechar a interpretação e não abri-la, como correntes procedimentalistas, p. ex.: ponderação de Alexy, postulam. A normatividade dos princípios direciona o sentido que representa a “comum-unidade a que pertencem. (...) um Direito com princípios, dentro de um contexto intersubjetivo, espelha vínculos democráticos e que por isto mesmo precisam ser observados” (STRECK, Lênio Luiz. Princípios jurídicos. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020 [e-book]). Desse modo, hermeneuticamente, “uma regra sempre deve ser interpretada em face de seu princípio instituidor, ainda que de modo implícito (...) O princípio só se “realiza” a partir de uma regra. Não há princípio sem (alg)uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio. (...) O princípio é, pois, o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende à onticidade da regra” (STRECK, Lênio Luiz. Princípios jurídicos. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, [e-book]). Diante disso, as “regras, devido a sua generalidade e abstração, procuram antecipar as ocorrências fáticas num plano ideal que carece, por óbvio, de historicidade. Ao serem interpretadas à luz dos princípios há um reingresso da faticidade e de uma dimensão justificativa” (STRECK, Lênio Luiz. Princípios jurídicos. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, [e-book]).

9 A diferença entre princípio e regra é bem delineada por Streck: “Todo posicionamento sobre a diferença entre regra e princípio reflete uma posição paradigmática. Implícita ou explicitamente. (...) A relação regra-princípio está umbilicalmente relacionada à distinção Direito e moral. Reflete o modo como ocorre o acesso do intérprete ao mundo e, portanto, do processo de compreensão e aplicação do Direito. Dentre as diversas propostas teóricas que surgem, talvez um dos poucos acordos teóricos possíveis de se firmar entre elas sobre esse assunto é o de que tanto regras como princípios são normas jurídicas. Excetuam-se desse acordo as teorias que adotam um olhar externo ao Direito, como o positivismo exclusivo, que não admitem o uso de princípios. Assim sendo, os juristas se referem constantemente a cada uma delas pretendendo atingir diferentes dimensões argumentativas. Uma das primeiras abordagens sobre o tema foi a tese de que entre regra e princípio existe uma distinção estrutural, epistemológica (a isso foi dado o nome de “critério forte”). A noção de distinção estrutural está relacionada ao que pode ser resumido (de modo muito simplificado) em uma frase: regras se aplicam no tudo ou nada (aplicação do método subsuntivo); princípios são aplicados a partir de uma dimensão de peso (o que acabou sendo relacionado, equivocadamente, com a máxima da ponderação proposta por Robert Alexy). Outro modo de visualizar a relação regra-princípio foi a partir de teses que consideram que princípio e regra possuem a mesma estrutura lógica hipotético-condicional, mas densidades semânticas distintas (“critério fraco”). No contexto da Crítica Hermenêutica do Direito, e essa questão está desenvolvida em *Verdade e consenso* (STRECK, 2014b; 2017), é possível discordar dessas leituras. A distinção feita a partir da tese de que os princípios possuem uma estrutura lógica distinta só poderia ser percebida a partir de uma racionalidade específica, isto é, a partir de um plano apofântico, quando criamos um mínimo de entificação necessária para transmitir significações. Neste plano – e apenas neste – podemos dizer que o princípio (independente da sua forma textual), diferentemente da regra, traz consigo a carga de uma filosofia prática. Nesse contexto, os princípios representariam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo juspositivismo. As regras, por outro lado, representariam uma “técnica” para a concretização desses valores ou seja, meios (condutas) para garantir um “estado de coisas” desejado. Apesar disso, precisa ficar claro que esse tipo de distinção realizada a partir de critérios estruturais somente poderá ser feito no plano apofântico, não se sustentando, entretanto, na hipótese de a diferença entre regras e princípios ser entendida como uma analítica constituidora de sentido. A Crítica Hermenêutica do Direito não opera apenas com esse tipo de racionalidade (que ocorre apenas no nível dos enunciados – apofântica), e é por isso mesmo – porque reconhece a existência de um nível compreensivo que antecede e que é constituidor de sentido – que coloca outro tipo de olhar sob a diferença entre regra e princípio, rompendo com essa tradição. No plano hermenêutico, a pré-compreensão, enquanto condição de possibilidade, fragiliza a distinção semântico-estrutural entre regras e princípios. Sob um olhar hermenêutico, tanto regras como princípios são parâmetros interpretativos. São normas jurídicas. Operam no código lícito-ilícito. Assim, busco diferenciar (não distinguir/cindir) regras e princípios, compreendendo que as regras são resultado da leitura dos textos normativos, de modo que compartilham da porosidade e ambiguidade inerentes aos signos linguísticos, ao passo que os princípios consubstanciam a institucionalização do mundo prático do Direito. É possível dizer que o princípio institui a regra, no sentido de que regras e princípios possuem caráter deontológico, porém, isoladamente, não se prestam para a adequada resolução das controvérsias jurídicas surgidas no tecido social. Uma regra só pode ser aplicada a partir de um ou mais princípios, e um princípio sempre será aplicado por meio de uma regra. Veja-se o problema da equivocada compreensão acerca da diferença (e não cisão) entre regras e princípios: no art. 489, §2º, do Código de Processo Civil brasileiro, estabelece-se a previsão de colisão entre normas; no entanto, essa questão traz um grande problema pela simples razão de que, como já dito, regras e princípios são normas. Estabelece-se, desse modo, um risco de estado de natureza hermenêutico, dada a indeterminação de sentidos. Isto é, a ponderação ou sopesamento é o modo que Robert Alexy encontra para resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios. Observe-se: colisão de princípios e não, genericamente, de normas, sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, ao passo que a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, operando-se aquilo que o autor alemão chamou de lei do sopesamento (ou lei da ponderação). Portanto, não é possível existir ponderação no caso de “colisão entre normas”, pois assim haveria a possibilidade de uma “ponderação de regras” sem limites, além de esvaziar a própria distinção metodológica entre regras e princípios, tendo em vista que as primeiras se destacam pela sua aplicação de forma subsuntiva. Aliás, o próprio Alexy refere que, havendo colisão entre normas, não se resolve esta por meio de um sopesamento, mas, sim, excluindo uma das regras do sistema jurídico. Assim, o Código de Processo Civil, além de desconsiderar a diferença entre regra e princípio, coloca-os genericamente como “normas”, que, por sua vez, serão “ponderadas” por uma vulgata da leitura brasileira da teoria de R. Alexy. Um ponto central para a compreensão da diferença entre princípio e regra é que esta é sempre porosa. A regra é, por “essência”, incompleta. Fosse completa, seria uma regra perfeita, porque abarcaria de antemão todas as hipóteses de aplicação, conforme explicito em *Verdade e consenso*. Se a regra não fosse porosa, bastaria sempre a subsunção. Por isso, sempre será necessária a presença de um ou mais princípios para a sua interpretação. Mesmo nas situações (ou nas que são consideradas) mais claras, pelas quais uma regra pode abarcar determinada situação fática, ainda assim haverá a interferência de um princípio. Nesses termos, princípios (constitucionais) devem ser compreendidos a partir do que chamo de “tese de descontinuidade”: eles instituem o mundo prático no Direito, possibilitando, a partir de sua normatividade, o fechamento interpretativo no Direito”. (STRECK, Lênio Luiz. Diferença entre regras e princípios. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, [e-book]).

10 Sobre a principiologia contratual na contemporaneidade veja: NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

(liberdade<sup>11</sup> contratual e de contratar, força obrigatória dos contratos e relatividade objetiva) e sociais (boa-fé<sup>12</sup>, função social<sup>13</sup>, equivalência material<sup>14-15</sup> função ambiental<sup>16</sup>).<sup>17</sup>

Não abordaremos hipóteses de revisão e de resolução da relação negocial, porque entendemos que tais fases devem preceder, sempre que tal renegociação, revisão ou resolução da relação contratual não se configure como oportunismo diante da posição jurídica<sup>18</sup> da outra parte contratante (Código Civil, art. 187<sup>19</sup> 20).

Desta principiologia, interessa a este artigo analisar o princípio da equivalência material<sup>21</sup> e a sua aplicação nas hipóteses de renegociação<sup>22</sup> das mensalidades cobradas pelas instituições de ensino do corpo discente,<sup>23</sup> com a mediação sendo um caminho antes ou para além do Poder Judiciário.<sup>24</sup> Isso porque:

(...) a beligerância negocial e judicativa não são as melhores alternativas para enfrentar a crise que se apresenta. Os efeitos deletérios da pandemia Covid-19 não apenas permitem como tornam exigíveis a revisão paritária da relação contratual pelas partes contratantes, constituindo-se como mandamento ético, inclusive, na preservação da atividade econômica em um contexto excepcional.<sup>25</sup>

11 Sobre o sentido da liberdade contratual veja: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro, GZ, 2011.

12 Sobre boa-fé contratual veja, entre outros: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; EHRHARDT JR., Marcos Augusto de. *A Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

13 Sobre função social do contrato veja: TARTUCE, Flavio. *A função social dos contratos*. São Paulo: Método, 2007.

14 Esta classificação acompanha e amplia aquela posta por Paulo Lôbo, que divide os princípios contratuais em princípios individuais: "são os que contemplam os interesses individuais no contrato. Têm como paradigma o modelo de contrato que se desenhou durante a hegemonia do individualismo liberal, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autodeterminação individual. Podem ser assim agrupados: a) princípio da autonomia privada negocial; b) princípio da força obrigatória; c) princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Os princípios sociais dos contratos que o sistema jurídico brasileiro adota, correspondentes ao modelo do constitucionalismo social, são: a) princípio da função social; b) princípio da boa-fé objetiva; c) princípio da equivalência material. Nenhum princípio contratual é absoluto ou ilimitado." (LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, e-book, item 3.1).

15 A principal obra no Brasil sobre o tema com esta nomenclatura e densificando o princípio é de Rodrigo Toscano de Brito. Nesse sentido ver: TOSCANO DE BRITO, Rodrigo. *Equivalência material dos contratos - civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

16 Sobre a função ambiental veja BARROSO, Lucas Abreu. A função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas no novo código civil: no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 283-294.

17 Sobre esta classificação veja: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.184-229.

18 O sentido de posição jurídica "indica um conjunto de direitos, deveres e competências conjugados de modo organizado e inter-relacionado. Sempre que o direito disciplina certas situações típicas, atribuindo situações ativas e passivas indissociáveis entre si, surge uma posição jurídica. O conceito de posição jurídica permite compreender a impossibilidade de reduzir o objeto de exame apenas a um dos ângulos (ativo ou passivo). Há um conjunto de poderes, que se entranha com os direitos e os deveres, que somente podem ser isolados para fins didáticos." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018, Capítulo 15, Item 13.2 [edição eletrônica]).

19 Sobre o abuso do direito veja: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

20 PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas. *Migalhas contratuais*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>. Acesso em: 16 abr. 2020.

21 Alguns exemplos: art. 1º, III, 3º, III e 170 da CF/88 – e infraconstitucional – arts. 156, 157, 317, 413, 423, 424, 478 ao 480, 1008 do CC/02; arts. 4º, III, 6º, IV, V, 51, IV, XV, § 1º, II, III, § 2º.

22 Sobre o tema veja: SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

23 Caso a dificuldade em honrar as prestações contratuais derivem dos efeitos do COVID19 que devem ser cabalmente comprovados, não se pode imputar responsabilidade as partes contratantes seja pelo critério subjetivo seja pelo critério objetivo. Sobre o tema veja: CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

24 NALIN, Paulo. Em tempos de crise, mediar é preciso e arbitrar mais ainda. *Migalhas contratuais*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324396/em-tempos-de-crise-mediador-e-preciso-e-arbitrar-mais-ainda>. Acesso em: 15 abr. 2020.

25 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; ALENCAR BARROSO, Ramiro Freitas de. Impactos nos compromissos de compra e venda em incorporação imobiliária. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/opiniao-impactos-compromissos-compra-venda-imobiliaria>. Acesso em: 15 abr. 2020.



O princípio da equivalência material visa “realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para rearmonização dos interesses”.<sup>26</sup> Toscano de Brito assenta que

o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele através do qual deve se buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações.<sup>27</sup>

A intervenção estatal somente pode ocorrer no contrato se “houver uma mudança objetiva que provoque desigualdade, o magistrado deve perquirir sobre se a mudança é ínsita, ou não, ao risco normal do contrato. Se for, não se justifica sequer a intervenção, devendo-se prestigiar a vontade das partes. Por outro lado, ao aferir objetivamente que há desigualdade e ela é manifesta, fora do risco ordinário ou regular da contratação que se esteja analisando – portanto a situação gerou uma desigualdade manifesta – cabe então a intervenção nos limites da igualdade material”.<sup>28</sup>

O parâmetro, portanto, da equivalência material, deve ser a igualdade, entendida como *equanimidade*<sup>29</sup> (*fairness* de Dworkin) ou trocas de prestações equânimes e comparáveis no contexto contratual ou como alude Pietro Barcellona “o direito desigual da racionalidade material”.<sup>30</sup>

A igualdade que colore a equanimidade prestacional é entendida como “tratamento diferenciado de situações desiguais; compreende o princípio da diferenciação positiva: modulação funcional, rendimentos, titularidades e outros fatores sociais, laborais e familiares”.<sup>31</sup>

Esta equanimidade trabalha, dentro da relação contratual com as ideias de coerência (consistência lógica com o comportamento contratual realizado pelas partes durante as fases pré-contratual e contratual, ajustando-se aos fatos jurídicos que moldam tal relação), de integridade<sup>32</sup> (ajuste substancial das prestações contratuais para além da equivalência formal, comutativa prestacional harmonizando liberdade/auto responsabilidade e igualdade) geradoras de relações contratuais estáveis<sup>33</sup> (causa do contrato e meios de seu atingimento) e não geradoras de onerosidade excessiva<sup>34</sup> no Direito Privado, como se infere, por exemplo, dos arts. 6º, V, 113 do Código de Defesa do Consumidor (CDC); 317

26 LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, e-book, item 3.7.

27 A principal obra no Brasil sobre o tema com esta nomenclatura e densificando o princípio é de Rodrigo Toscano de Brito: TOSCANO DE BRITO, Rodrigo. *Equivalência material dos contratos - civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

28 TOSCANO DE BRITO, Rodrigo. *Equivalência material dos contratos - civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.188-189.

29 Sobre esta classificação veja: FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.204.

30 BARCELLONA, Pietro. *Il declino dello stato*. Bari: Dedalo, 1998, p.190.

31 FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p.171-174. Fachin utiliza o termo *equidade*, presente, por exemplo, nos arts. 8º da CLT, 140 do CPC, 413, 479, etc. do CC. Entende-se que a ideia de equidade está muito vinculada a uma perspectiva subjetiva do intérprete, o que a tornaria incontrolável. Por isso, lastreado na ideia de *fairness* de Dworkin, melhor seria tratar de equanimidade, que demanda uma exposição pública e racional do fundamento do que seja justo em cada caso concreto. Sobre essa ideia de equanimidade veja: STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

32 Sobre coerência, integridade e estabilidade no Direito veja STRECK, Lênio Luiz. Coerência e integridade. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020 [e-book].

33 Sobre o tema veja: ARNT, André. Segurança Jurídica e Enunciados Normativos Deliberadamente Indeterminados: O Caso Da Função Social Do Contrato. *Tese Doutorado* defendida no PPGD da UFPR, 2019, sob orientação de Eroulth Cortiano Júnior.

34 Sobre o sentido de onerosidade excessiva veja: FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

e 478 do Código Civil (CC).<sup>35</sup>

É possível que, no âmbito das relações locatícias, com estruturas de custos racionalizadas comportem renegociações, revisões, manutenções dos valores contratuais pactuados entre as partes.

A título de ilustração, se o valor do aluguel é de R\$ 1.000,00 (mil reais) e seja suficiente para cobrir integralmente as despesas com pessoal, manutenção, tributos e o custo de capital, uma vez decrementada, linearmente, a R\$ 700,00 (setecentos reais), tem impactos sobre o(a) locador(a) e sobre o(a) locatário(a) e, por isso, devem haver critérios para que tais situações sejam adequadamente decidida.

É desejável que em um contexto de renegociação das prestações contratuais perturbadas decorrente dos efeitos econômicos havidos da epidemia da Covid19, as reduções de receitas das partes em uma relação locatícia devem ser criteriosamente analisadas em ambiente de amplo acesso as informações sobre estruturas de custos de ambas as partes a fim de que os(as) partes contratantes barganhem e cheguem ao resultado que atenda as posições jurídicas e às possibilidade dos envolvidos, concretamente.

Cabe lembrar da frase de nosso querido Eroulths Cortiano Júnior: “O direito privado deve ser um direito de acesso concreto aos direitos fundamentais e não um modo de punir que dele se socorre”. Esse é o contexto fático-jurídico no qual os acórdãos serão analisados.

### **3 SEIS ACÓRDÃOS DO TJDFE SOBRE A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE REDUÇÃO DOS ALUGUERES EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID 19 E A ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL**

O primeiro acórdão pesquisado é o Agravo de Instrumento den.º 07092833920208070000 é da 5ª Turma do TJDFE, sob a relatoria do Desembargador Hector Valverde, foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 10.08.2020 e tinha o seguinte contexto fático-jurídico:

a) em contrato de locação em *shopping center*, a locatária, que tem por empresa serviços de manicure, pedicure e de esmaltaria propôs demanda de reequilíbrio econômico contratual em desfavor do locador;

b) os encargos financeiros da locatária são: “o aluguel, que é subdividido em aluguel mínimo e aluguel percentual; os encargos comuns; e a contribuição para o fundo de promoção e propaganda. Relata existirem outras cláusulas financeiras de menor envergadura, tais como: encargos específicos para pagamento de energia, ar condicionado, água gelada, IPTU, etc, sendo esta sistemática observada para todas as lojas do empreendimento” (trecho do acórdão).

c) em “relação ao aluguel, afirma ser separado em aluguel mínimo mensal e aluguel percentual. Informa que este é calculado em conformidade com a porcentagem do faturamento do lojista e afirma que prevalece sempre o aluguel que alcançar o maior índice” (trecho do acórdão).

d) “Alega a autora que celebrou com a ré contrato de locação de espaço em shopping center em 23 de maio de 2013, com o objetivo de locar espaço de 30,52 m<sup>2</sup>, no Boulevard Shopping Brasília, visando estabelecer atividade de Salão de Beleza, tais como manicure, pedicure e assemelhados. Afirma que o contrato previu tanto o pagamento de Aluguel Mínimo

---

35 Paulo Lôbo aduz: “A falta de equivalência material conduz a dois tipos de consequências: de um lado, a sanção de nulidade de parte ou da totalidade do contrato, por violação de norma cogente (o princípio jurídico da equivalência material); de outro lado, a interpretação do contrato em conformidade com o princípio, quando for possível a conservação do contrato ou da parte dele, que sejam fontes do desequilíbrio” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, e-book, item 3.7).

Mensal Reajustável, quanto Aluguel Percentual Mensal, o que for maior, nos seguintes valores: - Aluguel Mensal Mínimo e Progressivo, sendo do 1º ao 24º mês, no valor de R\$ 3.052; do 25º ao 48º mês, no valor de R\$ 3.357,20; e do 49º ao 60º mês, no valor de R\$ 3.692,92; - Aluguel Mínimo em dobro nos meses de dezembro; - Aluguel Percentual Mensal de 6% do faturamento” (trecho do acórdão).

e) O Distrito Federal editou Decreto n.º 40.520, de 14 de março de 2020, que suspendeu as atividades em *shopping center* por quinze dias. No DF, os *shoppings centers* somente voltaram a funcionar em horário reduzido em 27 de maio de 2020, com inúmeras regulamentações de restrição sanitária.

f) o contrato é de 60 (sessenta) meses e se encerra em 04.06.2023, tendo o locador enviado circular “a todos os lojistas, que só vai tratar de cobrança específica de aluguéis após o fim da pandemia e do isolamento social, além de lhes ter concedido outros benefícios, como: (i) desconto de 20% nos encargos comuns; (ii) isenção da contribuição para o fundo de promoção e propaganda até a reabertura do shopping; e (iii) congelamento das parcelas vincendas de CDU, Confissões de Dívida e Contratos de Mídia até a reabertura do shopping” (trecho do acórdão). Não se têm no acórdão qualquer informação de como o locador chegou à proposta acima, talvez porque não haja esta informação nas peças processuais” (trecho do acórdão).

g) Nos autos processuais não há qualquer documento que explique como locador e locatária chegaram as propostas postas na petição inicial e nas peças processuais do locador. Não obstante isso, a decisão interlocutória de primeiro grau deferiu o pedido de tutela de urgência para: “a) suspender o pagamento do aluguel mensal mínimo previsto no contrato e determinar que, a partir do aluguel de março/2020, vencido em 01/04/2020, e até decisão posterior do Juízo em sentido contrário, ou acordo extrajudicial entre as partes em sentido diverso, vigorará, como valor da prestação, o aluguel de 6% (seis por cento) sobre o faturamento da autora/agravada; b) determinar que o requerido/agravante se abstenha de incluir o nome da requerente/agravada em cadastros de restrição ao crédito em virtude da atribuição de débito a título de aluguel mensal mínimo no período compreendido por esta decisão, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por inclusão indevida” (trecho do acórdão).

h) O acórdão manteve a decisão interlocutória tendo se assentado nos seguintes termos:

A agravada comprovou ter formulado proposta de reequilíbrio contratual ao agravante. Este [1] enviou comunicado a todos os lojistas, no qual lhes concedeu isenção do fundo de propaganda durante o período de fechamento, informou-lhes a adoção de medidas para reduzir custos condominiais e o adiamento da cobrança dos aluguéis das lojas satélites quanto a parcelas vincendas de CDU (Cessão de Direito de Uso) / Res Sperata, de confissões de dívida e contratos de mídia até a reabertura do Shopping Center.

Na decisão liminar proferida por esta Relatoria, mencionou-se a adoção de medidas tomadas pelo agravante, por meio do supramencionado comunicado, decorrentes da epidemia de coronavírus. Restou consignada, igualmente, a inexistência de qualquer resposta específica à proposta apresentada pela agravada.

Não é possível se inferir que o tratamento isonômico oferecido pela agravante auxiliou de maneira isonômica todos os lojistas, mormente porque estes têm condições financeiras distintas e exercem atividades que foram atingidas pela pandemia de maneiras diversas.

Nos termos do item 19.3 do contrato de locação firmado entre as partes, o imóvel em questão, de 30,52m², destina-se à “manicure, pedicure e esmalteria” (ID 60890681). Distintamente do precedente trazido pelo agravante, não se trata de contrato que envolve empresa de grande porte cuja atividade não foi totalmente paralisada. A agravada é microempresa

que presta serviços no próprio shopping. Os sucessivos Decretos expedidos pelo Poder Executivo suspenderam o atendimento ao público no local, o que demonstrava a impossibilidade, no momento em que proferida a decisão recorrida, de a agravada realizar suas atividades.

O novo cenário imposto pela pandemia de coronavírus e pelas medidas de combate estabelecidas pelo Poder Público afetou de diversas formas muitas obrigações negociais.

A extinção de vínculos contratuais e a revisão judicial são medidas a serem evitadas pelas partes, sempre que possível. É vantajosa à decisão judicial a negociação feita pelos próprios contratantes, em atenção à boa-fé, ao dever de cooperação e à solidariedade social.

Alternativas encontradas pelas próprias partes podem e devem ser incentivadas com o objetivo de preservar o contrato, mormente na atual situação, em que restrições ocasionadas pela pandemia de coronavírus são impostas a todos.

A imprevisibilidade da situação e a possibilidade de acarretar onerosidade excessiva do contrato possibilita enquadrá-la como hipótese excepcional que permite a revisão do negócio jurídico pela via judicial, nos termos do art. 317 do CC, caso não realizada ou infrutífera a tentativa de composição entre as partes, como no presente caso.

Reitero ser inquestionável a existência de impactos financeiros a incidir sobre as atividades de ambas as partes. Observo, contudo, que a conduta da agravante, ao não se dispor a negociar em concreto com a agravada, viola os princípios da boa-fé objetiva, da colaboração e da solidariedade social.

A insuficiência de informações acerca da situação financeira e exatas repercussões que a presente situação causa às partes não constitui óbice ao deferimento do pedido de tutela de urgência formulado pela agravada, que, além de arcar com o aluguel nos moldes definidos pelo Juízo de Primeiro Grau, continuará a arcar com os encargos previstos contratualmente (despesas de custeio, impostos, seguros da edificação, etc).

Em relação à adoção de medidas posteriores à prolação da decisão agravada, consistentes em descontos no valor dos aluguéis e redução de encargos condominiais, referem-se a fato novo e eventual providência a ele relativo envolve análise que não se revela adequada, de forma inédita, por este Segundo Grau.

Deduzida a questão perante o Juízo originário, após ser apreciada, será possível o acesso aos meios recursais cabíveis, o que se revelaria fragilizado na hipótese de decisão a respeito neste momento, por este Tribunal, com inequívoca supressão de instância.

Concluo que os fundamentos trazidos pelo agravante não têm o condão de afastar os fundamentos expostos nas decisões agravadas.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno e ao agravo de instrumento.

As decisões judiciais não cumpriram com o dever de fundamentação posto no art. 489 do Código de Processo Civil (CPC), mormente o inciso II do § 1º: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Nesse passo, não se permite controlar adequadamente e democraticamente as decisões judiciais, visto que não se sabe o conteúdo das palavras avaliatórias postas, por exemplo, a saber: “princípios da boa-fé, da colaboração e da solidariedade social”.

O acórdão ainda apontou que: “A insuficiência de informações acerca da situação financeira e exatas repercussões que a presente situação causa às partes não constitui óbice ao deferimento do pedido de tutela de urgência formulado pela agravada, que, além de arcar com o aluguel nos moldes definidos pelo Juízo de Primeiro Grau, continuará a arcar com os encargos

previstos contratualmente (despesas de custeio, impostos, seguros da edificação, etc)”.  
A rigor, a decisão de um caso concreto admitiu a modificação econômica temporária das prestações contratuais em abstrato, pois o ônus da prova da parte autora e da parte ré não foram cumpridas, na forma do art. 373 do CPC.

Percebe-se que as negociações entre as partes e as duas decisões judiciais não observaram a condição empírica para se efetivar o princípio da equivalência material, qual seja: elementos concretos para se aferir a latitude e a amplitude dos efeitos da pandemia naquela específica relação locatícia, pois não se sabe como as partes chegaram às propostas trazidas ao processo judicial.

O segundo acórdão pesquisado é o Agravo de Instrumento de n.º 0709310-22.2020.8.07.0000 é da 1ª Turma do TJDFE, sob a relatoria da Desembargadora Simone Lucindo, foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 26.08.2020 e tinha o seguinte contexto fático-jurídico:

Em suas razões recursais, a agravante narra que firmou, com a agravada, contrato de locação para exploração de suas atividades no ramo de lanchonete, fast-food, sorvetes e outros produtos gelados de fabricação própria para consumo no local. Afirma que o valor do aluguel mensal é de R\$ 8.269,60 e que sempre honrou com o pagamento. Saliencia que, em 19/03/2020, foi editado o Decreto Distrital n. 40.539, determinando o fechamento do comércio em geral a fim de conter o avanço do COVID-19. Aduz que, desde então, suas atividades foram praticamente paralisadas, ocasionando a queda de seu faturamento mensal, em torno de R\$ 36.000,00, para R\$ 19.000,00 no mês de março, e para R\$ 4.049,50, nos primeiros 17 dias de abril, com as vendas delivery. Argumenta que o nível de queda das vendas poderá inviabilizar definitivamente a continuidade do negócio, pois, além do aluguel, ainda tem que arcar com as despesas da folha de pagamento de cinco funcionários e com despesas condominiais que, no mês de março, mesmo com apenas 19 dias de funcionamento, somaram R\$ 3.093,50. Defende que a medida de suspensão do pagamento dos aluguéis é medida acauteladora, pois se presta a evitar a quebra da empresa. Ressalta, por fim, que não há como aguardar a dilação probatória e a sentença de mérito, como consignado na decisão de primeiro grau, pois a empresa certamente já estaria falida ou despejada do imóvel locado. Requer, pois, a antecipação dos efeitos da tutela recursal nos moldes pleiteados em primeiro grau e, no mérito, o provimento do recurso. (trecho do acórdão).

a) há documentação contábil nos autos processuais que permitiram verificar como os efeitos da pandemia atingiram o contrato entre as partes:

Com efeito, não se olvida que a adoção da medida em questão esteja ocasionando grandes dificuldades financeiras à sociedade agravante. No entanto, pela análise dos documentos contábeis apresentados (ID 15641885), verifica-se que, conquanto o Decreto Distrital tenha lhe causado impacto financeiro, certo é que existiu faturamento, mais especificamente, no mês de março, de aproximadamente 53% do crédito médio por ela obtido em período de normalidade. (trecho do acórdão).

b) Apesar disso, o acórdão fundamentou a decisão com base na boa-fé sem, contudo, mesmo citando literatura jurídica, não densificou as palavras avaliatórias:

Ora, por força do disposto no artigo 422 do Código Civil [1], devem os contratantes guardar, tanto na conclusão do contrato, quanto em sua



execução, os princípios da probidade e da boa-fé. Logo, pode-se extrair do texto legal que a boa-fé objetiva recomenda que um contratante atue pensando no outro contratante, respeitando os interesses daquele, suas legítimas expectativas e seus direitos, agindo com lealdade, sem abusos e sem obstrução ao cumprimento do contrato, de forma a atingir o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes contratantes. Vejam-se, a esse propósito, as lições de Thiago Souza Sitta e Ianara Cardoso Lima [2]: Primeiramente, é importante dizer que a pandemia não é um salvo conduto para o descumprimento generalizado dos contratos. No entanto, é inegável que suas implicações venham afetar alguns contratos que devem ser analisados caso a caso. (...) É inegável que a pandemia do covid-19 e suas consequências como a imposição de quarentena, isolamento social e determinação de fechamento do comércio, podem ser classificados como fatos imprevisíveis que alteraram sobremaneira a situação fática, enquadrando-se, inclusive no conceito de força maior.

(...) Assim, é necessário olhar caso a caso para os contratos de locação comercial e verificar se em razão das medidas adotadas para conter o avanço da covid-19, a significativa modificação das condições fáticas em que os contratos foram firmados causa desproporcionalidade da prestação locatícia ou onerosidade excessiva para uma das partes.

(...) No entanto, para além da aplicação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, há que se pautar o caso concreto no princípio da boa-fé objetiva, estabelecendo um padrão ético nas relações negociais. Destaque-se que os contratantes estão submetidos aos deveres anexos – cuidado em relação a outra parte negocial; dever de respeito, dever de informar; dever de agir conforme a confiança que foi depositada, dever de lealdade e probidade; dever de cooperação; e dever de agir conforme a razoabilidade e equidade

(...) Portanto, podemos concluir que o caminho para lidar com os impactos que a covid-19 gerará nos contratos de locação comercial é o da autocomposição, de modo que as partes renegociem os contratos para torná-los novamente equânimes, possibilitando a continuidade da relação negocial e da atividade econômica desenvolvida pelo locatário, privilegiando a função social dos contratos e a livre iniciativa de modo a manter as atividades produtivas tão caras ao nosso sistema econômico.

Destarte, o pleito de suspensão do pagamento dos aluguéis configura medida extrema, porquanto não condizente com os princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual entre as partes, princípios estes que devem ser observados pelo magistrado mesmo ante o atual cenário vivenciado mundialmente.

Oportuno destacar, ademais, que, não se está a concluir pela inexistência de perigo de dano à agravante, contudo, permitir que a locatária deixe de pagar os aluguéis configura perigo de dano irreparável também na modalidade inversa, pois o deferimento do pleito liminar indubitavelmente acarretaria grandes prejuízos financeiros também à parte agravada, além de ofender aos ditames da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, como mencionado. Assim, não se vislumbra fundamento apto a justificar a reforma da decisão proferida na origem. Ante o exposto, CONHEÇO do agravo de instrumento e NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo intacta a decisão recorrida.

Novamente, não se observou o princípio da equivalência material, mesmo havendo elementos empíricos de atingimento dos efeitos da pandemia COVID19 no contrato entre as partes, bem como não observou o art. 489, § 1º, II, do CPC. Reitera-se a crítica feita ao primeiro acórdão quanto à incontrolabilidade democrática da decisão judicial, quanto ao dever de fundamentação. A decisão, portanto, manteve desequilíbrio contratual concreto mesmo diante das provas no caso em tela que permitiam reequilibrar a relação contratual.

O terceiro acórdão pesquisado é o Agravo de Instrumento de n.º 07162397120208070000 é da 2ª Turma do TJDFE, sob a relatoria do Desembargador João Egmont foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 31.08.2020 e tinha o seguinte contexto fático-jurídico:

Narra a peça recursal que a decisão agravada merece ser reformada, ao menos parcialmente, no sentido de ser determinado à ré, que se abstenha de inscrever e/ou retirar o nome do locatário e dos fiadores dos órgãos de proteção ao crédito, e de que se abstenha de cobrar encargos, multas e juros quanto aos pagamentos parciais efetuados pelo Autor quanto aos aluguéis vencidos em 01/04 e 01/05/2020. O agravante afirma ser sócio da empresa MDF MÓVEIS LTDA, locado pela ré por intermédio da CONVICTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS em 20/03/2017. Afirma que sua empresa esteve, por força das medidas adotadas contra a disseminação do coronavírus, causador da Covid-19, impedida de utilizar o imóvel da Ré de 20/03/2020 a 09/04/2020. Aduz que, com a redução e a suspensão abrupta de faturamento, a saúde financeira do Autor foi totalmente abalada, o que acarretou a impossibilidade de adimplemento integral das obrigações assumidas perante terceiros. Assim, antes mesmo do vencimento do aluguel referente a março/2020, o Autor, prevendo que não teria como arcar com os custos da locação com sua loja fechada, notificou extrajudicialmente a Ré, pleiteando isenção de aluguel, enquanto perdurasse a proibição de estabelecimentos comerciais no DF. Ocorre que a Ré, insensível às consequências financeiras do momento caótico que assola o país e o mundo, intransigentemente exigiu o cumprimento do contrato integralmente, e ainda exigiu o pagamento de multa e de permanência diária. Alega que, a teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva afeta o princípio pacta sunt servanda, autorizando o seu afastamento nos casos em que ocorra alteração brusca e significativa das condições existentes no momento da contratação, como forma de diminuir o impacto de mudanças supervenientes e imprevisíveis que causem a onerosidade excessiva a uma das partes. Assim, o agravante requer seja deferida a antecipação de tutela, a fim de conceder isenção quanto ao pagamento de aluguel dos dias em que ficou impedido de utilizar-se do imóvel locado (de 20/03/2020 a 09/04/2020), reconhecendo-se por quitados os aluguéis vencidos em 01/04/2020 e em 01/05/2020 pelos valores já pagos de R\$ 11.999,10 em 15/04/2020 e R\$ 11.418,00 em 04/05/2020. Não sendo esse o entendimento, requer seja também reduzido o aluguel quanto ao período de 20/03/2020 a 09/04/2020, considerando-se que foi impossível a utilização do imóvel locado para os fins normais, em não menos que 80%, e que, para o pagamento de eventual diferença, considerando-se os valores pagos em 15/04/2020 e 04/05/2020, sejam afastadas quaisquer penalidades legais e/ou contratuais, garantindo-se prazo de 5 (cinco) dias para realização. Assim, requer também, seja deferida redução do aluguel a partir de maio/2020, em 40%, pelo período em que for necessário o distanciamento social. (trecho do acórdão)

a) Nos autos processuais não há qualquer documento que explique como a parte locatária chegou ao pedido posto na petição inicial, a afetar o art. 373, I, do CPC, todavia, não houve decisão de emenda da petição inicial neste sentido.

b) Se a negativa do acórdão quanto ao reequilíbrio fosse derivada da ausência de elementos concretos até se entenderia, porém a negativa foi genérica e sem respeitar o art. 489, § 1º, II, do CPC:

No caso dos autos, as alegações do agravante não demonstram a existência dos requisitos supramencionados.

A situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, decorrente da transmissão comunitária do coronavírus (covid-19), que deu

causa a uma declaração de pandemia global pela OMS - Organização Mundial da Saúde, é fato público e notório e que atinge inequivocamente a todos os estados-nações, dentre os quais o Brasil, não alcançando apenas o agravante.

Ademais, não se pode considerar que a redução do faturamento em certo período seja motivo de força maior ou caso fortuito capaz autorizar a intervenção judicial no negócio jurídico firmado pelas partes, a fim de dispensar ou mesmo reduzir o pagamento de aluguel pelo imóvel que se ocupa.

A lei estabelece, nas relações contratuais privadas, os princípios da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (Código Civil, artigo 421, parágrafo único, com redação alterada pela Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019).

Ora, trata-se de obrigação de trato contínuo e que demanda prévia alocação de recursos para o respectivo custeio de curto prazo, de modo a atenuar a interferência das variações do mercado sobre o cumprimento da obrigação. Nos casos de força maior ou caso fortuito o direito positivo apenas autoriza a parte a resolver o contrato (artigo 478, do Código Civil).

Sendo assim, o fato de as atividades comerciais do agravante terem sido interrompidas por força da quarentena decorrente da pandemia de COVID-19 - medida fundada na Lei federal nº 13.979/2020, não autoriza a concessão da tutela pleiteada.

Ausente qualquer plausibilidade no direito invocado, incensurável a r. decisão guerreada.

Dessa forma, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe. (trecho do acórdão)

O acórdão entendeu que a COVID-19 não se enquadrava como caso fortuito ou de força maior, mas também não lidou com o instituto da teoria da modificação da base do negócio,<sup>36</sup> assim como não utilizou o art. 317 do CC, sem olvidar da possibilidade de os efeitos do caso fortuito e de força maior ensejarem renegociação ou revisão da relação contratual e não somente a resolução da relação contratual.

Ora se em caso de pandemia, nos moldes da COVID-19, o Judiciário não puder intervir em um contrato que, comprovadamente, sofreu os efeitos da pandemia? A interpretação realizada pelo acórdão ao art. 421-A do CC impede, portanto, qualquer intervenção do Poder Judiciário no contrato. O princípio da equivalência material foi violado ao não se admitir, pelos fundamentos do acórdão, a intervenção judicial no contrato, mesmo em contexto de pandemia, já que desconsidera se a pandemia afetou (ou não) o contrato em concreto, uma vez que a pandemia não é fator, em qualquer hipótese, para tal renegociação ou revisão.

O quarto acórdão pesquisado é o Agravo de Instrumento de n.º 0707596-27.2020.8.07.0000 é da 8ª Turma do TJDFT, sob a relatoria do Desembargador Eustaquio de Castro, foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 08.09.2020 e tinha o seguinte contexto fático-jurídico:

Na origem, o agravante propôs Ação Revisional de Aluguel em desfavor de Multimob Soluções e Intermediações Imobiliárias Ltda., pleiteando a redução do aluguel de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais para R\$ 1.000,00 (mil reais) mensais, tendo em conta a redução da atividade do seu escritório de advocacia, em razão da Pandemia da COVID-19, pelo prazo de 11 (onze)

---

36 Sobre o tema veja: SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em: 17 set. 2020.

meses. Teceu considerações sobre a redução da atividade econômica e a Teoria da Imprevisão. A Juíza de origem indeferiu a tutela de urgência, apontando o funcionamento dos escritórios de advocacia, até mesmo porque o agravante estaria a peticionar em Juízo. (trecho do acórdão)

O acórdão decidiu pelo provimento parcial do agravo de instrumento, com lastro nos seguintes argumentos:

A Pandemia decorrente da circulação do vírus SARS-CoV-2, causadora da doença denominada COVID-19, é fato público e notório, dispensável de ser explicada.

Os seus efeitos espraiam-se sob dois aspectos: o da saúde, referente à alta morbidade da doença junto a grupos vulneráveis, levando as autoridades públicas, com base em manifestações de infectologistas e epidemiologistas, a determinar o isolamento social da população, de modo a não sobrecarregar o sistema de saúde e preservar vidas, núcleo fundamental de qualquer país democrático e com uma Constituição de cunho humanista.

O segundo aspecto, devido ao referido isolamento, é o econômico. Em razão das já mencionadas e necessárias medidas de isolamento social - até mesmo de lockdown - há um profundo abalo no funcionamento das economias, atingindo principalmente os empresários na área de serviços, profissionais liberais, trabalhadores informais, etc...

As atividades econômicas são baseadas na troca de serviços, bens e circulação de capital e estão completamente imbricadas a relações jurídicas inúmeras. Em situações de crise econômica, em razão da disfuncionalidade das trocas, as relações jurídicas tencionam-se, deságuam em pretensões resistidas, e, ao fim, em causas levadas ao Poder Judiciário.

O Poder Judiciário deve ser fonte de Segurança Jurídica. Por isso, em tempos ditos normais, tem de ser fiador da execução dos contratos, da execução de garantias, da estabilidade dos pactos, havendo a prevalência, pois, do Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos.

Em situações como a presente, de calamidade, entretanto, o Poder Judiciário deve atuar de forma a mitigar as consequências da crise, distribuindo os prejuízos econômicos de forma adequada, de maneira a não agravar mais ainda a situação de depressão econômica.

Com base nesse raciocínio, entra em ação o Princípio da Imprevisão, autorizando-se a modulação das obrigações quando evento externo, imprevisível, ataca a relação jurídica e a torna difícil de ser executada para um dos seus polos. Dependendo da situação, portanto, poderá o Juiz relativizar o cumprimento da obrigação, preservando até mesmo o próprio Contrato, pois a sua não relativização levaria ao rompimento da relação jurídica, prejudicando o próprio credor.

No caso dos autos, embora o agravante apresente planilha de despesas do escritório no ID 15372638, documento unilateral, o próprio valor pago mensalmente pelo aluguel demonstra o caráter médio do escritório, não se tratando de grande banca (digo na questão econômica, sem qualquer demérito ao trabalho técnico).

Em assim sendo, é evidente a redução da circulação de pessoas, do desinteresse delas em propor determinadas ações as quais podem ser postergadas para depois da Pandemia, atingindo em cheio escritórios de menor porte, diminuindo o fluxo de capital e inviabilizando o pagamento do valor cheio do aluguel.

Mas não se deve apenas ver o lado do locatário. O locador pode ser pessoa a depender da renda para o sustento. Nesses casos, portanto, o balizamento do Poder Judiciário faz-se mais ainda imperioso, equilibrando os sacrifícios de cada qual com base em critérios de equidade.

A Ação Revisional de Aluguel, na situação específica ora tratada, tem caráter pontual. A Pandemia acabará, apenas sua duração é incerta.

Analisando-se os autos eletrônicos, observa-se troca de mensagens em aplicativo (WhatsApp) entre o locatário e a imobiliária, havendo acordo para redução do aluguel de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais, para R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais) – arredondados. (ID 15372632). O acordo, porém, valeria apenas para o aluguel do mês de março, com vencimento no início de abril, mas já havendo a compensação do valor a maior no mês seguinte.

Acredito ser adequada e equânime, portanto, ao menos neste juízo inicial de deliberação, a redução do aluguel para o próprio valor apresentado pelo credor, mas estendendo tal redução para os meses de abril e maio e junho, não apenas março, devendo eventual compensação, se existir, ser verificada apenas quando do julgamento do mérito, quando se terá maiores elementos para verificar as condições econômicas do locador.

A atuação, desta forma, ao menos para mim, diminui a tensão da relação entre as partes, considerada, sempre, a excepcionalidade do quadro mundial. Nesse sentido, com a abertura das atividades econômicas, a partir do dia 10 de julho de 2020, a cautela deve ser mais redobrada na concessão de liminares tal como a presente.

A circulação de pessoas já aumentou consideravelmente e alguma recuperação econômica já pode ser vista, como se nota do último Boletim Focus, do Banco Central, o qual já não prevê mais uma recessão da economia brasileira na casa dos dois dígitos, mas algo próximo a decréscimo do Produto Interno Bruto de 5% (cinco por cento).

Ressalta-se, por oportuno, a presente Ação Revisional de Aluguéis não tem os contornos próprios daquela definida pela Lei de Locações ou por demais normas processuais.

Trata-se de atuação cirúrgica e pontual do Poder Judiciário para equilibrar a relação obrigacional e evitar a sua extinção.

Mas, por óbvio, se as condições do contratante não se soerguerem com o tempo, o Judiciário não pode manter ad aeternum a readaptação contratual. Eventual insucesso dos negócios não poderiam ser suportados apenas pelo contratado e a busca por um aluguel mais barato seria solução natural.

Bem por isso, atualmente, tenho incentivado em lides como a presente a autocomposição entre as partes. Elas têm maior conhecimento sobre a situação econômica de cada qual, se a perda do inquilino, por exemplo, não seria pior em relação à readaptação dos valores dos aluguéis.

Desta feita, apenas para fins de tutela de urgência, creio suficientes as medidas tomadas neste recurso.

Caberá a instrução, no Primeiro Grau, avaliar com maior carga cognitiva as alegações do agravado – manutenção da situação financeira – e as do próprio agravante, inclusive para manutenção do quanto decidido em sede de cognição sumária neste Agravo de Instrumento.

Diante do exposto, *CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso para, *confirmando a liminar deferida*, determinar *apenas* a redução dos valores pagos a título de aluguel referentes aos meses de *março, abril, maio e junho* de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais).

Apesar de utilizar os dados empíricos que comprovam os efeitos da pandemia na relação contratual, descumpriu em parte o princípio da equivalência material ao prover em parte o recurso do locatário, tendo em vista que houve a extensão do acordo entre as partes para mais meses, desconsiderando os fundamentos e os documentos trazidos pelo locatário. Violou também o dever de fundamentação ao não densificar as palavras avaliatórias.

O quinto acórdão pesquisado é o Agravo de Instrumento den.º 0713076-83.2020.8.07.0000 é da 5ª Turma do TJDFE, sob a relatoria da Desembargadora Ana Catarino, foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 09.09.2020 e tinha o seguinte contexto fático-jurídico:

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto pelos réus, SIMADA



IMOBILIÁRIA S/S e CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS SANTA FÉ LTDA-ME, contra decisão interlocutória que, em sede de ação revisional de aluguel ajuizada por CENTRO EDUCACIONAL ÁGUAS CLARAS DF LTDA – EPP (autos nº 0710786-92.2020.8.07.0001), deferiu a tutela de urgência pretendida na inicial, para determinar a redução de 50% do valor da locação a partir de abril de 2020.

Alegam os réus agravantes que, em 20/05/2015, locaram à escola autora o imóvel comercial situado na Rua 25, Norte, Lote 03, Águas Claras/DF, no qual funciona o Colégio Objetivo, restando convenicionado que a locação se daria por 180 meses, cujo valor mensal atual é de R\$ 88.610,81.

Afirmam que, por conta da pandemia de covid-19, o locatário, ora autor agravado, ajuizou a ação principal pretendendo a redução em 50% do valor mensal dos alugueis, o que foi deferido pelo juízo a quo. Sustentam que a decisão interlocutória merece reforma, pois a escola autora não informou ter concedido qualquer tipo de desconto extra nas mensalidades escolares, não sofrendo nenhuma redução nas receitas. (...)

Como notório, a pandemia de COVID-19, com as consequentes medidas governamentais implantadas a fim de conter sua disseminação, impactou de forma negativa os setores econômicos, incluindo o de prestação de serviços educacionais, cujas atividades presenciais ainda se encontram suspensas por força de decreto distrital.

Tal cenário, por se originar de fato imprevisível e excepcional, em tese, possibilita, com amparo na teoria da imprevisão (art. 478 e seguintes do CC), uma revisão temporária na relação locatícia, de forma a minimizar o desequilíbrio entre os contratantes, distribuindo, de forma mais amena e solidária, as consequências advindas da pandemia na atividade comercial. Nesse panorama, para fins de concessão de tutela de urgência, deve o magistrado sopesar o contexto fático apresentado in limine litis por ambas as partes, a fim de alcançar, em juízo de probabilidade, um razoável equilíbrio econômico-financeiro do contrato a vigor durante a relação processual.

Na espécie, de um lado, está a escola autora, que presta serviços da educação infantil ao ensino médio. A fim de tentar manter os contratos firmados e minimizar a evasão, a escola demonstrou a necessidade de conceder descontos nas mensalidades escolares, conforme documentos de ID 65328576 a 65328867 da ação principal.

Nada obstante, muitos alunos efetuaram o cancelamento de matrículas, como se observa dos documentos de ID 65328581 e 65328588/65328688 do feito principal, além de ter havido expressiva alta na inadimplência (ID 65328578 da demanda originária), numa conjunção de fatores que gerou grave impacto negativo em suas receitas.

A par da brusca diminuição de receitas, não ocorreu redução proporcional das despesas, até porque a escola precisou se adaptar rapidamente às atividades remotas, além de ter que manter suas instalações e seu quadro de funcionários e professores, dado que deverá retornar com as atividades presenciais assim que autorizada pelo Poder Público. De outro lado, estão as rés agravantes, locadoras do imóvel.

A despeito de alegarem que o setor imobiliário em geral sofreu impactos negativos muito mais severos do que a escola autora, não apresentaram as rés qualquer prova concreta de sua situação específica durante a pandemia. Ao revés, de acordo com o CNPJ da ré CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS SANTA FÉ LTDA-ME, trata-se de empresa que exerce atividades de compra e venda de imóveis próprios, corretagem, aluguel, incorporação de empreendimentos imobiliários e construção de edifícios (ID 16223906), a indicar que possui outras fontes de faturamento. Diante desse quadro, e num juízo de probabilidade próprio da cognição prefacial e não exauriente da tutela de urgência, o magistrado a quo corretamente dividiu igualmente as perdas entre as partes, ao deferir, em caráter provisório, a redução do aluguel em 50%.

Nesse sentido, tal percentual deve ser mantido até a prolação da sentença de mérito, oportunidade em que o magistrado a quo terá reunido os elementos de convicção necessários para definir se manterá ou não a redução dos alugueres, e, em caso positivo, qual o percentual e o limite de tempo adequado para obter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por fim, deixa-se de examinar o pedido subsidiário formulado pelas rés agravantes, em que se requereu fosse consignado que a redução do aluguel se trata de uma suspensão temporária dos pagamentos no período de abril e maio de 2020, e não de um abono definitivo, bem como se pleiteou a definição de um limite de tempo para a redução.

Essas questões ainda não foram apreciadas pelo magistrado a quo, não podendo ser decididas de forma inédita pelo Tribunal, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO ao agravo. (trecho do acórdão).

Novamente a produção probatória foi deficiente, o que impede que a adequada efetivação do princípio da equivalência material, porém com a documentação posta manteve a redução do aluguel de forma temporária no percentual de 50%, todavia não se sabe como se chegou a tal percentual. Também não densificou as palavras avaliatórias, como os demais acórdãos.

O sexto acórdão pesquisado é o Agravo de Instrumento de n.º 07131928920208070000 é da 1ª Turma do TJDFE, sob a relatoria do Desembargador Rômulo de Araújo Mendes foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 16.09.2020 e tinha o seguinte contexto fático-jurídico:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Bevilaqua Piacentini LTDA contra a decisão de ID 63564583 proferida em sede de ação revisional de aluguel, na qual o d. Juízo a quo indeferiu o pleito de tutela antecipada de urgência voltado à: i) redefinição do valor do aluguel de forma diretamente proporcional ao atual faturamento da empresa ou fixá-lo em 50% do valor atual, até ulterior decisão do juízo; ii) revisão do valor do aluguel para níveis diretamente proporcionais ao faturamento da empresa, tomando como base as vendas médias dos últimos 06 meses (set/2019 a fev/2020). A sistemática valeria, inclusive, para o mês de março/2020 e assim permaneceria até o faturamento voltar ao nível dos meses anteriores ou por seis meses após à reabertura do comércio, o que ocorrer primeiro; iii) alternativamente, fixação do redutor de 50% de forma que o valor do aluguel seja estipulado em R\$ 4.134,80. Da mesma forma, a sistemática valeria inclusive para o mês de março/2020 e assim permaneceria até o faturamento voltar ao nível dos meses anteriores ou por seis meses após à reabertura do comércio, o que ocorrer primeiro.

Em suas razões recursais, sustenta a parte agravante, em síntese, que firmou, com a agravada, contrato de locação para exploração de suas atividades no ramo de lanchonete, fast-food, sorvetes e outros produtos gelados de fabricação própria para consumo no local. Afirma que o valor do aluguel mensal é de R\$ 8.269,60, pago todo dia 05 de cada mês. Salienta que, em 19/03/2020, foi editado o Decreto Distrital n. 40.539 determinando o fechamento do comércio em geral, a fim de conter o avanço do COVID-19. Aduz que, desde então, suas atividades foram praticamente paralisadas, ocasionando a queda de seu faturamento mensal, em torno de R\$ 36.000,00, para R\$ 19.000,00 no mês de março, e para R\$ 7.107,12 no mês de abril, exclusivamente por vendas delivery. Nos primeiros 15 dias de maio, afirma ter recebido R\$ 4.768,50. Argumenta que o nível de queda das vendas poderá inviabilizar definitivamente a continuidade do negócio, pois, além do

aluguel, ainda tem que arcar com as despesas da folha de pagamento de cinco funcionários e com despesas condominiais que, no mês de março, mesmo com apenas 19 dias de funcionamento, somaram R\$ 3.093,50. Menciona que, embora não seja possível ainda dimensionar o tamanho exato do impacto na situação financeira da empresa, já se pode prever que o faturamento somente com vendas delivery, evidentemente, não fará frente aos seus compromissos financeiros.

Defende que a medida pleiteada poderá ser revertida, não representando nenhum prejuízo à agravada que, acaso vencedora na ação originária, poderá satisfazer seu direito (aluguéis e encargos) com a garantia real vinculada ao próprio contrato locatício.

Requer, pois, a antecipação dos efeitos da tutela recursal para redefinir o valor do aluguel de forma diretamente proporcional ao atual faturamento da empresa ou fixá-lo em 50% do valor atual, até ulterior decisão do juízo. No mérito, pugna pelo provimento do recurso, confirmando-se a liminar vindicada. (trecho do acórdão)

O acórdão, por maioria, manteve a decisão interlocutória, com lastro nos arts. 54 da Lei de Locações e nos arts. 422, 478 e 479 do CC, nos seguintes termos:

Muito embora a pandemia tenha afetado gravemente as receitas das empresas, em especial os pequenos comerciantes em razão do fechamento dos estabelecimentos, fato é que teoria da imprevisão permite a resolução contratual. O abatimento do preço seria possível apenas mediante acordo com o locador, não sendo possível especialmente em sede de cognição sumária o judiciário adentrar nas relações contratuais e determinar a redução do valor contratado sob pena de violar o princípio da liberdade econômica: (...)

(Acórdão 1275098, 07162397120208070000, Relator: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 19/8/2020, publicado no DJE: 31/8/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Ademais, a própria situação de pandemia, que configura fortuito externo, faz necessária a dilação probatória para dirimir a relação jurídica entre as partes. Ante o exposto, rogando as mais respeitadas vênias, CONHEÇO e NEGÓcio PROVIMENTO ao agravo de instrumento mantendo a decisão agravada.

O acórdão acima entendeu que a COVID-19 não se enquadrava como caso fortuito ou de força maior, mas também não lidou com o instituto da teoria da modificação da base do negócio, assim como não utilizou o art. 317 do CC, sem olvidar da possibilidade de os efeitos do caso fortuito e de força maior ensejarem renegociação ou revisão da relação contratual e não somente a resolução da relação contratual, inclusive utilizou o acórdão quarto acórdão aqui comentado, remetendo-se àquelas críticas.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se viu há uma coerência nos acórdãos em não densificarem as palavras avaliatórias seja quando a produção probatória permite (ou não) uma concretização do princípio da equivalência material. Além disso, não foi possível saber como os acórdãos chegaram ao resultado decisório deferindo (ou não) os pedidos de modificação contratual.

Os acórdãos, infelizmente, mantiveram uma reiterada violação aos arts. 93, IX, da CF/88 e 489 e 926 do CPC, a impedir que os Tribunais construam uma jurisprudência estável, coerente e íntegra sobre o tema objeto do presente artigo.

## REFERÊNCIAS

ARNT, André. Segurança Jurídica e Enunciados Normativos Deliberadamente Indeterminados: O Caso Da Função Social Do Contrato. *Tese Doutorado* defendida no PPGD da UFPR, 2019, sob orientação de Eroulths Cortiano Júnior.

BARCELLONA, Pietro. *Il declinio dello stato*. Bari: Dedalo, 1998.

BARROSO, Lucas Abreu. A função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas no novo código civil: no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 283-294.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Renovar: Rio de Janeiro, 2015.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; ALENCAR BARROSO, Ramiro Freitas de. Impactos nos compromissos de compra e venda em incorporação imobiliária. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/opiniao-impactos-compromissos-compra-venda-imobiliaria> Acesso em: 15 abr. 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; NALIN, Paulo; DANTAS, Fernando Carvalho. Redução das mensalidades escolares de instituições de ensino privadas como efeito do covid-19: Análise dos PLs 1.079/20 e 1.080/20 da Câmara Legislativa do Distrito Federal. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325547/reducao-das-mensalidades-escolares-de-instituicoes-de-ensino-privadas-como-efeito-do-covid-19--analise-dos-pls-1-079-20-e-1-080-20-da-camara-legislativa-do-distrito-federal>. Acesso em: 17 set. 2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, e-book.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018 [edição eletrônica].

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, e-book.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NALIN, Paulo. Em tempos de crise, mediar é preciso e arbitrar mais ainda. *Migalhas contratuais*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324396/em-tempos-de-crise-medar-e-preciso-e-arbitrar-mais-ainda>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas. *Migalhas contratuais*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boas-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>. Acesso em: 16 abr. 2020.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro, GZ, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em: 17 set. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Princípios jurídicos. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020 [e-book].

STRECK, Lênio. Parecer. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Coerência e integridade. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020 [e-book].

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Diferença entre regras e princípios. In: *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020 [e-book].

TARTUCE, Flavio. *A função social dos contratos*. São Paulo: Método, 2007.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre a Filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lênio Luiz (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 139-159.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, a. 3, p. 311-326, set.-dez. 2017.

TOSCANO DE BRITO, Rodrigo. *Equivalência material dos contratos - civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA. Universidade Católica de Brasília Virtual – UCB Virtual. *Curso de graduação, Bacharelado e Licenciatura em Filosofia: Problemas Filosóficos*. Disponível em: <http://www.catholicavirtual.br>. Acesso ao conteúdo com login e senha.



# AS RELAÇÕES LOCATÍCIAS IMOBILIÁRIAS URBANAS EM TEMPOS DE CORONA VÍRUS: ALGUMAS OBSERVAÇÕES RELEVANTES

**Carlyle Popp**

Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Público pela UFPR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do Conselho Editorial da Juruá Editora, do Instituto de Direito Privado, da ALUBRA e do IBERC. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A dimensão do problema; 3 Os princípios contratuais relevantes; 4 Meios para a solução do problema; 5 Shopping centers; 6 Pontos residuais; 7 À guisa de conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Vive-se nos últimos tempos envolvido em uma pandemia sem precedentes. Mais de 150 mil pessoas já perderam a vida somente em território brasileiro. Isso levando-se em conta as estatísticas oficiais. As pessoas encontram-se submetidas ora ao medo, ora à reflexão. Às vezes só ao medo e noutras à completa ausência de reflexão, na qual impera a desinteligência. Muitos passaram a viver em completo isolamento social. O motivo disso se chama COVID-19.

É evidente que diante desse quadro anormal em que todos são afetados, os efeitos econômicos carecem de soluções jurídicas atípicas.

O objetivo desse trabalho é uma análise direta e prática acerca dos efeitos da pandemia sobre os contratos de locação nas relações locatícias prediais urbanas, regidas pela lei 8245/91.

O tema é de interesse de toda a comunidade jurídicas, sobretudo nos centros maiores onde inúmeros relações locatícias existem, quer no âmbito residencial, quer na esfera empresarial.

Deve-se destacar que se preferiu uma abordagem direta sobre os temas envolvidos, deixando-se de lado os conceitos, correntes doutrinárias e outros pontos teóricos. Tal se deu, inclusive, no que tange aos assuntos reflexos ligados à locação. O objetivo, frise-se, é o de somente procurar responder as questões essenciais na relação jurídica locador x locatário x pandemia covid-19.

Diante dessas premissas, o problema foi apresentado. Em seguida destacou-se a relevância de uma mirada principiológica, seja de índole constitucional ou contratual. Na sequência, apresentou-se os três principais caminhos do locatário com vistas à manutenção do equilíbrio da relação locatícia, inclusive com algum enfoque sobre a locação em *shopping centers*, assim como aspectos gerais de interesse.

Por fim, conclamou-se o intérprete – o juiz – principal destinatário do conflito para uma especial argúcia e cuidado na análise do tempo, com especial atenção ao fato de que se trata de um problema novo e assim deve ser resolvido. Situações novas clamam miradas inovadoras.

## 2 A DIMENSÃO DO PROBLEMA

Sobretudo a partir do reconhecimento do estado pandêmico no país, a sociedade começou a conviver com um inimigo invisível: o vírus. Diante disso, nos âmbitos estaduais e municipais foi determinado o fechamento de escolas, comércio, indústria, serviços e inúmeras outros estabelecimentos. Quando a suspensão das atividades não era integral, havia horários de limitação. Setores do turismo, hoteleiro, eventos e entretenimento talvez tenham sido os mais prejudicados.

Diante disso as empresas começaram a conviver com a diminuição e/ou até a falta total de faturamento com grandes dificuldades para honrar os compromissos. De parte dos empregados, muitos perderam o emprego ou tiveram sua remuneração e carga horária limitada. Pelo menos no início, em seus três primeiros meses (março/junho/2020) cogitou-se o risco de grave crise habitacional. Alie-se a tudo isso o fato do príncipe motivado por legislações de ordem municipal, estadual e federal que passaram a restringir e/ou impedir a atividade empresarial. Tudo isso restou mais grave porque o mercado já vinha em recessão com grande expectativa de crescimento a partir de março/2020, quando o inesperado aconteceu.

Tal ocorrência legitima caso claro de caso fortuito ou força maior<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nos termos do art. 393 CC: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

O fato COVID-19 está além de qualquer álea imaginável, pelo que se configura caso fortuito (em se tomando como origem o vírus) ou de força (em se tomando como origem a ação humana de transmitir). Os elementos desse fortuito externo são a necessidade e a inevitabilidade, presentes no fato.

Portanto, não se faz necessária a prova de que o COVID-19 se constitui nessa espécie de fortuito, pois há uma presunção simples de que isso afeta todas as pessoas. Porém, há a necessidade de demonstração da medida em que o locatário é afetado, no caso concreto.

### **3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS RELEVANTES**

É importante destacar que as relações contratuais e, inclusive as locatícias, estão sob a égide de dois princípios constitucionais importantes que é o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade. E no âmbito contratual, autonomia privada, boa-fé e equilíbrio contratual, sem se esquecer a função social e econômica do contrato. Quando se diz que um contrato deve ser cumprido e que as partes juraram, no sentido jurídico, a cumpri-lo, isso deve ser analisado sob um enfoque contínuo. As relações jurídicas locatícias, elas têm como efeito uma execução de trato sucessivo. Significa dizer, que aquele equilíbrio que estava previsto no momento da contratação, deve ser mantido durante toda a relação contratual. O próprio sistema locatício dá elementos e instrumentos para que isso venha a ocorrer. Na análise desse problema esses princípios não podem ser olvidados sem nunca se esquecer que o chamado *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos contratuais devem ser cumpridos, sempre necessita ser analisado durante todo o itinerário contratual, e não somente de acordo com a situação fática reinante quando o contrato é celebrado.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, reforçados pela livre iniciativa e pelo direito social da moradia têm relevância em se tratando de locação predial urbana. Esse último com especial destaque na locação residencial.

No campo contratual devem ser observados a autonomia privada, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Além disso, a função social e econômica do contrato também se revela importante.

Portanto, tanto a locação empresarial como a residencial estão cumprindo uma função maior, de natureza magna, a primeira como instrumento efetivo da livre iniciativa, nos que se destaca a função econômica do contrato; a segundo como meio efetiva para garantir o direito social à moradia.

Assim, no caso concreto, o julgador não pode olvidar da verdadeira natureza desses princípios e garantias, possibilitando que a pandemia não seja um facilitador da extinção da locação, mas sim um caminho para equilíbrio da relação negocial.

A ideologia desses princípios norteia as soluções sugeridas.

### **4 MEIOS PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA**

Muito se tem escrito e discutido sobre este tema<sup>2</sup>, sobre estes efeitos desta tragédia social no âmbito dos contratos de locação, em informativos eletrônicos, caso do Conjur e do Migalhas. Todos, sem exceção, dizem que o melhor procedimento a ser realizado neste

---

2 Sobre os reflexos contratuais e extracontratuais da pandemia v. por todos, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. IBERC. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

momento, nesta situação em que os operadores do direito têm muitas dúvidas e em que locadores e locatários, na verdade, não sabem como proceder, é a conciliação. Em geral, o locatário quer deixar de pagar aluguel ou pagar muito menos do que vinha pagando e o locador, por outro lado, deseja continuar recebendo como se nada tivesse acontecido. Então, claro que um acordo de interesses, uma composição, é sempre salutar. Se isto acontecer, é necessário se realizar um termo aditivo contratual para que esta situação reste clara entre as partes. Mas, se tudo se resumisse a uma transação entre as partes, em que elas resolvessem o seu conflito de interesses, as soluções jurídicas para o conflito seriam despiciendas. Mas o que assusta e instiga é exatamente como os operadores do direito, mormente o juiz ao se deparar com esse tema, deve proceder para encontrar uma melhor solução. É importante dizer que, de fato, não há uma resposta pronta. Não há uma solução matemática para esta questão, muitos são os aspectos a serem analisados.

Quais são os meios, então, para resolver este problema? Este assunto que tanto afeta os locatários, porque eles estão numa situação de: ou entendem que não devem pagar porque o seu estabelecimento comercial está fechado, ou porque perderam o emprego, ou porque diminuiu o horário de funcionamento, ou porque faturaram muito menos do que deveriam, ou então por outras situações que só a baixa criatividade poderia limitar. Em que medida eles são albergados pela possibilidade, e aqui se fala em sentido amplo, de rever o que foi convencionado?

Três são os pontos relevantes merecedores de análise: a) casos em que a atividade foi proibida ou teve seus horários de funcionamento limitado; b) casos em que o valor do imóvel locado sofreu desvalorização em razão da pandemia; c) casos de aplicação da modificação das circunstâncias, com possibilidade de revisão do valor do contrato.

a) *atividade proibida ou suspensa*: nessas situações, ao contrário das a seguir analisadas<sup>3</sup>, a aplicação se dá de pleno direito, ou seja, haverá supressão do aluguel ou diminuição de seu valor, ainda que nesse último tópico possa ser necessário o arbitramento judicial.

O ponto essencial desse tópico é a aplicação dos artigos 22, I e III<sup>4</sup> da lei do inquilinato, em que não se aplica o princípio da alocação equivalente dos riscos. O risco corre por conta do locador. *Res perito domino*.

Essas obrigações são essenciais ao contrato de locação, cabendo ao locador garantir o uso do imóvel durante a locação de forma a servir ao fim a que se destina. Essa finalidade é a residencial ou não residencial. Se não residencial e estabelecida a atividade específica no contrato (comércio, loja de móveis, escritório de advocacia, etc.) é essa a obrigação do locador. Ou seja, se ele locou para comércio de roupas, não se obriga a garantir o uso para outra atividade que não aquela. Diferentemente, se constou genericamente, haverá a necessidade de se demonstrar o efetivo prejuízo.

Se a locação for mista, deverá ser considerada a atividade preponderante ou, ainda, os efeitos parciais ou totais sobre a locação.

Mais detidamente, o primeiro ponto, a ser levado em conta, é se a obrigação principal do locador foi cumprida. Ao lado dos deveres principais e secundários da obrigação principal e dos deveres laterais, que reflete toda a gama da relação jurídica locatícia. Deve ser analisada, primeiramente, o dever principal do locador. Qual o dever principal do locador? Dar à coisa

---

3 V. itens 'b' e 'c'

4 Art. 22. "O locador é obrigado a: I – entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao fim a que se destina; (...); III – manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel".

o fim hábil a que se destina, nos termos do artigo 22, I, da lei de regência, e manter durante a locação esta finalidade. Ao passo que o dever principal do locatário é de pagar o aluguel e acessórios decorrentes da locação. É importante destacar que no âmbito da locação o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* só vale para o locatário. É fácil exemplificar isso: o locador tem que manter a coisa, o uso pacífico do imóvel, ainda que o locatário não pague aluguel. Ele pode colocar o locatário para fora, ele pode destelhar o imóvel, ele pode desligar a luz, a água? Não, porque a Lei diz que o meio para ele fazer isso é a ação de despejo. Por outro lado, o locatário pode deixar de pagar o aluguel se o imóvel não for a ele disponibilizado na situação prevista na dilação, dentro de certas peculiaridades.

Pois bem, nesta linha, necessário destacar que há uma outra regra importante, e a referência específica é se a atividade do locatário foi encerrada, foi encerrada provisoriamente, se houve o fechamento do estabelecimento, por ordem legal, ou ainda, por vontade própria, em determinadas circunstâncias, em razão da pandemia. Nestas hipóteses, o locador não poderá exigir o pagamento do aluguel, ou somente pode fazê-lo de maneira parcial, conforme o caso. Primeiramente, é importante dizer que vale aqui para a locação aquela máxima latina que se chama *res perit domino*, ou seja, a coisa perece para o seu proprietário. O locador tem um risco maior do negócio, mas é importante se destacar que dar a coisa ao fim a que se destina é simples quando se fala de uma locação residencial, numa locação residencial a finalidade é a residência, mas em se tratando de uma locação não residencial, duas podem ser as hipóteses. A primeira é quando o contrato de locação assevera: locação para fins não residenciais ou locação para fins comerciais. Quando se tem essa assertiva, significa dizer que o locador se obrigou a entregar o imóvel não para uma finalidade específica, mas para uma atividade geral. Qual é essa finalidade geral? Fins comerciais (ou não residenciais). Mas às vezes a finalidade não residencial ou comercial está especificada, restaurante, panificadora, comércio de móveis. Aqui se tem uma outra circunstância: o locador se obrigou não só ao fim comercial, mas para uma determinada finalidade. Então os efeitos são mais severos: obriga-se o locador pela possibilidade de desenvolvimento da própria atividade. Por exemplo, em se tratando do alvará de funcionamento, a jurisprudência tem afirmado que se o imóvel não serve à finalidade locatícia especificada no contrato o locador responderá por isso.

Então, por exemplo, se estabelece o contrato que o imóvel vai ser para uma finalidade de panificação, e naquele local não é possível instalar uma panificadora, a responsabilidade é do locador. Mas se ele diz que a finalidade é comercial, ele só vai ser responsável se nenhuma finalidade comercial for possível naquele imóvel. Da mesma forma, no que concerne ao desvio de finalidade. O locatário tem a obrigação de manter durante a locação a finalidade para a qual locou o imóvel. Então, se ele locou para uma panificadora, ele não pode abrir depois uma sapataria, mas poderá fazê-lo se a finalidade do imóvel for comercial. E aqui vamos ao problema da pandemia: para os imóveis em que a atividade foi encerrada por ato governamental só há a inexigibilidade do aluguel se a atividade do aluguel era aquela que se obrigou o locador.

No que tange às normas excepcionais fruto da pandemia, cada município possui regras específicas, fruto da maior ou menor gravidade da pandemia. Aqui em Curitiba, por exemplo, para farmácias, supermercados, atividades alimentícias em geral, as restrições foram poucas. Então, se o indivíduo tinha um imóvel para a finalidade de comércio de sapatos, uma sapataria, ele permaneceu fechado durante algum tempo. Quando reabriu o fez com limitações horárias. Então, se a atividade dele era a comercialização de sapatos, no contrato, o locador não poderia exigir o aluguel, porque o locatário, em face da legislação, ficou impedido de utilizar a coisa locada. Mas se a finalidade era comercial, algumas atividades comerciais continuaram,



então, nesse caso, o aluguel é exigível, pois então o risco será do locatário, pelo menos para a hipótese aqui descrita. Este aspecto é relevante, pois demonstra que responsabilidade do locador é limitada à atividade contratual que nele se obrigou.

Isto também quando se está diante de uma locação mista, ou seja, naquelas circunstâncias em que haja preponderância de uma locação (residencial ou não residencial), mas se exerce a outra. Isto acontece com grande escala nos bairros, mas não só nos bairros, em que o locatário reside no imóvel, mas ali também possui um salão de beleza, um escritório de advocacia, um escritório de contabilidade, ou até um comércio, como um bar, ou algo dessa natureza. Então já se tem uma situação diferenciada em que a prioridade é a locação residencial, mas pode ter algum efeito na atividade não residencial. Imagine-se que em razão desta pandemia, e aqui a referência é específica às situações em que o locador não cumpriu a sua obrigação, o locatário pretenda entregar as chaves com o encerramento da locação. Imagine-se que ele locou para uma sapataria e essa sapataria ficou fechada e ele não teria condições de ficar todo o tempo fechado, então ele prefere entregar as chaves. Não há incidência de multa, porque ele não está descumprindo o contrato, ao contrário, quem estaria descumprindo o contrato, por motivo de força maior, seria o locador.

Faz-se necessário entender que a responsabilidade do locador não decorre do fato de força maior, porque a lei diz que a responsabilidade por força maior isenta o descumprimento. A questão é: a quem responde por esse risco? No caso, a responsabilidade é do locador. Imaginem ainda a questão da eficácia, ou seja, a partir de que momento o locatário, nessa circunstância que ele aluga um imóvel para uma finalidade específica do contrato e que o contrato não lhe permitia esta circunstância, ou seja, não se está falando de culpa, mas de inexigibilidade do cumprimento da obrigação, a partir do momento em que ocorreu a impossibilidade. É necessário propor uma medida judicial? Defende-se a negativa porque se trata de regra que se opera de pleno ao direito. Mas faz-se necessária praticar algum ato? Pelo dever da boa-fé recomenda-se que o locatário comunique o locador, mediante o uso de qualquer meio idôneo. Essa comunicação não é requisito da demanda, pois o locatário poderá opor essa circunstância se for demandado pelo não pagamento. Exclui-se tal possibilidade, por se tratar de direito disponível, se as partes convencionarem algum desconto ou isenção por determinado período ou mesmo diferirem o pagamento para período futuro.

Como a questão, porém, não é matemática, por vezes faz-se necessário arbitrar a redução mediante pleito declaratório e de fixação do locatício.

Acrescente-se, outrossim, que se o locatário não esteve privado por completo do uso do imóvel como, por exemplo, aconteceria com vendas virtuais ou mesmo deliveries, a inexigibilidade não será completa e necessitará de exame das circunstâncias e da extensão dos limites que ele, locatário, restou privado do uso da coisa. A situação é fácil de visualização: imagine-se que a locação tem como finalidade um restaurante. Houve determinação de fechamento e/ou limites de horários e/ou dias de funcionamento. Para tanto o locatário passou a se utilizar do *delivery* ou da entrega no balcão. O uso restou limitado e a diminuição do valor locatício faz-se mister.

Um comentário final a justificar a aplicação da regra *res perito domino* no caso. Se o locador não poderia exigir o aluguel se ao firmar o contrato de locação tivesse por objeto atividade proibida, é evidente que também não poderá fazê-lo se a proibição é superveniente.

De igual sorte, se em razão da pandemia o locatário desejar entregar a coisa locada, estando sua atividade proibida ou limitada na época, não deverá pagar a multa contratual. Porém, a cessação da exigibilidade do aluguel não o autoriza a devolver a coisa e exigir multa do locador, pois aí restaria a ausência de culpa deste.

b) *redução do valor de mercado do imóvel locado: revisão contratual por alteração das condições de mercado (art. 19, 68, b, LI<sup>5</sup>):* outra circunstância se dá mediante a revisão contratual prevista na Lei do Inquilinato. A Lei do Inquilinato, no artigo 19, estabelece que locador e locatário poderão, não havendo acordo e tendo decorrido mais de três anos de locação, do último acordo ou contrato, quando houver disparidade entre o valor de mercado e o valor do aluguel propor uma medida judicial. Aqui não está se aduz acerca da revisão prevista no artigo 317 do código civil que se baseia na onerosidade excessiva. Trata-se aqui de uma revisão objetiva, em que o legislador previu claramente que se houver, apesar do contrato sofrer reajuste, chegar um momento em que o imóvel vale muito mais ou muito menos, ou menos ou mais, não há necessidade do imóvel de se manter o pacto. Pode-se rever o aluguel fixado. Então a questão é se é possível o locativo passar a ser desproporcional a partir do momento em que surgiu o problema do Corona Vírus, ou seja, o valor de mercado dos imóveis e, conseqüentemente, o valor justo a locação sofreu alterações? Se a resposta for sim, o locatário poderá propor uma ação revisional, seja a locação residencial, ou não residencial, e poderá propô-la tomando por base o valor atual do mercado. É claro que essa revisional terá uma peculiaridade específica, pois estaria restrita ao período em que houvesse uma divergência entre o valor de mercado e o valor do locatício ligado ao Corona Vírus. Acredita-se que se o locador for locar seu imóvel hoje, não conseguirá o preço que pagava o seu locatário anterior. Imaginem que esse locatário deixou o imóvel há 60/90 dias. O valor anterior não será o mesmo porque a situação econômica hoje é diversa. Da mesma forma se o locador estabeleceu um valor para a sua locação, para o seu imóvel, este valor estabelecido de acordo com o valor de mercado, o locatário ao realizar a locação vai verificar a possibilidade que ele tem de pagar aquele aluguel, seja um imóvel residencial, seja um imóvel comercial. Então, se alguém vai abrir um escritório de advocacia e ele quer alugar um conjunto comercial tem ciência de que o valor para uma área de 30 metros quadrados custará menos que uma de 50 metros quadrados. Escolherá o lugar em razão de suas possibilidades e necessidades. Se a locação ocorrer durante a pandemia, provavelmente, esse locador vai alugar por menos. Se ele quiser vender o imóvel, ele vai vender por menos. Isso se dá porque não haverá tantos candidatos como havia outrora. Se isso decorrer do Corona Vírus então seria possível o uso da medida judicial prevista nos artigos 19 e 68 da lei do inquilinato, com as peculiaridades nela previstas.

Nessa situação defende-se que o prazo de três anos contados do contrato ou do último acordo entre as partes, conforme estabelece a legislação, não seria exigível. Ou seja, poder-se-ia propor a demanda ainda que a locação possuísse menor prazo ou que acordo recente, desde que anterior à pandemia, houvesse sido realizado. Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais autorizando tal proceder em situações excepcionais. A excepcionalidade está presente na pandemia. Deve-se verificar, contudo, se essa situação ocorreu no caso concreto, ou seja, se houve mesmo diminuição do valor locatício do imóvel. Há estudos empíricos que demonstram o contrário em determinados casos. Por exemplo, algumas casas aumentaram seu valor. O trauma de ficar isolado em um apartamento talvez justifique isso.

A eficácia do novo aluguel deve se dar a partir do momento do ajuizamento da ação, pela peculiaridade, e não da citação, como estabelece a lei. E por que não seria da citação?

---

5 Dispõe a lei do inquilinato acerca desses dispositivos legais: Art. 19: “Não havendo acordo, o locador ou o locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”. Art. 68: “Na ação revisional de aluguel, que terá o rito sumário, observar-se-á o seguinte: (...). b) em ação proposta pelo locatário, o aluguel provisório não poderá ser inferior a 80% (oitenta por cento) do *aluguel vigente*”.

Porque na atualidade há outro problema. O poder judiciário embora tenha continuado seu funcionamento regular, estando preocupados os magistrados com os efeitos da pandemia da população em geral, procurando cumprir com afinco as diretrizes do CNJ e de seus respectivos tribunais, o fato é que muitos fóruns permaneceram por longo período fechados, prazos suspensos e o cumprimento dos mandados, ainda que pelo correio, sofreram limitações fáticas relevantes. O cumprimento por outro meio deve ser incentivado, como acontece com o *whatsapp*. De qualquer sorte, a eficácia de eventual liminar, a partir da citação, com retroação da sentença final a partir dessa data, parece medida mais adequada ao inusitado da situação.

c) *revisão e/ou resolução por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 CC<sup>6</sup>)*: aqui a situação é diversa. Está-se diante de hipótese legal em que é possível a revisão e/ou a resolução contratual em face de situações extraordinárias e imprevisíveis que tornaram a obrigação excessivamente onerosa. Nas duas primeiras o locador estará sujeito a decisão judicial, nesta, tanto o locador pode não concordar com a revisão e pedir a resolução, como o próprio locatário pode pedir a resolução e o locador concordar com ela e transformar a revisão em resolução. Aqui o assunto será resolvido através da chamada teoria da imprevisão, ainda que o nome melhor aceito pela doutrina para a hipótese do direito brasileiro é de teoria da onerosidade excessiva, que exige casos extraordinários, casos imprevisos, que gere desproporcionalidade das obrigações e, conseqüentemente, um ônus excessivo a uma das partes. Crê-se que, a princípio, está-se diante de um caso desses. Não se trata de inflação, não se trata de situação limitada que envolva determinada atividade, não se trata de algo específico, um mero fortuito interno, mas sim de uma pandemia grave, de caráter mundial, em que todas as pessoas são vítimas potenciais.

Para o contrato de locação comportar essa revisão há que se demonstrar uma desproporcionalidade nas prestações, essa desproporcionalidade não decorre só entre o valor do imóvel e o valor do aluguel, mas deve ser vista num âmbito geral. A jornada número 3 de Direito Civil do STJ, em sua conclusão 175 assevera: “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz”.

Todo o estabelecimento comercial, ao assumir o compromisso de pagamento de um aluguel, leva em conta os custos operacionais, pois seu objetivo é o lucro. Isso, em geral, é uma questão interna do locatário, irrelevante para o locador. Mas, em uma pandemia os custos operacionais aumentam, ou ao menos ficam iguais, e o faturamento reduz barbaramente. Então, isto permite uma análise de toda atividade não residencial do locatário. Tem que se demonstrar que há uma excessiva onerosidade, ou seja, um sacrifício desmedido. Excessiva onerosidade não é impossibilidade de cumprimento, é tornar difícil esse cumprir, a tal sorte que o locatário possa não querer se sacrificar, ou não poder fazê-lo, ou ainda não ser exigível o seu sacrifício para o cumprimento da obrigação. Então, ele poderá propor a revisão do contrato por onerosidade excessiva, motivada pela pandemia (fortuito externo), ação esta que para ter um resultado efetivo deverá contemplar um pedido de tutela provisória. Esse pedido

---

6 Essa é a redação dos dispositivos mencionados do código civil. Art. 317: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-la, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação”. 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 extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

poderá ou não ser concedido, presentes os requisitos legais que o julgador vai examinar no caso concreto. Observe-se, porém, que diferentemente da revisional locatícia, em que o valor do mercado do mercado é o valor de referência para o a alteração do contrato, em que se trata de modificação superveniente de caráter objetivo, motivada por circunstâncias previstas e até esperadas. Na demanda fruto de eventos extraordinários e imprevisíveis o que está em foco é a situação do locatário em face da epidemia e em que medida isso afeta seu negócio e a sua possibilidade de manutenção do contrato. Não é necessário que tenha ocorrido uma alteração no valor de mercado do imóvel. O importante é que as condições econômico-financeiras do locatário se alteraram em razão da pandemia. Ou seja, a viabilidade econômica de se manter o contrato em razão da pandemia. Em isto acontecendo, os riscos devem ser suportados igualmente pelas partes, o que se chama de alocação dos riscos.

É relevante asseverar que o locador tanto pode concordar em revisar o contrato se o pedido for de resolução, como pode pleitear a resolução, sem culpa das partes, se o pleito for de revisão e para ele não seja interessante a manutenção da relação jurídica *ex locato*. O instrumento para tanto é a reconvenção.

Deve se lembrar que na ação de revisão por onerosidade excessiva o que está em questão são os efeitos gerados pela pandemia na vida econômica do locatário. Isso pode possuir um caráter reflexo. Por exemplo, o locatário está com seu estabelecimento comercial fechado em razão da pandemia e, por causa disso, passa a encontrar dificuldades em pagar a locação do seu imóvel residencial.

Assim, em se tratando de locação residencial há a hipóteses da revisional ou hipótese de revisão por onerosidade excessiva. Na locação não residencial, como já referido, poderá o aluguel ser inexigível quando o imóvel não estiver à disposição do locatário. Isto pode ser por ordem legal em que o imóvel possa estar fechado, desde que o locador tenha se obrigado àquela atividade, ou porque o imóvel teve que ser fechado em razão da realidade de mercado. Imaginem alguém que tenha um restaurante a peso no centro da cidade. A clientela são as pessoas que circulam e que trabalham nas intermediações. Se a grande maioria das lojas se encontra fechada e os empregados em escritório estão em *home-office*, não haverá público. Este restaurante, ainda, é um restaurante a peso, por quilo, em que a saúde pública já verificou que os riscos de contaminação são maiores. Esse profissional pode sentir a necessidade de encerrar a sua atividade. Encerra-a não porque foi determinado por autoridade pública, mas porque as circunstâncias exigiam. Aqui se equipara à hipótese em que houve o fechamento por ordem legal, para o efeito de inexigibilidade de aluguel ou, pelo menos, para a inexigibilidade da multa. Há alguns estabelecimentos que, por exemplo os restaurantes, continuaram a operar, quase que exclusivamente, por *deliveries*. Se continuarem na atividade, com queda no faturamento, tal fato pode fundamentar uma revisional por onerosidade. Observe-se que, normalmente, as circunstâncias específicas como queda de faturamento, perda de emprego, cancelamento de contratos com clientes, não são situações hábeis a justificar a revisão, pois se tratam de fortuitos internos. No contexto aqui tratado, são efeitos da pandemia, o que altera o ângulo do problema. Observe-se, outrossim, que a solução aqui defendida não afeta a redação do artigo 421 e o disposto no recente 421-A, ambos do código civil vigente<sup>7</sup>.

---

7 Art. 421. "A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato". (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019). Parágrafo único. "Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual". (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019). Art. 421-A. "Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019). I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019). II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019). III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada". (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Portanto, para que seja possível o uso da demanda por onerosidade excessivo, são necessários os seguintes requisitos:

- i) relação jurídica obrigacional, bilateral, comutativa e de trato sucessivo;
- ii) desproporcionalidade das prestações, por fatores supervenientes à conclusão do contrato e, naquele momento imprevisíveis, isso é, não correspondentes às legítimas expectativas das partes, objetivamente consideradas. O contrato pode ser cumprido, mas o sacrifício será desproporcional, o que atinge a economia e o equilíbrio do contrato.
- iii) os fatos não podem ser imputáveis ao lesado, seja o fortuito externo como as consequências jurídicas por esses geradas.
- iv) excessiva onerosidade: afeta o equilíbrio contratual, mas se a perda do faturamento tenha se dado pela inabilidade do gestor, seja irrelevante em comparação a períodos anteriores, não será possível o sucesso na demanda. A onerosidade não pode ser decorrência do risco do negócio, mas sim excessiva, relevante. Esse desequilíbrio deve ser dividido entre as partes, ou seja, aqui o risco não corre por conta do locador.

A eficácia da medida deve se dar desde o ajuizamento, por razões semelhantes às comentadas em tópico anterior.

Se o locatário já se encontrava em mora, fruto do não pagamento de alugueres anteriores, por exemplo, deverá depositar o valor em atraso por ocasião do ajuizamento da ação.

Estas são as três hipóteses que locador e locatário devem analisar para aquilatar os riscos de não realizarem um acordo.

## 5 SHOPPING CENTERS

Esse tema também revela controvérsias, sobretudo pelo fato de que muitos permaneceram fechados durante largo período temporal e, quando abertos, estiveram com limitações de horário de funcionamento. Esses centros comerciais foram amplamente afetados haja vista o afluxo normal e intenso de pessoas que por lá circulam, sobretudo nas praças de alimentação, centro de eventos, corredores, locais adequados para a disseminação mais intensa do vírus.

Quem abre um estabelecimento nesses centros comerciais e busca ali desenvolver suas atividades empresariais, locando imóvel para tanto, o faz exatamente por causa do *mix* de lojas, do apelo da circulação de pessoas e do grande afluxo de pessoas que lá devem ir, enfim de toda a estrutura do empreendimento, motivo pelo qual seu faturamento é potencializado. O objetivo do locatário situa-se muito além de um mero espaço físico. O regular funcionamento de todas as lojas é de interesse de cada lojista. Assim, defende-se a ideia de que durante o período em que as lojas estiveram fechadas o aluguel não é devido, inclusive em seu valor mínimo. Tampouco os demais encargos como condomínio e fundo de promoção, salvo o pagamento da *res sperata*, normalmente chamada de luvas. Não são devidas porque se trata de acessório da obrigação principal, e o acessório segue a sua sorte. Aplica-se o mesmo raciocínio já exposto, incidindo com força os artigos 22, I e III da lei do inquilinato, até porque em geral todo o prédio restou fechado. Se houve limitação horária ou de dias para as atividades, a regra continua sendo a mencionada, com redução dos alugueres e encargos, proporcionalmente. O risco do empreendimento é do empreendedor e não pode ser transferido ao lojista.

Por outro lado, se o fechamento for determinado por descumprimento de regras de segurança sanitária de parte do empreendedor, esse será responsável pela indenização dos prejuízos do lojista.



O lojista, outrossim, conforme o caso, pode também se valer da revisional locatícia ou ainda da demanda atinente à revisão contratual por onerosidade excessiva, neste caso com divisão proporcional aos riscos.

## 6 PONTOS RESIDUAIS

Primeiramente, necessário destacar que as liminares em ações de despejo estão vedadas até 30/10/2020, conforme artigo 9º da lei 14010 de 10.6.2020<sup>8</sup>. Desse ponto se destaca a ação de despejo por falta de pagamento em que o locatário não possui garantia contratual.

Outra situação diz respeito ao fato de que o chamado custo de disponibilização do imóvel ao locatário, ou seja, o fato dele estar na posse sem a possibilidade de utilização não o obriga ao pagamento de parte do aluguel, visto que estará suspensa a sua exigibilidade, conforme os mencionados artigos 22, I e III da lei do inquilinato.

Por fim, a pandemia não afeta as garantias contratuais estabelecidas em contrato, especialmente a fiança. Se a caução em dinheiro for utilizada pelo locador para pagamento de alugueres em curso, com a anuência do locatário, isso não dará a ele o direito de exigir nova garantia.

## 7 À GUIA DE CONCLUSÃO

Este tema desafia uma visão mais inovadora do fenômeno jurídico. Um pensamento de vanguarda que proteja as partes, conforme o caso. Não se pode usar formas clássicas para resolver um problema que é inédito. É importante o reconhecimento da urgência. O jurisdicionados necessitam de respostas rápidas, pois os problemas carecem de solução imediata. Os olhos do operador jurídico devem considerar que essa pandemia é única, não sendo possível usar as mesmas soluções de problemas semelhantes, porque nunca houve situação análoga.

As soluções defendidas para os problemas postos podem não ter respaldo no poder judiciário, até porque as decisões proferidas, em regra, pelo menos em liminares, procuraram um tom mais conciliador com vistas a dividir os custos da pandemia, em praticamente todas as situações. A solução concreta de cada litígio virá com o tempo, contudo o que se espera é que haja uma pacificação dos problemas de forma a evitar o encerramento de inúmeras atividades, preservando-os os empregos e mantendo-se as moradias, tudo em consonância com aplaudíveis medidas governamentais em igual sentido.

## REFERÊNCIAS

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. IBERC. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

---

<sup>8</sup> Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020.

# A MORATÓRIA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO E A COVID-19 NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEI DO REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO (RJET)

**Marcelo Sampaio Siqueira**

Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro.

**Natércia Sampaio Siqueira**

Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

**Álison José Maia Melo**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O negócio jurídico: locação imobiliária urbana; 3 O aluguel e o fato imprevisível (Covid-19); 4 Intervencionismo estatal e a regra Constitucional de respeito ao Ato Jurídico Perfeito; 5 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia do Coronavírus, ou Covid-19, trouxe um grande desafio para os países, não apenas em termos da imposição de medidas de proteção da saúde das populações, mas também o *tradeoff* ocasionado com os impactos econômicos decorrentes das medidas de isolamento, especialmente no Brasil. Nesse contexto, muitas famílias e empresas tiveram redução de suas rendas e faturamentos para o pagamento das despesas básicas, o que leva-as a eleger as prioridades das dívidas em tempos de crise (alimentação, despesas com pagamento de salários, energia elétrica etc.). Os alugueis, por sua vez, ficam relegados a segundo plano, fato bastante preocupante em virtude do caráter estrutural desse segmento para o mercado, decorrente do efeito cascata na economia.

A pesquisa desenvolvida tem como tema as relações jurídicas advindas do contrato de locação imobiliária e o impacto socioeconômico trazido pela pandemia da Covid-19, a qual acarretou fato imprevisível que, indubitavelmente, causou e causa modificação na condição econômica, que implica deliberada intervenção do Estado na Economia e, conseqüentemente, nas relações privadas. O estudo tem como objetivo analisar o limite da intervenção estatal nas atividades econômicas, no contexto da pandemia, no propósito de verificar suas potencialidades e suas limitações, de maneira a não se fomentar, ainda mais, a desproporção nas relações jurídicas, com o prejuízo do funcionamento do mercado de locação de imóveis urbanos por aplicação de regras jurídicas não adequadas à situação.

O objeto específico desta investigação é o Projeto de Lei 1.179/2020, de autoria do Senador, pelo Estado de Minas Gerais, Antônio Anastasia, cujo trâmite iniciou-se no final de março de 2020 e que cria regras gerais de natureza transitórias – denominadas de Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) –, e sua conversão na Lei nº 14.010/2020, a serem aplicadas durante a pandemia do coronavírus. A justificativa, entre outras, para existência do regramento, é a edição de normas emergenciais que regulem, no âmbito das relações contratuais locatícias, os fatos jurídicos afetados pela crise econômica causada pelo vírus. Entre as normas propostas, destacam-se os artigos 9º e 10, que regulam a moratória no pagamento de aluguel e restrição de medida liminar em caso de despejo por falta de pagamento. O recorte da análise recai sobre a questão locacional de imóvel urbano e a constitucionalidade da proposta, considerando-se as normas que tratam da ordem econômica da Constituição Federal. O tema é, em parte, regulamentado pela Lei 8.245/91, especialmente, pelos artigos 17, 23, inciso I e 59, em diálogo constante com os artigos 317 e 402 do Código Civil brasileiro.

Ainda se observa que a locação é negócio jurídico vastamente regulado, de modo que é tratada pelo Código Civil, por legislações especiais, como o estatuto da terra, que regulam o arrendamento de bem imóvel rural. Mas, conforme visto no parágrafo anterior, esta pesquisa limita-se à relação locacional de imóvel urbano, com as restrições do artigo 1º da Lei 8.245/91.

O trabalho, por sua vez, não se limita a tratar do texto aprovado, Lei 14.010/2020, mas da abordagem da proposta original no Senado Federal, mediante a análise crítica através do seguinte questionamento: é constitucional o intervencionismo do Estado em negócio jurídico que está em plena execução mesmo considerando a situação de emergência? Mais ainda relevante: é possível a estipulação da moratória retroativa, considerando ato jurídico perfeito?

Ainda que a moratória não tenha sido aprovada pelo Congresso Nacional, tê-la por parâmetro implica um estudo bastante interessante, pois ela seria uma medida extrema que traz à luz relevantes princípios constitucionais aplicáveis ao fato jurídico, como iniciativa privada, profissão, propriedade, função social, ato jurídico perfeito – que demandam uma abordagem

dogmática –, mas, também, reivindica uma análise indutiva da realidade econômica, que desvela o instituto do contrato a partir das complexidades mercadológicas concretas.

Para a realização dessa análise crítica, o método de pesquisa aplicado parte de uma abordagem dedutiva, mediante pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal. Foram ainda abordadas legislações essenciais, direitos fundamentais e princípios, a fim de se elaborar uma boa análise dos textos normativos e das jurisprudências para o esclarecimento do tema. O desenvolvimento da pesquisa foi estruturado em três partes. Na primeira, expõe-se o regime jurídico da locação imobiliária urbana (Seção 2); na segunda, insere-se a situação da Covid-19, seu enquadramento como fato imprevisível e suas implicações; na última, analisa-se a intervenção econômica do Estado no mercado mediante a atividade legislativa.

## **2 O NEGÓCIO JURÍDICO: LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA URBANA**

A relação obrigacional criada por contrato de locação de imóvel urbano é regulada por Lei especial, e não diretamente pelo Código Civil, conforme ressalva do artigo 2.036. Esclarece-se, no entanto, que as locações tratadas no parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.245/91, com exceção do arrendamento de bens estatais, são regulados pelo Código Civil, salvo estipulação em contrário. Referido rol é não exaustivo, com o intuito específico de afastar situações de incerteza por similitude<sup>1</sup>.

Defende-se que o direito de locar o bem é uma das faculdades deduzidas do direito de propriedade referida no art. 1.228 do Código Civil, já que o proprietário estaria gozando do bem ao destinar a posse direta do imóvel a outra pessoa, que passaria a tê-la mediante pagamento de retribuição mensal. O aluguel, por sua vez, consubstancia a exploração econômica pelo proprietário, que está a extrair frutos do uso da coisa<sup>2</sup>. É importante afirmar que a locação não desvivia a função social da propriedade, pelo contrário, confere a ela uma utilidade social, seja em termos de moradia, seja em termos de valor econômico<sup>3</sup>.

O negócio jurídico que origina a locação é tido como complexo, por envolver a concessão da posse de bem, que constitui instituto regulado pelo Livro do Direito das Coisas, mas por outro lado o contrato estabelece prestações de natureza pessoal entre as partes. O direito de locação, que tem por base uma relação obrigacional, pode ser classificado como um direito pessoal de gozo, diversamente do usufruto, direito por sua vez de natureza real. De acordo com Ascensão<sup>4</sup>, o direito real enquadra-se como um direito absoluto, uma vez que sua existência não decorre de uma relação prévia entre as partes, como se dá no direito pessoal, que é relativo, já que se assenta nessa relação. Pelo fato de envolver diversos ramos do direito, a propriedade inter-relaciona institutos e, ao mesmo tempo, é altamente limitada por eles, principalmente quando se trata de negócio jurídico limitando as faculdades<sup>5</sup>.

Observa-se que o negócio sinalagmático em análise estabelece inúmeras prestações, seja de dar, fazer, ou não fazer entre as partes envolvidas, cuja especificação será apresentada

---

1 COSTA, Dilvanir José da. O sistema da locação predial no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39, p. 143-167, 2001, p. 150.

2 SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. Responsabilidade civil e contratos de locação predial urbana. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 7, p. 187-202, 2010.

3 PINTO, Felipe C; SANTOS, Larissa Dias Puerta dos; ROCHA, Jaqueline P. J. O IPTU progressivo como instrumento de política urbana: análise dos dados elaborados no município de São Paulo. *Revista de Direito Público - RDP*, Brasília, Volume 17, n. 91, 323-346, jan./fev. 2020.

4 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

5 DAMACENA, F.D.L.; WEBBER, S. O direito de propriedade e a supremacia do interesse público sobre o privado na era de adaptação às mudanças climáticas. *Revista Jurídica da FA7*, v. 13, n. 2, 2016.

na sequência, por pertinência. Assim, o locador, como ocupante de um dos polos da relação obrigacional, tem como deveres contratuais básicos os de:

- a) dar a posse direta do bem ao locatário;
- b) fazer com que a locação sirva para o fim a que se destina; e
- c) manter a equidade econômica do contrato, recebendo aluguel justo.

Por se tratar de contrato caracterizado por ser sinalagmático e bilateral, o locatário possui também deveres principais, entre outros os de:

- a) dar o valor referente ao aluguel mensal convencionado;
- b) restituir o imóvel ao término da locação; e
- c) manter a equidade econômica do contrato, pagando aluguel justo.

Em um país cujo déficit habitacional é gigantesco<sup>6</sup>, o financiamento de moradias por particulares através de colocação no mercado de unidades residenciais para locação é essencial à redução do déficit decorrente da insuficiência de financiamento público para edificação de moradias em número que atenda a demanda. Logo a importância do investimento privado sempre foi essencial para a diminuição do problema relatado não obstante as constantes intervenções do poder público nessa relação ameacem desencorajar esse fluxo de investimento.

Pasternak e Bógus<sup>7</sup> expõem que “[o] problema das moradias para grandes contingentes populacionais, nas grandes cidades, constituiu, desde as primeiras décadas do século XX, um grande desafio para o urbanismo”. Em seguida, afirmam que a questão da habitação é, nas cidades,

[...] problema de difícil solução pela iniciativa privada, porque, num país onde o capital é escasso e caro e o poder aquisitivo médio tão baixo, não podemos esperar que a iniciativa privada viesse, em escala suficiente, ao encontro das necessidades da grande massa, proporcionando-lhe habitações econômicas.

Assim, para sua solução, deveriam contribuir, cada vez mais, tanto o Estado, diante do permissivos constitucionais de intervenção da União para legislar sobre direito civil (artigo 22, inciso I) e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano (artigo 21, inciso XX) e do Município mediante o plano diretor (artigo 182, § 1º), quanto a iniciativa privada, seja pela atuação do capital imobiliário, seja pela ação dos pequenos proprietários na produção de moradias próprias ou para locação.

Não resta dúvida de que as principais obrigações contidas no contrato de locação, tendo como base os deveres do locatário são o pagamento do aluguel ajustado (artigo 23, inciso I, da Lei 8.245/91) e a obrigação de restituir o bem locado ao término do negócio jurídico (artigo 23, inciso III, da Lei do Inquilinato), ou quando há infração de algum dever legal ou contratual<sup>8</sup>. O aluguel, consoante artigo 17 da Lei do Inquilinato, é de livre pactuação

---

6 FORTALEZA tem déficit habitacional de 130 mil moradias, aponta Defensoria Pública. *G1*, Ceará, 7 set. 2019.

7 PASTERNAK, Suzana; BÓGUS, Lucia Maria Machado. Habitação de aluguel no Brasil e em São Paulo. *Cad. CRH*, Salvador, v. 27, n. 71, jun./ago. 2014.

8 SOUZA, Silvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



entre as partes, e é viável a estipulação de cláusula contratual de escala móvel regulada pelos artigos 18 do citado diploma e 316 do Código Civil, o que possibilita automaticamente a revisão periódica do valor por índice inflacionário, previamente, estipulado.

O ordenamento locacional especial também permite a revisão judicial do aluguel com base no artigo 19; no entanto, deve o interessado, nesse caso, provar que o aluguel não se encontra em conformidade com os valores de mercado e que transcorreram três anos do último acerto promovido pelas partes, mediante contrato ou aditivo deste.

A análise do valor do aluguel e sua livre fixação, assim como a manutenção do seu poder econômico, fundamentados nos princípios do equilíbrio econômico e da boa-fé, são importantes para a estabilidade da relação jurídica locatícia e incentiva os particulares com capital a investirem em imóveis, com o fim de destiná-los à locação e obtenção de renda correspondente. Outro fator que é essencial para a continuidade desse fluxo de natureza econômica e social é a possibilidade de retomada do bem em caso de infração contratual ou interesse da parte. Os obstáculos ao direito de restituição quando há infração contratual geram falta de estímulo aos investidores para aplicar seu capital no mercado imobiliário, o que causa distorções e agrava o déficit habitacional.

A Lei 8.245/91, que já conta com quase 30 anos de vigência, trouxe importantes inovações, considerando-se o texto original da Lei 6.649/79. A lei de 1991, entre outras medidas, regulou diretamente a ação revisional de aluguel, estabeleceu cláusula de escala móvel e, principalmente, facilitou a recuperação da posse do imóvel locado ao permitir a denúncia vazia para locações residenciais mediante contratos com prazo de vigência igual ou superior a 30 meses, e ao possibilitar a concessão de liminar nos casos previstos no artigo 59 da citada legislação. Há que se destacar importantes simplificações no procedimento da ação de despejo por falta de pagamento, regulado pelo artigo 62. Também cabe acrescentar que, nesse trintênio, a Lei do Inquilinato sofreu algumas intervenções legislativas, como a Lei 12.112, em 2009, conhecida como a “nova” lei do inquilinato, por ter atualizado alguns pontos alvo de críticas do ponto de vista da prática locatícia, em especial no rito de despejo<sup>9</sup>, e a Lei 12.744, em 2012, que inseriu na lei a modalidade *built to suit* ou contrato de construção ajustada<sup>10</sup>.

O estímulo à livre fixação de aluguel e a ampliação e simplificação das ferramentas para restituição forçada do bem locado, trazida pela legislação de 1991, em comparação com a de 1979, foram fatores decisivos, junto com estabilidade da moeda, ocorrida a partir de 1994, para a retomada do mercado imobiliário brasileiro e a injeção de bens imóveis destinados a habitações. Tal fato levou a uma conseqüente diminuição do déficit habitacional, bem como promoveu o desenvolvimento econômico com o fomento da atividade de construção civil, que mobiliza larga mão de obra e absorve inúmeros insumos na sua realização.

Essa constatação pode ser comprovada com a Tabela 1, que demonstra, considerando os censos de 2000 e 2010, que há uma crescente participação do número de habitações alugadas, tendo por base o número de lares, isto é, o percentual de imóveis alugados subiu de 14,29% do total de habitações no Brasil para 18,32%. Ou seja, no ano de 2010, quase 20% dos lares brasileiros são originários de contrato de locação.

---

9 ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Inovações da lei de locação. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, Bauru, SP, v. 45, n. 55, 2011.

10 HIRATA, Alessandro; TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso. Built to suit: dos aspectos contratuais ao direito de superfície. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 145-165, jan./jun. 2018.

Tabela 1 – Proporção de domicílios alugados no Brasil e nas Regiões, de 1940 a 2010

Região	Anos							
	1940	1950	1960	1970	1980	1991	2000	2010
Norte	15,42	10,47	10,14	34,25	13,95	9,77	8,80	14,51
Nordeste	14,69	17,03	32,33	15,95	14,91	11,21	10,60	15,39
Sudeste	27,67	30,81	30,88	29,47	29,25	20,82	17,06	20,21
Sul	19,62	20,70	20,08	19,29	18,69	14,18	9,30	17,05
Centro Oeste	10,03	12,20	17,00	15,41	21,74	17,17	17,39	23,55
Brasil	20,85	23,13	27,61	22,87	22,54	16,38	14,29	18,32

Fonte: PASTERNAK, Suzana; BÓGUS, Lucia Maria Machado. Habitação de aluguel no Brasil e em São Paulo. *Cad. CRH*, Salvador, v. 27, n. 71, jun./ago. 2014.

O negócio jurídico locação de imóvel urbano, sempre, deve ser tratado como uma importante parceria público-privado, uma vez que a habitação é direito fundamental, e que o imóvel destinado a fins não residenciais é elemento de fundo de comércio às atividades empresariais, de maneira que se lhe devem aplicar não apenas as regras da Lei 8.245/91, mas, também, e especialmente, os princípios previstos nos artigos 5º, incisos XXII, XXIII e XXXVI, e 170, inciso II e parágrafo único da Constituição Federal.

### 3 O ALUGUEL E O FATO IMPREVISÍVEL (COVID-19)

O Brasil e o mundo vivem, desde a primeira metade do ano 2020, uma pandemia (Covid-19) que atingiu não só a saúde da população, mas, também, as relações sociais, econômicas e jurídicas<sup>11</sup>. Não é papel deste artigo discutir a doença ou os efeitos na saúde da população ou a eficácia da quarentena imposta, mas tão somente analisar as consequências econômicas e jurídicas decorrentes da Covid-19 sobre a relação jurídica mantida entre locadores e locatários.

Conforme visto, a Lei 8.245/91 permite a revisão dos aluguéis desde que observados os requisitos do seu artigo 19 e que haja o intervalo temporal de três anos. Dentro desse contexto normativo, o primeiro questionamento que deve ser realizado é se há a possibilidade de revisão da relação locacional fora dos requisitos do artigo 19. A resposta deve ser positiva, considerando o diálogo das fontes com a aplicação do Código Civil às relações locatícias, pois tanto o artigo 317 permite a revisão das obrigações nos contratos sinalagmáticos, de trato continuado e desde que tenha ocorrido um fato imprevisível, quanto o artigo 479 também promove a estabilidade dos contratos civis e empresariais, afastando a resolução por onerosidade excessiva mediante modificação equitativa das condições contratadas<sup>12</sup>.

A Covid-19, segundo fato público e notório, levou vários municípios brasileiros, mediante consideração de ordem sanitária, ao fechamento do setor terciário e até de outros setores econômicos da sociedade por períodos superiores a 60 dias, o que acarretou demissões e redução da renda da população. Não obstante esses efeitos nefastos, outra não foi a solução encontrada que a quarentena: uma vez considerados o risco de vida e a insuficiência da

11 CANUTO, Pollyana Jorge; LIMA, Luana de Souza; BARBOSA, Hevillyn Cecilia Ventura; BEZERRA, Kalyne Araújo. Repercussões do isolamento social diante da pandemia Covid-19: abordando os impactos na população. *Hygeia: Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde*, Edição Especial: Covid-19, p. 122-131, jun. 2020.

12 CARVALHO, Daniel Melo Nunes de; VIEIRA, Marco André Ramos; VARANDAS JÚNIOR, Paulo. O novo coronavírus e a revisão dos contratos de locação. *Migalhas*, Ribeirão Preto, Migalhas de Peso, 26 mar. 2020.

logística hospitalar, deu-se prevalência ao que alguns chamam de princípio fundamental, ou ao que outros entendem pressuposto fundamental dos direitos, que, no caso, é a vida<sup>13</sup>. Em um típico exercício de sopesamento, a vida, na sua dimensão biológica, fora contraposta ao direito fundamental de ir e vir, ao direito fundamental ao trabalho, ao direito fundamental à livre iniciativa e à ordem econômica, e se revelou prevalente na situação de risco decorrente da pandemia virótica com elevado índice de mortalidade, rápida transmissão, inexistência de vacina – hoje já com 38 propostas em estágio de avaliação clínica, das quais 9 na última fase anterior à obtenção do registro sanitário<sup>14</sup> – e debilidade da logística hospitalar.

Deve-se ressaltar também que as medidas restritivas para enfrentamento da pandemia impostas pelo Estado podem ser fundamentadas, ainda, no artigo 3º da Constituição da República de 1988, em cujos objetivos estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção indiscriminada do bem de todos. De acordo com a Portaria nº 356 do Ministério da Saúde, a quarentena tem como objetivo “garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado”<sup>15</sup> e é adotada por até 40 dias, ou pode ser estendida pelo período necessário para diminuir a transmissão comunitária.

Em estudo realizado pelo Instituto Butantan de São Paulo e divulgado em 30 de março de 2020, observa-se:

Sem a quarentena decretada pelas administrações estadual e municipal da capital, o pico de casos de internação ocorreria já na primeira semana de abril e o sistema de saúde entraria em colapso.

A conclusão é de um estudo feito pelo Instituto Butantan, em parceria com o Centro de Contingência do Coronavírus de São Paulo e a UnB (Universidade de Brasília).<sup>16</sup>

As medidas impostas, apesar de terem preferido a vida na sua dimensão biológica aos direitos individuais fundamentais, buscam, *prima facie*, um interesse maior e basilar da sociedade: solidariedade, para se preservar o maior número de vidas possível. Ao se falar a vida como o pressuposto fundamental dos direitos e mesmo do Estado, ela, em especial, quando considerada na sua generalidade – que é ameaçada por uma pandemia mortal –, encontra-se em uma esfera elementar de proteção. As medidas de isolamento na verdade cumprem uma dupla função: não apenas visam a proteger os bens jurídicos mais fundamentais da sociedade, mormente àqueles enquadrados no grupo de risco, entre os quais os idosos, como também constituem estratégia agressiva de combate à propagação da doença.

Não por menos, a situação é comparada com a guerra: diante da ameaça da invasão de um território, direcionam-se a economia e a população de um país ao esforço de guerra, pois o que está em causa é o pressuposto a determinada forma de organização social estatizada mediante a qual uma sociedade concebe-se e valoriza-se. Mas, apesar da obviedade da observação, não se põe em causa o empobrecimento ocasionado pelas medidas restritivas à grande parcela da população economicamente ativa.

Dentro desse contexto de crise sanitária, propostas de soluções para os problemas ocasionados pelas medidas restritivas foram desenvolvidas. Entre elas, o Projeto de Lei

---

13 ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. *Scientia Juris*, Londrina, v. 7/8, p. 340-353, 2003/2004.

14 WHO. *DRAFT landscape of COVID-19 candidate vaccines* – 21 September 2020. Geneva: WHO, 2020.

15 BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 356*, de 11 de março de 2020. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

16 SÃO PAULO. Quarentena em SP segura pico da pandemia e impede sobrecarga de leitos, aponta estudo. *Portal do Governo do Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 mar. 2020.

1.179/2020, do Senado, apresentado em março de 2020, que institui o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), a ser aplicado durante a pandemia, afirmava no seu texto original a criação de normas emergenciais que resguardavam fatos jurídicos e situações contratuais afetadas pela crise econômica causada pelo vírus. Entre elas, destacavam-se os artigos 9º e 10<sup>17</sup>, reguladores da moratória no pagamento de aluguel e restrição de medida liminar em caso de despejo por falta de pagamento, apresentados nos seguintes termos:

Art. 9º Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 31 de dezembro de 2020.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se apenas as ações ajuizadas a partir de 20 de março de 2020.

§ 2º É assegurado o direito de retomada do imóvel nas hipóteses previstas no art. 47, incisos I, II, III e IV da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, não se aplicando a tais hipóteses as restrições do *caput*.

Art. 10. Os locatários residenciais que sofrerem alteração econômico-financeira, decorrente de demissão, redução de carga horária ou diminuição de remuneração, poderão suspender, total ou parcialmente, o pagamento dos alugueres vencíveis a partir de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020.

§ 1º Na hipótese de exercício da suspensão do pagamento de que trata o *caput*, os alugueres vencidos deverão ser pagos parceladamente, a partir de 30 de outubro de 2020, na data do vencimento, somando-se à prestação dos alugueres vincendos o percentual mensal de 20% dos alugueres vencidos.

§ 2º Os locatários deverão comunicar aos locadores o exercício da suspensão previsto no *caput*.

§ 3º A comunicação prevista no § 2º poderá ser realizada por qualquer ato que possa ser objeto de prova lícita.

O espírito do texto proposto constitui sem dúvida alguma uma intervenção estatal, considerando a ocorrência de um fato, notoriamente imprevisível, cuja legislação cível já prevê como causa para ação revisional, com base no artigo 317 do Código Civil. Venosa<sup>18</sup>, ao comentar o dispositivo, faz a seguinte afirmação: “Os motivos imprevisíveis, primeiro requisito do texto, baloçam aos ventos do mundo fático e não são, convenhamos, facilmente caracterizáveis”. De forma até mais significativa, o referido projeto, em sua redação original, contrastava com o recentemente inserido parágrafo único do art. 421 do Código Civil, introduzido pela Lei da Liberdade Econômica, Lei 13.874/2019, em seu duplo aspecto: a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual – considerando-se que o instituto da revisão contratual não limitaria sua aplicação tão somente ao preço, mas a condições contratuais compatíveis com a onerosidade decorrente da imprevisibilidade.

Cumprido analisar se o fato imprevisível permite não só a revisão judicial das obrigações, mas a intervenção direta estatal nas relações jurídicas, tendo em vista a segurança dos negócios jurídicos.

#### **4 INTERVENCIÓNISMO ESTATAL E A REGRA CONSTITUCIONAL DE RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO**

Não constituirá objeto deste artigo questionar a competência do legislativo federal para regular matéria de direito civil, mas analisar o alcance das regras propostas e sua aplicação aos

17 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1179, de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Autoria Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Brasília: Senado Federal, 2020.

18 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 331.

negócios jurídicos vigentes e a relação jurídica locacional subjacente. Nesse assunto, deve se dar uma atenção maior à questão dos locadores, do ponto de vista do contratos de locação e o projeto do RJET. O artigo 10 do citado projeto de lei, que regula a suspensão temporária do pagamento de aluguéis, alinhado à impossibilidade de liminar, de que trata o artigo 9º, mesmo que, no contexto do grave evento de perda de emprego, caso não seja devidamente sopesado, é apto a provocar uma desordem no setor imobiliário com consequências piores que a medida emergencial, como o fechamento de imóveis e conseqüentemente de negócios, gerando-se um efeito cascata.

As intervenções públicas de caráter geral, muitas vezes, carregam o vício da inaptidão do planejamento ao conhecimento particular das suas consequências, “o fato da necessária e irremediável ignorância por parte de todos acerca da maioria dos fatos particulares que determinam as ações de todos os vários membros da sociedade humana”<sup>19</sup>. Não é possível conhecer-se o todo de tudo, nem se antecipar às consequências das intervenções, uma vez que cada pessoa, dentro do seu contexto, é que possui um mais apropriado manancial de conhecimentos e habilidades para tomar suas decisões e investir ou desinvestir seus insumos. No presente caso, por exemplo, a inaptidão para o todo já se revela na avaliação míope da hipossuficiência, atribuída apenas ao locatário: não se toma de partida a hipótese de vulnerabilidade na pessoa do locador, que pode estar desempregado ou privado de suas rendas em razão de que não se lhe está a possibilitar o exercício normal das suas atividades profissionais. Muitas vezes, os investidores em imóveis para locação mantêm essa atividade em busca de renda suplementar. Logo o baixo retorno dessa renda tende a reduzir o fluxo de investimento, com prejuízo para todos, já que menos habitações seriam edificadas por falta de investidor.

A proposta original do Projeto de Lei 1.179/2020 determinava, no artigo 10, carência total ou parcial do pagamento dos aluguéis do dia 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 aos locatários de imóveis residenciais que comprovem demissão, redução da carga horária ou diminuição da renda. Após esse período, os aluguéis passariam a ser pagos na data do vencimento, somando-se se à prestação dos vincendos o percentual mensal de 20% dos vencidos.

É bem verdade que o artigo supramencionado foi retirado do projeto, e a redação deste foi aprovada pelo Senado Federal e avançou à Câmara dos Deputados sem a regra de carência. Sem prejuízo disso, para fins científicos e considerando a possibilidade de aprovação de outros projetos de lei no mesmo teor, deve-se avançar na análise jurídica da proposição de carência como se ela tivesse sido aprovada, sancionada e publicada. O interesse acadêmico é analisar se a regra de suspensão sugerida no projeto seria constitucionalmente adequada face ao direito de intervenção do Estado na economia, mormente fundado nos artigos 170 e 173 da Constituição, sob o parâmetro de análise do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), reforçada pelo direito fundamental geral de liberdade (art. 5º, *caput*), e considerando a função social do contrato (art. 5º, XXIII).

O Projeto de Lei 1.179/2020 foi enviado à sanção presidencial em 21 de maio de 2020, e a matéria de locação recebeu 11 emendas, sem, contudo, ressuscitar-se a regra de suspensão do pagamento de aluguel, limitando-se à concessão de liminar em ação de despejo. O Senado, em votação remota, rejeitou em parte o substitutivo da Câmara e enviou

---

19 HAYEK, Friedrich A. von. *Law, legislation, and liberty; a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Vol. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1983, p. 12. No original: “[...] the fact of the necessary and irremediable ignorance on everyone’s part of most of the particular facts which determine the actions of all the several members of human Society”.



à sanção presidencial, pelo Ofício 549/2020<sup>20</sup>.

O texto sancionado em 10 de junho de 2020 e publicado como Lei 14.010/2020, trouxe veto ao único artigo da Lei que tratava diretamente de matéria locacional de imóvel urbano, no caso, o artigo 9º. Em relação ao texto original, na parte que tratava da matéria locatícia, a versão aprovada do projeto de lei pelo Congresso Nacional não regulou a moratória, limitando-se a suspender, até 30 de outubro de 2020, a concessão de medida liminar diante das causas ensejadoras de despejo arroladas no artigo 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei 8.245/91. Ressalta-se que, inicialmente, o autor do projeto propunha que todos os tipos do artigo 59 estariam suspensos, excluídas as hipóteses de locação residencial automaticamente prorrogadas do artigo 47, incisos I, II, III e IV.

O artigo 9º contido no projeto de lei ora em análise foi levado à sanção presidencial com o seguinte teor:

Art. 9º. Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020.  
Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 20 de março de 2020<sup>21</sup>.

A limitação trazida pelo texto aprovado na matéria locação de imóvel urbano trata de questão processual, cuja análise foge aos limites traçados para este trabalho. A redação levada à sanção do Presidente tipificava, por exemplo, em caso de ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis sem existência de garantia locacional, a proibição de o magistrado conceder liminar – leia-se tutela de urgência, regulada pelos artigos 300 e seguintes do CPC de 2015 – até 30 de outubro de 2020 e não 31 de dezembro de 2020, conforme proposta do Senador proponente do projeto. A medida proposta, no entanto, não impediria o ajuizamento de ação ou o deferimento de liminar que tivesse por fundamento casos estranhos ao previsto no próprio artigo, ressalvadas eventuais interpretações judiciais. Afasta-se, nesta pesquisa, a discussão referente aos tipos tratados no artigo 59 da Lei 8.245/91 que possibilitariam ao juiz deferir tutela de urgência em matéria locacional de imóvel urbano.

O dispositivo foi vetado em junho de 2020 por razões de interesse público, com a justificativa, dada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, de que a regra traria uma proteção excessiva ao locatário, incentivando o inadimplemento, e ignoraria as diferentes condições econômicas dos locadores<sup>22</sup>. Contudo, referido veto foi parcialmente derrubado em agosto de 2020, mantendo-se vigente o *caput* do art. 9º.<sup>23</sup>

Observa-se que o veto não apresenta qualquer fundamentação jurídica ou econômica que embase o motivo de sua aplicação do ponto de vista presidencial. É lúcido o entendimento de que a medida seria gravosa ou até injusta para certos locadores, que, muitas vezes, são hipossuficientes, mas a forma como foi oferecido não permite uma análise sistemática da questão pelos congressistas, que acabaram por derrubar o veto. Melhor situação poderia ter ocorrido se o Ministério tivesse desenvolvido a redação do veto mediante o argumento da

---

20 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1179, de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Autoria Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Brasília: Senado Federal, 2020.

21 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1179, de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Autoria Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Brasília: Senado Federal, 2020.

22 BRASIL. *Mensagem nº 331, de 10 de junho de 2020*. Veto ao Projeto de Lei nº 1.179. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

23 BRASIL. *Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília: Presidência da República, 2020.

intervenção desmedida do Estado na economia, tendo por base a intervenção subsidiária e excepcional do Estado aludida no artigo 2º, inciso III, da Lei da Liberdade Econômica<sup>24</sup> ou o princípio da intervenção mínima nas relações contratuais privadas do artigo 421, parágrafo único, do Código Civil.

Não resta dúvida de que a questão seria mais prolixa se o Congresso houvesse mantido a redação original, aprovando a moratória proposta no artigo 10, com a possibilidade de suspensão do pagamento do aluguel pelo período de 20 de março a 30 de outubro de 2020. Ressalta-se que o problema não seria tão somente a análise de ofensa ao direito adquirido ou ato jurídico perfeito, mas a discussão acerca dos limites da intervenção estatal no negócio jurídico, considerando o preço e o tempo do pagamento acertado.

Trata-se da única matéria relativa à relação locacional de imóvel urbano proposta ou discutida no Congresso Nacional que se transformou em lei no RJET, no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Considerando a derrubada do veto em agosto de 2020, a matéria ganha outro contorno nos contratos de locação de imóvel urbano que possuíssem negócios jurídicos processuais, influenciados pelo festejado artigo 190 do CPC<sup>25</sup>, estipulados antes da publicação da lei, desde que trate do assunto concessão de liminar em ação de despejo.

Nesse caso, sempre haveria a possibilidade de o contratante defender que a nova legislação ofenderia ao ato jurídico perfeito (negócio jurídico perfeito), com sua estipulação aparada pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República de 1988 e artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, consubstanciando o princípio da retroatividade mínima, para o regime jurídico privado, e o princípio da segurança jurídica, para o regime jurídico constitucional<sup>26</sup>.

O estudo se baseará em questões jurídicas, mas, igualmente, sem se mostrar insensível à preocupação quanto aos efeitos das medidas em análise no mercado locatício, provocados pela medida restritiva proposta, até porque os contratos não apenas são um acerto de vontade, mas um instituto “de maximização, podendo e devendo ser analisado nessa única dimensão”<sup>27</sup>, dizem aqueles que o enxergam como instrumento maximizador. Mas ainda que não se considere com exclusividade a dimensão do bem-estar, as perspectivas neoinstitucionalistas do contrato possibilitam uma visão mais rica do problema ao abordarem o “ambiente econômico friccional, afetado por custos de transações positivas”<sup>28</sup>. O contrato é um híbrido a envolver a vontade numa dinâmica econômica de fricção, custos de otimização e assimetrias informativas. Dentro dessa ordem de consideração, qual o limite de uma intervenção estatal de planificação na economia? Por óbvio que a intervenção estatal é possível, mas dentro de determinadas delimitações.

Num primeiro momento, afirma-se que as medidas contidas no projeto de lei em comento, que se transformou na Lei 14.010/2020, contêm regras, em sua maioria, de natureza transitória, levadas à concretização em razão da pandemia da Covid-19, que persiste causando enormes prejuízos econômicos e sociais a toda a comunidade, que se viu privada, em certas

24 BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis...; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019.

25 ARANTES, Isabella Branquinho; MILAN, Victor Hugo Polim. Negócios jurídicos processuais aplicados aos contratos de locação de imóveis urbanos. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 3, n. 1, p. 325-347, jun. 2018.

26 MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006.

27 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44.

28 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 99.

circunstâncias, do exercício de direitos básicos, tais quais o de ir e vir, o de trabalhar e o de investir. Por outro lado, a previsibilidade da moratória legal, com a suspensão do pagamento de aluguéis, deve ter sua observação delimitada não só ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição de 1988, que fundamentaria a modificação retroativa de cláusula contratual referente ao pagamento, mas, igualmente, deve ser analisada pelo prisma dos artigos 170 e seguintes do texto constitucional, referentes à Ordem Econômica.

Apesar de defender que o direito não é absolutamente lógico e que, nem sempre, o método dedutivo é o melhor caminho para a escurteira hermenêutica de uma situação jurídica, mesmo que hipotética, por questões didáticas, considerando o tema e o problema em pauta, apresentam-se as seguintes premissas para análise do problema:

- a) a existência de contrato de locação de imóvel urbano em vigência e com data anterior à pandemia;
- b) a publicação de lei concedendo moratória para pagamento de aluguel, com fixação de regras diversas das contidas no contrato anterior; e
- c) a identificação de estado de calamidade pública.

Antes de se prosseguir com o ponto de vista desposado no artigo, faz-se necessário alertar ao leitor que se busca investigar quanto à viabilidade de regra como a do artigo 10 do Projeto de Lei 1.179/2020 a partir do exame de precedentes, que não pode ser confundido com jurisprudência. A decisão citada não será analisada como uma amostra de um conjunto de decisões judiciais sobre determinado assunto, mas como um julgado que estabelece uma regra capaz de oferecer uma diretriz para julgamentos posteriores, considerando casos análogos. Acrescenta-se que o precedente é encontrado na fundamentação da decisão de um caso concreto, agregado às circunstâncias particulares de fato e de direito aptas a influenciar o resultado, formando-se, assim, a *ratio decidendi*<sup>29</sup>.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 493, de relatoria do então Ministro Moreira Alves, com julgamento ocorrido em junho de 1992, que tinha como objeto lei que tratava das modificações de critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP), traz importante interpretação do inciso XXXVI do artigo 5º da CF. Na razão do voto do relator, afirma-se que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado, *isto é, tendo por base os dispositivos impugnados na ADI, há ofensa ao ato jurídico perfeito*. No mesmo julgado, considera-se que o disposto no art. 5º, XXXVI, da CF se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva<sup>30</sup>.

Identificar um precedente judicial não constitui tarefa fácil, já que cada caso concreto contém suas peculiaridades, o que pode ocasionar prejuízo ao livre acesso à justiça e levar uma decisão judicial ao status de precedente, e, com isso, opô-la à regra objeto de impugnação judicial, ceifando a ampla discussão das especificidades. Sobre o exposto, transcreve-se Lopes Filho<sup>31</sup>:

---

29 LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 276-277.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 25 jun. 1992. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 set. 1992, p. 14089.

31 LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes Judiciais como se aplicam normas legislativas? *Revista Opinião Jurídica*, v. 10, n. 14, 2012, p.231-252.

Embora se possa detectar uma norma no precedente, este não se reduz àquela, nem pode determinar o modo de usá-lo. Possuem funções distintas na ordem jurídica e, por via de consequência, uso plenamente diverso. É preciso que se desenvolva aporte teórico próprio, sobretudo em atenção a um paradigma sistêmico próprio do Direito como integridade de Dworkin, para, então, abrir o sistema jurídico para uma aplicação dialética, fundamentada e consciente de julgados pretéritos. [...]  
O precedente, portanto, será o mediador entre a lei e a realidade.

Há crítica, considerando o artigo citado no último parágrafo, sobre a forma de como se entende a figura do precedente e sua aplicação como uma espécie de norma (*ratio decidendi*), considerado, como muitos, uma maneira de tutela das instâncias superiores sobre os juízes singulares. Após a exposição dessa análise crítica, defende-se que os precedentes judiciais encontram sua relevância jurídica e, conseqüentemente, normativa, na segurança jurídica em situações, realmente, semelhantes, de modo que deve o ativismo jurídico, caso se entenda precedente judicial como norma, ser combatido tanto por um legislativo mais operante como por uma atividade judicial mais precisa e minuciosa, apta a detectar as especificidades do caso concreto e a aplicar o *distinguishing*. No entanto esclarece-se ao leitor que a contramedida ora citada é de difícil eficácia diante da estrutura dos Poderes Judiciário e Legislativo, de maneira que prevalece, muitas vezes, sem uma maior atenção, a aplicação massificada e desenfreada de precedentes na esfera judicial, assim como o silêncio do Poder Legislativo, instituição que vai se evadindo de decidir e, com isso, desagradar eleitores.

Ainda que não se trate de um caso concreto em exame pelo STF – haja vista que o processo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil é majoritariamente abstrato, analisando-se a inconstitucionalidade em tese<sup>32</sup> –, mostra-se receptiva ao exame do precedente, cujo texto pode servir de base interpretativa (parâmetro hermenêutico) para a análise da viabilidade jurídica da moratória proposta pelo Senador no texto original do Projeto de Lei 1.179/2020.

A escolha recai sobre a mencionada decisão contida na ADI 493, julgado pretérito que trata da análise de lei que modificou critério de reajuste de prestações negociadas em contratos anteriores à vigência da regra jurídica, ligados ao sistema financeiro da habitação. Ressalta-se que não é objeto deste estudo o caso tratado na denominada ADI, mas a fundamentação utilizada para a interpretação do inciso XXXVI do artigo 5º da CF, tendo por base contrato sinalagmático e de trato continuado. Acaso se argumente não ser um caso idêntico, seja por se tratar de lei relativa a reajuste contratual (e não em relação à moratória), seja por se tratar de contratos trabalhistas (e não contratos locatícios), para afastar o caso como um precedente adequado, pode-se sustentar a *ratio decidendi* como uma sinalização referente ao resultado hermenêutico-constitucional que poderia ser atribuído à situação hipotética apresentada nesta investigação.

Lembra-se que o contrato de locação de imóvel urbano possui as duas características listadas, a saber, sinalagma e trato continuado, e a dúvida persiste acerca da aplicação de regra que modifique cláusula de reajuste ou pagamento da parcela ajustada, mesmo considerando situação de calamidade pública em alguns entes da federação brasileira, ocorrida no primeiro semestre de 2020.

A questão não é nova; o Poder Judiciário brasileiro, na década de 40 do século passado, pelo Recurso Extraordinário (RE) 10.713, já se posicionou: leis de emergência que

---

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 27-29.

modificassem cláusulas em contratos de locação vigentes ou acertos são aplicáveis a partir de sua vigência. Interessante mencionar que as Constituições pretéritas já traziam regras semelhantes ao inciso XXXVI, como, por exemplo, artigo 150, § 3º, da Carta de 1967 e artigo 141, § 3º, da Carta de 1946.

Ainda abordando a ADI 493 como precedente e em complemento ao exposto nos parágrafos anteriores, o voto inicia tratando da visão equivocada, em face da norma constitucional brasileira, da tese de aceitação de leis que retroajam, seja qual for sua gradação: máxima ou mínima, de modo a não caber na argumentação da possibilidade regular efeitos pretéritos à distinção entre lei de ordem pública ou privada. Para ilustrar o exposto, transcreve-se parágrafo da página quatro do voto do relator Moreira Alves:

Esse preceito constitucional (inciso XXXVI) se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Já na representação de inconstitucionalidade nº 1.451, salientei em voto que preferi como relator: Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente.

Resta claro, considerando a norma constitucional decorrente da interpretação do artigo 5º, no inciso XXXVI, a norma infraconstitucional deduzida do artigo 6º da Lei de introdução às normas do Direito Civil brasileiro, e a *ratio decidendi* exposto na ADI 493, que o artigo 10 do Projeto de Lei 1.179/2020 não teria aplicabilidade, pelo primeiro motivo de que ele visava conceder moratória ao inquilino de imóveis residenciais e comerciais, desde que fossem comprovadas certas condições, como perda de renda ou, até mesmo, do emprego. Na análise, fica indene de dúvidas que a regra contida no projeto tinha intenção de regular contratos já existentes, em franca tensão axiológica com a tutela da retroatividade mínima das leis.

Mas, além da questão do respeito ao ato jurídico perfeito, pode-se considerar a problemática do contrato continuado: novas situações imprevistas e imprevisíveis que alteram substancialmente as condições de mercado podem gerar o entendimento de que o contrato não está fundamentalmente concluído. Porém, ainda aqui, a opção de fechamento do contrato deveria ser prioritariamente privada mesmo limitada por condicionamentos legais, e isso tanto em razão da primazia da vontade como por vários outros motivos:

- a) não houve assimetria informativa, uma vez que a Covid-19 não era passível de antecipação por nenhuma das partes;
- b) *a priori*, não se pode identificar qual das partes apresenta o maior grau de hipossuficiência, uma vez que, também, o locador é passível de se encontrar inativo e desempregado;
- c) não há evidência nem razoabilidade em se supor que os custos de uma nova transação aparentam ser maiores do que os custos de uma legislação que possibilite moratória geral retroativa;
- d) a impossibilidade de se detectar as consequências da moratória na economia, em especial, diante da relevância da atividade imobiliária ao mercado, à cadeia produtiva e à habitação; e



e) estar-se-ia a transferir para um agente privado a responsabilidade por outro agente privado, sem que se levasse em consideração a capacidade econômica, que é a medida que deve ser utilizada pelo poder público para distribuir o ônus do custo dos direitos sociais por entre a sociedade.

Contudo, em vez de assim o fazer, longa é a tradição de atribuir ao agente privado a responsabilidade que seria do Estado, por simples razão da atividade que exerce – imobiliária e escolar, por exemplo –, mas sem lhe examinar as reais possibilidades econômicas. Por meio disso, várias leis protetivas, desastrosamente genéricas e sem uma adequada avaliação de impactos legislativos<sup>33</sup>, levam a situações de injustiça e ineficácia, já que sua aplicação resulta na impossibilidade de manutenção da propriedade ou da profissão a alguns (ou muitos) titulares em razão dos ônus desproporcionais que lhes impõe. Ao final e substancialmente, fica a pergunta: a moratória geral e retroativa estaria a distribuir de maneira ótima o bem-estar do contrato?

Cabe esclarecer que a regra de moratória proposta no projeto de lei não tratava de extinção de índice inflacionário<sup>34</sup> (não há direito adquirido a padrão monetário) e não propunha a criação de outro, ou seja, dela não decorre alternativa à continuidade do preceito anterior; antes, estabelece moratória, modificando tempo do pagamento. Ressalta-se que a regra só seria aplicada aos contratos ou aditivos de fixação de aluguel e tempo do pagamento firmados após 20 de março de 2020, limitados ao termo 30 de outubro de 2020. Felizmente, conforme já dissertado, a Lei 14.010/2020, à exceção do *caput* do art. 9º, cujo veto foi derrubado no Congresso Nacional, praticamente nada regulou acerca da relação locacional<sup>35</sup>.

A pandemia de Covid-19 levou o Congresso Nacional a aprovar, após provocação da Presidência da República, o estado de calamidade pública. O Decreto Legislativo 006, de 20 de março de 2020 – expedida com base no artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar 101/2000, que suspende os resultados fiscais e limitação de empenho na ocorrência de calamidade pública, mais recentemente submetida à reforma pela Lei Complementar 173/2020<sup>36</sup> –, além da declaração, formou grupo de trabalho, para, em conjunto com Ministros de Estado, especialmente, o da Economia, realizar audiência pública para apresentação e avaliação de relatório circunstanciado da situação fiscal e da execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao Covid-19.

O estudo das legislações informadas, especialmente, os artigos do Decreto Legislativo 006, combinados com o artigo 65 da LRF, demonstra que não há qualquer preceito que autorize intervenção do Estado em contratos negociados entre particulares; as autorizações criadas dizem respeito a contratações realizadas pelo Poder Público. A análise dos artigos 137, 148, 167, inciso XIII, § 3º, todos da Constituição da República de 1988, que tratam da decretação do estado de sítio, da instituição de empréstimo compulsório para casos de calamidade pública, e da abertura excepcional de crédito extraordinário em caso de calamidade pública

---

33 MENEGUIN, Fernando B. *Avaliação de impacto legislativo no Brasil*. 2010. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. (Textos para Discussão, 70)

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 114.982/RS. Locação. Plano cruzado. Alegação de ofensa ao § 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69. Decreto-Lei nº 2.290/86 e Decreto nº 92.592/86. [...]. Recorrente: Segamar Empreendimentos Imobiliários Ltda. Recorrido: Sid Informática S/A. Relator: Min. Moreira Alves, 30 set. 1990. *Diário da Justiça*, Brasília, 01 mar. 1991, p. 1808.

35 BRASIL. *Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília: Presidência da República, 2020.

36 BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000.

ou guerra, por exemplo, não trazem qualquer norma ou preceito que relativize, mesmo que após um acurado sopesamento, o preceito do inciso XXXVI do artigo 5º da mesma Carta.

Mesmo o estado de sítio, que pode ser caracterizado como uma medida legal de urgência, que restringe vários direitos fundamentais, como, por exemplo, a obrigação de permanência em localidade determinada, restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, nada trata de possibilidade excepcional de lei posterior modificar preceitos acordados anteriormente.

A conclusão que se extrai é que a vigência e aplicação da regra proposta, permitindo a suspensão do pagamento de aluguel referente à locação de imóvel urbano, mesmo durante o período excepcional vivenciado pela sociedade brasileira no ano de 2020 e o aspecto social da medida, em face à superação da vontade e, conseqüentemente, do ato jurídico perfeito, seriam inviáveis, por vício constitucional. Acrescenta-se ainda, considerando a fundamentação apresentada, que a regra da moratória pode ser caracterizada pela ausência de sensibilidade aos vários elementos econômicos pelos quais a medida deveria ser tomada.

Numa análise da Ordem Econômica, o intervencionismo estatal proposto originalmente vai de encontro à determinação do art. 174 da Constituição, a regulamentar a intervenção indireta do Estado nas atividades econômicas, uma intervenção sobre o domínio econômico, dando-se preferência a políticas de incentivo, ou de intervenção por indução, em detrimento da adoção de medidas restritivas da liberdade de ação dos particulares<sup>37</sup>. As medidas de indução promovem a proteção do direito fundamental de liberdade, permitindo às partes do contrato chegarem às suas próprias soluções, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, que podem implicar, por exemplo, no lugar de moratória, o oferecimento de abatimentos, a apresentação de novo calendário de desembolso e a possibilidade de renegociação, tudo dentro da liberdade de contratar. Em contrapartida, as medidas de indução podem estimular os agentes econômicos a tomarem decisões segundo o interesse público, adotando-se o Estado brasileiro uma postura paternalista libertária, com a sugestão estatal de melhores soluções<sup>38</sup>. Acaso aprovada fosse a redação original do art. 10, haveria ainda um estímulo à litigiosidade pré-fabricada pelo Estado, capaz de ensejar custos desnecessários ao Poder Judiciário. Por outro lado, as partes sempre poderão recorrer ao Poder Judiciário para sustentar a aplicação dos princípios da função social, insculpido no art. 421 do Código Civil, e do equilíbrio econômico aos contratos<sup>39</sup>.

A intervenção do Estado na economia, nessas situações, poderia até se dar com linha de crédito estatal aos inquilinos com dificuldades, mas nunca à custa do desrespeito aos preceitos do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição e 1988 e do artigo 6º da LINDB. O texto de moratória proposto, também, seria uma afronta ao princípio da função social do contrato ao desconsiderar a posição econômica do locador e a quebra de um setor produtivo essencial para o desenvolvimento econômico. Em questões de planejamento estatal, não se pode perder por perspectiva que a profissão e a propriedade, também, beneficiam seu titular, que não pode ser o aprioristicamente responsabilizado ou o garantidor universal da economia por uma posição de investidor ou titular da riqueza.

Por certo que o esforço é conjunto, e que a justiça e eficiência demandam um reajustamento de condutas, provavelmente, mediante a oneração do economicamente mais

37 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146-147.

38 LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; CIDRÃO, Tais Vasconcelos. Paternalismo: uma ideia viável? *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 8, n. 1, p. 273-288, jan./jun. 2017.

39 NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: títulos de crédito e contratos empresariais*. 9. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020, p.228-230; 237-238.

forte: isso é feito em matéria tributária e em legislações especiais do Direito Privado. Mas, em ambas, a presunção do mais forte deve ser atrelada a fatores contingenciais revestidos de normalidades, de maneira a não se perder a utilidade econômica do direito. A Lei da Liberdade Econômica, por oportuno, promoveu a presunção *juris tantum* de paridade contratual com a introdução do art. 421-A, somente superável diante de elementos concretos capazes de demonstrar a situação de dependência unilateral.

Não resta dúvida que, ao inquilino, seria e é viável, em face da legislação vigente, interpor pedido de revisão do aluguel com base no artigo 19 da Lei 8.245/91, caso existam os requisitos, como, por exemplo, o período de três anos do último ajuste, ou até se utilizar da fundamentação do artigo 317 do Código Civil para obtenção de abatimento ou até a moratória. É público e notório que a pandemia constitui um fato imprevisível e de consequências incalculáveis, e é certo que o juiz, ao revisar a obrigação, também, deve levar em consideração a situação econômica do locador.

Embora o RJET praticamente não tenha apresentado qualquer regra de natureza transitória frente à emergência provocada pela Covid-19 que modificasse a Lei do Inquilinato, alguns Estados vêm legislando sobre relações obrigacionais, concedendo remissão parcial, considerando o direito do consumidor e as relações decorrentes, sob fundamentos distintos – haja vista que direito do consumidor, como ramo do direito civil, é matéria de competência da União. No Estado do Ceará, por exemplo, há a Lei 17.208/2020, que concedeu descontos às mensalidades escolares durante o período de calamidade provocado pela Covid-19<sup>40</sup>, assim como regras em países estrangeiros, como na Inglaterra, que suspenderam ações de despejos e possessórias por até três meses, diante da referida pandemia<sup>41</sup>.

Mesmo não sendo objeto de estudo principal do presente artigo a discussão quanto à natureza jurídica específica do contrato de locação e sua interface com o Código de Defesa do Consumidor, afirma-se que a relação locacional não constitui relação de consumo, com remissão ao precedente do REsp. 475.220/GO: não têm os Estados federados brasileiros competências para regular moratória ou remissão em contratos de locação de imóvel urbano.

[...] O posto revendedor de combustível recorrido não se enquadra no conceito de consumidor final (art. 2º, caput, do CDC), haja vista estar o contrato que celebrou com recorrente vinculado à sua atividade lucrativa, motivo porque inaplicável, enfim, nas relações que mantém entre si, o disposto do Código de Defesa do Consumidor. A incidir, in casu, as normas da Lei do Inquilinato, reconhecida a relação jurídica advinda de um contrato de locação firmado entre Shell do Brasil e Auto Posto Kakareco V. [...] (REsp 475.220/GO, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 24/06/2003, DJ 15/09/2003, p. 414)<sup>42</sup>

Ressalta-se, no entanto, o entendimento em contrário desenvolvido por Venosa<sup>43</sup>, o qual deve ser observado *cum grano salis* e diante de circunstâncias específicas do caso concreto. Peghini<sup>44</sup> sumariza as situações que entende passíveis de aplicação do regime jurídico consumerista, nas hipóteses de relações extracontratuais do consumidor por equiparação e

---

40 CEARÁ. Lei n.º 17.208, de 11.05.2020. Dispõe sobre ações de proteção aos consumidores da rede privada de ensino durante o plano de contingência do novo Coronavírus (Covid-19). Fortaleza: Governo do Estado do Ceará, 2020.

41 UNITED KINGDOM. Ministry of Housing, Communities & Local Government. Government support available for landlords and renters reflecting the current coronavirus (COVID-19) outbreak: Measures to protect renters affected by coronavirus (COVID-19). *GOV.UK*, London, 26 mar. 2020.

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Especial 475.220/GO. Civil. Recurso Especial. Contrato De Locação. Redistribuidora De Combustíveis E Posto Revendedor. [...]. Recorrente: Raizen Combustíveis S/A. Recorrido: Auto Posto Kakareco V Ltda. Relator: Min. Paulo Medina, 24 jun. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 set. 2003, p. 414.

43 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

44 50 PEGHINI, Cesar Calo. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias urbanas. *Revista de Direito Brasileira*, Brasília, ano 4, v. 8, p. 71-93, maio/ago. 2014, p. 91.

nas contratuais quando há intermediação por empresa especializada ou quando se tratar de locadora profissional, que faz da locação como atividade econômica principal.

No caso brasileiro, considerando a citada lei estadual, aplica-se a argumentação exposta neste artigo, mesmo considerando a emergência. Escolhas devem ser realizadas pelo agente estatal em momentos de calamidade, mas se questiona se os espíritos desses tipos de leis citadas neste estudo são capazes de manter os contratos vigentes e eficazes, preocupação do Estado em face à manutenção da atividade econômica em serviços de natureza essencial.

Resta claro que a relação de equilíbrio e paridade entre as partes, além do cumprimento do princípio da solidariedade, constitui fator primordial, mas a quebra da cadeia de serviço locacional, beneficiando apenas uma das partes, tem o poder de ocasionar problema sistêmico de difícil solução. Salienta-se, mais uma vez, que a melhor escolha seria a adoção de uma postura de intervenção por indução, com a liberação de crédito para fim específico de segurar os contratos de locação por certo período no caso de contratos de locação que optassem pela realização de desconto.

## 5 CONCLUSÃO

As conclusões obtidas com a pesquisa, que trata da possibilidade de lei conceder moratória a inquilinos por determinado espaço de tempo, em face do princípio da função social do contrato e da intervenção do Estado na economia, podem ser sintetizadas nos seguintes pontos:

- a) a regra que instituía a moratória por um período de tempo, em contrato de locação de imóvel urbano, constante no Projeto de Lei 1.179/2020, que se transformou na Lei 14.010/2020, se tivesse sido aprovada e sancionada, mesmo considerando o período excepcional vivenciado pela sociedade brasileira no ano de 2020 e o aspecto social da medida, seria de natureza inconstitucional diante do princípio da segurança jurídica ou da retroatividade mínima, insculpido no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República de 1988;
- b) ao inquilino é viável, frente à legislação vigente, interpor pedido de revisão do aluguel com base no artigo 19 da Lei 8.245/91 caso presentes os requisitos legais como, por exemplo, o decurso do triênio desde o último ajuste, ou até se valer da fundamentação do artigo 317 do Código Civil para obtenção de abatimento ou até moratória, à luz da evidência incontestável de imprevisibilidade e impactos econômicos significativos ocasionados pela pandemia do Covid-19;
- c) a intervenção do Estado na economia, em situações de contrato de trato sucessivo, especificamente através de lei, não poderia ocorrer em violação ao ato jurídico perfeito nos moldes de uma intervenção diretiva que enrijece as relações jurídicas contratuais a um padrão normal, mas poderia assentar na forma de incentivo, orientando os agentes econômicos a se organizarem e tomarem decisões de acordo com o interesse público estatal, privilegiando o direito fundamental de liberdade do art. 5º, *caput*, da Constituição, que resvala na liberdade de contratar;
- d) a proposta legislativa de moratória *tout court*, sem uma adequada avaliação de impactos legislativos, seria ainda uma afronta ao princípio da função social do contrato ao desconsiderar as diferentes e variadas situações econômica do locador e as múltiplas e criativas formas de ajustar o contrato diante da situação de crise, podendo até mesmo implicar um efeito ricochete, a estiular uma reação em cadeia para a quebra de um setor produtivo essencial para o desenvolvimento econômico.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Inovações da lei de locação. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, Bauru, SP, v. 45, n. 55, 2011. Disponível em: <http://ojs.ite.edu.br/index.php/ripe/article/view/184>. Acesso em: 22 set. 2020.

ARANTES, Isabella Branquinho; MILAN, Victor Hugo Polim. Negócios jurídicos processuais aplicados aos contratos de locação de imóveis urbanos. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 3, n. 1, p. 325-347, jun. 2018. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/735>. Acesso em: 22 set. 2020.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis...; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. *Mensagem nº 331, de 10 de junho de 2020*. Veto ao Projeto de Lei nº 1.179. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm). Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 356, de 11 de março de 2020*. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1179, de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Autoria Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Especial 475.220/GO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATODE LOCAÇÃO. REDISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E POSTO REVENDEDOR. [...]. Recorrente: Raízen Combustíveis S/A. Recorrido: Auto Posto Kakareko V Ltda. Relator: Min. Paulo



Medina, 24 jun. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 set. 2003, p. 414. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 25 jun. 1992. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 set. 1992, p. 14089. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 114.982/RS. Locação. Plano cruzado. Alegação de ofensa ao § 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69. Decreto-Lei nº 2.290/86 e Decreto nº 92.592/86. [...]. Recorrente: Segamar Empreendimentos Imobiliários Ltda. Recorrido: Sid Informática S/A. Relator: Min. Moreira Alves, 30 set. 1990. *Diário da Justiça*, Brasília, 01 mar. 1991, p. 1808. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 22 set. 2020.

CANUTO, Pollyana Jorge; LIMA, Luana de Souza; BARBOSA, Hevilyn Cecilia Ventura; BEZERRA, Kalyne Araújo. Repercussões do isolamento social diante da pandemia Covid-19: abordando os impactos na população. *Hygeia: Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde*, Edição Especial: Covid-19, p. 122-131, jun. 2020. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/hygeia/article/view/54398/>. Acesso em: 22 set. 2020.

CARVALHO, Daniel Melo Nunes de; VIEIRA, Marco André Ramos; VARANDAS JÚNIOR, Paulo. O novo coronavírus e a revisão dos contratos de locação. *Migalhas*, Ribeirão Preto, Migalhas de Peso, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322705/o-novo-coronavirus-e-a-revisao-dos-contratos-de-locacao>. Acesso em: 22 set. 2020.

CEARÁ. *Lei n.º 17.208, de 11.05.2020*. Dispõe sobre ações de proteção aos consumidores da rede privada de ensino durante o plano de contingência do novo Coronavírus (Covid-19). Fortaleza: Governo do Estado do Ceará, 2020. Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2020/17208.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

COSTA, Dilvanir José da. O sistema da locação predial no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 39, p. 143-167, 2001. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1193>. Acesso em: 22 set. 2020.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; WEBBER, Suelen. O direito de propriedade e a supremacia do interesse público sobre o privado na era de adaptação às mudanças climáticas. *Revista Jurídica da FA7*, v. 13, n. 2, 2016. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/63>. Acesso em: 27 jul. 2020

FORTALEZA tem déficit habitacional de 130 mil moradias, aponta Defensoria Pública. *G1*, Ceará, 7 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/09/07/fortaleza-tem-deficit-habitacional-de-130-mil-moradias-aponta-defensoria-publica.ghtml>. Acesso em:

HAYEK, Friedrich A. von. *Law, legislation, and liberty; a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Vol. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1983.

HIRATA, Alessandro; TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso. Built to suit: dos aspectos contratuais ao direito de superfície. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 145-165, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/4134>. Acesso em: 22 set. 2020.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Paternalismo: uma ideia viável? *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 8, n. 1, p. 273-288, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/437>. Acesso em: 22 set. 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Precedente e norma: usam-se precedentes Judiciais como se aplicam normas legislativas? *Revista Opinião Jurídica*, v. 10, n. 14, 2012. p. 231-252.

MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/429>. Acesso em: 22 set. 2020.

MENEGUIN, Fernando B. *Avaliação de impacto legislativo no Brasil*. 2010. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. (Textos para Discussão, 70). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-70-avaliacao-de-impacto-legislativo-no-brasil>. Acesso em: 22 set. 2020.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa: títulos de crédito e contratos empresariais*. 9. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

PASTERNAK, Suzana; BÓGUS, Lucia Maria Machado. Habitação de aluguel no Brasil e em São Paulo. *Cad. CRH*, Salvador, v. 27, n. 71, jun./ago. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-49792014000200002>. Acesso em: 27 jul. 2020.

PEGHINI, Cesar Calo. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias urbanas. *Revista de Direito Brasileira*, Brasília, ano 4, v. 8, p. 71-93, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2882>. Acesso em: 22 set. 2020.

PINTO, Felipe C; SANTOS, Larissa Dias Puerta dos; ROCHA, Jaqueline P. J. O IPTU Progressivo Como Instrumento de Política Urbana: Análise dos Dados Elaborados no Município de São Paulo. *Revista de Direito Público - RDP*, Brasília, Volume 17, n. 91, 323-346, jan./fev. 2020.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 7/8, p. 340-353, 2003/2004. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11138>. Acesso em: 22 set. 2020.

SÃO PAULO. Quarentena em SP segura pico da pandemia e impede sobrecarga de leitos, aponta estudo. *Portal do Governo do Estado de São Paulo*, São Paulo, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/quarentena-em-sp-segura-pico-da-pandemia-e-impede-sobrecarga-de-leitos-aponta-estudo/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. Responsabilidade civil e contratos de locação predial urbana. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 7, p. 187-202, 2010. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/145/>. Acesso em: 22 set. 2020.

SOUZA, Silvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

UNITED KINGDOM. Ministry of Housing, Communities & Local Government. Government support available for landlords and renters reflecting the current coronavirus (COVID-19) outbreak: Measures to protect renters affected by coronavirus (COVID-19). *GOV.UK*, London, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/government-support-available-for-landlords-and-renters-reflecting-the-current-coronavirus-covid-19-outbreak>. Acesso em: 27 jul. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

WHO. *DRAFT landscape of COVID-19 candidate vaccines* – 21 September 2020. Geneva: WHO, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/draft-landscape-of-covid-19-candidate-vaccines>. Acesso em: 22 set. 2020.

# **SEÇÃO V**

**DIREITO DIGITAL, NOVAS TECNOLOGIAS  
E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:  
IMPACTOS TECNOLÓGICOS  
DEMANDADOS PELO CORONAVÍRUS**

# E QUANDO O ALGORITMO ERRA? REFLEXÃO A PROPÓSITO DA PANDEMIA DE COVID-19<sup>1</sup>

**Mafalda Miranda Barbosa**

Univ Coimbra, University of Coimbra Institute for Legal Research, FDUC. Professora Associada. Doutora em Direito pela Universidade de Direito de Coimbra, Portugal.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A dimensão do problema; 3 Os princípios contratuais relevantes; 4 Meios para a solução do problema; 5 Shopping centers; 6 Pontos residuais; 7 À guisa de conclusão. Referências.

---

<sup>1</sup> O texto que se apresenta corresponde à intervenção na conferência com o mesmo título, na *X Semana Jurídica 2020 – Impactos da Covid-19 no Direito*, organizada pela Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva – Brasil.



## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia de covid-19 gerou, aos mais diversos níveis, profundos prejuízos. Ultrapassada a primeira fase de propagação da doença, começam agora a suscitar-se problemas relativos aos danos experimentados, quer tenham sido provocados direta ou indiretamente pela contaminação, quer tenham sido causados pelas medidas de contenção aprovadas para sustentar a epidemia. Por outro lado, o aparecimento súbito dos focos epidémicos, a gerar alterações inesperada nos mais diversos aspetos da vida, determina consequências ao nível contratual.

Nas páginas que se seguem, procuraremos identificar alguns dos nódulos problemáticos dos reflexos da pandemia de covid-19, ao nível contratual e extracontratual. Fá-lo-emos de modo propositadamente sucinto, estabelecendo apenas um quadro geral de compreensão do novo contexto jurídico que se desenha no horizonte. De facto, a nossa preocupação será responder à questão: *e quando o algoritmo erra?* Ou seja, quem responsabilizar se a adoção de medidas de contenção da epidemia ou a falta delas se tiver baseado em dados preditivos gerados por modelos computacionais dotados de inteligência artificial?

Para tanto, será essencial confrontarmo-nos com o problema mais vasto da responsabilidade pelos danos causados por entes dotados de inteligência artificial, a desafiar a tradicional dogmática aquiliana.

## 2 PROBLEMAS JURIDICAMENTE RELEVANTES SUSCITADOS PELA COVID-19: O DOMÍNIO CONTRATUAL E O DOMÍNIO DELITUAL

Em termos gerais, pode afirmar-se que a covid-19 se projeta negativa e positivamente ao nível da responsabilidade civil.

Assim, negativamente, a covid-19 pode conduzir a uma exclusão da responsabilidade. Tal é notório (também) ao nível contratual. Em face da não realização de uma prestação pelo devedor, poder-se-á excluir a responsabilidade pela intervenção da ideia de caso de força maior. Em rigor, não se chegará, nessas hipóteses abstratamente consideradas, a verificar o incumprimento – na medida em que este seja indissociável da culpa –, gerando-se uma situação de impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor, que conduzirá à extinção da obrigação, ou, caso seja temporária, ao afastamento das consequências da mora. Fundamental é, a este ensejo, ter em conta a distinção entre as hipóteses de impossibilidade (nas qual se incluirá também, na esteira do direito alemão, a impossibilidade moral e a impossibilidade prática) e as situações em que, não havendo impossibilidade, a realização da prestação poria em causa os ditames impostos pela boa-fé. O instituto da alteração superveniente das circunstâncias torna-se, então, operante, podendo conduzir à resolução ou à modificação dos termos do negócio. Não obstante esta possibilidade, estando em causa uma “alteração na grande base do negócio”, o que afeta um larguíssimo número de negócios jurídicos, alguns países europeus têm procurado adotar medidas legislativas que, de algum modo, tutelem a posição dos contraentes.

Positivamente, a covid-19 poderá alicerçar uma pretensão indemnizatória. Se não é difícil imaginar (ou mesmo constatar) os danos que podem emergir numa situação de contágio ou de suspeita de contágio, a necessária conjugação de diversos pressupostos da responsabilidade civil pode determinar maiores problemas. O fundamental será, então, tentar perceber – em termos esquemáticos – quais as diversas possibilidades de surgimento de uma pretensão indemnizatória ao nível delitual. O ordenamento jurídico português, com a sua

matriz própria, acaba por nos oferecer algumas respostas.

Ao ponderarmos as implicações que a covid-19 pode ter em sede de responsabilidade civil, a primeira hipótese com que temos de nos confrontar tem de nos fazer viajar no tempo, para recuarmos ao momento em que a epidemia era apenas uma ameaça. Surgida na China, em finais de dezembro de 2019, rapidamente se percebeu que, fruto da globalização, seria exportada para o resto do mundo. Os infetados iam-se multiplicando um pouco por toda a parte, ao ponto de, repentinamente, a entrada de nacionais de determinados países ou de portugueses que houvessem viajado para certos destinos configurar um risco com que as autoridades de saúde haveriam de ter de lidar. A verdade, porém, é que a estratégia dos responsáveis pela área da saúde nunca passou por uma política de contenção severa, com imposição de formas de quarentena obrigatória. Por outro lado, mesmo conscientes da existência de um período de incubação, as autoridades sanitárias não foram pródigas em aconselhar o distanciamento social, levando, em alguns casos, pessoas que estavam infetadas a trabalhar em ambientes partilhados por muitas pessoas (escolas, fábricas, etc.). A pergunta que se coloca, em primeiro lugar, é: pode o Estado ser responsabilizado?

A questão não pode ser respondida sem mais. Pelo contrário, haveremos de ter em conta diversas sub-hipóteses. Pode ou não o Estado ser responsabilizado pela lesão da saúde e/ou da vida de uma pessoa contagiada? Pode ou não o Estado ser responsabilizado pelas perdas patrimoniais sofridas por uma sociedade comercial que, fruto desse mesmo contágio, teve de suspender a produção de uma unidade fabril de que é proprietária?

Nos termos do artigo 9º Lei nº67/2007, que disciplina a Responsabilidade Extracontratual do Estado em Portugal, consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos. A norma faz apelo, em simultâneo, à ilicitude do resultado e à ilicitude da conduta, ao exigir a violação de princípios e normas constitucionais, legais ou regulamentares, a infração de regras de ordem técnica ou de deveres objetivos de cuidado, por um lado, e, por outro lado, a lesão de um direito ou interesse legalmente protegido. À luz deste dispositivo, olhemos para uma hipótese prática.

A é contagiado por B, que tinha chegado a Portugal poucos dias antes, vindo de um país de contágio. As autoridades de saúde desvalorizaram o facto e informaram-no que poderia ir trabalhar, desde que cumprisse determinadas orientações de higienização das mãos e de etiqueta respiratória. Verificando-se o contágio, há claramente violação de um direito absoluto de A, o que nos permite concluir que o desvalor do resultado se cumpre. Resta, portanto, indagar pelo desvalor da conduta. O problema está em saber se, com a conduta, os agentes do Estado violaram ou não determinadas regras técnicas, determinados deveres de cuidado ou mesmo (e eventualmente) um princípio jurídico, qual seja o princípio da precaução. A resposta que para ele se encontra passará pela descoberta das orientações técnico-científicas vigentes no momento da prestação do conselho/informação, para o que será relevante conhecer as instruções fornecidas pela OMS. Se é verdade que o princípio da precaução nos pode fazer recuar as medidas preventivas, também é certo que a sua mobilização em concreto pode ficar dependente da perceção do risco que seja ou tenha sido oferecida pelos organismos internacionais em matéria de saúde pública. A eventual responsabilidade do Estado pelo contágio com covid-19 fica, assim, dependente da resposta que se encontra para estas questões, a envolver uma análise técnico-científica. Sublinhe-se, porém, a abertura que se verifica no sentido da possível responsabilização.

Os termos da equação diferem, contudo, se a nossa hipótese se centrar no dano sofrido

pela pessoa coletiva proprietária da unidade fabril que deixou de laborar. Nesse caso, se a questão da violação do dever, norma ou princípio se mantém inalterada, difere a ponderação da ilicitude do resultado, já que pode não ser imediatamente discernível a violação de um direito ou interesse protegido. De todo o modo, pode aventar-se a possível lesão de um direito à liberdade de iniciativa económica, consoante os contornos do caso concreto. Fora desta hipótese heurística, a única via para afirmar a ilicitude passa pela consideração do princípio da precaução na sua ligação aos interesses patrimoniais afetados. O que se terá de questionar é se entre os diversos interesses tutelados pela norma ou princípio violados se integravam ou não tais interesses patrimoniais. O problema é, portanto, o da causalidade (imputação) a este nível. Repare-se, porém, que tal questão não se elimina quando se consiga discernir a violação do direito de propriedade ou outro direito absoluto. E a resposta que pare ele se encontra não surge automaticamente, antes suscitando muitas dúvidas e requerendo uma análise mais alargada sobre o tópico.

O covid-19 faz-nos confrontar com uma situação complexa: não está em causa uma mera operação material, assente em critérios técnicos; não está apenas em causa o cumprimento ou não cumprimento de uma norma habilitante. Estamos num domínio de atuação eivado pela nota da incerteza, que convoca um nível de discricionariedade muito amplo, fazendo confluir critérios técnico-sanitários e critérios políticos. O ponto de partida para a construção de uma esfera de risco/responsabilidade (a partir da qual podemos pensar a imputação) terá de ser então encontrado numa posição de soberania animada por uma ideia de cuidado com o outro, por ser a salvaguarda da vida e da saúde dos cidadãos um dos aspetos prioritários da atuação do Estado. O busílis da questão reside em saber se as autoridades sanitárias violaram ou não algum dever. Posto isto, serão responsáveis por qualquer lesão que abstratamente pudesse ter sido evitada pelo seu cumprimento. Afastar-se-á, contudo, a imputação se se concluir que a emergência pandémica constitui, para este efeito, um caso de força maior. No fundo, haveremos de questionar se estava dentro do controlo do Estado conter a epidemia ou se a inevitabilidade, a extraordinariedade, a excecionalidade e a invencibilidade eram as palavras de ordem.

Impõe-se, ademais, tal como ao nível da responsabilidade de direito privado, o confronto com outras esferas de risco, designadamente a esfera de risco geral da vida, a esfera de risco do lesado e a esfera de risco de um terceiro. No que à primeira diz respeito, podemos afirmar que não haverá imputação se o comportamento do sujeito apenas determinou a presença do bem jurídico no tempo e espaço da lesão. Tudo depende, então, do momento da epidemia em que a contaminação ocorre. Se a entidade pública sanitária aconselha um sujeito a ir trabalhar, sabendo que tinha sido detetado nas instalações uma infeção por covid-19, haverá responsabilidade se os factos ocorrerem num momento de contenção da doença, em que o risco não está igualmente disseminado por todo o lado. Mas já não numa situação de transmissão comunitária, em que o contágio se poderia dar em qualquer circunstância.

No tocante à esfera de risco/responsabilidade do lesado, haveremos de ter em conta outros parâmetros. Particularmente importante é, no quadro da atuação do Estado-Administrador, o disposto no artigo 4º Lei nº67/2007, nos termos do qual, “quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do ato jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”. O preceito reproduz, adaptado à intencionalidade das relações jurídico-publicistas, a lição do artigo 570º CC. O que resulta

dele, portanto, é a possibilidade de dupla interpretação, quer no sentido da fundamentação da responsabilidade, quer no sentido do seu preenchimento. Note-se, contudo, que o preceito só é mobilizável quando o comportamento do lesado seja livre, e para aferir a liberdade inerente ao mesmo haveremos de lançar mão de critérios de imputação objetiva. O estatuto de autoridade do ente público e dos seus agentes e funcionários será aqui determinante.

Acresce que, em causa pode, eventualmente, não estar o contágio em si mesmo, mas o agravamento do quadro clínico do sujeito por não haver um diagnóstico atempado, pela recusa de submissão a testes. A predisposição constitucional do lesado – o seu estado de saúde prévio – não é de molde a afastar a responsabilidade do ente público. Ademais, numa situação em que o lesado/contagiado assume um comportamento que agrava a sintomatologia e o prognóstico, estando ele guiado pelas instruções das autoridades sanitárias, podemos dizer que o seu comportamento não é livre: a omissão de informações ou a prestação de informações incorretas determina que o ente público avoque para si uma esfera de risco que corria naturalmente por conta da vítima.

Finalmente, haveremos de ter em conta a esfera de risco/responsabilidade de um terceiro, que não terá de ser um ente público.

A questão da responsabilização pode ocorrer também por referência a uma pessoa singular. A contagia B com o covid-19. Poderá ser por isso responsabilizado? A resposta não é inequívoca. Tudo depende das especificidades do caso concreto. Desde logo, haveremos de estabelecer uma distinção entre as situações em que A sabe que contraiu a doença ou suspeita que pode ter contraído e as situações em que A julga estar saudável. Nesta última hipótese, é de excluir a responsabilidade. Falha, *a priori*, a culpa – a A não era exigível, em face do que conhecia, que adotasse um outro comportamento. Mas, estando ciente da sua doença ou sendo-lhe exigível que dela desconfiasse, a responsabilidade afirmar-se-á. Não só é, nesse caso, desvelável a culpa, como se constata a ilicitude. Esta pode, aliás, ser determinada por duas vias. Em primeiro lugar, pela violação de um direito absoluto (saúde ou vida), lesão essa que terá de ser reconduzida ao comportamento do lesante segundo os critérios de imputação objetiva. E quanto a estes, perante o circunstancialismo que estamos a considerar, parecem não surgir dúvidas. Em segundo lugar, pela violação de uma disposição legal de proteção de interesses alheios, com as consequências dogmáticas, sobretudo ao nível da prova da culpa, que se conhecem<sup>2</sup>. Na verdade, o artigo 283<sup>o</sup>/1 a) C. Penal condena quem propagar doença contagiosa, podendo compreender-se a disposição criminal como uma dessas normas legais de proteção de interesses alheios a que nos referimos. Não obstante esta nota, importa sublinhar que, tratando-se de um crime de resultado, o impacto dogmático da sua chamada à colação para efeitos de responsabilidade civil será diminuto<sup>3</sup>. Em qualquer dos casos exige-se o conhecimento prévio da doença, a sua cognoscibilidade ou a suspeita de que a mesma possa existir. Mais relevante podem ser, por isso, as normas decretadas no quadro da declaração de estado de emergência. Sendo normas emanadas por um órgão com legitimidade para impor comandos normativos, visando proteger não só a saúde pública, mas também os interesses particulares dos possíveis infetados, contra um risco específico, parece não haver dúvidas que as mesmas podem ser qualificadas como disposições legais de proteção de interesses alheios, antecipando-se a tutela<sup>4</sup>. A sua violação

2 Os autores apontam, também, consequências ao nível da causalidade, mas, como tivemos oportunidade de sublinhar a outro ensejo, elas não devem ser sobrevalorizadas. Cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncipe, 2017, p.168 s.

3 MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p.239 s.

4 BÜGGERMEIER, Gert. *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*. Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 2006, p.537 s. Veja-se, ainda, RÜMELIN, Max Friedrich Gustav Von. Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf und Civilrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, Heft 2, 1900, p.186 s.; KNÖPFLE, Robert. Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, p.697-702; CANARIS, C.-W. Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten. *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*. München: Beck, 1983, p.49 s.; DÖRNER, Heinrich. Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung. *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, 1987, p.522 s.

permite assim desvelar a ilicitude, restando saber se a lesão concretamente verificada se pode ou não reconduzir à esfera de proteção da norma.

Ocorrendo um contágio, não será difícil estabelecer um início de imputação, nestes termos. Maiores dificuldades haverá, contudo, no que diz respeito à lesão dos interesses patrimoniais das pessoas coletivas. A resposta ficará dependente da análise que se possa estabelecer da norma, quanto ao seu âmbito de proteção. Poderemos encontrar no seu âmbito de proteção a tutela de interesses patrimoniais (ainda que não puros)?

De todo o modo, a imputação de que se cura não pode dar-se por solucionada sem mais. Tal como vimos anteriormente, impõe-se o confronto com outras esferas de risco/responsabilidade. Ora, é exatamente a contemplação da esfera de risco geral da vida que nos pode conduzir a interrogações várias. O critério é o de que o lesante não deve ser responsabilizado quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo<sup>5</sup>. Trimarchi oferece-nos o arrimo doutrinal aqui abraçado, justificando-o à luz da teleologia primária da responsabilidade extracontratual e da sua finalidade essencialmente ou primacialmente reparatória, e refratando-o em dois pontos essenciais: a vítima não tem direito a ser garantida contra o risco a que estaria substancialmente exposta mesmo que o ato ilícito não tivesse tido lugar; e desde que o risco do evento danoso daquele tipo se distribua de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço<sup>6</sup>.

Aceitando como prestimoso o dado, não deixamos de sublinhar que a ancoragem imputacional nele se compreende, aos nossos olhos, à luz da falta de conexão funcional com a esfera de risco demarcada pelo agente. Pois não é verdade que se a vítima sempre estivesse exposta a esse risco aquela se perde? No fundo, voltamos a socorrer-nos da lição italiana para sustentar que a vítima não está coberta pelo risco a que de igual modo estaria sujeita, isto é, e agora com o nosso verbo, o cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. Donde se mostra, ademais, que o nosso ponto de partida, contaminado ainda pelas notas da subjetivação, só se vai densificar, preencher e, com isso, perder os contornos esfumados quando operarmos o salto para este segundo patamar criteriológico. Se no primeiro nível dialógico o que nos importava era o facto de ter sido erigida uma esfera de risco/responsabilidade, cumprindo-se com isso as exigências comunicadas por uma ideia de liberdade positiva que arvorámos em pórtico de entrada das nossas lucubrações, só com o cotejo de esferas de risco, das quais contemplámos até ao momento a que integra o risco geral da vida, se consegue dilucidar cabalmente até que ponto o dano lesão sobrevindo apresenta ou não uma conexão funcional com aquela.

Significa isto que, no quadro problemático que estamos a considerar, haveremos de ter em conta algumas nuances. Mesmo partindo do pressuposto de que para haver responsabilidade é necessária a contaminação, ou seja, a lesão do direito absoluto à vida ou à saúde<sup>7</sup>, há que considerar as diferenças de cada momento temporal. Dito de outro modo, a nossa ponderação judicativa, atento o critério de imputação objetiva de que lançámos mão, não pode ser a mesma consoante nos situemos numa época de contenção estrita da epidemia, ou numa fase que o vírus se encontra disseminado, com transmissão comunitária.

A consideração das especificidades do caso concreto no que respeita à fase epidémica

---

<sup>5</sup> A ideia é a da mera *coincidência espacial e temporal* que afasta a imputação.

<sup>6</sup> TRIMARCHI, P. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè Editore, 1967, p.57-58.

<sup>7</sup> Pode também haver violação de outros direitos absolutos (v.g. direito à integridade psíquica, direito à liberdade de movimentos, direito à liberdade religiosa).



em causa é também relevante para o tratamento de outras hipóteses práticas. Pense-se na situação em que A fere com pouca gravidade B, forçando-o a ir ao hospital, onde o mesmo acaba por contrair a doença.

Um caso com uma estrutura e uma intencionalidade problemática idênticas foi considerado e decidido no ordenamento jurídico alemão. A tinha sido atingido a tiro por um polícia, sendo internado no hospital, onde contrai gripe, na sequência da qual vem a morrer. Coloca-se a questão de saber se aquele que desfere o disparo pode ou não ser responsabilizado pelo resultado morte, sendo certo que naturalisticamente o mesmo deriva diretamente da doença que afetou A. Considerou o *tribunal de recurso* que a gripe era “uma doença acidental subsequente”. Mais sustentou que, naquele período em que grassava uma epidemia, o risco de infeção era tão elevado dentro do hospital como fora dele, pelo que acaba por negar a conexão causal entre o tiro e a morte do senhor. Criticando esta posição, o *Reichsgericht* vem manifestar-se no sentido previamente proferido pelo *Landgericht*, que estabeleceu o nexos causal, responsabilizando o polícia<sup>8</sup>. À época, o problema foi solucionado com base na probabilidade própria da causalidade adequada. A ideia seria a de responsabilizar o primeiro lesante, se a probabilidade de verificação do contágio no hospital ao qual o lesado teve de recorrer fosse grande. À pergunta “é normal e provável que, indo para o hospital, possa contrair o vírus, num momento de pandemia?” responde-se sim. Conduzir-se-ia, portanto, à responsabilização num momento epidémico. A solução afigura-se privada de sentido, aos nossos olhos. Na verdade, numa fase exponencial de contágio, ele pode ocorrer em qualquer lugar e em qualquer circunstância. A ida para o hospital não aumenta exponencialmente a exposição ao risco, de tal modo que se pode afirmar que a vida ou a saúde do lesado não são postas em causa pelo comportamento lesante. Esta solução ditada pelo tribunal de recurso não pode, contudo, ser alicerçada na causalidade adequada, sendo imperioso substituir o critério por uma ideia de imputação objetiva.

O confronto com a esfera de risco/responsabilidade do lesado/contagiado é também fundamental, importando ter em conta todos os critérios de imputação objetiva que especificámos anteriormente e que nos podemos conduzir a uma atenuação ou exclusão da responsabilidade do lesante, nos termos do artigo 570º CC. Basta pensar, por exemplo, na circunstância de o lesado ter, ele próprio, violado as recomendações das autoridades sanitárias que diminuem o risco de contaminação. Fundamental é que o seu comportamento tenha sido livre para que tal ponderação possa ter lugar. Do mesmo modo, haverá que ter em conta a esfera de risco de um terceiro que interfere na situação lesiva. Pense-se, por exemplo, num médico que erra o diagnóstico ou o retarda, impedindo o acesso do paciente a um ventilador, ou na hipótese de um produtor de máscaras que as introduz no mercado com defeito, impedindo a adequada proteção que as mesmas deveriam dispensar.

Mas os problemas a equacionar não se esgotam neste elenco. O efeito exponencial dos contágios, associado a uma letalidade ainda não totalmente definida, mas real, e à paralisação da vida económica, pode determinar a emergência de danos puramente patrimoniais. A, infetado com covid-19, força à paralisação da empresa x, que assim se vê impossibilitada de fornecer determinadas matérias-primas, fundamentais para a laboração da empresa y. Esta sofre avultados prejuízos, não havendo, contudo, lesão de um direito

---

8 Cf. a decisão de 13 de outubro de 1922 do *Reichsgericht* (RGZ 105, 264), citada por MARKESINIS, B. *The German Law of Obligations (vol. II). The Law of Torts: A comparative introduction*. 3rd. Edition. Oxford: Clarendon Press, 1997, p.599 s.; CORDEIRO, A. Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex, 1997, p.534.

absoluto. É, portanto, a categoria dos danos puramente patrimoniais que entra em cena e com ela todos os problemas atinentes à não indemnizabilidade de princípio de tais danos. De facto, esta só poderá ser garantida ou se se puder descortinar a lesão de um direito absoluto ou, em alternativa, se se puder encontrar uma qualquer norma legal de proteção de interesses alheios que, em concreto, tenha sido violada.

Acresce que a proliferação da epidemia, com a conseqüente paralisação de um país, em termos económicos, sociais, religiosos, pode determinar uma magnitude de danos que, ainda que se denote a lesão de direitos subjetivos absolutos ou interesses legalmente protegidos (e repare-se que poderemos presenciar a lesão de outros direitos para além da vida, saúde e integridade física, como a liberdade religiosa, a liberdade de movimentos, a integridade moral, a integridade psíquica, etc.), escapando-se assim à problemática dos danos puramente patrimoniais, desaconselha a intervenção da responsabilidade civil, tanto quanto nos conduz a situações de hiper-responsabilidade. Dito de outro modo, a responsabilidade civil não será apta a repor o equilíbrio quebrado em muitas situações. Ela só poderá intervir quando o sujeito, como o seu comportamento, aumente o risco conatural a uma pandemia, por um lado, e, por outro lado, deve ficar circunscrita ao âmbito de proteção dos deveres preteridos, surjam eles por força do princípio da responsabilidade pessoal (pelo outro), resultem eles de normas legais aplicáveis à situação.

Violada a saúde ou a vida, haverá, contudo, uma série de danos – alguns referentes a dimensões da personalidade consideradas nesta reflexão (a pessoa sofre por ter de estar distante dos seus familiares e entes queridos, a pessoa fica privada do seu trabalho, a pessoa fica privada do seu culto religioso, a pessoa sofre danos patrimoniais, *inter alia*) – que se terão de reconduzir à lesão do direito, lidando-se, então, com o problema do preenchimento da responsabilidade. Mas, na afirmação da responsabilidade, há que ser-se especialmente cauteloso. É que, de outro modo, dois sujeitos em situações de vida muito similares podem receber um tratamento diametralmente oposto. Pense-se na hipótese em que A é contaminado, podendo responsabilizar-se B, mas não desenvolve sintomas particularmente graves ou nem desenvolve sintomas; e na hipótese de C que, não tendo sido contaminado, vê-se, não obstante, forçado aos mesmos constrangimentos, fruto das medidas de contenção decretadas pelo Estado. Em causa estará, portanto, uma ideia de preenchimento da responsabilidade que não se cumpre. Se o confinamento geral for a palavra de ordem, isto é, se as faculdades de que o titular do direito à integridade física fica privado, embora possam ser reconduzidas ao conteúdo do seu direito, não pudessem ser fruídas em concreto, então não poderá haver ressarcimento por tais danos. Exemplificando, se A se vê impossibilitado de estar com os seus familiares porque foi infetado, denota-se um dano, que pode ser reconduzido ao núcleo do direito subjetivo preterido; mas se tiver sido decretada a obrigatoriedade de permanência na habitação, sem possibilidade de contacto com terceiros, então, em concreto, o dano inexistente.

Por outro lado, poderá haver situações danosas que não resultam diretamente da covid-19, mas da reação que a mesma conhece. Na verdade, tendo sido decretado o estado de emergência, em Portugal, como em muitas outras partes do globo, importará indagar em que medida, ultrapassados que sejam os limites impostos pela proporcionalidade e pela necessidade, podem os Estados ser responsáveis pela lesão grave e danosa de inúmeros direitos (direito à vida, direito à saúde, direito à liberdade religiosa, direito à integridade moral, direito à tranquilidade e à paz, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, direito à igualdade, direito à liberdade de iniciativa económica).

O *Landgericht* Heilbronn<sup>9</sup>, numa decisão de 29 de abril de 2020, pronunciou-se

---

9 LG Heilbronn, Urt. v.29.4.2020, Az.: 14 O 82/20, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Heilbronn&Datum=2020-04-29&Aktenzeichen=4%20O%2082/20>. Também publicado na *Revista de Direito da Responsabilidade* (na secção de recolha de jurisprudência – dia 19.6.2020)

sobre um caso em que uma empresária (cabeleireira) sofreu danos por ver encerrado o seu estabelecimento comercial, na sequência das medidas de contenção da pandemia que foram decretadas na Alemanha. Para tanto, invocou o § 56 *Infektionsschutzgesetz* (IfSG), que prevê a concessão de uma indemnização às pessoas afetadas pela medida de suspensão do exercício de uma atividade económica que pode ser imposta pelas autoridades públicas como forma de combate a uma infeção, desde que a pessoa esteja doente ou seja suspeita de poder transmitir uma doença ou ser portadora de um agente patogénico e tenha adotado medidas de proteção impostas ou recomendadas pelas autoridades que poderiam ter evitado a situação que conduziu ao encerramento da atividade.

O *Landgericht* Heilbronn negou a pretensão ressarcitória, considerando que a atividade económica não foi gerada por uma infeção ou suspeita de infeção, em concreto, mas como decorrência de uma medida geral e abstrata imposta a todos. A hipótese não seria, portanto, assimilada pelo âmbito de relevância do § 31 IfSG que prevê as condições que permitem aceder à compensação a que se refere o § 56º IfSG. Além disso, os valores que se pretendem acautelar com a referida compensação teriam sido garantidos pelas ajudas prestadas pelo Estado alemão às empresas, na sequência do *lockdown* imposto.

Os argumentos não são transponíveis para o ordenamento jurídico português. Mas também em Portugal pode haver boas razões para afastar a responsabilidade do Estado pela adoção de medidas de contenção, sobretudo pela ideia de diminuição do risco<sup>10</sup>. Simplesmente, para que a ideia de diminuição do risco colha é fundamental que as medidas se afigurem necessárias e proporcionais. Acresce que há uma série de limites que não podem ser ultrapassados. Pense-se, por exemplo, na questão da liberdade religiosa.

Importa, assim, que as medidas sejam essenciais ou, pelo menos, necessárias, devendo basear-se em critérios científicos mais ou menos objetiváveis. Por outro lado, elas devem mostrar-se proporcionais, não podendo implicar uma restrição dos direitos superior ao que seja demandado pelo interesse de saúde pública. Do mesmo modo, não podem pôr em causa o princípio da igualdade, nem o respeito devido a direitos fundamentais não limitáveis nos termos da Constituição.

A realidade concretamente experimentada em Portugal oferece alguns exemplos de possíveis casos de responsabilização. Elencaremos, apenas, alguns: a) situações em que

---

10 Poder-se-ia, eventualmente, questionar da pertinência de uma ideia de responsabilidade por factos lícitos. Mas, as eventuais compensações dispensadas por força de legislação especial afastariam totalmente a possibilidade de recurso a esta via. Por outro lado, o artigo 16º Lei 67/2007 prevê, de facto, que o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público possam ter de indemnizar os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais. A ideia subjacente a esta forma de responsabilidade pelo sacrifício está no facto de o Estado-Administração impor um determinado encargo ou atuar em estado de necessidade administrativa, causando, com isso, danos. Haveria o dever de indemnizar os particulares. A indemnização visa, então, compensar o encargo que foi imposto ou, tanto quanto possível, apagar o dano gerado em estado de necessidade e funda-se numa ideia de igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Não se trata de uma verdadeira responsabilidade, no sentido próprio do termo, mas de uma compensação por um determinado sujeito ser chamado a suportar o peso da salvaguarda do interesse público mais fortemente do que o outro. A denotá-lo está a equiparação entre o encargo que se impõe e o dano que se gera. Contudo, só haverá responsabilidade, ou melhor, dever de indemnizar/compensar, quando o encargo ou o dano sejam especiais e anormais. Nos termos do artigo 2º Lei n.º 67/2007, são especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afetarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito. Sobre o ponto, cf. GUERREIRO, Sandra. A caracterização legal da especialidade e anormalidade dos prejuízos. *Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p.231 s.; CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p.221, considerando que estão em causa travões à socialização dos danos). Sendo, no contexto pandémico, impostos os referidos sacrifícios à generalidade dos cidadãos – embora cada um os suporte de acordo com as suas circunstâncias – parece decair a possibilidade de assimilação das hipóteses concretamente vivenciadas pelo âmbito de relevância do regime. Em causa está uma ideia de igualdade. Ora, se assim é, os problemas podem resultar não da imposição genérica de medidas de quarentena, mas das restrições parcelares em sede de desconfinamento. Mas, nesse momento de retoma, pode-se ir mais longe e ponderar se as medidas não são, em si mesmas ilícitas, por violação do princípio da igualdade. O que significa que a eventual mobilização deste regime só faz sentido quando o princípio constitucional, na sua materialidade, não sai ferido em concreto.

um determinado sujeito fica privado de cuidados de saúde, vindo agravar a sua situação de base ou procrastinando um diagnóstico, com diminuição de chances de cura, por o plano de contingência estabelecido por um determinado hospital suspenderem cuidados primários de saúde; b) situações em que, contra aquilo que a CRP impõe, mesmo sendo declarado o estado de emergência, um sujeito fica privado da possibilidade de exercer culto, vindo limitada a sua liberdade religiosa de que aquele faz parte incindível; c) situações em que o Estado decreta a proibição de encerramento de determinados estabelecimentos com as mesmas características de outros e na mesma área de retalho, com base em critérios arbitrários e não justificados cientificamente; d) situações de tratamento desnecessário de dados pessoais.

Repare-se que, por referência a muitas situações com as enunciadas, pode não estar em causa exclusivamente a responsabilidade do ente público, mas de particulares que, na concretização dos planos de contingência recomendados pelas autoridades, ultrapassam os limites que devem ser estabelecidos em nome da exigível concordância prática entre direitos. Pense-se, por exemplo, num médico que recusa um tratamento ou adia um diagnóstico de outra doença com medo de eventuais contágios.

Isto leva-nos a colocar o problema da eventual responsabilidade de outros sujeitos que não o Estado ou os particulares que diretamente contribuíram para o contágio. As diversas constelações que a este propósito surjam (ou possam surgir) suscitam problemas dogmáticos diferenciados, podendo convocar, inclusivamente, disciplinas jurídicas diversas.

Pense-se, por exemplo, na eventual responsabilidade do médico que aplica um método terapêutico não adequado. A ponderação que haja de ser feita será diferente consoante estejamos diante de um erro médico não desculpável ou perante uma situação em que, em face do agravamento do estado de saúde do paciente, o profissional de saúde recorre ao único meio de tratamento que, mesmo não sendo totalmente adequado e/ou experimentado, pode garantir a sobrevivência do mesmo<sup>11</sup>. Nesta situação, o cerne da questão localiza-se ao nível da ilicitude e remete-nos para problemas similares, como os atinentes à prescrição *off-label* ou à experimentação médica. Na verdade, em ambas as hipóteses, o comportamento do médico agrava o risco que o tratamento já envolve. Contudo, se estivermos diante de uma situação em que existe efetivamente, fruto da patologia subjacente, perigo de vida iminente, afigurando-se ser aquele medicamento o único viável para curar, ainda que de forma não perfeitamente segura, perde-se a possibilidade de imputação por intervir a ideia de diminuição de risco. E, com isso, perde-se a própria ilicitude, por falhar o nexo de ilicitude que se tem de estabelecer.

Pense-se, por outro lado, na eventual responsabilidade do produtor de máscaras ou outro equipamento de proteção que, tendo sido fabricado de forma defeituosa, não impediu o contágio de profissionais de saúde ou de cidadãos em geral, a convocar a disciplina da responsabilidade do produtor. Esta deverá ainda ser problematizada diante de testes de despiste da infeção que, sendo mal produzidos, ditam o contágio de uma pessoa<sup>12</sup> ou, não o ditando, geram falsos positivos ou falsos negativos.

Repare-se que os problemas suscitados por cada uma das sub-hipóteses não são equivalentes. Se a questão do contágio provocado por um teste *ab initio* infetado não parece levantar especiais dificuldades, elas aumentam quando lidamos com os falsos positivos ou os falsos negativos. No que aos primeiros diz respeito, desvelando-se a ilicitude, pela lesão de diversos direitos absolutos (direito à integridade física, se a pessoa for submetida a tratamentos; direito à liberdade de movimentos; direito à liberdade de exercício de uma atividade profissional;

---

11 Problemas especiais podem colocar-se a propósito da utilização de ventiladores, num momento em que surgem notícias de que, em alguns casos, poderiam ter agravado a patologia, que se teria revelado mais como uma doença sistémica do foro circulatório do que como uma doença respiratória. Nesses casos, a responsabilidade do médico seria excluída por falta de culpa, atentas as recomendações científicas internacionais nesta matéria.

12 Pense-se nas situações de testes comercializados que estavam *ab initio* contaminados.

direito à liberdade religiosa, entre muitos outros), parece-nos, contudo, que, em face da limitação dos danos indemnizáveis no quadro da responsabilidade do produtor, dificilmente aquele regime poderia ser a este propósito mobilizado, com as inerentes dificuldades de prova da culpa do produtor, exceto se concretamente pudermos discernir uma lesão da saúde do sujeito pela sujeição a tratamentos indevidos. Já no tocante aos falsos negativos, podendo determinar o agravamento do estado de saúde do paciente ou o contágio de terceiros, as maiores dificuldades recaem sobre esta última hipótese, a implicar considerações suplementares em sede de causalidade (imputação objetiva), para o que se convocam as ideias expendidas anteriormente.

Outros cenários são também cogitáveis. Imagine-se que as medidas de contenção (ou a falta delas) a determinar prejuízos de diversa ordem, como sublinhado anteriormente, foram decretadas na sequência de estudos científicos que se vieram a revelar errados. A eventual responsabilidade do autor do estudo poder-se-á equacionar em sede delitual, a implicar problemas imputacionais, ou em sede contratual, colocando-se o eventual problema da existência de um contrato com eficácia de proteção para terceiros. A hipótese, contudo, leva-nos mais longe e permite-nos perguntar: *quid iuris*, se o estudo errado se ficar a dever ao mau funcionamento de um algoritmo dotado de inteligência artificial. E a questão suscita outro tipo de considerações, a serem expendidas no próximo ponto expositivo.

### 3 QUID IURIS, QUANDO O ALGORITMO ERRA?

A responsabilidade parece decair se as autoridades sanitárias ou os governos tiverem decretado ou omitido medidas de contenção em função de projeções oferecidas pelos especialistas médicos e matemáticos. Ainda que as medidas se afigurem desproporcionais, no momento em que foram adotadas, os dados disponíveis para a tomada de decisão podiam permitir que fossem assumidas como adequadas. Num outro cenário, os dados disponibilizados pelos especialistas podem ter subestimado o perigo, levando a que não se decretassem medidas que, afinal, se afigurariam essenciais.

Não nos interessa agora entrar na discussão que divide negacionistas e catastrofistas. Porventura, a razão encontrar-se-á no meio termo, à boa maneira aristotélica. Mas interessa-nos mostrar que, nesse caso, poderá ser difícil descortinar a culpa por parte do pretense lesante.

E é aí que surge a questão: *e quando o algoritmo erra?* E se os dados preditivos – que influenciaram decisões num sentido ou no outro – tiverem sido produzidos por um *software* que, simplesmente, errou?

Se haverá situações em que o próprio modelo matemático inserido na programação estava errado, permitindo, em caso de culpa, uma eventual responsabilização daquele que a efetuou, noutras hipóteses, fruto da interação com o meio e da autoaprendizagem, o erro terá radicado no próprio algoritmo.

Neste contexto, as estruturas delitais clássicas não se mostram preparadas para lidar com os novos desafios que a inteligência artificial coloca ao jurista.

Em primeiro lugar, a maioria dos modelos de responsabilidade civil assentam na culpa. Ora, é exatamente a centralidade do conceito de culpa que faz com que os sistemas delitais se mostrem insuficientes para lidar com danos causados por entes dotados de inteligência artificial<sup>13</sup>. As características de autonomia e autoaprendizagem de tais entes dificultam o traçar de fronteira entre os danos que resultam de um erro humano e aqueles que são devidos

---

13 Noutro sentido, cf. RICHARDS, Neil; D. SMART, William. How should the law think about robots?. *SSRN Electronic Journal*, 2013, p.1-25; HUBBARD, F. Patrick. Allocating the risk of physical injury from sophisticated robots: Efficiency, fairness and innovation. In: CALO, Ryan; FROMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Orgs.). *Robot Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 25-50.



ao próprio algoritmo<sup>14</sup>. O comportamento imprevisível deste, que decide por si como agir, que se desenvolve como resultado de um *deep-learning*, sem controlo humano, torna impossível conexionar um eventual dano que possa eclodir com uma conduta negligente do ser humano<sup>15</sup>.

Se há muitos casos em que pode existir culpa (pense-se, por exemplo, nas hipóteses de não realização das atualizações do *software*; ou de situações de quebra de deveres de cuidado que permitem que terceiros – *hackers* – interfiram com o sistema, a determinar problemas mais ou menos complexos mas interessantes de imputação; ou de uma situação de erro na inserção do modelo matemático da programação), noutros o juízo de censura estará ausente. É claro que a este nível podem auxiliar-nos as presunções de culpa do artigo 493º CC, quer no tocante à detenção e vigilância de coisa móvel ou imóvel, quer no tocante à perigosidade da atividade, em função da natureza do meio utilizado (o robot). Mas, não só a presunção poderá ser ilidida sempre que o vigilante da coisa provar que não houve culpa da sua parte, que os danos se teriam igualmente produzido se não houvesse culpa sua ou que, no caso do nº2, empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos, como tratando-se de um software de predição de evolução de uma doença respiratória dúvidas se colocam quanto à própria possibilidade de se reputar a atividade como perigosa.

Ademais, a despeito de todos os cuidados tidos pelo utilizador do ente dotado de inteligência artificial, o dano pode resultar da sua atuação normal – autónoma –, tornando-se, por isso, fundamental chamar à colação algumas hipóteses de responsabilidade pelo risco<sup>16</sup>.

Mas, ainda assim, podem mostrar-se insuficientes.

Em primeiro lugar, as previsões de responsabilidade objetiva são caracterizadas pelo seu âmbito circunscrito. Responsabilizar um sujeito independentemente de culpa implica a existência de uma previsão expressa do legislador que possa assimilar a intencionalidade problemática do caso. No momento da decisão judicativa, em face de danos causados por entes dotados de inteligência artificial, podemos estar desamparados, pela inexistência de uma norma que solucione o problema concreto. Ora, parece ser mesmo uma hipótese de desamparo aquela com que lidamos quando pensamos no software de inteligência artificial utilizado para a elaboração de modelos preditivos de evolução da covid-19.

As hipóteses de responsabilidade pelo risco que putativamente poderiam auxiliar-nos

---

14 NEVEJANS, Nathalie. *European Civil Law Rules in Robotics*. European Union: Directorate-General for Internal Policies, 2016, p.6.

15 KARNOW, Curtis E. A. *The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence*. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Orgs.). *Robot Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p.51-77.

16 Cf. RICHARDS, Neil; D. SMART, William. *How should the law think about robots?*. *SSRN Electronic Journal*, 2013, p.1-25, dando conta de que a perspetiva tradicional tenta resolver os problemas levantados pelos robots, designadamente danos por eles gerados, de acordo com remédios tradicionais, procurando responsabilizar o fabricante ou aquele que mantém a fonte de risco. No mesmo sentido, cf. HUBBARD, F. Patrick. *Allocating the risk of physical injury from sophisticated robots: Efficiency, fairness and innovation*. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Orgs.). *Robot Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 25-50, mostrando que as correntes doutrinárias atuais se podem aplicar aos diversos casos de robots, como os carros automáticos. Em sentido inverso, KARNOW, Curtis E. A. *The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence*. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Orgs.). *Robot Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p.51s., considerando – a propósito dos casos mais complexos de robots genuinamente autónomos – que o sistema de *tort law* não é adequado, por não serem lineares, nem previsíveis as ações dos robots. No mesmo sentido, veja-se o que é dito em NEVEJANS, Nathalie. *European Civil Law Rules in Robotics*. European Union: Directorate-General for Internal Policies, 2016, p.6. Repare-se que a responsabilização do produtor se torna particularmente complexa quando pressupomos um robot absolutamente autónomo. É que esta autonomia acaba por contrariar o sentido de responsabilidade que poderia ser assacado ao primeiro. Veja-se, igualmente, o *considerandum* AB da Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017: “Considerando que, quanto mais autónomos forem os robôs, menos poderão ser encarados como simples instrumentos nas mãos de outros intervenientes (como o fabricante, o operador, o proprietário, o utilizador, etc.); considerando que, por sua vez, isto coloca a questão de saber se as normas ordinárias em matéria de responsabilidade são suficientes ou se serão necessários novos princípios e normas para clarificar a responsabilidade jurídica de vários intervenientes no que respeita à responsabilidade por atos e omissões dos robôs, quando a causa não puder ser atribuída a um interveniente humano específico e os atos ou as omissões dos robôs que causaram os danos pudessem ter sido evitados”. Cf., ainda, FELÍCIO, Manuel. *Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado*. *Revista de Direito da Responsabilidade-1*, 2019, p.493 s.

como critério judicativo podem mostrar-se imprestáveis a este nível.

A responsabilidade do produtor, se bem que sendo a que abstratamente se poderia afigurar apta a assimilar a relevância problemática dos casos concretamente suscitados no contexto pandémico da covid-19, levanta particulares dificuldades.

Para além da questão de se qualificar o *software* como coisa, qualificação que pode decair se estivermos diante de um software de utilização única, a apontar-nos para a ideia de serviço, coloca-se o problema de se constatar a existência de um defeito e de ele se verificar no momento da colocação do produto no mercado (já que o produtor não responde pelo risco de desenvolvimento). Vejamos.

Se dúvidas não existem quanto à possibilidade de os fabricantes de *hardware* e de os programadores de *software* poderem ser considerados produtores para efeitos do DL n.º383/89<sup>17</sup>, maiores problemas surgirão no que tange à qualificação do software como produto. Calvão da Silva não hesita em considerar o *software* como produto para efeitos de assimilação pelo âmbito de relevância da responsabilidade do produtor<sup>18</sup>. Atentemos na noção de produto – qualquer coisa móvel, mesmo que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel. A civilística apresenta uma noção ampla de coisa<sup>19</sup>, que permite a qualificação do *software* como tal. Estar-se-ia diante de uma coisa móvel, não relevando para este efeito a sua qualificação como incorpórea<sup>20</sup>. A este propósito, Calvão da Silva aduz que “a definição de produto, contida no artigo 3.º, abrange os suportes materiais em que a obra intelectual se materializa, fixa e comunica, pois são coisas móveis corpóreas, embora inconfundíveis com a obra intelectual em si – bem imaterial (...)” e acrescenta que “livros ou outras publicações e programas standardizados de computador (*computer software*) são, portanto, produtos, no sentido do DL n.º383/89.”<sup>21</sup> O problema colocar-se-á não em relação ao *software*, mas no tocante a um algoritmo de utilização única<sup>22</sup>. Por outro lado, se vingar a perspectiva – por nós rejeitada<sup>23</sup> – de atribuição de personalidade jurídica aos entes dotados de inteligência artificial, a possibilidade preclude-se.

17 Verdadeiramente, pode ainda ser considerado produtor aquele se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo (artigo 2.º, n.º1), e, nos termos do n.º2 do artigo 2.º, aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior o robot para venda, aluguer, locação financeira, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como qualquer fornecedor do robot cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, uma vez notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses a identidade de um ou outro ou a de algum fornecedor precedente.

18 SILVA, J. Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, 612 s.

19 Cf. PINTO, C. A. Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.341 s.: “bens (ou entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conceito necessário desta, suscetíveis de constituírem objeto de relações jurídicas”. Para tal, é necessário que os bens apresentem algumas características, a saber: a) existência autónoma ou separada; b) possibilidade de apropriação exclusiva por alguém; c) aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas. Note-se que, pelo contrário, não é necessário que “se trate de bens efetivamente apropriados”, podendo tratar-se das “*res nullius*, como os animais bravios ou os peixes não apropriados” – cf. PINTO, C. A. Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.343. Menezes Cordeiro apresenta uma noção diversa. Para o autor, coisa é “toda a realidade figurativamente delimitada a que o direito dispense um estatuto historicamente determinado para os seres inanimados”, procedendo, posteriormente, em face da amplitude da noção, a múltiplas classificações esclarecedoras – cf. CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil*. III. 4. ed. (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro). Coimbra: Almedina, 2019, p.57.

20 Alguma doutrina estrangeira questionou a possibilidade de se ver no software uma coisa corpórea, numa posição que acabaria por ser rejeitada. Cf., sobre o ponto, VOIT, Wolfgang; GEWEKE, Götz. Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Der tükische Computervirus. *Juristische Schulung*, 2001, p.362; BYDLINSKI, P. Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anoassungsbedürftig?. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998, p.305. Entre nós, dando conta do problema CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil*. III. 4. ed. (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro). Coimbra: Almedina, 2019, p.174.

21 SILVA, J. Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p.613; CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil*. III. 4. ed. (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro). Coimbra: Almedina, 2019, p.172; BERTOLINI, Andrea. Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules. *Law Innovation and Technology*. 5/2, 2013, p.214-247; KOCH, Bernhard A. *Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?. Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*. Baden-Baden, 2019, p.105.

22 SILVA, J. Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p.613, n.3. Em causa a distinção entre produto e serviço.

23 BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncipeia, 2017, p.1475-1503.

Por outro lado, exige-se que o produto seja defeituoso. Ora, os danos causados pelo *software* podem não resultar de um defeito de conceção ou de um defeito de programação, mas podem ser gerados pela atuação autónoma do algoritmo que, longe de ser uma marca de defeituosidade, se traduz numa sua característica intrínseca<sup>24</sup>.

Não quer isto dizer que não possa, porém, detetar-se um defeito a este nível. Pode, de facto, entre outros, detetar-se um erro de programação. Por outro lado, o produtor pode ser responsabilizado pelos defeitos de informação. É que não nos podemos esquecer que a defeituosidade se liga a uma ideia de segurança do produto e que esta segurança não é absoluta, referindo-se à segurança com que legitimamente se possa contar, donde o que se pretende não é que o *software* não comporte qualquer risco, mas que o utilizador possa contar legitimamente com todos os riscos que a sua utilização envolve<sup>25</sup>.

Mas há uma segunda ordem de dificuldades que não pode deixar de ser tida em conta. Na verdade, o produtor não responde pelos riscos de desenvolvimento. Ou seja, não haverá responsabilidade se, no momento da entrada em circulação, o estado da ciência e da técnica não permitiam tornar o defeito cognoscível. Do mesmo modo, não haverá responsabilidade se o defeito inexistir no momento da entrada do produto em circulação. Lidando-se com entes dotados de inteligência artificial, isto é, lidando-se com um domínio onde, por um lado, os avanços tecnológicos são constantes e, por outro lado, sabendo-se que os entes dotados de inteligência artificial podem alterar, por força da interação com o meio, os dados da pré-programação, pode não ser possível detetar, de acordo com o dito estado da ciência e da técnica, o defeito, ao mesmo tempo que a falta de segurança pode resultar *a posteriori*, fruto da característica intrínseca ao algoritmo de autoaprendizagem e autodesenvolvimento<sup>26</sup>.

Uma terceira dificuldade prende-se com o tipo de danos indemnizáveis no quadro da responsabilidade civil do produtor. De facto, prescindindo-se da ilicitude como filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes, a contenção da indemnização consegue-se por via da determinação do tipo de danos que podem ser compensados. Nos termos do artigo 8º DL n.º 383/89, de 6 de novembro, só são ressarcíveis os danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e desde que o lesado lhe tenha dado principalmente este destino. De fora ficam os danos puramente patrimoniais. Simplesmente, estes podem avultar no contexto da pandemia de covid-19, como vimos anteriormente.

Parece, portanto, que, embora a responsabilidade do produtor possa oferecer alguns critérios para a resolução dos problemas que surgem no contexto da IA, ela terá de ser repensada.

Também a responsabilidade assente na relação entre comitente e comissário parece improceder a este nível, por faltar a possibilidade de se imputar o evento lesivo ao comportamento do *software*, exceto se o quisermos personificar, com o que se coloca o problema da personalidade do ente dotado de inteligência artificial. E, do mesmo modo que, ao nível da responsabilidade delitual subjetiva, se podem colocar diversos problemas no que respeita à culpa, do ponto de vista da responsabilidade contratual, corremos o risco de se conseguir ilidir a presunção de culpa constante do artigo 799º CC, não se colocando, sequer, o problema de uma eventual responsabilidade por via do artigo 800º CC, já que o mesmo pressupõe também a subjetivação do terceiro de que se lance mão para o cumprimento de uma obrigação.

---

24 Cf., dando conta disso, BERTOLINI, Andrea. Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules. *Law Innovation and Technology*. 5/2, 2013, p.236; KARNOW, Curtis E. A. The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Orgs.). *Robot Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p.63.

25 Cf. Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.28.

26 Cf. FELÍCIO, Manuel. Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado. *Revista de Direito da Responsabilidade-1*, 2019, p.507 s.

Além disso, se quisermos, *a priori*, afastar a possibilidade de responsabilizar o próprio ente dotado de inteligência artificial, por se negar a subjetivação – e, portanto, a equiparação a pessoa para o direito – do mesmo, e se afastarmos a redução da responsabilidade a um mero esquema securitário, a solução para o problema e *quando o algoritmo erra?* terá de passar pela intervenção do legislador.

Como proposta, podemos avançar algumas ideias.

Apesar de muitos se referirem ao problema dos danos causados por entes dotados de inteligência artificial de modo uniforme, importa salientar que não estamos a falar de uma realidade única e simples. Na verdade, existem diversos mecanismos dotados de inteligência artificial, com potenciais lesivos diversos, quer no que respeita ao tipo de danos que podem gerar, quer no que respeita à sua magnitude<sup>27</sup>. Por outro lado, o tipo de controlo que se pode sobre eles exercer é diversificado, falando os autores de algoritmos sem capacidade de aprendizagem automática e algoritmos com capacidade de aprendizagem automática, dentro da qual se distingue a aprendizagem supervisionada e aprendizagem não supervisionada.

Estas distinções, comuns no campo das ciências da computação, podem ser importantes para compreendermos a justiça do critério imputacional que seja erigido.

Assim, sempre que o dano resulte de um defeito de conceção ou de programação do ente dotado de inteligência artificial ou devido a uma omissão de informação acerca do correto uso do algoritmo, a responsabilidade deve ser assacada ao produtor. Contudo, tendo em conta as limitações que esta hipótese de responsabilidade conhece, especialmente no que respeita aos danos que podem ser compensados – como vimos anteriormente –, torna-se urgente a intervenção do legislador.

Por outras palavras, a responsabilidade do produtor terá de ser repensada e ampliada, no sentido de abarcar o ressarcimento de outros danos que não os causados à vida, à integridade da pessoa ou a coisas diversas do produto defeituoso que o adquirente destine a um uso não profissional. Uma reflexão impor-se-á: fará sentido que, em certas circunstâncias, atenta a natureza do ente dotado de inteligência artificial, possam ser indemnizados danos puramente patrimoniais?

O problema parece colocar-se a diferentes níveis, ou melhor, por referência a diversos casos-tipo e também no que respeita a muitos dos danos que possam avultar no contexto da covid-19. Não se deve, porém, descortinar um alargamento da responsabilidade para lá do que seria eventualmente cogitável longe de um ambiente marcado pela inteligência artificial. Este é, aliás, um dado fulcral. O alargamento da responsabilidade do produtor não pode ir ao ponto da abertura da sua relevância que conduza a situações de hiper-responsabilidade, donde, a possibilidade deverá ser considerada com cautelas e balanceada com base em ideias muito precisas de imputação objetiva. De facto, ou se forja um critério seguro de limitação dos tipos de danos ou deverão ficar de fora os prejuízos meramente económicos. Em suma, a extensão só será pensável se se encontrarem outras vias de limitação da obrigação de ressarcir,

---

27 Cf. European Commission. *White paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*. 2020, p.17: “AI application should be considered high-risk where it meets the following two cumulative criteria: first, the AI application is employed in a sector where, given the characteristics of the activities typically undertaken, significant risks can be expected to occur (...) For instance, healthcare; transport; energy and parts of the public sector; second, the AI application in the sector in question is, in addition, used in such a manner that significant risks are likely to arise. This second criterion reflects the acknowledgment that not every use of AI in the selected sectors necessarily involves significant risks. For example, whilst healthcare generally may well be a relevant sector, a flaw in the appointment scheduling system in a hospital will normally not pose risks of such significance as to justify legislative intervention. The assessment of the level of risk of a given use could be based on the impact on the affected parties. For instance, uses of AI applications that produce legal or similarly significant effects for the rights of an individual or a company; that pose risk of injury, death or significant material or immaterial damage; that produce effects that cannot reasonably be avoided by individuals or legal entities”.



sob pena de se abrirem desmesuradamente as portas a formas de hiper-responsabilidade. Parecem, portanto, poder ficar de fora algumas situações como as que resultam da atuação de um *software* como o que envolve a elaboração de modelos preditivos.

Por outro lado, a intervenção ao nível da responsabilidade do produtor deve estender-se à questão da exclusão da obrigação de indemnizar por via da invocação do risco de desenvolvimento. Se, no quadro normativo atual se afasta a responsabilidade do produtor pela prova de que, no momento da colocação do produto em circulação, não era possível, de acordo com o estado da ciência, detetar o defeito, haveremos de considerar que, naquelas hipóteses em que o fornecedor do software tem a obrigação de continuar a prover pelas atualizações daquele, sejam elas ou não atualizações de segurança, a relevância do momento da entrada em circulação do produto perde sentido. Na prática, tudo se passa como se continuamente o produtor estivesse a promover a entrada no mercado de produtos intangíveis, desmaterializados. No mesmo sentido depõe o *Expert Group on Liability and New Technologies*, ao considerar que produtor não afasta a responsabilidade provando que, no momento em que colocou o ente dotado de inteligência artificial no mercado, ele não era defeituoso ou que os conhecimentos técnicos não permitiam a descoberta do defeito, quando o produtor continue responsável pelos *updates*<sup>28</sup>. Consoante se esclarece no estudo citado, esta proposta está em linha com o que, no domínio contratual, se consagrou já ao nível da Diretiva (UE) 2019/771 e da Diretiva (UE) 2019/770.

De notar que a falha no cumprimento dos deveres a que se vinculou contratualmente ou que resultem, em geral, da obrigação de acompanhamento do produto pode gerar, durante a vida útil do software, responsabilidade pela desvelação da culpa. Aqui vai-se, porém, mais longe, considerando-se que o produtor pode ser responsável independentemente do cumprimento ou não dos referidos deveres. Consoante se lê no estudo mencionado, “the producer should therefore remain liable where the defect has its origin in a defective digital component or digital ancillary part or in other digital content or services provided for the product with the producer’s assent after the product has been put into circulation; or in the absence of an update of digital content, or of the provision of a digital service which would have been required to maintain the expected level of safety within the period of time for which the producer is obliged to provide such updates.”<sup>29</sup>

A formulação que trazemos a lume parece-nos confundir diversos níveis de responsabilidade, fazendo indistintamente apelo ao risco e à culpa como fundamento da obrigação de indemnizar. Ponto assente deve ser, portanto, o de garantir a responsabilização independentemente de culpa, quando as atualizações de segurança (e outras) ficarem a cargo do produtor, o que não significa que não possa haver hipóteses de ocorrência de culpa, a ser tratadas de acordo com os critérios gerais.

O *Expert Group on Liability and New Technologies* acaba por ir mais longe. Tendo em mente as dificuldades que avultam por força da autoaprendizagem dos entes dotados de inteligência artificial, por via da chamada *machine learning*, designadamente o facto de um defeito num produto digital poder resultar do impacto que o ambiente envolvente tem no algoritmo criado, bem como tendo em mente a necessidade de repartir riscos e benefícios de uma forma justa, sustenta que a exceção do risco de desenvolvimento não

---

28 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.43.

29 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.43.



se deve aplicar nas hipóteses em que era previsível que desenvolvimentos imprevisíveis pudessem ocorrer<sup>30</sup>. A solução, que não pode deixar de granjear simpatia, não implica, contudo, uma alteração legislativa, mas, apenas, a adequada mobilização do que é o risco de desenvolvimento, pois que, ao produzir e programar um *software* com uma capacidade de aprendizagem não supervisionada e ao colocá-lo, subseqüentemente, no mercado não se pode dizer que não era, de acordo com o estado da ciência e da técnica, possível prever que uma lesão viesse a ocorrer, exatamente porque a aprendizagem pela interação do meio do algoritmo seria imprevisível.

Não obstante tudo o que ficou dito, haverá situações em que não será possível responsabilizar o produtor. Ou em que, sendo-o, é também justificável e justo que a responsabilidade repouse sobre outro sujeito.

Há assim que considerar outros atores. Aquele que retira um benefício do uso do robot, do software ou do algoritmo deve ser responsável pelos danos que resultam do específico e especial risco que envolve o ente dotado de inteligência artificial. Os autores questionam, a este propósito, se a responsabilidade deve recair sobre o utilizador, sobre o proprietário ou sobre aquele que tem o dever de guarda. Ao invés de se socorrer destas categorias, o *Expert Group on Liability and New Technologies* defende, em alternativa, que é preferível mobilizar o conceito de operador (*operator*), referindo-se à pessoa que controla o risco associado à utilização do ente dotado de inteligência artificial e beneficia com tal utilização<sup>31</sup>. A vantagem desta substituição conceptual é incluir não só o proprietário, o utilizador ou o guardador, mas também o *backend provider*, “who, on a continuous basis, defines the features of the technology and provides essential backend support services”<sup>32</sup>.

A responsabilidade ficará, neste caso, limitada pela materialização do risco, o que implica que pode não ser adequada para entes dotados de inteligência artificial que não envolvam um especial perigo. Por outras palavras, se aqui podemos encontrar uma via para impor um dever de compensação a alguém que usa, por exemplo, um veículo autónomo ou um robot médico, pode não ser adequado para fazer face a danos causados por entes dotados de inteligência artificial que não sejam especialmente perigosos, como um algoritmo de predição da evolução da covid-19. O *software* deve envolver um perigo acrescido por comparação com o normal risco das coisas usadas pelo homem, quer do ponto de vista qualitativo, quer do ponto de vista quantitativo.

Isto não significa que devam ficar de fora as hipóteses de danos causados por entes dotados de inteligência artificial de uso comum, no sentido de ordinário, recorrente. Ou seja, não se exige que sejam de uso extraordinário, mas que um especial perigo possa ser alocado ao robot. A ideia de utilização comum, já não no sentido de recorrente, mas de compartilhada por todos pode, contudo, levantar algumas dificuldades. A responsabilidade objetiva, orientada por uma ideia de justiça distributiva, pode não ser adequada para fazer face a danos que sejam causados por mecanismos dotados de inteligência artificial indiferentemente usados por todos, dos quais todos beneficiem<sup>33</sup>. Pense-se, por exemplo, num algoritmo usado para mapear estradas, de modo a que os veículos automáticos possam circular, ou num algoritmo utilizado para a mineração no quadro da *blockchain* aberta. É que

---

30 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.43.

31 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.41.

32 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.41.

33 KOCH, Bernhard. *Strict Liability. Principles of European Tort Law, Text and commentary*. Wien: Springer, 2005, p.105-106.

nestes casos o benefício da utilização do ente dotado de inteligência artificial é partilhado por vários sujeitos indiferenciados. Mas pense-se também para o que nos interessa num software desenvolvido para prever a evolução da pandemia, sem que ninguém retire dele diretamente um especial benefício, porque foi colocado ao serviço da humanidade em geral ou da população de um Estado em particular.

Encontradas vias de responsabilização quer do produtor, quer do operador, alguns autores adiantam, também, que se deve prever uma hipótese de responsabilidade por ato alheio. Argumentam para tanto que o uso de tecnologia permite que se trace a analogia com os casos em que se lança mão de auxiliares humanos no cumprimento de determinadas obrigações ou em que se encarrega outrem de realizar determinadas tarefas<sup>33</sup>. As dificuldades a este nível são muitas, como, aliás, já tivemos oportunidade de referir. De acordo com o artigo 500º CC, a responsabilidade do comitente implica que o comissário seja ele próprio responsável, o que, na generalidade das situações, requer, inclusivamente, a presença de uma atuação culposa deste último. Ora, um algoritmo não é responsável, não o pode ser, nem pode ser passível de um juízo ético de censura em que se consubstancia a culpa. Do ponto de vista contratual, o devedor é, nos termos do artigo 800º CC, responsável pelos danos causados por terceiros auxiliares, dependentes ou independentes, que use no cumprimento das suas obrigações, como se fossem atos dele próprio. A estrutura da responsabilidade contratual justifica esta mutação ao nível do esquema imputacional. A verdade é que, ao recursarmos a personificação do robot, do software ou do algoritmo, deixamos de poder falar de um terceiro que funcione como a longa manus do devedor. Mas viável considerar-se que o devedor deve responder pelos danos causados pelos entes dotados de inteligência artificial que use no cumprimento dos seus deveres. Como não se lhes reconhece um estatuto pessoal, o *robot*, o *software* ou o algoritmo devem ser compreendidos como meros instrumentos, sendo esta uma responsabilidade por facto próprio. Qual a particularidade a assinalar a este nível? Havendo a possibilidade de o devedor afastar a presunção de culpa, é importante a previsão, a este nível, de uma hipótese de responsabilidade sem culpa.

E quando o algoritmo erra? A solução para os problemas suscitados, no quadro da contenção da pandemia de covid-19, pelos danos gerados, em última instância, por uma errada previsão algorítmica não se afigura simples. Não só as atuais hipóteses normativas não parecem aptas a, sem mais, solucionar o problema, como as eventuais alterações legislativas que se perspetivam no horizonte, a corresponderem ao que temos vindo a defender, em linha com o grupo de peritos nomeado pelas instâncias europeias, se podem revelar, igualmente, falhas para lidar com algumas situações problemáticas. Quando assim for, exigir-se-á erro do programador na introdução do modelo matemático a partir do qual o *software* atuará. Sendo detetável tal erro e havendo culpa da parte do programador, poderá afirmar-se a responsabilidade.

Uma última nota para sublinhar que, assim sendo, pode também aventar-se a hipótese de responsabilização no campo contratual, desde que entre um determinado sujeito que desenvolve o algoritmo e aquele que se servirá da informação para ponderar as medidas de contenção da pandemia tenha sido celebrado um contrato, ao qual se possa reconhecer a qualidade de contrato com eficácia de proteção para terceiros.

---

34 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.45.

## BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncípia, 2017.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspetivas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. ano 3, nº6, 2017, p.1475-1503.
- BERTOLINI, Andrea. Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules. *Law Innovation and Technology*. 5/2, 2013, p.214-247.
- BÜGGERMEIER, Gert. *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*. Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 2006.
- BYDLINSKI, P. Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anoassungsbedürftig?. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998.
- CANARIS, C.-W. Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten. *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*. München: Beck, 1983.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.
- CORDEIRO, A. Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex, 1997.
- CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de Direito Civil*. III. 4. ed. (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro). Coimbra: Almedina, 2019.
- DÖRNER, Heinrich. Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung. *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung*, 27. Jahrgang, 1987, p.522 s.
- European Commission. *White paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*. 2020.
- Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019.
- FELÍCIO, Manuel. Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado. *Revista de Direito da Responsabilidade-1*, 2019, p.493 s.
- GUERREIRO, Sandra. A caracterização legal da especialidade e anormalidade dos prejuízos. *Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p.231s.
- HUBBARD, F. Patrick. Allocating the risk of physical injury from sophisticated robots: Efficiency, fairness and innovation. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Orgs.). *Robot Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p.25-50.
- KARNOW, Curtis E. A. The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Orgs.). *Robot Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p.51-77.
- KNÖPFLE, Robert. Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz um Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, p.697-702.
- KOCH, Bernhard A. *Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?. Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV*. Baden-Baden, 2019.

- KOCH, Bernhard. *Strict Liability. Principles of European Tort Law, Text and commentary*. Wien: Springer, 2005.
- MARKESINIS, B. *The German Law of Obligations (vol. II). The Law of Torts: A comparative introduction*. 3rd. Edition. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- NEVEJANS, Nathalie. *European Civil Law Rules in Robotics*. European Union: Directorate-General for Internal Policies, 2016.
- PINTO, C. A. Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- RICHARDS, Neil; D. SMART, William. How should the law think about robots?. *SSRN Electronic Journal*, 2013, p.1-25.
- RÜMELIN, MAX FRIEDRICH GUSTAV VON. Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf und Civilrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 90, Heft 2, 1900, p.186 s.
- SILVA, J. Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.
- TRIMARCHI, P. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè Editore, 1967.
- VOIT, Wolfgang; GEWEKE, Götz. Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Der türkische Computervirus. *Juristische Schulung*, 2001.

# O CONFINAMENTO SANITÁRIO E A EMERGÊNCIA DE UM DIREITO UNIVERSAL DE ACESSO LIVRE À SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

**Pedro Dias Venâncio**

Doutor em Ciências Jurídico Privatísticas pela Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal. Mestre em Direito Comercial pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Portugal. Professor Adjunto no Instituto Politécnico do Porto, Portugal. Professor Auxiliar na Universidade do Minho, Portugal. Investigador no Centro de Investigação em Justiça e Governação, Escola de Direito, Universidade do Minho, Portugal. Investigador no Centro de Inovação e Investigação em Ciências Empresariais e Sistemas, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Instituto Politécnico do Porto, Portugal.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A consagração constitucional portuguesa; 3 A consagração na lei ordinária; 4 A liberdade de acesso às redes informáticas de uso público; 4.1 As redes informáticas de uso público; 4.2 O direito de liberdade de acesso; 5 Pequena nota sobre a previsão constitucional nos países lusófonos; 6 Ausência de uma previsão internacional uniformizada; 7 Conclusões; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia mundial causada pelo COVID-19 teve como principal “terapêutica” de prevenção do contágio, com mais ou menos duração ou intensidade, o denominado distanciamento social<sup>1</sup>, suportado constitucionalmente pelo decretamento de diversas modalidades de “estados de exceção” pelas autoridades da generalidade dos países.

Este distanciamento físico promoveu-se através de múltiplas medidas legais e policiais restritivas da liberdade de circulação dos cidadãos, que visavam diminuir a proximidade física entre pessoas, assim reduzindo o risco de contágio e a propagação descontrolada do novo vírus.

Nas situações mais extremas, que em alguns países prolongou-se por vários meses e afetou milhões de pessoas, impôs-se um recolher obrigatório às respetivas residências e isolamento profilático de comunidades. Por vezes, estas medidas aplicaram-se a cidades ou estados inteiros com milhões de habitantes<sup>2</sup>. Estas medidas, ditas de “confinamento social”, foram mitigadas com uma transferência compulsiva (sempre que possível) de todas as atividades profissionais e letivas para meios de comunicação à distância (promovendo-se quer o teletrabalho, quer o e-learning, a uma escala nunca antes pensada).

Acresce que, encerrados os estabelecimentos comerciais e imposto este recolhimento domiciliário da generalidade da população, durante estes períodos de confinamento aumentou exponencialmente o recurso ao comércio eletrónico *não só* para a aquisição de bens essenciais, mas para o acesso a toda uma panóplia de bens e serviços anteriormente adquiridos presencialmente<sup>3</sup>.

Nem mesmo o exponencial crescimento que as redes informáticas, e todos os serviços e produtos a ela associados, vinham demonstrando nas últimas décadas poderia fazer alguém adivinhar uma tal dependência da generalidade da população do acesso aos serviços da sociedade da informação<sup>4</sup>.

Na verdade, nunca na história da humanidade um número tão elevado de população, empresas e serviços esteve, de forma tão drástica, dependente do acesso às redes informáticas e aos serviços da sociedade da informação.

A atual situação pandémica, ainda pungente no momento em que escrevemos este texto, trouxe à tona a comprovação incontestável que o acesso às redes informáticas de uso público assume uma especial importância: como fator de igualdade (ou desigualdade) no acesso a um modelo de educação baseado no e-learning; na realização do direito ao trabalho numa realidade laboral onde ganha predominância o teletrabalho; no acesso à informação, à saúde, a bens e serviços essenciais, etc.

O que não pode deixar de nos fazer colocar a questão: não serão as redes informáticas um bem essencial fundamental não só à organização da sociedade e da nova economia

---

1 Expressão muito infeliz e que deturpa subconscientemente o sentido da medida. Deveria antes falar-se de “distanciamento físico” que, por si só, deveria ter implicado um reforço da proximidade social para a preservação da sanidade mental coletiva dos seres sociais que somos.

2 Segundo um balanço da agência France Presse (AFP), mais de metade da população mundial (52%) esteve confinada nas suas casas por ordem das autoridades para combater a propagação da doença covid-19 (VISÃO. COVID-19: mais de metade da população mundial confinada em casa. *Visão*, 07 abr. 2020 Disponível em: <https://visao.sapo.pt/visaosaude/2020-04-07-covid-19-mais-de-metade-da-populacao-mundial-confinada-em-casa-afp/>. Acesso em: 25 ago. 2020).

3 “Um estudo da Mastercard revela que o confinamento fez aumentar o comércio eletrónico, com mais de metade dos portugueses a optarem mais por esta via nesta fase do confinamento. Verifica-se também um acréscimo da compra de experiências online como, por exemplo, aulas de fitness, receitas ou subscrição de canais e filmes” (ECONOMIA. Confinamento estimula comercio online, O que se compra? Economia ao Minuto, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.noticiasaoiminuto.com/economia/1481455/confinamento-estimula-comercio-online-o-que-se-compra>. Acesso em: 24 ago.2020).

4 Não nos alongaremos sobre o conceito de Sociedade da Informação, que se encontra já extensamente debatido, e que abordamos extensamente na nossa tese de doutoramento: VENÂNCIO, P. D.. *A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Eletrónico*. Almedina, 2016, p.34-36.

digital, mas também à qualidade de vida da generalidade dos Seres Humanos? Chegou o momento de avançar para um reconhecimento internacional formal de um Direito Humano à liberdade de acesso às redes informáticas de uso público?

São estas as perguntas que tentamos responder, partindo da perspectiva do direito português mas procurando encontrar um visã universal.

## 2 A CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

O direito de acesso a redes informáticas de uso público encontra-se plasmado na Constituição da República Portuguesa (CRP), mais concretamente na parte inicial do seu atual n.º 6 do artigo 35.º, onde se pode ler que “A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiriços e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional” (sublinhado nosso).

A CRP foi um diploma extraordinariamente avançado para a sua época<sup>5</sup>. Aprovada na sua versão original em sessão plenária da Assembleia Constituinte de 2 de abril de 1976, o facto de a CRP consagrar, entre os artigos dedicados aos *Direitos, Liberdades e Garantias*, um conjunto de direitos fundamentais no âmbito da utilização da informática é um caso paradigmático desse vanguardismo. É de salientar que este artigo 35.º da CRP está abrangido pelo especial regime jurídico dos “Direitos, Liberdade e Garantias”, previsto no artigo 18.º da CRP, e do qual resulta uma especial efetividade jurídica<sup>6</sup>: a aplicabilidade direta; a vinculação de entidades públicas e privadas; e a reserva de lei<sup>7</sup>.

Na verdade, a previsão do direito de acesso a redes informáticas não constava da versão original deste artigo 35.º da CRP de 1976, que continha apenas três números<sup>8</sup>. Este artigo foi sendo objeto de sucessivas alterações aos longo das últimas cinco décadas<sup>9</sup>, das quais interessa a esta questão a efetuada pela Lei Constitucional n.º 1/1997. Esta lei constitucional introduziu no atual n.º 6 do artigo 35.º a garantia de “livre acesso às redes informáticas de uso público”. No entendimento de Jorge Miranda<sup>10</sup> esta ampliação do artigo representa uma extensão do direito de acesso do cidadão aos dados e registos informáticos que lhe dizem respeito. Pensamos, no entanto, que o mesmo representa já o reconhecimento por parte do legislador constitucional do espaço cibernético como, também, um espaço de “liberdade de circulação” do cidadão.

5 CASTRO, C. S.. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Almedina, 2005, p.32.

6 Nesse sentido, ANDRADE, J. V. C.. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Almedina, 2004, p.196.

7 Não nos alongaremos nestas características que estão sobejamente estudadas na doutrina e júris+rudência constitucional portuguesa. Por todos citamos: ANDRADE, J. V. C.. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Almedina, 2004, p.203-245.

8 O primeiro consagrava o direito de todo o cidadão a tomar conhecimento do conteúdo de registos mecanográficos a seu respeito, de se inteirar do fim a que se destinavam essas informações, e de exigir a retificação e a atualização dos dados constantes desses registos. O segundo número proibia o uso da informática para o tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratasse do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos. Em ambos os casos matéria que hoje se encontra no centro das preocupações mundiais, face à expansão hegemónica da Sociedade da Informação. O terceiro proibia a atribuição de um número nacional único. Proibição que foi justificada na época pelo receio que a concentração de toda a informação sobre os cidadão numa única base de dados, por referência a um único número, pudesse potenciar o uso abusivo dessa informação, face à possibilidade de com ela construir uma imagem completa de cada cidadão em todos os seus traços económicos, sociais, físicos e psicológicos. Aquilo a que hoje designaríamos criação de perfis (ou “profiling”) e que cuja prática se vem banalizando nesta nova Era de “Big Data”.

9 Analisamos esta evolução histórica no nosso artigo: VENÂNCIO, P. D.. A Previsão Constitucional da Utilização da Informática. *Revista de Estudos Politécnicos*, Tékhné, v. V, n. 8, p.243-264.

10 Jorge Miranda, em anotação ao artigo 35º da CRP [MIRANDA, J.; MEDEIROS, R.. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra Editora, 2005, p.382]

Em conclusão, defendemos a opinião que a Constituição portuguesa consagra um verdadeiro direito fundamental de liberdade de acesso às redes informáticas de uso público<sup>11</sup>.

### 3 A CONSAGRAÇÃO NA LEI ORDINÁRIA

Na perspetiva das políticas públicas, a afirmação deste direito de acesso a redes informáticas de acesso público como um direito fundamental universal espelhou-se, desde logo, na legislação ordinária subsequente à revisão constitucional de 1997. Já em 2004 Joel Timóteo Ramos Pereira afirmava que «foi através da Resolução do Conselho n.º 96/99 (DR, I-B de 27-08) que o Estado reconheceu, pela primeira vez, que a sociedade da informação tem de ser para todos»<sup>12</sup> (sublinhado nosso). Neste reconhecimento plasma-se a universalidade inerente aos direitos fundamentais. Concluía o mesmo autor que “assegurar a todos os cidadãos, sem exceção, o acesso às tecnologias de informação e a respetiva capacidade de as utilizar constitui uma forma de democratização da sociedade. Se esse desiderato não for alcançado, o desenvolvimento da sociedade acabará por tornar-se num poderoso *facto de exclusão social*”<sup>13</sup> (sublinhado nosso).

Podemos agora comprovar, com as medidas de confinamento impostas no âmbito do combate à Pandemia COVID-19, que a falta de acesso às redes informáticas de acesso público representa um fator que acentua as desigualdades sociais e potencia a exclusão social<sup>14</sup>. Basta pensar em todo um sistema de ensino com aulas lecionadas exclusivamente em regime de e-learning, para compreender como falta ou deficiente acesso a uma rede informáticas de uso público representará um enorme fator de exclusão dos alunos de famílias mais carenciadas, já de si numa posição fragilizada face à demais comunidade escolar.

Este direito fundamental de liberdade de acesso às redes informáticas de uso público tem tido várias expressões no direito interno português e europeu, entre as quais o princípio geral de interoperabilidade<sup>15</sup>, conforme fundamentamos no artigo que citamos supra<sup>16</sup>. Não nos estenderemos neste artigo nas múltiplas refrações na lei ordinária interna deste princípio, passando antes à explicitação do seu conteúdo constitucional.

### 4 A LIBERDADE DE ACESSO ÀS REDES INFORMÁTICAS DE USO PÚBLICO

Para compreendermos melhor este direito fundamental à liberdade de acesso às redes informáticas de uso público importa a caracterização de dois conceitos: o objeto – a rede informática de uso público - e o âmbito – quais os deveres que impendem sobre o Estado para garantia deste direito fundamental.

11 Posição que defendemos no artigo: VENÂNCIO, P. D.. A interoperabilidade como garantia do direito fundamental à liberdade de acesso às redes informatizadas de uso público, previsto no artigo 35.o n.o 6 da C.R.P. In: GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa Gonçalves (ed.). *Anuário de Direitos Humanos* 2. 2019, p.71–88.

12 PEREIRA, J. T. R.. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*. QuidJuris, 2004, p.31.

13 PEREIRA, J. T. R.. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*. QuidJuris, 2004, p.31.

14 Em entrevista à Revista Forbes, Andrew Sullivan, presidente e CEO da Internet Society, organização norte-americana sem fins lucrativos que lidera o debate sobre padrões, educação, acesso e políticas relacionadas à internet. Considera que “Já podemos notar que aqueles que estão sem acesso à rede são duplamente prejudicados durante a pandemia, pois não possuem uma ferramenta que os permita manter contato com outras pessoas de maneira fácil e barata, principalmente quando confinados em casa”, aponta. (cfr. MARI, Angelica; ARBEX, Gabriela. FORBES Insider: Inclusão Digital, Amparo Saúde, Home Office, Locaweb. *Forbes*, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-insider/2020/04/a-falta-de-acesso-a-internet-aumenta-a-desigualdade-social-diz-andrew-sullivan-da-internet-society/>. Acesso em: 24 ago. 2020).

15 Cujo conceito e conteúdo exploramos no artigo: VENÂNCIO, P. D.. O Princípio Geral da Livre Interoperabilidade. *Scientia Iuridica*, Tomo LXV, 341, 2016, p.241-258.

16 VENÂNCIO, P. D.. A interoperabilidade como garantia do direito fundamental à liberdade de acesso às redes informatizadas de uso público, previsto no artigo 35.o n.o 6 da C.R.P. In: GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa Gonçalves (ed.). *Anuário de Direitos Humanos* 2. 2019, p.88.

#### 4.1 As redes informáticas de uso público

A pretérita Lei da Criminalidade Informática portuguesa (Lei n.º 109/91, de 17/08) definia no seu artigo 2.º a) uma rede informática como “um conjunto de dois ou mais computadores interconectados”. A atual Lei do Cibercrime portuguesa (Lei n.º 109/2009, 15/09), que revogou a Lei da Criminalidade Informática, não define o conceito. Em boa verdade, pensamos dispensável a definição legal de um conceito eminentemente técnico e que nos parece pacífico entre as ciências das tecnologias da informação e da comunicação (TIC). A definição que constava da revogada Lei da Criminalidade Informática corresponde, grosso modo, à definição mais genérica constante dos dicionários de termos informáticos. Numa perspetiva técnica pode definir-se rede informática como um «conjunto de dois ou mais equipamentos de tratamento automático de informação, ligados entre si por placas de rede a nível físico (cabo), ou outro (infravermelhos, radiofrequência, ...).»<sup>17</sup> ou, simplesmente, «conjunto de computadores interligados»<sup>18</sup>.

O conceito de rede informática assenta na possibilidade de diferentes aparelhos informáticos poderem trocar entre si dados informáticos, independentemente do seu conteúdo informativo, através destas tecnologias de comunicação comuns<sup>19</sup>. O que, face ao exponencial desenvolvimento das tecnologias e infraestruturas de transmissão de dados informáticos, vem permitindo a conceção de redes informáticas cada vez maiores, mais dispersas e com maior rapidez, fiabilidade, fidelidade e capacidade de transmissão de dados.

Isto significa que cabe neste conceito técnico de rede informática, desde a pequena rede wireless que um qualquer particular tem instalada em sua casa para conexão entre o seu computador pessoal, tablet, telemóvel, televisor, impressora, etc., até à mega rede informática universal a que usualmente designamos de Internet ou WWW (World Wide Web)<sup>20</sup>.

Parece-nos ser neste conceito mais amplo que o artigo 3.º alínea dd) da Lei das Comunicações Eletrónicas<sup>21</sup>, define o conceito de «*Rede de comunicações eletrónicas*» como «os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos, nomeadamente elementos de rede que não se encontrem ativos, que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios óticos, ou por outros meios eletromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de eletricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes de radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida».

17 MATOS, J. A. A. *Dicionário de Informática e Novas Tecnologias*. 3. Ed. FCA, 2009, p.308.

18 DOWNING, D.; COVINGTON, M.; COVINGTON, M. M.. *Dicionário de Termos Informáticos e Da Internet*. Tradução: DAMÁSIO, P. D. C.. Platano, 2001, p.485.

19 O elemento essencial dessas tecnologias são os designados protocolos de comunicação que a cibernética Wikipédia define como «uma convenção ou padrão que controla e possibilita uma conexão, comunicação ou transferência de dados entre dois sistemas computacionais. De maneira simples, um protocolo pode ser definido como “as regras que governam” a sintaxe, semântica e sincronização da comunicação» In [https://pt.wikipedia.org/wiki/Protocolo\\_\(ci%C3%A2ncia\\_da\\_computa%C3%A7%C3%A3o\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Protocolo_(ci%C3%A2ncia_da_computa%C3%A7%C3%A3o)), consultado em 14-02-2020. Alguns dicionários definem protocolo com apenas uma «norma regulando a transmissão de dados entre computadores» [DOWNING, D.; COVINGTON, M.; COVINGTON, M. M.. *Dicionário de Termos Informáticos e Da Internet*. Tradução: DAMÁSIO, P. D. C.. Platano, 2001, p.470], ou o «conjunto de regras que descrevem a forma como é efectuada a transmissão e receção de dados, nomeadamente numa rede informática» [MATOS, J. A. A.. *Dicionário de Informática e Novas Tecnologias*. 3. Ed. FCA, 2009, p.296].

20 «A Internet é uma rede formada por um largo conjunto de redes tendo todas elas um protocolo de comunicação comum: o IP (Internet Protocol). Por outras palavras, a Internet é a mais bem sucedida aplicação prática do conceito de Internetworking, que consiste em conectividade de redes de tecnologias distintas. Essa conectividade foi conseguida pelo uso conjunto de protocolos conhecido como TCP/IP Protocol Suite ou simplesmente TCP/IP». [GARROT, J.; FERREIRA, A. *Programação na World Wide Web com CGIs*. FCA, 1999, p.5].

21 Aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, e múltiplas vezes alterada.

O segundo elemento caracterizador do objeto deste direito fundamental relaciona-se precisamente com esta característica do conceito técnico de rede informática e resulta de uma possível delimitação subjetiva da sua utilização. Diz o artigo 35.º n.º 6 da CRP que se garante o livre acesso às redes informáticas que sejam de “uso público”.

Importa então analisar o que será uma rede informática de “uso público”, por oposição a uma rede informática de “uso privado”. E, na verdade, esta delimitação não é de natureza tecnológica (pois em abstrato podem ser utilizadas as mesmas tecnologias da comunicação para a sua criação), mas de natureza subjetiva. Ou seja, quanto ao âmbito subjetivo para o qual a rede é concebida e/ou utilizada.

Numa interpretação literal do normativo constitucional, diríamos que se classificarão como redes informáticas de uso público aquelas que foram concebidas para ser utilizadas por qualquer cidadão. E, por oposição, serão privadas aquelas que são concebidas para serem utilizadas apenas por aqueles sujeitos que preencham determinados requisitos de acesso.

Este conceito de rede informática de uso público parece ser o que transparece igualmente do disposto na alínea ee) do já citado artigo 3.º da Lei das Comunicações Eletrónicas que define «*Rede de comunicações públicas*» como «a rede de comunicações eletrónicas utilizada total ou principalmente para o fornecimento de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público».

Em coerência com o exposto, a mesma lei, nas alíneas c) e d) do n.º 1 artigo 2.º, excluí do seu âmbito: “as redes privativas do Ministério da Defesa Nacional ou sob sua responsabilidade e das forças e serviços de segurança e de emergência, as quais se regem por legislação específica”, e “a rede informática do Governo, gerida pelo Centro de Gestão da Rede Informática do Governo (CEGER), bem como as redes criadas para prosseguir os fins previstos no n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 163/2007, de 3 de Maio”.

Assim, serão redes informáticas de uso privado não só as redes criadas por particulares (pessoas singulares ou coletivas) no âmbito das suas atividades e às quais apenas tem direito de acesso as pessoas por estes autorizadas, mas também as redes detidas pelo Estado mas destinadas ao uso “privativo” dos seus serviços.

Em conclusão, entendemos que o conceito de *redes informáticas de uso público*, a que se refere o n.º 6 do artigo 35.º da CRP, encontra a sua expressão na lei ordinária no disposto nas alíneas dd) e ee) do artigo 3.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, podendo-se definir como as redes informáticas concebidas para utilização e prestação de serviços pela generalidade dos cidadãos e empresas.

## **4.2 O direito de liberdade de acesso**

Dispõe a alínea a) do artigo 3.º da citada Lei das Comunicações Eletrónicas que «acesso» significa «a disponibilização de recursos e ou serviços a outra empresa, segundo condições definidas, em regime de exclusividade ou não exclusividade, para efeitos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas, mesmo quando estes forem utilizados para a prestação dos serviços previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo anterior, abrangendo, nomeadamente, o acesso a elementos da rede e recursos conexos, podendo incluir a ligação de equipamento, através de meios fixos ou não fixos (incluindo, em especial, o acesso ao lacete local e a recursos e serviços necessários para prestar serviços pelo lacete local); o acesso a infraestruturas físicas, incluindo edifícios, condutas e postes; o acesso a sistemas de software pertinentes, incluindo sistemas de apoio operacional; o acesso a sistemas de informação ou bases de dados para pré-encomenda, aprovisionamento, encomenda, pedidos



de manutenção e reparação, e faturação; o acesso à conversão numérica ou a sistemas que ofereçam uma funcionalidade equivalente; o acesso a redes fixas e móveis, em especial para fins de itinerância (roaming); o acesso a sistemas de acesso condicional para serviços de programas televisivos e de rádio digitais; o acesso aos serviços de rede virtual».

Esta definição está concebida na lógica do âmbito material que a Lei das Comunicações Eletrónicas pretende regular, ou seja, na perspetiva do prestador de serviços de comunicações eletrónicas. No entanto, pensamos que a mesma é suficientemente completa e abrangente para que dela se possa igualmente extrair o que para a lei constitucional representa o acesso na perspetiva do utilizador desses serviços.

O acesso às redes informáticas de uso público pressupõe a liberdade de todo o cidadão se ligar/conectar a essa rede informatizada para qualquer uso lícito da mesma.

Aquando do nascimento das TIC, o acesso e utilização das redes informáticas de uso público, máxime, da Internet, era equacionado essencialmente como um ato de liberdade individual. Falava-se então de um espaço de liberdade, que alguns chegaram a imaginar excluído inclusivamente da tutela jurídica dos Estrado<sup>22</sup>. Não nos alongaremos sobre esta falácia que não é relevante para a questão central deste artigo.

Atualmente, face à crescente dependência destas redes informáticas para o acesso a bens e serviços públicos e privados essenciais, assim como a crescente transferência para as redes informáticas da interação social e cultural inerente à condição do Ser Humano, questiona-se se não caberá aos Estado também garantir esse acesso livre.

Não é por acaso que a formulação original (de 1976) do artigo 35.º da CRP previa essencialmente a proteção do cidadão contra utilizações da informática que pudesse lesar os seus direitos, liberdades e garantias, e com a reforma de 1997 o n.º 6 deste artigo passasse a prever a utilização da informática já não apenas como uma ameaça, mas ela própria como um direito a que o cidadão deve aceder livremente. No processo de expansão da nossa vivência para a sociedade da informação, passamos a assumir o espaço cibernético não apenas como um espaço de liberdade, mas como um espaço de realização pessoal e profissional essencial à nossa inclusão social. Por isso, também, um novo direito fundamental de cidadania.

Em conclusão, cumprindo a lógica de cumulação próprio da construção de um leque de direitos fundamentais, a evolução das TIC e da própria sociedade para uma sociedade em rede fez com que sucessivas alterações constitucionais expandissem este artigo 35.º, reconhecendo-se em 1997 este direito fundamental de liberdade de acesso a redes informáticas de uso público.

Concluimos assim que, em Portugal, o direito fundamental de liberdade de acesso às redes informáticas de uso público, previsto no n.º 6 do artigo 35.º da CRP, se apresenta *não apenas como uma liberdade individual que o Estado deve se abster de limitar, mas também um direito cuja efetividade o Estado deve garantir a todos os cidadãos.*

## **5 PEQUENA NOTA SOBRE A PREVISÃO CONSTITUCIONAL NOS PAÍSES LUSÓFONOS**

A Constituição da República de Cabo Verde, aprovada pela Lei Constitucional nº 1/IV/92, de 25 de setembro, na sua versão atualizada, prevê no n.º 6 do seu artigo 44.º que “A todos é garantido acesso às redes informáticas de uso público”. Consagrando assim uma

---

22 O que se pode exemplificar através da “Declaração de Independência da Internet”, promovida pelo ativista norte-americano Perry Barrow em fevereiro de 1996, da qual consta «Governo do mundo industrial, em nome do futuro, pedimos que nos deixem sós. São personas gratas entre nós. Falta-lhes soberania e legitimidade ética para implantar regras e métodos. O ciberespaço não se ajusta às vossas fronteiras», citado por PEREIRA, J. T. R.. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*. QuidJuris, 2004, p.461.

tutela constitucional similar à portuguesa quanto à liberdade de acesso a redes informáticas de uso público. Vale para o direito constitucional de Cabo Verde grande parte das considerações que supra fizemos sobre o ordenamento português. *Não nos estenderemos nessa análise.*

Nas demais Constituições de países lusófonos (nomeadamente: Angola, Brasil, Moçambique, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste) não encontramos qualquer referência constitucional expressa a este direito de livre acesso às redes informáticas de uso público.

No caso do Brasil essa essencialidade está, no entanto, reconhecida pela legislação ordinária. Nomeadamente, na *Lei n.º 12.965*, de 23 de abril de 2014, (usualmente designada de Marco Civil) que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. O artigo 4.º desta lei diz ter «por objetivo a promoção: I - *do direito de acesso à internet a todos*» (sublinhado nosso), que assim surge aqui como um direito “universal”, característica que sabemos ser típica dos direitos fundamentais.

Acrescenta ainda o artigo 7.º desta lei que «*o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania*» (sublinhado nosso), estabelecendo a favor dos utilizados os direitos de: «IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;» e «V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;».

Embora sem seguir a via da consagração constitucional, é clara a intenção do legislador brasileiro de consagrar um direito universal de acesso a redes informáticas de uso público, acrescentando ainda garantias de “não restrição injustificada do acesso” e de “qualidade do serviço”.

## **6 AUSÊNCIA DE UMA PREVISÃO INTERNACIONAL UNIFORMIZADA**

Os principais diplomas internacionais de consagração de Direitos do Homem estão nesta matéria claramente datados, omitindo qualquer referência expressa a liberdades cibernéticas, condicionados pelo facto de terem sido negociados na primeira metade do século passado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos DUDH, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948, *não prevê* qualquer liberdade fundamental associada à sociedade da informação. No seu artigo 3.º consagra um princípio geral nos termos do qual “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”. E o n.º 1 do artigo 13.º da DUDH que “Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado”.

Também a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>23</sup>, e aprovada em Roma a 4 de novembro de 1950, se limita a prever um princípio geral de “direito à liberdade” no n.º 1 do seu artigo 5.º. E apesar de já ter sido objeto de diversos protocolos adicionais nenhum deles se debruçou sobre o acesso a redes informáticas.

No entanto, devemos entender que o conceito de liberdade apresentado nestes tratados internacionais é suficientemente amplo para abarcar todas as esferas da atividade humana. Pelo que, não tendo sido pensado para uma liberdade cibernética, não é de excluir a sua aplicabilidade a este novo “espaço” de vivência dos Seres Humanos.

Nesse sentido, já a 27 de junho de 2016 o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas adotou uma resolução que condena quaisquer tentativas de países no sentido de

---

23 Usualmente designada de Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

interromper intencionalmente o acesso à Internet. Na Resolução n.º A/HRC/C/L.20<sup>24</sup>, sobre a promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet, adotada sem votação e revisada oralmente, o Conselho afirma que os mesmos direitos que as pessoas têm offline também devem ser protegidos online, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável independentemente de fronteiras e através de qualquer meio.

Resolução que veio a ser aprofundada e renovada pela Resolução n.º A/HRC/RES/38/7<sup>25</sup> do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 5 de julho de 2018, sobre promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet.

Estas resoluções partem do reconhecimento da “natureza universal e aberta da Internet como força motriz potenciadora do progresso com vista ao desenvolvimento nas suas várias vertentes, inclusive na prossecução dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (tradução nossa).

Na verdade as resoluções do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas têm o seu foco no reconhecimento da Internet como um meio de realização dos Direitos Humanos, em especial, a liberdade de expressão, o acesso à informação e a privacidade. Consagram-se recomendações com vista à promoção da igualdade de acesso, segurança e não discriminação. Mas ainda não se apresenta claramente a liberdade de acesso às redes informáticas de uso público como um valor Universal autónomo.

No entanto, na medida em que se promove o reconhecimento do direito dos cidadãos exercerem a sua liberdade (enquanto Direito Humano) através da internet, reconhece-se implicitamente a Internet como um espaço em que os Estados também devem reconhecer e garantir a liberdade de circulação e segurança dos cidadãos. Nesse sentido, falta caminhar para o reconhecimento formal internacional do direito de liberdade de acesso às redes informática de uso público, como um Direito Humano a ser garantido universalmente.

## 7 CONCLUSÕES

A pandemia mundial causada pelo COVID-19 teve como principal “terapêutica” de prevenção do contágio, com mais ou menos duração ou intensidade, um conjunto de medidas de distanciamento social, entre as quais o recolher obrigatório às respetivas residências e isolamento sanitário de povoações (em alguns casos cidades ou regiões inteiras). Estas medidas foram mitigadas com uma transferência compulsiva de todas as atividades profissionais, letivas e comerciais para meios de comunicação à distância, promovendo-se quer o teletrabalho, quer o e-learning, quer mesmo o comércio eletrónico a uma escala nunca antes pensada.

Na verdade, nunca na história da humanidade um número tão elevado de população, empresas e serviços, esteve tão dependente do acesso às redes informáticas e aos serviços da sociedade da informação para a satisfação da generalidade das suas necessidades pessoais e profissionais.

---

24 UN. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: draft resolution / Australia, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Canada, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Fiji, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Haiti, Honduras, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Mexico, Monaco, Montenegro, Netherlands, Nigeria, Norway, Paraguay, Poland, Portugal, Republic of Moldova, Romania, Senegal, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Tunisia, Turkey, Ukraine, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America. *Nações Unidas*, 2016. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/845728>. Acesso em: 20 ago. 2020.

25 UN. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: resolution / adopted by the Human Rights Council on 5 July 2018. *Nações Unidas*, 2018. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/1639840>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Concluimos que na situação pandémica em que a Humanidade se encontra, o acesso às redes informáticas de uso público assume uma especial importância. Como fator de igualdade (ou desigualdade) no acesso a um modelo de educação baseado no e-learning. Na realização do direito ao trabalho numa realidade laboral onde ganha predominância o teletrabalho. Na prestação de cuidados de saúde à distância. No acesso à informação, a bens e serviços essenciais, etc...

Confirmando-se o, maior ou menor, acesso a redes informáticas de uso público como um fator fundamental de inclusão ou exclusão social, económica e cultural dos indivíduos.

Em Portugal constatamos que a primeira parte do n.º 6 do artigo 35.º da CRP consagra já um direito fundamental de liberdade de acesso às redes informáticas de uso público. Entendendo-se para este fim que redes informáticas de uso público são *as redes informáticas concebidas para utilização e prestação de serviços pela generalidade dos cidadãos e empresas*. E concluindo ainda que, com este direito fundamental de liberdade de acesso às redes informáticas de uso público, o legislador constitucional português não se limitou a reconhecer uma liberdade individual que o Estado deve se abster de limitar, mas também um direito fundamental de acesso cuja efetividade que o Estado deve garantir a todos, pessoas singulares e coletivas.

Verificamos que, no espaço da lusofonia, o diploma constitucional de Cabo Verde consagra igual tutela ao direito de acesso às redes informáticas de uso público. Enquanto no Brasil é na lei ordinária que encontramos esse reconhecimento, na designada lei do Marco Civil. Nos demais países lusófonos não encontramos igual reconhecimento.

A nível internacional verificamos que os principais diplomas internacionais de consagração de Direitos do Homem não consagram expressamente quaisquer liberdades cibernéticas. Nomeadamente, quer a Declaração Universal dos Direitos Humanos DUDH, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948, quer Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e aprovada em Roma a 4 de novembro de 1950, não preveem qualquer direito ou liberdade associada ao acesso à Sociedade da Informação.

Em contrapartida, e em reforço da tese que vimos desenvolvendo, o Conselho de Direitos Humanos das Organização das Nações Unidas já por duas vezes, em 2016 e em 2018, adotou resoluções sobre promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na Internet. Resoluções onde reconhece a essencialidade da liberdade de acesso à Internet para a realização plena dos Direitos Humanos reconhecidos na DUDH. Confirmando que os princípios de liberdade consagrados nos diplomas internacionais sobre Direito do Homem podem e devem ser estendidos ao espaço cibernético.

A prolongada situação de confinamento e distanciamento físico imposto pela pandemia COVID-19, ainda vigente e com probabilidade de se prolongar por tempo ainda não determinado. A consolidação de práticas de trabalho, ensino, convivência e contratação à distância. Assim como o risco de propagação de novas pandemias potenciadas pela globalização da economia mundial. Todos estes fatores apontam no sentido da liberdade de acesso às redes informáticas de uso público não ser uma mera necessidade temporária, mas uma tendência global que os Estados não podem ignorar.

A comunidade internacional não pode deixar de reconhecer que sem um acesso livre e universal às redes informáticas de uso público a coesão social e económica mundial não será possível. As restrições, seja de que ordem forem, ao acesso às redes informáticas de uso público constituirá para futuro uma intransponível barreira à igualdade e progresso dos Povos de todas as Nações.

Pensamos, por isso, que é tempo de se caminhar para o reconhecimento internacional formal de um Direito Humano de liberdade de acesso às redes informáticas de uso público.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. V. C.. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Almedina, 2004.

CASTRO, C. S.. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Almedina, 2005.

DOWNING, D.; COVINGTON, M.; COVINGTON, M. M.. *Dicionário de Termos Informáticos e Da Internet*. Tradução: DAMÁSIO, P. D. C.. Platano, 2001.

ECONOMIA. Confinamento estimula comercio online, O que se compra? *Economia ao Minuto*, 18 maio 2020. Disponível em: <https://www.noticiasao minuto.com/economia/1481455/confinamento-estimula-comercio-online-o-que-se-compra>. Acesso em: 24 ago.2020

GARROT, J.; FERREIRA, A.. *Programação na Word Wide Web com CGI's*. FCA, 1999.

MARI, Angelica; ARBEX, Gabriela. FORBES Insider: Inclusão Digital, Amparo Saúde, Home Office, Locaweb. *Forbes*, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-insider/2020/04/a-falta-de-acesso-a-internet-aumenta-a-desigualdade-social-diz-andrew-sullivan-da-internet-society/>. Acesso em 24 ago. 2020

MATOS, J. A. A.. *Dicionário de Informática e Novas Tecnologias*. 3. Ed. FCA, 2009.

MIRANDA, J; MEDEIROS, R.. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, J. T. R.. *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*. QuidJuris, 2004.

UN. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: draft resolution / Australia, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Canada, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Fiji, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Haiti, Honduras, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Japan, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Mexico, Monaco, Montenegro, Netherlands, Nigeria, Norway, Paraguay, Poland, Portugal, Republic of Moldova, Romania, Senegal, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Tunisia, Turkey, Ukraine, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America. *Nações Unidas*, 2016. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/845728>. Acesso em: 20 ago. 2020.

UN. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: resolution / adopted by the Human Rights Council on 5 July 2018. *Nações Unidas*, 2018. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/1639840>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VENÂNCIO, P. D.. A interoperabilidade como garantia do direito fundamental à liberdade de acesso às redes informatizadas de uso público, previsto no artigo 35.o n.o 6 da C.R.P. In: GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa Gonçalves (ed.). *Anuário de Direitos Humanos 2*. 2019, p.71-88.

VENÂNCIO, P. D.. O Princípio Geral da Livre Interoperabilidade. *Scientia Iuridica*, Tomo LXV, 341, 2016, p.241-258.

VENÂNCIO, P. D.. A Previsão Constitucional da Utilização da Informática. *Revista de Estudos Politécnicos*, Tékhné, v. V, n. 8, p.243-264.

VENÂNCIO, P. D.. *A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Eletrónico*. Almedina, 2016.

VISÃO. COVID-19: mais de metade da população mundial confinada em casa. *Visão*, 07 abr. 2020 Disponível em: <https://visao.sapo.pt/visaosaude/2020-04-07-covid-19-mais-de-metade-da-populacao-mundial-confinada-em-casa-afp/>. Acesso em: 25 ago. 2020



# PROCESSING OF PERSONAL DATA CONCERNING THE DATA SUBJECT IN THE FIELD OF PUBLIC HEALTH

## **Juan Francisco Rodríguez Ayuso**

Assistant Professor Doctor (accredited) Academic Coordinator of the master's degree in Data Protection Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). E-mail: [juanfrancisco.rodriguez@unir.es](mailto:juanfrancisco.rodriguez@unir.es). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4721-1465>.

## **Elena Atienza Macías**

Professor in the Master of Sports Law, San Pablo Andalucía CEU University Foundation. Postdoctoral Researcher "Juan de la Cierva", G.I. Chair of Law and the Human Genome, University of the Basque Country UPV/EHU

---

**Sumário:** 1 Introduction; 2 Basis of Legitimacy; 3 Specific Obligations of The Controller; Bibliography.

## 1 INTRODUCTION

Although Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, now repealed, did not contain a definition of what is meant by personal data relating to the health of the persons concerned, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of April 27, 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (hereinafter, the General Data Protection Regulation or GDPR) does establish a conceptualization of this special category of personal data, in addition to doing the same with a subcategory belonging to the latter: personal genetic data<sup>1</sup>.

In this sense, according to article 4.15) GDPR, the following will be data related to health: *Personal data relating to the physical or mental health of a natural person, including the provision of health care services, which reveal information about his or her state of health*

Personal genetic data shall include all other data [article 4.13) GDPR]: *Personal data relating to inherited or acquired genetic characteristics of a natural person that provide unique information on the physiology or health of that person, obtained in particular from the analysis of a biological sample from that person.*

Finally, although they are not considered personal data relating to health, the General Data Protection Regulations assimilate, in certain cases, biometric personal data to personal data relating to health, with the same rules applying to them, as in the special case of legitimizing causes. In this sense, Section 4(14) GDPR defines biometric data as:

*Personal data obtained from a specific technical processing, relating to the physical, physiological or behavioral characteristics of a natural person that allows or confirms the unique identification of such person, such as facial images or dactyloscopy data.*

Thus, we can see how the new regulation does not only refer to those personal data that are directly linked to the health, physical or mental, of a person, but also incorporates, in the same way, information related to the state of health, as is shown in recital 35 GDPR.

This description is, as can easily be seen, quite related to the position taken by the Article 29 Working Group which, in 2013<sup>2</sup>, analyzed the legal status of information captured or processed through certain devices that are apparently not relevant to this health issue (such as the number of kilometers traveled, the number of steps taken, the total calories consumed, etc.), but which may end up revealing a certain state or a specific health hazard or risk. In this sense, this group concludes that the personal data related to the health of the interested parties will be those that include certain aspects, such as those listed below:

- a) Data that have an inherent or clearly manifested medical nature.
- b) Raw personal data from sensors, which may be used individually or in combination with others, to draw conclusions regarding the state of health or the risk to health of a certain interested party.
- c) Certain conclusions drawn in relation to the state of risk to the health of the interested party, whether or not they are scientific.

---

1 VIDAL VALDUNCIEL, A.. La aplicación del Reglamento General de Protección de Datos en el sector salud de datos. *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 122, 2018, p.18.

2 ARTICLE 29 WORKING GROUP, Opinion 02/2013 on applications of intelligent devices (00461/13/EN), 27 February 2013.

## 2 BASIS OF LEGITIMACY

Since the Community Directive on the protection of personal data, which was repealed with effect from May 25, 2018, special personal data relating to the health of the data subject have been subject to enhanced protection. This protection, with the new General Data Protection Regulations, as well as with the new Organic Law 3/2018, of December 5, on Personal Data Protection and Guarantee of Digital Rights (hereinafter, LOPDGDD), has been maintained and even consolidated<sup>3</sup>.

Thus, located within the special categories of personal data regulated in Article 9 GDPR and Article 9 (in addition to Additional Provision 17 and Transitional Provision 6) of the new LOPDGD, personal data relating to the health of the data subject enjoy general and specific protection, under which, as a general rule, the processing of this type of personal data is prohibited. However, article 9.2 GDPR establishes a series of exceptions that, if they concur, would allow the processing of these special categories of personal data and, therefore, of personal data relating to the health of the data subject. These exceptions are the following:

a) Firstly, there are those cases in which the data subject expresses his explicit knowledge to carry out the processing of his personal data according to one or more explicit purposes, provided that the national law of the Member States or the Community law does not maintain the refusal to process this type of special personal data<sup>4</sup>.

b) Secondly, it would also be possible to process special personal data when it is indispensable to satisfy the execution of certain duties and the exercise of specific rights that correspond to the person responsible for the processing or to the data subject in the context of labor law and social security and protection law, provided that this is possible under the domestic law of the Member States or the Community law or a collective agreement in accordance with the domestic law of the countries that make up the European Union and that it provides specific guarantees in order to comply with the fundamental rights and interests of the data subjects.

c) Thirdly, when the processing of these special categories of personal data and, as far as it is concerned here, of personal data relating to the health of the data subjects, is indispensable to preserve the vital interests of the data subject or of any other natural person, this exception may only apply in those cases in which the data subject or that other natural person is not able, in a physical or legal manner, to give his or her consent (this is explicitly understood).

d) Fourthly, when the processing is carried out, in the context of its legitimate activities and provided that appropriate guarantees are adopted, by a foundation, an association or other non-profit-making bodies, provided that their purposes are of a political, philosophical, religious or trade union nature, The processing shall be carried out only by members of such bodies, whether currently or in the past, or by persons who have regular contact with them in accordance with the purposes presented by them and provided that the personal data are not communicated abroad without the consent (explicit, it is understood) of the persons concerned.

e) Fifthly, when the processing refers to personal data that the interested party has clearly made public.

---

3 GARCÍA, R.. El Reglamento General de Protección de Datos y su aplicación en el ámbito sanitario. *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 125, 2018, p.14.

4 RODRÍGUEZ LÓPEZ, A.. Acuerdo sobre el nuevo reglamento general de protección de datos. *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 131, 2018, p.85-86.

f) Sixthly, in those cases in which the processing is mandatory in order to be able to formulate, exercise or defend against claims or in those cases in which the courts intervene in the context of their judicial function.

g) In seventh place, when the processing becomes indispensable for reasons of an essential public interest, under Community law or the domestic law of the countries that make up the European Union, requiring, in these cases, that the processing be proportionate to the objective pursued, respecting, in the main, the rules on the protection of personal data and establishing measures that are appropriate and specific to preserve the interests and fundamental rights that correspond to the data subject.

With regard to the concept of public interest, recital 45 GDPR clarifies what is to be understood as such, and does so in the following manner:

*When it is carried out in compliance with a legal obligation applicable to the controller, or if it is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of public authority, the processing must have a basis in Union or Member State law. This Regulation does not require that each individual processing operation be governed by a specific rule. One rule may be sufficient as a basis for several processing operations based on a legal obligation applicable to the controller or if the processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of public authority. The purpose of the processing must also be determined by Union or Member State law. In addition, such a rule could specify the general conditions of this Regulation governing the lawfulness of the processing of personal data, lay down specifications for determining the controller, the type of personal data processed, the data subjects concerned, the entities to which personal data may be communicated, purpose limitation, the period of retention of data and other measures to ensure lawful and fair processing. It should also be determined under Union law or Member State law whether the controller carrying out a task in the public interest or in the exercise of public authority should be a public authority or another natural or legal person governed by public law or, where it is in the public interest, including for health purposes such as public health, social protection and the management of health services, governed by private law, such as a professional association.*

h) Eighthly, and interestingly in this respect, whenever the treatment is unavoidable for purposes related to medicine of a preventive or occupational nature, evaluation of the worker's working capacity, medical diagnosis, provision of assistance or treatment of a health or social nature or management of health and social care systems and services, always under the protection of Community law or the domestic law of the countries comprising the European Union or on the basis of the existence of a contract with a professional in the health field.

At this point, a third paragraph is introduced to Article 9 GDPR which establishes that the general prohibition introduced at the beginning of this precept in relation to the processing of special categories of data protection will be excepted for the purposes described in this letter h), provided that the processing is carried out by a professional subject to the duty of professional secrecy or under his responsibility, in accordance with the Community regulations, with the internal law of the countries that make up the European Union, with the regulations imposed by competent national bodies or by any other person subject, in the same way, to the duty of secrecy, in accordance with this Community legal system or of the Member States or with the regulations imposed by the competent national bodies.

i) Ninthly, when the treatment is mandatory for reasons of public interest in the context of public health, which may include, here, those cases in which the aim is to protect the data subjects against serious cross-border threats to their health, or in order to ensure high levels

of quality and safety of health care and medicines or medical devices, under Community legislation or the domestic law of the countries that make up the European Union, which provide for satisfactory and appropriate measures to strengthen the rights and freedoms of the data subjects, in particular professional secrecy.

j) Finally, when the processing is mandatory for the fulfillment of archiving purposes in the public interest, research purposes of a scientific or historical nature or purposes of a statistical nature, in accordance with the provisions of Article 89.1 GDPR, under the protection of Community regulations or national domestic law, which must ensure proportionality with respect to the purpose being pursued, respecting, in essence, the regulations on the protection of personal data and establishing satisfactory and appropriate measures to guarantee the interests and fundamental rights of the data subjects.

In our country, one of the regulations to be included under the above-mentioned provision should be Law 14/2007, of July 3, on biomedical research. For its part, with regard to article 89 GDPR, this provides that any processing carried out with the aim of archiving in the public interest, for scientific or historical research purposes or for statistical purposes will be subject to the guarantees that are appropriate in relation to the rights and freedoms of the interested parties. These guarantees must ensure that measures of a technical and organizational nature are adopted, especially in order to protect the respect of the principle of minimization of personal data referred to in article 5.1 c) GDPR. In any case, these measures may contemplate pseudonymization, provided that, with it, the purposes pursued can be fulfilled; and that, in those cases in which the intended purposes can be achieved through a subsequent treatment that does not make possible today the identification of the interested parties, such purposes must be achieved through this route.

In this sense, it is curious that, since the field of scientific research is one of those that is most based on progress and discoveries, the regulations have influenced the principle of minimizing personal data. Article 5(e) seems to refer to this issue. 1 GDPR when it establishes the convenience of retaining personal data for a longer period of time (applying certain security measures that allow the protection of these personal data) for scientific research purposes; thus, in accordance with this precept, personal data must be kept in such a way as to make it possible to identify the data subjects for a period of time not exceeding that which is indispensable for the fulfillment of the purposes of the processing of the personal data, although this period of time may be increased when the processing is intended to satisfy scientific research objectives, in accordance with article 89.1 GDPR, provided that certain technical and organizational measures imposed by the regulations on personal data protection are adopted.

Consequently, both statements can only coexist if they are interpreted in such a way that scientific research is considered a specific objective in itself and not necessarily limited to a specific disease, therapy or medicine<sup>5</sup>. It will also be necessary to ensure the application of appropriate anonymization techniques to preserve the scientific value of the personal data and to protect the confidentiality of the patient.

Whatever the case may be, the truth is that Article 89 GDPR grants the countries that make up the European Union the freedom to promote a fragmentation of the internal market, in contrast to the objective of the general data protection regulation itself, which is to standardise the legislation on the protection of personal data, making it possible to impose additional

---

5 PÉREZ GÓMEZ, J. M.. El concepto de salud y otras categorías de datos afines en el Proyecto de Reglamento General Europeo de Protección de Datos. *Actualidad del Derecho sanitario*, 226, 2019, p.304.



limitations on the rights that correspond to the data subject and, specifically, on the rights of access, rectification, limitation of processing and opposition.

Along these lines, recital 65 GDPR, which, when analyzing the limitations to the data subject's right of rectification, establishes that the data subject shall have the right to have the personal data that affects him/her modified and a right of oblivion, provided that the retention of such personal data contravenes the General Data Protection Regulation or the Community or domestic regulations of the Member States that apply to the controller (such as the LOPDGDD). However, the subsequent retention of personal data must be legitimate when it is necessary for scientific research purposes<sup>6</sup>.

Similarly, the sixth paragraph of Article 21 GDPR, which refers to limitations on the right of opposition that corresponds to the data subject. And it does so by establishing that, in those cases where the personal data of the person concerned is processed for the fulfillment of scientific, historical or statistical research purposes, in accordance with the provisions of article 89.1 GDPR, the person concerned shall have the right, on the basis of reasons specific to his or her personal situation, to express his or her opposition to the processing of his or her personal data, provided that such processing is not necessary for the fulfillment of a mission carried out for reasons of public interest.

Likewise, Article 17, paragraph three, letter d) GDPR, which provides for the right of the interested party to have his or her personal data deleted and which expressly states that this right shall not apply when a scientific research case occurs.

Finally, Article 14.5 b) GDPR, which regulates the information that the controller must provide to the data subject regarding the circumstances surrounding the processing of his personal data when these are not obtained directly from him. Well, this information, as a general mandatory rule, will not be necessary when, among other circumstances

*The communication of such information is impossible or involves a disproportionate effort, in particular for processing for archiving purposes in the public interest, for scientific or historical research purposes or for statistical purposes, subject to the conditions and guarantees indicated in Article 89, paragraph 1, or insofar as the obligation mentioned in paragraph 1 of this article may make it impossible or seriously impede the achievement of the objectives of such processing. In such cases the controller shall take appropriate measures to protect the rights, freedoms and legitimate interests of the data subject, including by making the information public.*

Regardless of all that has been stated, it is convenient to bear in mind the cause of legitimacy of article 9 GDPR. Whatever it may be, it will be linked to specific purposes, so that any processing for any other purpose must be analyzed in order to determine whether this new purpose is compatible with the previous one; if not, any other cause of that precept must be present in order to make the processing of personal data relating to the health of the interested parties lawful.

This issue is particularly controversial in contexts such as this one, of scientific research purposes, where it is not always possible to request again the explicit consent of the data subject, being frequent those legitimizing causes based on a legal obligation, often divergent between Member States<sup>7</sup>. This is why Article 5, paragraph 1, letter b) GDPR resolves this

---

6 BARREDA LÓPEZ, I.. Protección de datos de salud (V): régimen de infracciones y derecho de indemnización en la reforma UE. *Actualidad del Derecho sanitario*, 214, 2014, p.290; VIDAL RASO, M.. Regulación y realidad de las bases de datos médicos desde las perspectivas de la protección de datos y la salud. *Universidad Complutense de Madrid*, 1, 2017, p.250-253.

7 ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C.. Tratamiento de datos de salud. In: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. v.1. 2016, p.175; TRONCOSO REIGADA, A.. Investigación, salud pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 49, 2018, p.200.

controversy by stating that, in relation to the principle of purpose limitation, the subsequent processing of personal data for an archiving purpose in the public interest, historical scientific research purposes or statistical purposes, shall not be considered incompatible with the initial purpose for which the personal data were collected from the data subject.

Finally, reference should be made to recitals 53 and 54 GDPR. According to the first of these:

*Special categories of personal data which deserve enhanced protection should only be processed for health-related purposes where necessary to achieve those purposes for the benefit of individuals and society as a whole, in particular in the context of the management of health or social protection services and systems, including the processing of such data by health managing authorities and central national health authorities for quality control purposes, information management and general supervision at national and local level of the health or social protection system, and ensuring continuity of care or social protection and cross-border healthcare or safety, monitoring and health alert purposes, or for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research or statistical purposes, based on Union law or the law of the Member State pursuing a public interest objective, as well as for studies carried out in the public interest in the field of public health. This Regulation should therefore provide for harmonised conditions for the processing of special categories of personal data concerning health, in relation to specific needs, in particular where the processing of such data is carried out for health-related purposes by persons subject to a legal obligation of professional secrecy. Union law or the law of the Member States should provide for specific and adequate measures to protect the fundamental rights and personal data of natural persons. Member States should be able to maintain or introduce further conditions, including limitations, with respect to the processing of genetic data, biometric data or data concerning health. However, this should not constitute an obstacle to the free movement of personal data within the Union when such conditions apply to the cross-border processing of such data.*

For its part, recital 54 GPRD states that:

*The processing of special categories of personal data, without the consent of the data subject, may be necessary for reasons of public interest in the field of public health. Such processing should be subject to appropriate and specific measures in order to protect the rights and freedoms of natural persons. In this context, public health should be interpreted in the definition of Regulation (EC) No 1338/2008 of the European Parliament and of the Council, i.e. all elements related to health, namely health status, including morbidity and disability, the determinants affecting that health status, health care needs, resources allocated to health care, the provision of and universal access to health care as well as health care expenditure and financing, and causes of mortality. This processing of health-related data for reasons of public interest must not result in third parties, such as employers, insurance companies or banking institutions, processing personal data for other purposes.*

With respect to the new LOPDGDD, article 9.1 contemplates an important provision, by establishing that, for the purposes of the aforementioned article 9.2.a) GDPR, in order to avoid discriminatory situations, only with the consent of the interested party shall not be sufficient to lift the prohibition on the processing of data whose main purpose is to identify their ideology, union membership, religion, sexual orientation, beliefs or racial or ethnic origin; this, however, shall not prevent the processing of such data under the other cases contemplated in article 9.2 GDPR, where appropriate.

However, and this is where personal data relating to health come into play, the second paragraph of said provision adds that the processing of data contemplated in letters g), h) and

i) of article 9.2 GDPR *based on Spanish law must be protected by a regulation with the rank of law, which may establish additional requirements relating to its security and confidentiality.* In particular, such regulation may enable the processing of data in the field of health when so required for the management of public and private health and social assistance systems and services, or the performance of an insurance contract to which the affected party is a party.

For its part, the important additional seventeenth provision LOPDGDD specifically refers to the processing of health data, based on the previous provision and establishing that the processing of data related to health and genetic data that are regulated in the following laws and their implementing provisions shall be covered by letters g), h), i) and j) of the aforementioned article 9.2 GDPR:

- a) Law 14/1986, of April 25, General Health.
- b) Law 31/1995, of November 8, on the Prevention of Occupational Risks.
- c) Law 41/2002, of November 14, 2002, basic regulation of patient autonomy and of rights and obligations in matters of clinical information and documentation.
- d) Law 16/2003, of 28th May, on the cohesion and quality of the National Health System.
- e) Law 44/2003, of 21 November, on the organization of health professions.
- f) Law 14/2007, of July 3rd, on Biomedical Research.
- g) Law 33/2011, of October 4, General of Public Health.
- h) Law 20/2015, July 14, on the regulation, supervision and solvency of insurance and reinsurance companies.
- i) The rewritten text of the Law of guarantees and rational use of 105 medicines and health products, approved by Royal Legislative Decree 1/2015, of 24 July.
- j) The rewritten text of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities and their Social Inclusion approved by Royal Legislative Decree 1/2013 of 29 November.

For the rest, the provision continues, the treatment of data in health research will be governed by the following criteria:

- 1) Firstly, the person concerned or, where appropriate, his or her legal representative, may give consent for the use of his or her data for health research purposes and, in particular, biomedical research. These purposes may include categories related to general areas linked to a medical or research specialty.
- 2) Secondly, health authorities and public institutions with competence in the area of public health surveillance may carry out studies of a scientific nature without the consent of the interested parties in situations of exceptional relevance and seriousness for public health.
- 3) Thirdly, the reuse of personal data for health and biomedical research purposes will be considered lawful and compatible in those cases where, having obtained consent for a specific purpose, the data is used for purposes or research areas related to the area in which the initial study was scientifically integrated.

In such cases, those responsible for the treatment must publish the information established by Article 13 GDPR in an easily accessible place on the corporate website of the center where the research or clinical study is carried out, and, if appropriate, on that of the promoter, notifying the interested parties of the existence of this information by electronic means. However, when the latter do not have the means to access this information, they may request that it be sent in another format.

For the treatments contemplated here, a prior favorable report from the research ethics committee will be required.

- 4) Fourthly, the use of pseudonymized personal data for health research purposes and, in particular, biomedical research, shall be considered lawful. However, it would have been

useful to specify under what legal basis this lawfulness is understood to be covered. In any case, the use of pseudonymized personal data for public health and biomedical research purposes will be essential:

A technical and functional separation between the research team and those who perform the pseudonymization and keep the information that makes reidentification possible.

Pseudonymized data should only be accessible to the research team when there is an express commitment to confidentiality and not to carry out any reidentification activity, and specific security measures should be adopted to prevent reidentification and access by unauthorized third parties.

In this sense, the possibility of proceeding to reidentify the data at its source is established in those cases in which, due to an investigation using pseudonymized data, the existence of a real and concrete danger to the safety or health of a person or group of persons is detected, or a serious threat to their rights or is necessary to guarantee adequate healthcare.

5) Fifthly, when personal data is processed for health research purposes, and in particular biomedical research, for the purposes of article 89.2 GDPR, the rights of the affected parties as provided for in articles 15, 16, 18 and 21 GDPR may be excepted, when:

The aforementioned rights are exercised directly before the researchers or research centers that use anonymized or pseudonymized data.

The exercise of such rights refers to the results of the research.

The research has an essential public interest related to State security, defense, public safety or other important objectives of general public interest, provided that, in the latter case, the exception is expressly included in a rule with the status of a Law.

6) In sixth place, when, in accordance with the provisions of Article 89 GDPR, a treatment is carried out for public health research purposes and, in particular, biomedical research, it shall be:

Carry out an impact assessment that determines the risks derived from the treatment in the cases set forth in Article 35 GDPR or in those established by the controlling authority. This assessment must specifically include the risks of re-identification linked to the anonymization or pseudonymization of the data.

Submitting scientific research to quality standards and, where appropriate, to international guidelines on good clinical practice.

To adopt, when appropriate, measures aimed at ensuring that investigators do not access data that identify the interested parties.

Appoint a legal representative established in the European Union, in accordance with Article 74 GDPR, in those cases where the sponsor of a clinical trial is not established in Community territory. This legal representative may coincide with that provided for in the first paragraph of Article 27 GDPR.

7) In seventh place, the use of pseudonymized personal data for public health research purposes and, in particular, biomedical research must be subject to the prior report of the Research Ethics Committee provided for in the sectorial regulation. In the absence of the existence of such a body, the entity responsible for the research must require a prior report from the data protection delegate or, in the absence thereof, from an expert with the knowledge foreseen in paragraph five of article 37 GDPR.

8) To conclude, within a maximum period of one year from the entry into force of this LOPDGDD, the Research Ethics Committees, in the health, biomedical or pharmaceutical field, shall include among their members a data protection delegate or, failing that, an expert with sufficient knowledge GDPR when they are responsible for research activities involving the



processing of personal data or pseudonymized or anonymized data.

Finally, the sixth transitional provision of the LOPDGDD concludes this list of provisions on health-related data. This provision regulates the reuse, for health and biomedical research purposes, of personal data collected prior to the entry into force of the LOPDGDD, establishing that it will be considered lawful (as we shall see, using the consent as the legal basis and excluding it), it is not well known why, what to do when another is the basis of legitimacy) and compatible with the reuse, for health and biomedical research purposes, of personal data legally collected before the entry into force of the LOPDGDD when any of these circumstances occur:

a) That said personal data is used for the specific purpose for which consent was given.

b) That, having obtained consent for a specific purpose, such data are used for purposes or areas of research related to the medical or research specialty in which the initial study was scientifically integrated.

### **3 SPECIFIC OBLIGATIONS OF THE CONTROLLER**

Throughout the new legislation on the protection of personal data, there are many cases in which certain duties have arisen on the controller or processor when these process personal data relating to the health of the persons concerned on a large scale, without providing further explanation as to what is meant by this<sup>8</sup>. It is true that recital 91 GDPR seems to provide some clarity in this regard when it states

*This should apply in particular to large-scale processing operations that aim at processing a considerable amount of personal data at regional, national or supranational level and that could affect a large number of data subjects and are likely to involve a high risk, for example, because of their sensitivity, where, depending on the level of expertise achieved, new technology has been used on a large scale, and to other processing operations that involve a high risk to the rights and freedoms of data subjects, in particular where these operations make it more difficult for data subjects to exercise their rights. The data protection impact assessment should also be carried out in cases where personal data are processed for the purpose of taking decisions relating to specific natural persons following a systematic and comprehensive assessment of personal aspects specific to natural persons, based on the profiling of such data or following the processing of special categories of personal data, biometric data or data on convictions and criminal offences or related security measures. A data protection impact assessment is also necessary for the control of publicly accessible areas on a large scale, in particular where optoelectronic devices are used or for any other type of operation where the competent supervisory authority considers that the processing is likely to involve a high risk to the rights and freedoms of data subjects, in particular because it prevents data subjects from exercising a right or using a service or performing a contract, or is carried out systematically on a large scale. The processing of personal data should not be considered on a large scale if it is carried out, in respect of personal data of patients or clients, by a single doctor, other health professional or lawyer. In these cases, the data protection impact assessment should not be mandatory.*

However, the Article 29 Working Party is more decisive in interpreting what is meant by large scale<sup>9</sup>. Specifically, with respect to the meaning of the expression, said Working Group

---

8 CASANOVA ASENSIO, A. S.. Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2019, p.40; JOVE, D.. Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización. *Revista Derecho y Salud*, 1, 2017, p.58.

9 ARTICLE 29 WORKING GROUP, Guidelines on Data Protection Officers (DPOs) (16/EN), 13 December 2016.



warns that, at this time, it is not feasible to define this concept exclusively based on the volume of personal data processed or the number of individuals affected, although it does not rule out that, at a later time, volumes of personal data that are considered large-scale processing for common activities may be established. When determining whether está is carrying out this type of processing, the Article 29 Working Party recommends taking into account the following aspects:

- Number of individuals affected.
- Volume of records or categories of data being processed.
- Duration or permanence of the processing.
- Geographical extension.

In this sense, for this Group, the following would be examples of this type of large-scale processing:

- Treatment of patient data by a hospital.
- Treatment of travel data of people using the public transport system of a city.
- Treatment of real-time geolocalization data of customers of an international fast food chain for statistical purposes.
- Processing of customer data by an insurance company or a bank.
- Processing of data for behavioural advertising activities.
- Processing of traffic data, location, etc. by information society service providers consisting of Internet access or telephony.

However, they would not form part of this type of treatment:

- Processing of patient data carried out by a doctor individually in his own practice.
- Processing of data relating to criminal offences carried out by a lawyer practising on his own account.

Irrespective of the above, large-scale processing of personal data relating to health may give rise to the following obligations:

a) First of all, according to the letter a) of the second paragraph of article 27 GDPR (and, in the same line, its recital 50), the responsible or the person in charge of the processing will be obliged to designate a representative in the European Union, unless such processing is occasional, does not involve the processing on a large scale of special categories of personal data (in our case of personal data concerning the health of the data subjects) or personal data concerning criminal convictions or offences, and it is unlikely that such processing will pose a risk to the rights and freedoms of the data subjects, taking into account the nature, context, scope and purposes of the processing.

b) Secondly, according to article 30, paragraph five, GDPR, each controller and each person in charge of the processing must have a register of the processing activities, provided that they employ more than 250 people or that, in their absence, they carry out processing that may entail a risk to the rights and freedoms of the data subjects, whether regular or (and this is what we are interested in here) includes special categories of personal data (article 9 GDPR, such as personal data relating to health) or personal data relating to criminal convictions and offences (article 10 GDPR).

c) Thirdly, in accordance with Article 35, paragraph three, letter b) GPRS, the controller shall carry out an assessment of the impact of the processing operations on the protection of personal data for those large scale processing operations of special categories of personal data or personal data relating to criminal convictions or offences, regulated in Articles 9 and 10 GPRS, respectively. In this case, it goes without saying that the impact assessment will be necessary when it is possible that a certain processing, especially if it uses new technologies,

taking into account its nature, scope, context or purposes, involves a high risk in relation to the rights and freedoms of natural persons, and this impact assessment must be included: i) a systematic description of those processing operations that are planned to be carried out and of their purposes, adding, where necessary, the legitimate interest pursued by the controller; ii) an assessment of the necessity and proportionality of those processing operations that are intended to be carried out in relation to their purpose; iii) an analysis and evaluation of the risks that the processing entails for the rights and freedoms of the data subjects, and iv) those measures that are planned to be adopted to deal with the risks, including the guarantees, security measures and mechanisms to ensure the protection of the personal data of the data subject and to prove compliance with the regulations on the protection of personal data, taking into account the rights and legitimate interests of the data subjects and of any other person affected.

d) Fourthly, related to the previous point, when an impact assessment regarding the protection of personal data carried out in accordance with Article 35 GDPR as a result of the forecast of large-scale processing, shows that the processing of personal data would involve a high risk if the controller did not adopt necessary and adequate measures to deal with it, the controller must consult the supervisory authority before proceeding with such processing (Article 36 GDPR).

Fifthly and finally, Article 37, paragraph 1, letter c) of the GPRS obliges the controller and the data processor to appoint a data protection representative, provided that the main activities of the controller or data processor consist of carrying out large-scale processing of special categories of personal data or data relating to criminal convictions or offences, as set out in Articles 9 and 10 of the GPRS, respectively.

## **BIBLIOGRAPHY**

ARTICLE 29 WORKING GROUP, Opinion 02/2013 on applications of intelligent devices (00461/13/EN), 27 February 2013.

ARTICLE 29 WORKING GROUP, Guidelines on Data Protection Officers (DPOs) (16/EN), 13 December 2016.

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C.. Tratamiento de datos de salud. In: *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*. v.1. 2016, p.171-186.

BARREDA LÓPEZ, I.. Protección de datos de salud (V): régimen de infracciones y derecho de indemnización en la reforma UE. *Actualidad del Derecho sanitario*, 214, 2014, p.287-296.

CASANOVA ASECIO, A. S.. Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2019, p.34-48.

GARCÍA, R.. El Reglamento General de Protección de Datos y su aplicación en el ámbito sanitario. *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 125, 2018, p.13-20.

JOVE, D.. Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización. *Revista Derecho y Salud*, 1, 2017, p.55-66.

PÉREZ GÓMEZ, J. M.. El concepto de salud y otras categorías de datos afines en el Proyecto de Reglamento General Europeo de Protección de Datos. *Actualidad del Derecho sanitario*, 226, 2019, p.297-308.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, A.. Acuerdo sobre el nuevo reglamento general de protección de datos. *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 131, 2018, p.75-87.

TRONCOSO REIGADA, A.. Investigación, salud pública y asistencia sanitaria en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 49, 2018, p.187-266.

VIDAL RASO, M.. Regulación y realidad de las bases de datos médicos desde las perspectivas de la protección de datos y la salud. *Universidad Complutense de Madrid*, 1, 2017, p.1-307.

VIDAL VALDUNCIEL, A.. La aplicación del Reglamento General de Protección de Datos en el sector salud de datos. *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, 122, 2018, p.15-27.

# INTELIGENCIA ARTIFICIAL: PERSONA, COSA O COMPONENTE HUMANO, EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA FRENTE AL CORONAVIRUS

**Gustavo Adolfo Amoni Reverón**

Especialista *cum laude* en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Administrativo III (pregrado) y Teoría de la Jurisdicción (postgrado) de la Universidad Central de Venezuela. Abogado, mención *summa cum laude* de la Universidad de Carabobo.

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Inteligencia Artificial: instrumento o persona; 3 Inteligencia Artificial Cosa (IAC); 4 Inteligencia Artificial Persona (IAP); 5 Inteligencia Artificial incorporada a un ser humano: trans-humanismo; 6 Inteligencia Artificial y macrodatos; 7 Conclusión; Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

Un virus altamente contagioso que generara la suspensión de gran parte de las actividades en el planeta traería múltiples consecuencias en diversos órdenes: social, económico, político y en el que constituye el objeto de estudio de esta publicación, jurídico. La literatura y el cine habían venido advirtiendo esa posibilidad, pero parecía demasiado ficticia para ser tomada en serio.

Con la llegada del Covid-19, innumerables contratos dejarían de cumplirse, gran cantidad de personas no podrían acceder a sus lugares de trabajo, la convivencia forzada fortalecería algunas relaciones, pero aceleraría la desintegración de otras, y en el caso de Venezuela, los tribunales se mantendrían cerrados, con excepción de casos “urgentes”, materia de amparo constitucional, detenciones flagrantes y otros casos excepcionales.

Ante estas situaciones, el ordenamiento jurídico contaba con soluciones muy genéricas que ameritaban reconsiderar las nuevas condiciones de interacción social. Había que tomar decisiones urgentes ante un panorama incierto, en el que el positivismo no hubiera logrado ofrecer respuestas “humanas”, a pesar de haber sido pensadas por humanos para garantizar la convivencia de sociedades en las que el distanciamiento interpersonal no era necesario, y un estornudo o simplemente toser, sin taparse la boca, era solo evidencia de “mala educación”.

Cuando la saliva se volvió un vehículo para el contagio de una enfermedad con no poca probabilidad de mortalidad, una simple conversación a menos de un metro y cincuenta centímetros de distancia se volvió prácticamente delictiva, y la aglomeración de personas en un lugar cerrado, una afrenta a la comunidad.

En ese contexto, y ante el debate que ha supuesto la eventual incorporación de los animales, la naturaleza y las inteligencias artificiales como nuevos sujetos de derecho a las ya conocidas categorías de persona natural y jurídica, es oportuno reflexionar sobre las posibles decisiones que pudieran tomar estas últimas, ante situaciones o relaciones jurídicas generadas o extinguidas en relación con el Covid-19.

Teniendo este objetivo, se analizará la posibilidad que tiene la inteligencia artificial de ser reconocida como persona, algunas experiencias en las que se les han “otorgado derechos” que normalmente corresponden a las personas naturales, y en ese caso, o incluso, fungiendo como una máquina para el auxilio humano, cuáles serían los límites de sus decisiones ante la aparición del Covid-19.

## 2 INTELIGENCIA ARTIFICIAL: INSTRUMENTO O PERSONA

La inteligencia es la capacidad de entender el mundo objetivo y aplicar conocimiento para resolver problemas<sup>1</sup>, cuando esta función la realizan programas informáticos, se está en presencia de inteligencia artificial. Así, la inteligencia artificial es un programa informático desarrollado para decidir por sí mismo sus acciones, objetivos y el modo de lograrlos<sup>2</sup>, actuando como un ser humano, con capacidades potenciadas<sup>3</sup>, sobre la base información incorporada por su creador, por el usuario y adquirida por el mismo *software*, bien de fuentes digitales, o del mundo real mediante sensores incorporados al efecto<sup>4</sup>.

---

1 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.8.

2 “AI is autonomous and intelligent enough to make its own decisions about its own actions and goals, and to figure out how to go about to achieve those goals without (or with very little and sporadic) human intervention”. (Laukyte, M. “AI as a Legal Person.” *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 2019, p.209).

3 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.v.

4 Actualmente, lidamos con sistemas de aprendizaje robótico (*machine-learning systems*) que definen o modifican progresivamente sus reglas de toma de decisiones autónomamente, optimizan su conocimiento y habilidades a través de la interacción con otros agentes artificiales, cosas inteligentes o humanos en el ambiente que las rodea, y responden a estímulos de su entorno, modificando sus propiedades o estado interno (inner state) (PAGALLO, Ugo. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, 230, p. 2-3).



La particularidad de este programa computacional es que no está predeterminado a generar automáticamente un acción repetitiva, como consecuencia de una causa precisa, sino que decide en cada caso concreto independientemente de lo que el programador, dueño, usuario o responsable de su funcionamiento quiera, usando para tal fin algoritmos que parten de la información que posea en su base de datos o de la información que obtenga de Internet u otras redes, incluyendo distintas inteligencias artificiales.

La inteligencia artificial puede estar incorporada en un dispositivo informático como un teléfono inteligente o una computadora, pero también puede regular funciones de una máquina con la que se puede interactuar en ámbitos que tradicionalmente no se relacionaban con la informática, como una nevera o una lavadora, lo que acontece en el campo de la domótica; un semáforo o una estación de peaje, como sucede en el ámbito de las ciudades inteligentes; y especialmente con máquinas que realizan acciones que implican decisiones constantes, es el caso de robots avanzados, tal como se evidencia en el contexto de medios de transporte no tripulados y androides.

Su desarrollo está aparejado a la búsqueda de métodos para liberar a la humanidad del trabajo físico e intelectual mediante máquinas<sup>5</sup>, tanto o más inteligentes que los seres humanos en determinados contextos, e incluso para su entretenimiento.

El ámbito de desarrollo de la Inteligencia Artificial abarca procesamiento de lenguaje natural, traducción, reconocimiento de patrones, robótica, procesamiento de imágenes, entre otras áreas de desarrollo.<sup>6</sup>

No se trata de una tecnología sencilla. Entre sus problemas principales están los aspectos técnicos vinculados a la adquisición, representación y uso apropiado de conocimiento para construir y explicar líneas de razonamiento<sup>7</sup>, aspecto fundamental en el uso de Inteligencia Artificial en la toma de decisiones, especialmente cuando estas versan sobre derechos y garantías reconocidos a fuerza de luchas históricas, que aún hoy corren el riesgo de ser irrespetados.

El proceso de toma de decisiones de la inteligencia artificial dependerá, por una parte, del ámbito de conocimiento o dominio, como puede ser la geografía, en el caso de los sistemas de geoposicionamiento satelital (GPS), por ejemplo Google maps o Waze, o los videos, como sucede con Youtube; y además, el paradigma que informa el método de procesamiento de datos, como el procesamiento simbólico que trabaja con información precargada y sigue el método "Si A, entonces B", o con redes neuronales, las cuales reconocen patrones para decidir aunque no se les hubiera cargado información previa.

Partiendo de las posibles combinaciones de estos dos elementos, Shi Zhongzhi clasifica los sistemas basados en conocimiento de la manera siguiente:

### **A - Sistema de un dominio y un paradigma**

Son sistemas que contienen conocimiento sobre un solo dominio y procesan problemas monoparadigmáticos. Son ejemplos los sistemas expertos de primera y segunda generación, como DENDRAL y CASNET, respectivamente, así como el sistema de control inteligente<sup>8</sup>.

Los sistemas expertos aplican conocimiento sobre un dominio específico y métodos de razonamiento para resolver problemas complejos y determinados, usualmente resueltos

---

5 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.1.

6 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.2.

7 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.3.

8 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.24.

solo por expertos humanos. Ellos pueden explicar los procedimientos de toma de decisiones y aprender a adquirir conocimiento relativo a la solución de un problema, en efecto, los sistemas expertos de segunda generación mejoraron en aspectos como mecanismos de explicación<sup>9</sup>.

Puede pensarse en soluciones informáticas para la detección de personas que han estado en contacto con pacientes o han sido infectadas con el virus Covid-19, lo que sería imposible computar manualmente y que solo una solución digital y automática pudiera resolver, de hecho, se ha planteado para justificar un protección de datos personales flexible o más débil, que ello pudiera ser preferible a restricciones más graves a la libertad personal, y con mayor impacto económico que el confinamiento<sup>10</sup>.

Son experiencias en las que habría que considerar múltiples variables para que la máquina, por ejemplo, el teléfono inteligente, decidiera en qué momento resultaría apropiada la aplicación y cuándo pudiera ser instrumento para la vulneración de derechos fundamentales al generar discriminación o impedir el acceso a determinados lugares, o realizar ciertas acciones, a pesar de cumplirse con las medidas de bioseguridad, como son el uso de mascarilla que cubra nariz y boca, el uso de soluciones para la desinfección de manos, y mantener el distanciamiento social.

En efecto, pudiera considerarse una aplicación que mediante Bluetooth indique si el siguiente dispositivo que tendría otra persona se encontrase al menos a 1,5 metros de distancia generando una alarma en caso contrario; no obstante, hay que tener en cuenta que en las relaciones sociales, las circunstancias de cada caso concreto pueden llevar a este tipo de herramientas informáticas a desencadenar respuestas negativas.

Piénsese en un grupo de personas esperando en una larga fila para adquirir algún producto para su hogar, y aunado al estrés que genera el posible contacto con una persona portadora del virus COVID-19, comience a escuchar una serie de alarmas porque los presentes se acerquen, incluso inconscientemente, más de lo permitido entre sí, repitiéndose este ciclo una y otra vez.

Controlar que se mantenga la distancia debida, o que una persona con síntomas clínicos como un aumento de la temperatura corporal que pudiera detectar un “reloj inteligente”, entre los presentes en un local comercial, por solo citar un caso cotidiano, es una labor que generalmente cumple el empleado de seguridad, pero que perfectamente pudiera cumplir una aplicación informática que aun cuando no pudiera calificarse de sistema experto, ya que no se requiere formación profesional o un gran conocimiento y práctica de cierta técnica, es una labor comúnmente realizada por personas, por lo que pudiera incluirse en la definición de inteligencia artificial, puesto que decide emitir una alarma cuando detecta ciertos parámetros, e incluso, pudiera impedir la apertura de la puerta de acceso a un determinado recinto, limitando el derecho a la libre circulación.

## **B - Sistemas inteligentes multidominio monoparadigmáticos**

Se trata de sistemas que contienen conocimiento sobre múltiples dominios, pero solo procesan problemas sobre cierto paradigma. Algunas de sus características son que: 1. Le resuelven al usuario problemas complejos del mundo real, 2. Adoptan conocimiento o experiencia de múltiples dominios, disciplinas y profesiones para la solución de problemas

---

9 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.24.

10 ABELER, J.; BÄCKER, M.; BUERMAYER, U.; ZILLESSEN, H.. COVID-19 *Contact Tracing and Data Protection Can Go Together*. JMIR Mhealth Uhealth; Vol. 8, nro. 4, 2020.

cooperativos, 3. Se basan en software abierto distribuido, hardware y en un entorno de red, 4. Construido con herramientas de desarrollo y en ambientes de sistema experto, 5. Logran compartir y reusar conocimiento.<sup>11</sup>

Si se toma el ejemplo anterior, puede considerarse una aplicación que además de medir la distancia entre dispositivos móviles y la temperatura corporal, pueda acceder a la historia médica e impedir, que a determinada persona se le suministre combustible en el vehículo registrado a su nombre para evitar su movilidad, se bloquee su cuenta bancaria para impedir que pueda realizar pagos a establecimientos que no cuenten con servicio de envío a domicilio cuando detecte que está fuera de su residencia, e incluso, que avise a las autoridades cuando se desplace fuera de los horarios permitidos para abastecerse a fin de que apliquen las medidas legales correspondientes.

En este supuesto, la inteligencia artificial se vale de conocimientos de la medicina y el derecho para tomar decisiones, incorporando diversos órganos y entes, públicos y privados, quienes pudieran incorporar en tiempo real, nuevos datos y funciones, según el surgimiento de nuevas necesidades en el cambiante entorno que el Covid-19 ha propiciado.

### **C - Sistema inteligente de un solo dominio y multiparadigmático**

Son sistemas que contienen conocimiento de un solo ámbito, pero procesan problemas siguiendo diversos paradigmas, como sucede por ejemplo, con los sistemas inteligentes compuestos, en los que pudiera usarse razonamiento simbólico y redes neuronales artificiales para comparar e integrar los resultados de diferentes métodos, procesando el mismo problema por el que se pueden obtener resultados correctos, evitando el unilateralismo.<sup>12</sup>

Manteniendo el ejemplo que se viene desarrollando, piénsese en la aplicación que no solo cumple las funciones para las que ha sido programada, como sería: Ante la detección de temperatura corporal mayor a 38 grados centígrados, o de un sujeto que hubiera padecido de Covid-19 o que hubiera estado en contacto con un posible paciente, se emitirá una alarma a las personas cercanas o pasará a una base de datos pública.

De modo diverso, si además de estas funciones, la aplicación pudiera predecir la probabilidades de infección de la persona basada en patrones y estadística, se trataría de una inteligencia artificial en un solo dominio (control del Covid-19) pero multiparadigmático porque usa la programación lineal en la que ante determinado valor generará cierto resultado, el cual, antes de ejecutarse, sería complementado con decisiones tomadas a partir de redes neuronales<sup>13</sup>.

### **D - Sistema inteligente multidominio multiparadigmático**

Sistemas en los que diferentes mecanismos de procesamiento trabajan separadamente, completando distintas tareas y cooperando entre sí a fin de representar comportamientos colectivos inteligentes.

---

11 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p. 25.

12 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.25.

13 "Una red neuronal es un sistema que se adapta a las exigencias del entorno cambiando técnicas que procesan la información de manera paralela (Kung, 1993), una red neuronal está en posibilidades de realizar simultáneamente varios procesos y mostrar un adecuado comportamiento, por tanto, una red neuronal conforma un modelo computacional que, por sus componentes, potencializan la interconexión y facilitan la adaptación (Hassoun, 1995). Las redes neuronales artificiales imitan el comportamiento de los entes biológicos de manera artificial con modelos matemáticos, tal es el caso del cerebro humano (Rong y Xiaoning, 1998)". (ACOSTA, A.; AGUILAR-ESTEVA, V.; CARREÑO, R.; PATIÑO, M.; PATIÑO, J.; MARTÍNEZ, M. A. Nuevas tecnologías como factor de cambio ante los retos de la inteligencia artificial y la sociedad del conocimiento. *Revista ESPACIOS*, Vol. 41, nro. 05, 2020. Disponible en: <http://www.revistaespacios.com/a20v41n05/20410525.html>).

En ellos, el pensamiento abstracto basado en el razonamiento se basa en procesamiento simbólico, mientras que el pensamiento imaginario, como el reconocimiento de patrones o procesamiento de imágenes, aplican computación de red neuronal.<sup>14</sup>

Para culminar esta última sección con el ejemplo que se ha venido desarrollando, si la aplicación informática además de propender al control del Covid-19, permitiera generar nuevas soluciones para evitar su propagación, y sirviera para detectar otras enfermedades, e incluso, pudiera revisar el ordenamiento jurídico así como bases de datos jurisprudenciales para tomar decisiones o ayudar a las autoridades, por mantener el análisis en los campos médico y jurídico, pareciera tratarse de una inteligencia artificial de este tipo.

Resumiendo lo expuesto, la denominación “inteligencia artificial” se ha usado para describir diferentes programas informáticos con capacidad de procesamiento de información compleja, bien para actuar según haya sido expresamente programada para ofrecer determinado elenco de respuestas, o para generar respuestas no predeterminadas basadas en patrones y estadísticas. Ha sido tal su nivel de desarrollo que se ha considerado que las teorías de la responsabilidad civil lucen insuficientes, al punto de proponer dotarla de personalidad jurídica, y hasta filosofar a fin de imponer límites ético-jurídicos, aspectos que se desarrollarán a continuación.

### **3 INTELIGENCIA ARTIFICIAL COSA (IAC)**

Como programa informático, la inteligencia artificial hoy es un instrumento al servicio de la humanidad. Es una cosa que puede comprarse y venderse, de la que puede servirse el ser humano o cualquier persona jurídica, privada o pública, para cumplir determinadas funciones.

En el caso venezolano, el Código Civil<sup>15</sup> (CC) clasifica las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada en bienes muebles e inmuebles (artículo 525 CC), de donde interesa destacar los muebles por su naturaleza e inmuebles por su destinación.

Así, serán bienes muebles por su naturaleza las cosas que pueden cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior (artículo 532 CC), e inmuebles por su destinación, todos los objetos muebles que el propietario ha destinado a un terreno o edificio para que permanezcan en él constantemente, o que no se puedan separar sin romperse o deteriorarse o sin romper o deteriorar la parte del terreno o edificio a que estén sujetos (artículo 529 CC).

Entonces, una inteligencia artificial será un bien mueble por su naturaleza si es un programa informático o un robot móvil, pero si estuviera fija en un terreno o edificio, como el caso de un sistema de cámaras y servidores informáticos incorporados a la arquitectura, mediante los cuales se detecta, usando reconocimiento facial, quiénes ingresaron a una empresa, cuándo lo hicieron y se retiraron, para informar a las autoridades a fin de iniciar una investigación penal, pudieran ser inmuebles por su destinación.

Lo importante es que se trata de cosas y no de personas por lo que la responsabilidad por posibles daños deberá atribuirse, según el caso, (1) al fabricante, por tratarse de un producto defectuoso o por omitir comunicar y retirar del mercado el producto con defecto, o (2) al operador por uso indebido a consecuencia de haber aumentado el riesgo socialmente permitido<sup>16</sup>, a lo que pudiera agregarse (3) a la persona que autorizó o puso en funcionamiento

---

14 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.25.

15 Gaceta Oficial nro. 2.990 (Extraordinario) del 26 de Julio de 1982.

16 Ebers, M. “La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el derecho de la responsabilidad civil?”, InDret. Revista para el Análisis del Derecho. N° 3. Barcelona, 2016, p. 5.

el sistema con Inteligencia Artificial consciente del riesgo creado, aunque no quisiera el resultado pero lo hubiera dejado al azar como ocurre con el dolo eventual en materia penal<sup>17</sup>.

En el ámbito administrativo puede citarse el caso del “Sistema de control de suministro de combustible para las estaciones de servicios ubicadas en los estados fronterizos”<sup>18</sup>, mediante la cual limita la cantidad de combustible que puede surtirse a los vehículos automotores públicos y privados, lo que debido a la falta de capacidad de abastecimiento de combustible en todo el país ha migrado, mediante la plataforma patria.com, a las estaciones de servicio de todo el país, en caso de gasolina subsidiada.

Todo vehículo debe inscribirse de modo que solo puede surtirse con cierta cantidad de litros de combustible al mes, al superarlo, no es posible volver a comprar hasta que transcurra el lapso fijado.

En los estados fronterizos, el sistema reconoce el vehículo mediante una etiqueta electrónica y en su defecto, ingresando manualmente un código en el surtidor. El sistema, según la información que posea, podrá permitir o no el acceso al combustible.

Al respecto deben expresarse al menos dos consideraciones. La primera se trata de una decisión automatizada que tomará un programa informático sin intervención humana. Lo cual, no está prohibido en Venezuela pero pareciera entrar en contradicción con la normativa europea de protección de datos personales que proscribe decisiones de ese tipo que puedan incidir en los derechos subjetivos, como es, el derecho a la libre circulación con un vehículo autorizado para tal fin.

El segundo aspecto que se debe considerar es que se trata de una decisión administrativa, cuya impugnación será por vía administrativa o procesal administrativa. Aunque sea una máquina la que emite la decisión, el autor de esa decisión no es el programa informático sino el ente responsable de haber dispuesto de esa máquina para automatizar la actividad administrativa de prestación del servicio de abastecimiento de combustible, y la consecuente limitación del derecho a adquirir combustible para desplazarse libremente dentro del ámbito que el derecho permita, que en el caso venezolano incluye todo el territorio nacional, e incluso salir de él, conforme al derecho internacional y a la legislación interna de los países vecinos a los que se puede acceder por vía terrestre, sin atravesar algún otro, cómo ocurre, por ejemplo con Brasil.

Es una solución que fue tomada mucho antes de la aparición del Covid-19, que se amplió a todo el territorio nacional por circunstancias ajenas a la pandemia por este virus, pero que puede servir como mecanismo para evitar los contagios al poder prescindir se del empleado encargado de surtir de combustible al vehículo que acceda a la estación de servicio, ya que el propio conductor puede encargarse de manipular la máquina surtidora para abastecerse con la cantidad de combustible que le corresponda.

Se hace esta aclaratoria porque a diferencia de lo que ocurre normalmente en Estados Unidos de América, donde el conductor accede a la estación de servicio para autoabastecerse de combustible, pagando incluso con su tarjeta de crédito, en Venezuela es común en la práctica totalidad de las estaciones de servicio que haya una persona encargada de cobrar en efectivo<sup>19</sup>, y surtir de gasolina, o del combustible que corresponda, a los vehículos.

---

17 Amoni Reverón, G. “Relectura del Curso de Introducción al Derecho de Luis María Olaso (tomo I) desde la perspectiva del derecho de las tecnologías de información y comunicación”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017, p. 201.

18 Publicado en la Gaceta Oficial nro. 39.875 del 2 de marzo de 2012.

19 A partir de la crisis de falta de gasolina y aunada a la falta de papel moneda, se incorporaron puntos de venta en las estaciones de servicio que se pagan en bolívares; en las estaciones de servicio que venden a precios internacionales, el pago se realiza en dólares en efectivo.



Es un ejemplo de automatización informática de procesos, que pudiera constituir un supuesto de uso administrativo de internet de las cosas, si el lector de la etiqueta electrónica estuviera incorporado de tal manera en la estación de servicio que automáticamente, al ingresar el vehículo al área de llenado, activara el surtidor de gasolina para permitir o prohibir el abastecimiento según los registros de su base de datos, tal como se puede verificar en estaciones de peaje de las autopistas de Florida, Estados Unidos de América, para el cobro automático de la tasa o pago por uso de la autopista.

No obstante, se ha propuesto otra posibilidad: imputar la responsabilidad a la Inteligencia Artificial reconociéndole capacidad jurídica parcial<sup>20</sup> o más claramente, personalidad jurídica<sup>21</sup>, incluso, creando una categoría nueva: la personalidad electrónica<sup>22</sup>.

#### 4 INTELIGENCIA ARTIFICIAL<sup>23</sup> PERSONA (IAp)

Resulta cada vez más difícil saber si los robots son entes dirigidos o autónomos<sup>24</sup>. Existen al menos tres referencias empíricas en las que se anunció que a una androide y a dos programas de inteligencia artificial se les “otorgaron” derechos mayoritariamente considerados como exclusivos de las personas. En el primer caso, se le atribuyó la nacionalidad de un Estado reconocido por la comunidad internacional, y en el segundo caso, se les designó como miembros directivos de empresas con derecho a voto.

El primero tiene que ver con Sofía, androide de nacionalidad saudí, lo cual, supondría el reconocimiento de personalidad, puesto que solo la persona en tanto que sujeto de derecho<sup>25</sup>, pudiera tener derecho a la nacionalidad, así como a ejercer los derechos derivados de ella, salvo las excepciones jurídicas que se indicarán posteriormente.

A la luz de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos de hoy, Sofía no encuadra en ninguna de las categorías de sujeto de derecho existentes ya que no es una concebida, una persona natural, jurídica ni un ente no personificado<sup>26</sup> o persona de hecho, siendo necesario interpretar extensivamente el concepto de persona para incluirla, o bien, añadir la categoría europea de persona electrónica, o simplemente, entender que se trata de un acto arbitrario y por tanto no reconocerle derecho alguno, correspondiendo a los tribunales competentes de Arabia Saudita anular el acto de otorgamiento de nacionalidad<sup>27</sup>, y en su defecto, resolver el tema fuera de ese Estado conforme al Derecho Internacional.

Adicionalmente a las tres opciones referidas, se ha propuesto que la nacionalidad no es exclusiva de las personas naturales, sino que debe extenderse a las personas jurídicas y en especial a las cosas<sup>28</sup>, tesis frente a las que se podría concluir que no hace falta ser persona

20 EBERS, M. “La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el derecho de la responsabilidad civil?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. N° 3. Barcelona, 2016, p.16.

21 LAUKYTE, M. “AI as a Legal Person.” *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 2019, p.209.

22 Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html)

23 Véase: CROVI, Luis Daniel. Los animales y los robots frente al Derecho, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N°10-I edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, p.133-144. Disponible en: [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

24 CROVI, Luis Daniel. Los animales y los robots frente al Derecho, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-I edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, p.139. Disponible en: [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

25 Domínguez Guillén, M. C. “Primacía de la persona en el orden constitucional”, *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela, Libro homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p.300.

26 Esta es la clasificación del sujeto de derecho de Varsi, en la que no aborda el tema de la personalidad de la Inteligencia Artificial. (VARSI ROSPIGLIOSI, E. “Clasificación del sujeto de derecho frente al avance de la genómica y la procreática”. *Acta bioethica*, vol. 23, no 2, 2017, p. 215).

27 PAGALLO, U. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, p.230.

28 ARELLANO GARCÍA, C. “La nacionalidad de las cosas en el derecho internacional privado mexicano”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, 2009, p. 123.

para ser nacional de un país, y por tanto Sofía puede tener nacionalidad tal como la ostentan un buque<sup>29</sup> o una aeronave, según esta última posición doctrinaria.

Otro elemento a considerar es que Sofía fue elegida campeona de innovación del programa de desarrollo de la Organización de Naciones Unidas (ONU), siendo la primera no humana en recibir un título de la ONU<sup>30</sup>, para lo cual sería necesario contar con las bases para otorgar tal distinción y con la motivación para precisar si solo puede ser entregada a personas o también a cosas.

Por su parte, el segundo caso al que debe hacerse referencia ocurrió en 2014, cuando el fondo de capital de riesgo Deep Knowledge eligió como miembro de su junta directiva al programa de inteligencia artificial VITAL.

Así mismo, en 2016, Alicia T., un sistema experto de inteligencia artificial fue elegido miembro del equipo que lidera uno de sus órganos, con todos los derechos, incluso a votar<sup>31</sup> según se informa en el portal de Internet de la empresa Tieto<sup>32</sup>.

Dado que no se tuvo acceso a los estatutos de ambas sociedades de comercio ni a las actas de asamblea de accionistas, no puede determinarse si se trata de un sistema de consulta de la junta directiva o si jurídicamente forman parte de ella.

En el primer supuesto no es más que una cosa, y aunque realmente los miembros de la junta directiva valoraran su decisión como un voto, no necesariamente sería una persona, en cuyo caso sí tendría derecho a voz y voto en una sociedad mercantil. Por tanto, si un miembro o un accionista pretendiera impugnar la decisión de la junta directiva, no atacará el “voto” de la inteligencia artificial sino de los directores que decidieron votar basados en el resultado arrojado por la máquina.

En efecto, la doctrina jurídica ofrece ejemplos de entes sin personalidad que pueden actuar jurídicamente<sup>33</sup>. Más técnicamente, si el feto no es persona aunque pueda figurar en una relación jurídica si se trata de su bien<sup>34</sup>, posiblemente menos lo será un robot o un ente con inteligencia artificial.

Es decir, la dificultad de calificar un ente, no le confiere personalidad. Esta es una cuestión taxativa que en supuestos distintos al ser humano solo puede conferir el orden jurídico. Pues refiere la doctrina que solo hay dos categorías de personas: las naturales (ser humano) y las incorporales o jurídicas en sentido estricto.

A las primeras, el derecho las reconoce, y las últimas, las crea, producto de una larga evolución jurídica, toda vez que ello responde a razones lógicas y de conveniencia<sup>35</sup>. La

29 “Hoy día la nacionalidad conferida a un buque... no supone la personificación del buque que en el pasado también se defendió... ya que un buque carece de personalidad jurídica y de actividad propia...” (DOMÍNGUEZ, M. de P. “Problemas relacionados con la nacionalidad del buque”, *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, nro. 1, 2005, p.119-144. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000100005#:~:text=el%20buque%20no%20es%20una,en%20esta%20materia%20le%20puedan](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100005#:~:text=el%20buque%20no%20es%20una,en%20esta%20materia%20le%20puedan)).

30 PAGALLO, U. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, 230, p.3.

31 PAGALLO, U. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, 230, p.3.

32 “Alicia T. will become a full-fledged member of the management team and also possess the capacity to cast votes”. Disponible en: <https://www.tieto.com/en/newsroom/all-news-and-releases/corporate-news/2016/10/tieto-the-first-nordic-company-to-appoint-artificial-intelligence-to-the-leadership-team-of-the-new-data-driven-business/>.

33 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.. “Capacidad y proceso”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 14, 2020. Disponible en: [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) (en prensa).

34 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.. “Evolución en el ordenamiento venezolano del inicio y extinción de la personalidad jurídica humana”, *Jurisprudencia Argentina* N° 2020-1, Fasc. 13, Buenos Aires: Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2020, p.19, se admite que el feto no es persona, a saber, no tiene personalidad jurídica, aunque ciertamente sea difícil explicar su situación jurídica. Toda vez que puede figurar temporalmente en una relación o situación de derecho a condición de que nazca con vida. Sin embargo, la tesis más sincera reconoce que su status no tiene explicación satisfactoria desde el punto de vista jurídico. “No creemos que dada la dificultad de explicar su situación pueda sostenerse que el concebido tiene personalidad jurídica”.

35 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.. “Manual de Derecho Civil I Personas”, Ed. Paredes, Caracas, 2011, p.49-55; DOMÍNGUEZ, M. C.. “Instituciones fundamentales de Derecho Civil”. Caracas: Ed. Cenlae, 2019, p.27-37; VARELA, E.. “Lecciones de Derecho Civil I Personas”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Caracas, 2019, p.159-160. El Código Civil, en su artículo 15, persigue una finalidad práctica y académica al clasificar las personas en individuales (con sustrato físico o ser humano) y los entes colectivos que descansan en un elemento unificador que es la norma jurídica.

personalidad es un concepto técnico que puede atribuirse a cualquier ser o ente, como los animales por ejemplo<sup>36</sup>.

Ahora bien, reconocerle personalidad jurídica a una inteligencia artificial pasaría por aceptar que su conducta sea consciente, en el sentido de entender lo que está haciendo; finalista, de modo que actúe persiguiendo determinado fin; y libre, de manera que pueda decidir entre varias opciones sin que nada ni nadie la limite sino sus propias capacidades.<sup>37</sup>

En el caso de Sofía, es importante considerar su composición. Fuera de ella hay un *chatbot*, probablemente alojado en la nube, tiene una especie de computadora integrada y unos seres humanos la reparan cuando se estima necesario.<sup>38</sup>

Un *chatbot* no tiene consciencia, no piensa, es mera programación para interactuar. Incluso hay respuestas simples que no puede dar. En todo caso, lo importante es preguntarse a qué se le reconoció ciudadanía: 1. ¿al hardware del robot?, 2. ¿a la computadora integrada que lo controla? o 3. ¿al servidor del chatbot en la nube?<sup>39</sup>.

Tal vez por ello se plantea que la personalidad jurídica electrónica sea un tema sobre el que hay que seguir debatiendo, para estar preparados al llegar el momento en el que alcancen autonomía suficiente, para considerar que se trata de un ente con las características necesarias a fin de imputarle responsabilidad por sus actos y no a nadie más.

Una propuesta se centra en otorgar la personalidad al programa para afirmar que es, en sí mismo, una entidad autónoma y por tanto que puede tener patrimonio, demandar, en definitiva, tener derechos y obligaciones.<sup>40</sup>

Contra esta opción mediante la que se le reconocería personalidad con derechos constitucionales a las inteligencias artificiales con suficiente nivel de autonomía<sup>41</sup>, surgen las tesis que proponen reconocerle solo responsabilidad civil y mercantil, o crear nuevos tipos de responsabilidad humana por comportamiento de terceros<sup>42</sup>, argumentando que a mediano plazo sería innecesario crear esta nueva categoría jurídica.

En síntesis, en caso de reconocerse las inteligencias artificiales como persona, lo cual no es ajustado al derecho venezolano, ya no sería responsabilidad del fabricante, ni del ser humano o de la empresa que dispuso su uso, sino que las consecuencias de sus acciones serían imputables a la propia inteligencia artificial, debiendo responder por ellas en los ámbitos civil, penal y en su caso administrativo, en el último supuesto, solo si con la personalidad viniera la capacidad para ejercer cargos públicos.

Mientras no se regule expresamente, la responsabilidad pudiera apuntar al propietario o al cuidador, según las reglas generales sobre responsabilidad por “cosa” y no por el hecho de otra persona<sup>43</sup>, así, la responsabilidad administrativa corresponderá al responsable de haber implementado la inteligencia artificial para ejercer una función administrativa, mas no directamente a quien dejó de cumplirla siguiendo órdenes superiores, en acatamiento del principio de jerarquía, siempre dentro del marco constitucional.

36 Véase: FLAMERICH, M. F.; Martínez, H.. “¿Tienen derechos los animales?”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nro. 12. Caracas, 2019, p.16-33.

37 AMONI REVERÓN, G. “Relectura del Curso de Introducción al Derecho de Luis María Olaso (tomo I) desde la perspectiva del derecho de las tecnologías de información y comunicación”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017, p.190.

38 CARTLAND, A. *Sophia, Robot Citizenship, and AI Legal Status*. [video de Cartland Law] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WQ89o5ao1BE>.

39 CARTLAND, Adrian. *Sophia, Robot Citizenship, and AI Legal Status*. [video de Cartland Law] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WQ89o5ao1BE>.

40 CARTLAND, A. *Sophia, Robot Citizenship, and AI Legal Status*. [video de Cartland Law] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WQ89o5ao1BE>.

41 No se trata de reconocerle derechos humanos sino derechos inherentes a su funcionamiento como el derecho a los datos, a la energía, a mejoras y a mantenimiento (LAUKYTE, M. “AI as a Legal Person.” *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 2019).

42 PAGALLO, Ugo. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, p.1.

43 Véase sobre la responsabilidad por cosas: Domínguez Guillén, M. C.. *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, RVLJ, Caracas, 2017. Disponible en: [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve), pp. 649 y ss.

## 5 INTELIGENCIA ARTIFICIAL INCORPORADA A UN SER HUMANO: TRANSHUMANISMO

La inteligencia artificial debe estar alojada en un hardware y ese hardware, a su vez, pudiera estar incorporado de modo permanente en un ser humano, en cuyo caso se trataría de una “cosa” adherida a una persona, lo que no podía prever el legislador de 1982<sup>44</sup> de la definición de persona y cosas. Se alude al transhumanismo, que abarca el estudio de objetos robóticos, que forman parte del cuerpo humano que la persona puede controlar con su pensamiento, recuperando o potenciando ciertas capacidades, hasta la eventual aparición de una nueva especie, posterior al *homo sapiens*<sup>45</sup> que pudiera tomar decisiones en conjunto con la inteligencia artificial al punto de actuar conforme a lo que ella decida y no solo usar esa información para decidir.

No se trata de la relación de dependencia que puede haberse formado entre el ser humano y el teléfono inteligente, sino de la verdadera incorporación de un mecanismo informático en el cuerpo humano, como puede encontrarse en el caso de Neil Harbisson, quien posee un sensor que detecta la frecuencia de los colores y la emite a un chip instalado en la parte posterior de su cabeza, permitiéndole “oir el color” gracias a la conducción ósea.

En efecto, en 2004 logró que se le autorizara a obtener la foto de su pasaporte con su dispositivo electrónico, y sobre el tema, comentó: “En los pasaportes del Reino Unido no se permiten fotos con equipos electrónicos, pero yo insistí en la oficina de pasaportes en que lo que veían era en realidad una nueva parte de mi cuerpo, una extensión de mi cerebro, y finalmente aceptaron que apareciera con esa foto en el pasaporte”.<sup>46</sup>

Otros casos, esta vez de partes corporales controladas con el pensamiento, concretamente de brazos computarizados, han sido desarrollados con éxito, integrando así, al cuerpo humano, partes robóticas.<sup>47</sup>

En las dos referencias citadas no hay control ni decisión de la máquina respecto de la voluntad humana, sino que esta es una preocupación ligada a los implantes cerebrales cuyo análisis se ha abordado desde la bioética donde se plantea si un dispositivo pudiera controlar, plenamente, la vida de las personas.<sup>48</sup>

Aquí se vuelve a generar una discusión: ¿una parte del cuerpo de una persona puede generar un acto que no se le pueda imputar a la persona?

La respuesta tiene que ser positiva si esa parte del cuerpo puede decidir autónomamente, lo que caracteriza a la inteligencia artificial, debiendo acudir a la regulación sobre responsabilidad civil, penal o administrativa donde la consciencia y la voluntad son requisitos para imputar un resultado salvo que la ley prevea lo contrario como en los delitos culposos.

Otro supuesto en el que se llegaría a la conclusión anterior, emerge de la posibilidad de utilizar indebidamente un sistema informático ajeno, lo que es factible con el conocimiento y las herramientas adecuadas, pues, todo equipo con conexión a distancia es manipulable.<sup>49</sup>

La incorporación de inteligencia artificial, en simbiosis con el cuerpo humano, pudiera generar incluso discriminaciones sociales entre quienes tienen la capacidad económica de

---

44 Código Civil venezolano publicado en la Gaceta nro. 2.990 (Extraordinario) del 26 de julio de 1982.

45 DABROWSKI, I.; HAYNOR, A. The new person contested: Atheist humanist vs. Catholic worldviews on transhumanism. *Spiritualities, ethics, and implications of human enhancement and artificial intelligence*, 2020, p.23;139.

46 Disponible en: [https://www.ted.com/talks/neil\\_harbisson\\_i\\_listen\\_to\\_color](https://www.ted.com/talks/neil_harbisson_i_listen_to_color).

47 Disponible en: [https://www.ted.com/talks/todd\\_kuiken\\_a\\_prosthetic\\_arm\\_that\\_feels](https://www.ted.com/talks/todd_kuiken_a_prosthetic_arm_that_feels).

48 CÁRCAR BENITO, J. “El transhumanismo y los implantes cerebrales basados en las tecnologías de la inteligencia artificial: sus perímetros neuroéticos y jurídicos”. *IUS ET SCIENTIA*, 2019, vol. 5, no 1, p.160.

49 Disponible en: [https://www.ted.com/talks/avi\\_rubin\\_all\\_your\\_devices\\_can\\_be\\_hacked](https://www.ted.com/talks/avi_rubin_all_your_devices_can_be_hacked)

potenciar sus habilidades con esta tecnología y quienes no la poseen.

Pudiera hablarse incluso de nuevos grupos sociales con mayor probabilidad de acceder a los mejores puestos de trabajo, las mejores universidades, y en definitiva, a nuevos espacios que permitan el empoderamiento a niveles que no se han imaginado por superar las capacidades humanas como se conocen hasta ahora.

En el campo de la salud, y retomando el tema del coronavirus, no sería poco realista pensar en biotecnología, e incluso, simplemente *wearables* que puedan detectar síntomas del Covid-19, hasta evitar el contagio con virus como este, a un precio que solo pocas personas pudieran pagar, reincorporándose al mercado laboral en detrimento de quienes no cuentan con los recursos para tal fin. Este es un campo fértil para estudios éticos que ha ido floreciendo cada vez con más vigor.

## 6 INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MACRODATOS

Los macrodatos o Big Data, son una gran cantidad de datos cuyo volumen, la velocidad a la que se generan, la veracidad de las distintas fuentes de los que provienen, en los más variados formatos y su pertinencia respecto de cierto tópico, solo es verificable utilizando algoritmos como los que conforman la inteligencia artificial.

En sus versiones más avanzadas, como el llamado *Machine learning* y las redes neuronales, representan soluciones que pueden ayudar a predecir o pronosticar con cálculos estadísticos las probabilidades de una pandemia de alcance mundial como la que se ha generado a partir del Covid-19, aunque esto no sucedió o al menos no se atendió con el interés debido.

También debe tenerse en cuenta las posibilidades de la inteligencia artificial para potenciar estudios científicos en busca de una vacuna para enfermedades de este tipo, colaborando con la revisión de documentos históricos, en la verificación de experimentos y la elaboración de cálculos matemáticos, trabajando en redes científicas alrededor del mundo, compartiendo resultados y sumando nuevos datos para obtener resultados óptimos, en pro del beneficio común.

La recopilación, análisis y uso de grandes datos en todo el planeta, es otra función en la que la inteligencia artificial puede potenciar las capacidades humanas, o simplemente, servir como herramienta de apoyo para tomar mejores decisiones a partir de más datos, obtenidos de fuentes confiables y a partir de procedimientos científicamente válidos.

Fuentes como historias médicas, que en gran parte del mundo se encuentran protegidas por leyes especiales, bases de datos de noticias, artículos científicos y hasta redes sociales, sirven a la inteligencia artificial para detectar posibles pandemias en fase inicial<sup>50</sup>.

No en todos los países se lleva estadística actualizada y mucho menos se difunden datos acerca de posibles enfermedades que si bien pudieran parecer casos aislados, su detección temprana facilitaría su contención para lo cual los Estados deben emitir normas de Protección Civil y referidas a la salud pública, respetuosas de los derechos fundamentales, con protocolos de actuación, tanto técnicos, para los responsables de cada área del conocimiento involucrada en la contención de pandemias, como de convivencia, valiéndose de normas de fácil comprensión y aplicación social.

Así mismo, debe preverse el modo de acceso a los alimentos, servicios de primera

---

50 DW Español, "El potencial de la inteligencia Artificial para detectar una pandemia" (2020). Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MFngHjSxq74>.



necesidad y hasta actividades de esparcimiento para lidiar con los efectos psicológicos generados por el confinamiento, aumentado por la ansiedad que implica la incertidumbre de lo que depara el futuro inmediato, en concreto, el pago de vivienda, deudas, alimentación, educación, vestido, y eventualidades en el hogar, en el medio de transporte, y el más preocupante de todos, en el estado de salud de los miembros del grupo familiar.

El papel de los macrodatos en esta labor normativa adquiere mayor importancia en casos donde la falta de tiempo para analizar y tomar la mejor decisión conforme a las circunstancias, pudiera hacer la diferencia entre la vida y la muerte.

Normas jurídicas que puedan servir para paliar los efectos de una pandemia, como decidir entre imponer el uso de guantes para acceder una oficina administrativa o recomendar en su lugar la desinfección de manos con alcohol o alguna solución antibacterial y mantener el distanciamiento social, detallando qué cantidad de cierto componente debe contener, puede lograrse de modo más efectivo comparando estudios científicos en el contexto global, en el lugar de guiarse solo por el instinto y alguna información difundida de modo masivo, que aparenta ser fidedigna, pero cuyo origen se desconoce, así como las intenciones por las que comenzó a circular, a pesar de que las personas que luego se hagan partícipes de su difusión, tuvieran el mejor de los propósitos.

La importancia de la inteligencia artificial en la compilación, depuración y estructuración de la gran cantidad de datos que necesariamente deben realizarse para emitir una regulación jurídica acorde con la realidad, radica en la imposibilidad humana de hacerlo con la rapidez que amerita una pandemia de crecimiento tan veloz como la generada a partir del Covid-19.

Con el objeto de saber lo que está ocurriendo en los cinco continentes en tiempo real respecto del Covid-19, cuáles son los síntomas que se detectan, cómo ha evolucionado la enfermedad, cuáles son los tratamientos que han surtido efecto, cómo se ha logrado evitar la propagación, cómo ha reaccionado la población mundial ante determinadas medidas, incluso la privación de libertad u otras medidas de restricción corporal en general, cuya utilidad, necesidad y pertinencia, solo puede precisarse en horas o minutos, utilizando inteligencia artificial y macrodatos.

Para ello, los Estados deben comprometerse a adoptar el modelo de Gobierno Abierto, utilizando datos abiertos y vinculados, que faciliten su revisión e intercambio en el ámbito oficial, haciendo énfasis en aquellos que permitan colaborar en el control de pandemias.

Esto no se logra simplemente utilizando tecnologías de información y comunicación en el ejercicio de la actividad administrativa, sino poniendo a disposición de todos, datos verificados, en tiempo real, y en formatos que puedan ser reconocidos por programas informáticos con independencia del idioma. En este contexto, la interoperabilidad también desempeña un papel fundamental.

Tal vez uno de los obstáculos más difíciles a superar no sea el tecnológico, tampoco el económico, sino posiblemente el político, y en especial el ego de la persona de cuya voluntad depende facilitar o no el acceso a la información, que compartida a tiempo, puede ayudar a salvar vidas.

Antes de culminar, un elemento presente en toda discusión de macrodatos es la referencia al derecho a la protección de datos personales y su eventual mitigación frente a razones de salud pública. Sobre el tema, debe iniciarse resaltando que para los gobiernos es muy fácil acudir a “razones de interés general” para limitar derechos subjetivos, por lo que una declaración genérica en ese sentido resulta insuficiente.

Cuando se enfrentan dos derechos como en este caso, el derecho a la salud y el derecho a la protección de datos personales, se ha admitido que las medidas

que se adopten deben pasar un test de proporcionalidad; así, la norma que se estime vulneradora del derecho a la protección de datos personales para proteger la salud, se justificaría en caso de ser (1) necesaria para garantizar este derecho, de modo que no pueda lograrse el fin perseguido por otros medios; (2) adecuada, siempre que sirva para lograr la protección de este derecho superior; y (3) proporcional en sentido estricto, de modo que el dato que se vaya a usar sea el mínimo necesario, por el tiempo mínimo indispensable, por la autoridad competente para decidir y siguiendo el procedimiento legítimo para garantizar, en la mayor medida, el derecho a la salud.

El tratamiento de datos se flexibiliza en la lucha contra el Covid-19, por ejemplo, en materia de consentimiento para el tratamiento de datos, pero ello, se insiste, no habilita para prescindir de la normativa de protección de datos del modo que la autoridad lo decida, cuándo y cómo lo decida<sup>51</sup>, sino que debe garantizarse, destacando siempre la primacía del derecho a la salud, respetuosa del resto de los derechos fundamentales.

## 7 CONCLUSIÓN

Usar inteligencia artificial hoy, significa aplicar un instrumento del que se pueden valer las personas, naturales o jurídicas, privadas o públicas, para mejorar los procesos de toma de decisiones. No se trata de una verdadera persona, ni de un ser humano potenciado en sus capacidades, especialmente intelectuales, gracias a un sistema informático.

Al ocaso de la primera década del siglo XXI, el desarrollo que ha alcanzado la inteligencia artificial permite una aplicación inmediata como cosa; no obstante, sus características imponen una regulación jurídica inmediata en la que se considere la posibilidad de reconocerle personalidad jurídica, una personalidad especial, o tan solo fijar los límites de su uso por parte del ser humano.

Independientemente de su naturaleza jurídica, los diferentes modelos de inteligencia artificial que se han desarrollado, pueden incorporarse en el ejercicio de actividades administrativas, lo que pudiera contribuir en la lucha contra el Covid-19 mediante dispositivos que puedan limitar el derecho a la libre circulación, en defensa del derecho a la salud y en respeto del estado de derecho así como de los valores democráticos.

Son múltiples los usos que la Administración Pública puede hacer de la inteligencia artificial, y que a fin de evitar nuevos contagios, destacaría la sustitución de personas con actividades de atención al ciudadano, en la medida de lo posible.

Por otra parte, hay que tener presente que el uso de inteligencia artificial no exime de responsabilidad administrativa a la autoridad responsable de haberla implementado, quien tampoco podrá pretender excusarse manifestando que fue culpa de quien fue sustituido por la máquina al no supervisarla, si esto no se hubiera encomendado.

Otro factor que se debe tener presente radica en la potencialidad discriminadora que tiene la inteligencia artificial, al incorporarse en la potenciación de capacidades humanas, lo que pudiera llevar a seres humanos “menos valiosos” para el mercado laboral y entornos políticos, en comparación con quienes pueden acceder a la tecnología para incrementar su rendimiento.

Por último, el uso de los macrodatos por parte de la inteligencia artificial al servicio de la Administración Pública es fundamental para decidir con mayor conocimiento de lo que sucede en el mundo y más rápido, lo que en la lucha contra el Covid-19 es de primera necesidad.

---

51 Sobre el tema: COTINO, L.; TRONCOSO, A.. “Protección de datos y COVID-19 | UNIR OPENCLASS”. Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wCkzL86NtZY>.

## REFERENCIAS

ABELER J.; BÄCKER M.; BUERMAYER U.; ZILLESSEN H. COVID-19 *Contact Tracing and Data Protection Can Go Together*, JMIR Mhealth Uhealth; Vol. 8, nro. 4, 2020.

ACOSTA, A.; AGUILAR-ESTEVA, V.; CARREÑO, R.; PATIÑO, M.; PATIÑO, J.; MARTÍNEZ, M. A. Nuevas tecnologías como factor de cambio ante los retos de la inteligencia artificial y la sociedad del conocimiento. *Revista ESPACIOS*, Vol. 41, nro. 05, 2020. Disponible en: <http://www.revistaespacios.com/a20v41n05/20410525.html>.

AMONI, G.. Relectura del Curso de Introducción al Derecho de Luis María Olaso (tomo I) desde la perspectiva del derecho de las tecnologías de información y comunicación. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017.

*Alicia T. will become a full-fledged member of the management team and also possess the capacity to cast votes*. Disponible en: <https://www.tieto.com/en/newsroom/all-news-and-releases/corporate-news/2016/10/tieto-the-first-nordic-company-to-appoint-artificial-intelligence-to-the-leadership-team-of-the-new-data-driven-business/>.

ARELLANO, C. La nacionalidad de las cosas en el derecho internacional privado mexicano. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, 2009.

CARTLAND, A. *Sophia, Robot Citizenship, and AI Legal Status*. [video de Cartland Law] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WQ89o5ao1BE>.

CÁRCAR, J. El transhumanismo y los implantes cerebrales basados en las tecnologías de la inteligencia artificial: sus perímetros neuroéticos y jurídicos. *IUS ET SCIENTIA*, vol. 5, no 1, 2019.  
Código Civil venezolano publicado en la Gaceta nro. 2.990 (Extraordinario) del 26 de julio de 1982.

COTINO, L.; TRONCOSO, A. *Protección de datos y COVID-19 | UNIR OPENCLASS*. Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wCkzL86NtZY>, 2020.

CROVI, L. Los animales y los robots frente al Derecho, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-I, edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, p.133-144.

DABROWSKI, I.; HAYNOR, A. "The new person contested: Atheist humanist vs. Catholic worldviews on transhumanism". *Spiritualities, ethics, and implications of human enhancement and artificial intelligence*, 2020.

DOMÍNGUEZ, M. C. "Primacía de la persona en el orden constitucional", *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela, Libro homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.

DOMÍNGUEZ, M. C. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, Caracas, 2017, p.649 y ss. Disponible en: [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

DOMÍNGUEZ, M. C. *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. Caracas: Ed. Cenlae, 2019, p.27-37.

DOMÍNGUEZ, M. C. *Manual de Derecho Civil I Personas*. Caracas: Ed. Paredes, 2011.

DOMÍNGUEZ, M. C. "Capacidad y proceso". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* nro. 14, 2020. (por publicarse).

DOMÍNGUEZ, M.C. *Evolución en el ordenamiento venezolano del inicio y extinción de la personalidad jurídica humana*, *Jurisprudencia Argentina*, nro. 2020-1, Fasc. 13. Buenos Aires: Abeledo Perrot/ Thomson Reuters, 2020.

DOMINGUEZ, M. de P. Problemas relacionados con la nacionalidad del buque. *Revista de Derecho*, Vol. XVIII, nro. 1, 2005.

DW Español. *El potencial de la inteligencia Artificial para detectar una pandemia*. 2020. Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MFngHjSxq74>.

EBERS, M. La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el derecho de la responsabilidad civil?, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. N° 3. Barcelona, 2016.

FLAMERICH, M. F.; MARTÍNEZ, H. "¿Tienen derechos los animales?". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nro. 12. Caracas, 2019, p.16-33.

LAUKYTE, M. "AI as a Legal Person." *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 2019.

PAGALLO, U. *Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots*. Information. 9.9, 2018.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html).

VARELA, E., Lecciones de Derecho Civil I Personas, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Caracas, 2019.

VARSÍ, E. *Clasificación del sujeto de derecho frente al avance de la genómica y la procreática*. *Acta bioethica*, vol. 23, nro. 2, 2017. Disponible en: [www.ted.com](http://www.ted.com).

ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019.

# O MARKETING ALGORÍTMICO E O DIREITO AO SOSSEGO NA INTERNET: PERSPECTIVAS PARA O APRIMORAMENTO DA REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA

## **Guilherme Magalhães Martins**

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Promotor de Justiça titular da 5ª Promotoria de Tutela Coletiva do Consumidor da Capital, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor associado de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor permanente do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, junto à Comissão de Direito do Consumidor. Professor adjunto (licenciado) de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu da UERJ, PUC-RIO, EMERJ, INSPER, Damásio de Jesus, Universidade Cândido Mendes, UFRGS e UFJF. Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON.

## **Arthur Pinheiro Basan**

Doutor em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Constitucional Aplicado da Faculdade Damásio. Professor Adjunto da Universidade de Rio Verde. Associado Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A publicidade inserida no ambiente da Internet; 3 Marketing algorítmico e publicidades direcionadas; 4 O direito ao sossego e a necessária tutela dos dados pessoais do consumidor; 5 Considerações finais; 6 Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

É evidente que o desenvolvimento tecnológico, especialmente inserido no ambiente da *Internet*, promoveu profundas mudanças no funcionamento da sociedade. Destaca-se, desde já, que a facilidade e a ampliação da comunicação proporcionadas pelo desenvolvimento das tecnologias possibilitaram evidente expansão da economia, posto que esta superou fronteiras e limitações, ampliando sobremaneira a exposição de produtos e serviços no mercado.<sup>1</sup> Daí porque é possível afirmar que a economia foi um dos subsistemas sociais mais beneficiados pela expansão da *Internet*<sup>2</sup>, afinal, o sistema econômico foi transformado em uma verdadeira economia virtualizada.<sup>3</sup>

Soma-se a isso o fato de que o crescimento constante do mundo virtual veio acompanhado do incremento da publicidade como mola-mestra da economia informatizada<sup>4</sup>, matéria-prima de uma milionária indústria mundial, cumprindo também tarefa importante de aproximação de pessoas, bens e serviços na Sociedade da Informação.<sup>5</sup>

Em que pese sua utilidade econômica, a publicidade também possui efeitos perversos, especialmente sobre legítimos interesses do público, numa espécie de *metralhadora giratória* que lança mão de recursos plásticos, cênicos, auditivos, elaborando um pasticho que alguns chamam de arte, outros de técnica. Observa Adalberto Pasqualotto que, em virtude do seu indisfarçável intuito persuasivo, a publicidade busca entorpecer ou mesmo suprimir a verdade real, que é o elemento nuclear da autonomia privada.<sup>6</sup>

Além disso, a partir das novas tecnologias de informação e comunicação, as empresas passaram a coletar de maneira destacada os dados pessoais dos internautas, dados estes capazes de compor um verdadeiro perfil de consumo. Assim, ao descrever a sociedade contemporânea, é inevitável considerar a importância da informação, de modo a exigir também do Direito o reconhecimento da sua função essencial de tutelar as pessoas frente a esse novo contexto informacional e, conseqüentemente, novo ambiente social. Isso porque, com a ampliação da capacidade de difusão de informações através da evolução dos meios de comunicação, ampliaram-se também, talvez na mesma medida, os riscos a que as pessoas estão submetidas, especialmente diante da possibilidade da vigilância eletrônica<sup>7</sup>, seja pelo Estado, sejam pelas pessoas privadas<sup>8</sup>, em especial pelas grandes

1 LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.354.

2 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Sociedade da Informação e Promoção à Pessoa: Empoderamento Humano na Concretude de Novos Direitos Fundamentais*. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direito Privado e Policontextualidade: fontes, fundamentos e emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.403.

3 Cláudio Torres aponta que “a *Internet* trouxe para o mundo dos negócios uma grande novidade: o acesso instantâneo às informações sobre produtos e serviços.” (TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. São Paulo: Novatec, 2018, p.22).

4 Neste ponto, importante mencionar a empresa Google, que atualmente serve como modelo de gerenciamento, desenvolvimento e inovação de produtos e serviços. É impossível conhecer a *Internet* e desconhecer o Google. Neste sentido, afirma Cláudio Torres que “o Google cresceu muito e se tornou líder em alguns segmentos por um único e importante motivo: a empresa conseguiu criar uma fórmula inovadora e simples de ganhar dinheiro”, podendo esse modelo de negócios ser resumido a uma ideia central: a publicidade online. (TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. São Paulo: Novatec, 2018, p.311).

5 A Sociedade da Informação é identificada, especialmente no pensamento sociológico, a partir do contexto histórico em que há a preponderância da informação sobre os meios de produção e distribuição dos bens na sociedade, decorrente principalmente da introdução dos computadores conectados em rede nas relações sociais, isto é, da criação da *Internet*. (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018, p.100).

6 PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.33-35.

7 FUCHS, Christian. *Internet and society: social theory in the information age*. Londres: Routledge, 2008, p.269.

8 Citando o pensamento de Marc Andreessen, Ana Frazão destaca que os gigantes da *Internet* estão dominando a economia mundial. E um dos principais riscos a respeito disso é o referente aos consumidores, tendo em vista que plataformas como o Facebook, Google, Amazon, Aliaba e Tencent usaram técnicas comuns às utilizadas em cassinos para promover o vício psicológico no consumo. (FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da lei geral da proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.45)

empresas de tecnologia.<sup>9</sup> Diante dessa prática, os fornecedores coletam dados pessoais dos consumidores em rede, de modo que as ofertas publicitárias tornam-se personalizadas, dado que intimamente ligadas ao histórico de navegação, às preferências e aos hábitos virtuais.

Cria-se, portanto, uma “bolha” com o “filtro invisível”<sup>10</sup>, de modo que os conteúdos e informações que o consumidor recebe nas publicidades estão relacionados aos interesses e costumes inferidos através dos seus dados pessoais. Com efeito, o *marketing*, aproveitando-se dessas informações, se promove através de procedimentos lógicos perfeitamente definidos, sem que o consumidor ao menos tenha conhecimento a respeito do procedimental por trás disso (na figura das *blackboxes*)<sup>11</sup>. É o chamado *marketing* algorítmico.

Como se não bastasse, nota-se que muitas vezes essas publicidades direcionadas e personalizadas, com base em dados pessoais, e em algumas situações até dados sensíveis<sup>12</sup>, tornam-se importunadoras a partir do momento em que são oferecidas incessantemente, isto é, a partir da oferta realizada por diversos meios de comunicação, seja através de e-mails, *short message service* (mensagem SMS), ligações telefônicas ou notificações em aplicativos, na representação da publicidade por *spam*<sup>13</sup>. O *marketing* algorítmico, portanto, facilita e potencializa o assédio de consumo na *Internet*.

Nessa perspectiva, surge a seguinte problemática: como promover um aprimoramento da regulação publicitária de modo a garantir que as pessoas não sejam perturbadas pelas publicidades virtuais de consumo? Em outras palavras, como o sistema jurídico deve reagir a fim de reconhecer o direito ao sossego na *Internet*, evitando que o consumidor seja perturbado de maneira indevida pelo assédio de consumo promovido pelo *marketing* algorítmico?

Partindo disso, o objetivo geral que o artigo pretende alcançar é estudar o necessário aprimoramento da regulação publicitária, principalmente em diálogo com a proteção de dados pessoais, de modo a garantir tutela integral do consumidor, na perspectiva do direito ao sossego na *Internet*. Desdobrando-se este objetivo, se apresentam os objetivos específicos do artigo, quais sejam: a) analisar as publicidades de consumo inseridas no ambiente da *Internet*; b) expor o funcionamento do *marketing* algorítmico, que permite a promoção de publicidades direcionadas e personalizadas; c) apresentar a relação desse tipo de oferta publicitária com as práticas importunadoras, que assediam ao consumo; d) destacar a proteção de dados como mecanismo para garantia do direito ao sossego do consumidor em rede.

Trabalha-se, portanto, com a hipótese de que as novas tecnologias, relacionadas à *Internet*, ao proporcionarem novas formas de publicidades, ampliaram também as formas de perturbação dos consumidores. Consequentemente, surge a necessidade de reconhecer que

---

9 Conforme afirma Tim Wu, a indústria da informação cria monopólios por cinco razões, i) efeitos de rede, ou seja, os produtos, como os celulares, se tornam mais úteis quanto maior forem os usos; ii) produção econômica em escala, de modo que os lucros operam de maneira global; iii) poder de integração entre as tecnologias, iv) a busca por poder, capaz de influenciar a mente das pessoas; e, por fim, v) gosto pelo monopólio, tendo em vista que a conveniência limita as escolhas. Assim, segundo o autor: “Close scrutiny suggests the answer has less to do with some dark subliminal attraction to size and power than an impulse far more banal; an incontrovertible preference for convenience over almost anything when it comes to our information tools. With beer or cars your choice may be a matter of personal taste; with networks, the only taste is convenience, and that comes with size. By choosing the most convenient options we collectively cede control to big firms based on a series of tiny choices whose consequences in sum we scarcely consider. Habits shape markets far more powerfully than laws”. (WU, Tim. *The master switch: the rise and fall of information empires*. Nova York: Vintage, 2010, p.320-321).

10 PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Ebook.

11 PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p.4.

12 Consoante o art. 5º, II, da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), são dados sensíveis aqueles sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 20 jun. 2020).

13 Segundo Cristina Prates “o termo ‘spam’ tem sua origem no famoso seriado britânico denominado Monty Python, episódio 25, e representa uma espécie de enlatado que na cena do filme é servido em todas as refeições do cardápio. O termo spam deriva desse seriado e representa as coisas indesejáveis que são empurradas ao consumidor [...]”. (PRATES, Cristina Cantú. *Publicidade na internet: consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p.164).

a integridade humana não se limita mais ao espaço físico, real ou concreto, tendo também sua manifestação, cada vez mais necessária socialmente, no ambiente da *Internet*, demandando do sistema jurídico novas respostas.

Todas essas reflexões são essenciais para evidenciar o necessário reconhecimento da expansão da tutela dos direitos da pessoa humana também às relações virtuais. Daí porque se torna imprescindível a proteção da pessoa em sua integralidade, de modo que os dados pessoais são pontos essenciais. Neste sentido, cabe destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) expressamente limitou sua aplicação, já nos artigos iniciais, a favor tão somente das pessoas naturais, demonstrando a diretriz humanista dessa proteção.<sup>14</sup>

Com efeito, considerando problemática apresentada, busca-se destacar como a publicidade se aproveita dos dados pessoais dos consumidores, promovendo muitas vezes prática importunadora de sossego e, conseqüentemente, prática abusiva. Ainda assim, almeja-se demonstrar como o aprimoramento da regulação publicitária, em diálogo com a proteção de dados, é uma necessidade atual, conforme se nota nos Projetos de Lei 3.514/15 e 3.515/15.

Assim, visando o acerto metodológico, o artigo encontra-se dividido em três partes. Primeiramente, o tema será contextualizado, isto é, a publicidade será compreendida no ambiente da *Internet*. Logo, serão apresentadas as características do *marketing* algorítmicos, que agenciam as publicidades direcionadas, ressaltando como os anúncios promovidos pelos sistemas algorítmicos se tornam práticas abusivas ao promoverem o indevido assédio de consumo. Por fim, chegar-se-á ao reconhecimento do direito ao sossego, como faceta negativa do direito de proteção de dados, apresentando-se como perspectiva importante para o aprimoramento da regulação publicitária e para a vedação do assédio de consumo.

## **2 A PUBLICIDADE INSERIDA NO AMBIENTE DA INTERNET**

A economia contemporânea reduziu custos e facilitou a aproximação das partes contratantes frente as inúmeras possibilidades de oferta e, além disso, diante da possibilidade de o próprio consumidor buscar, em rede, onde há a oferta de produtos e serviços de seu interesse. É dizer que, conforme dito acima, ao considerar todos os subsistemas sociais modificados pela Sociedade da Informação, o econômico é o mais beneficiado, posto que o conhecimento tem capacidade de se transformar facilmente em substrato para a produção industrial<sup>15</sup> e, em última análise, em objeto de troca nas relações comerciais.

Em verdade, partindo do pressuposto de que a própria informação tornou-se produto oferecido amplamente no mercado virtual, a publicidade ganha destaque como instrumento estratégico do *marketing*, inclusive em relação retro-alimentadora<sup>16</sup>, afinal, é a forma mais barata e efetiva de comunicação comercial que se conhece.<sup>17</sup>

Como se não bastasse, é papel também da publicidade auxiliar os consumidores a encontrarem os produtos ou serviços que procuram, seja para satisfação das necessidades,

---

14 Dispõe o artigo 1º da LGPD, "Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural." (BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 20 jun. 2020).

15 MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da Informação e proteção da pessoa. *Revista da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor*, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 6, 2016.

16 PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.15.

17 Neste sentido, afirma Adalberto Pasqualotto que: "Na economia, [a publicidade] transformou-se simplesmente em mola-mestra, insuflando necessidades para depois supri-las com o oferecimento irresistível de produtos necessários. Ela é a moda. Movimenta as artes, o esporte. Influencia a moral dominante. Serve de divulgação do bem e do mal. E além de tudo, representa em si mesma uma milionária indústria mundial." (PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.15).

seja para a satisfação dos demais desejos íntimos. Vale lembrar que o ser humano também precisa de bens que vão além das necessidades primitivas, muitas vezes denominados supérfluos, como aqueles relacionados a diversão, lazer, prazer, distração, etc.<sup>18</sup> Dessa forma, a publicidade é hoje um instrumento necessário para o desenvolvimento econômico e social, levando em consideração que dificilmente um fornecedor consegue conquistar seu público-alvo, ou mesmo manter seus clientes cativos, sem investir na divulgação do seu trabalho.

Partindo daí, é relevante apontar que a definição em si de publicidade é um exercício tormentoso, afinal, não porque se trata de um conceito de difícil alcance, mas sim porque a sua dimensão e o seu enquadramento social e jurídico não são unânimes.<sup>19</sup> Para a adequada delimitação do tema, na sociedade de consumo, pode ser considerada publicidade toda informação que visa, em última análise, criar no público a vontade e a necessidade de consumir, mesmo que de maneira indireta.<sup>20</sup> De antemão, extrai-se do Código Brasileiro de Autorregulamentação, em seu artigo 8º, que são publicidades todas as “atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.”

Juridicamente é o CDC a principal norma que sistematiza a publicidade no trato comercial.<sup>21</sup> E apesar deste código ser a principal norma que regula a oferta no mercado de consumo, não há nele um conceito explícito acerca da publicidade, mantendo-o na órbita do conceito jurídico indeterminado.<sup>22</sup> Segundo o CDC, em seu artigo 30, caracteriza-se oferta toda informação ou publicidade veiculada por qualquer meio de comunicação oferecendo produtos e serviços, obrigando o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integrando o contrato que vier a ser celebrado.<sup>23</sup>

Superada essa definição legal, é importante ressaltar que o desenvolvimento de técnicas publicitárias teve como forte influência o advento da televisão.<sup>24</sup> Entretanto, com o crescimento do uso da *Internet*, como novo ambiente de comunicação e de mercado<sup>25</sup>, alterou-se fortemente conceitos básicos do *marketing*, sempre com o intuito de potencializar as mensagens mercadológicas. Daí porque fala-se em uma mudança da publicidade tradicional à digital, por meio do *marketing 4.0*<sup>26</sup>, de modo que a *Internet* é hoje considerada uma verdadeira ferramenta de *marketing*.<sup>27</sup> Evidentemente, o desenvolvimento da *Internet* trouxe nova realidade aos anúncios publicitários, a saber, o mundo virtual.<sup>28</sup> Tudo isso em paralelo ao crescimento do número de usuários da *Internet*, em especial pelo uso de aparelhos móveis

18 MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011, p.160.

19 FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *Publicidade abusiva. Incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.64.

20 Não se desconhece que o termo *marketing* é conceituado como conjunto de atividades integradas de planejamento para provocar o aumento da demanda, investigar as necessidades e instigar os desejos de consumo. Neste sentido, a publicidade seria também somente uma das formas de comunicação envolvidas no processo de *marketing*, assim como o é a venda pessoal e a promoção de vendas. Não obstante, para fins didáticos, o presente trabalho utilizará os dois termos como sinônimos, até porque o CDC não diferenciou a publicidade do *marketing*, tendo em vista que abarcou todas as informações com o intuito lucrativo no conceito de “oferta”, nos termos do artigo 30 do CDC.

21 Observa-se que o regramento jurídico da publicidade segue uma série de normas, dependendo da especificidade do produto ou serviço, gerando limitações determinadas. Cita-se como exemplo o Estatuto da Advocacia ou mesmo as normas do Conselho Federal de Medicina, que impõe restrições à divulgação dos serviços dos setores que regulam.

22 O conceito jurídico indeterminado pode ser compreendido como conceito cujo termo tem significado intencionalmente vago e aberto, ou seja, se conceitua como palavra utilizada na norma com significado vago e impreciso. (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.119).

23 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 20 jun. 2020.

24 MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix, 2007, p.256.

25 “A Internet surge antes de tudo como um *shopping center* eletrônico.” BARBER, Benjamin R. *Consumido*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p.349.

26 KOTLER, Phillip. *Marketing 4.0: do tradicional ao digital*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017, p.12.

27 PRATES, Cristina Cantú. *Publicidade na internet: consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p.32.

28 Afirma Cristina Prates que “um dos principais fatores que propiciaram o enorme avanço tecnológico é a invenção da tecnologia digital, em contrapartida com a tecnologia analógica. (PRATES, Cristina Cantú. *Publicidade na internet: consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p.32).



(*smartphones*<sup>29</sup>), que promove o surgimento do *mobilemarketing*.

O desenvolvimento de novas técnicas publicitárias se baseia no fato de que a *Internet* oferece amplas possibilidades de trabalho com sons, imagens e sensações, se aproximando da própria realidade. Isso oferece considerável impacto aos internautas, principalmente tornando a prática de *marketing* cada vez mais próxima dos estudos envolvendo a neurociência<sup>30</sup>, como, por exemplo, no que se refere às razões pelos desejos, necessidades e comportamentos humanos, no caso, direcionadas às motivações do consumidor.<sup>31</sup> Tudo isso se complementa com a crescente demanda de consumo pela rede, daí porque as publicidades foram se adaptando às necessidades de mercado, incrementando não só a exposição de produtos e serviços, mas também a aproximação entre consumidores e fornecedores.

Soma-se a isso o fato de a publicidade virtual ser carregada de inúmeras vantagens, especialmente por ser onipresente e, além disso, possuir a imensa capacidade de atingir inúmeros consumidores, sem limites territoriais. Dessa forma, nota-se que o uso da *Internet* gera economia na divulgação de produtos e serviços, além de ampliar e otimizar o alcance das mensagens, dado que vai se tornando segmentada e direcionada aos consumidores predefinidos, sendo inegáveis as diversas vantagens ao fornecedor.<sup>32</sup>

Com efeito, a publicidade na *Internet* é repensada pela presença de novos instrumentos de *marketing*, como o uso de recursos audiovisuais, mensagens convidativas, interatividade, animações, contratação de influenciadores digitais, além de outros. Reconhece-se uma infinidade de técnicas virtuais de promoção de mensagens publicitárias, como, por exemplo, o *micro-site*<sup>33</sup>, o *banner*<sup>34</sup>, o *pop up*<sup>35</sup>, os *links* patrocinados<sup>36</sup>, o *email*

---

29 Aduz Darren Bridger que: “quando as pessoas passam a comprar em smartphones, elas acabam gastando mais e com mais frequência, talvez simplesmente porque agora têm mais oportunidades de comprar. Os smartphones permitem comprar em qualquer lugar, aumentando a conveniência.” (BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. São Paulo: Autêntica Business, 2018, p.201).

30 “A tendência do momento na área do *marketing* é a utilização da neurociência para descobrir o que realmente pensamos e sentimos em relação aos produtos e quais são as formas de divulgar cada um deles. Por esse motivo, o marketing tende a ser cada vez mais eficiente, invisível e sinestésico. (SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014, p.141).

31 Martin Lindstrom destaca que: “Graças às novas tecnologias e às sofisticadas ferramentas disponíveis, além de pesquisas nas áreas e comportamento do consumidor, de psicologia cognitiva e neurociência, as empresas sabem muito mais sobre o que motiva os consumidores. Elas vasculham nossa mente em busca de medos, sonhos, vulnerabilidades e desejos mais profundos. Exploram o rastro digital que deixamos cada vez que usamos o programa de fidelidade de uma farmácia, pagamos algo no cartão de crédito ou pesquisamos um produto na Internet. Em seguida, esses dados são usados para bombardear com ofertas ‘sob medidas’ para nosso perfil psicológico. [...] [...] Mais do que nunca na história, as empresas identificam o que inspira, assusta, acalma e seduz os consumidores.” (LINDSTROM, Martin. *Brandwashed: o lado oculto do marketing*. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós? Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p.23).

32 Conforme aponta Jean Erenberg, diversos são os benefícios do uso da *Internet* na divulgação de produtos e serviços, como por exemplo a: “[...] velocidade (um e-mail circunda o globo terrestre em poucos instantes), impacto (milhões de mensagens podem ser rapidamente encaminhadas a todos os cantos do planeta de forma automática), economia (os custos de criação, produção e remessa do e-mail são infinitamente mais baixos que os de outras mídias, permitindo a experimentação de novas ideias e um maior retorno sobre os investimentos de marketing), flexibilidade (uma mensagem que não tenha gerado retorno pode ser substituída em poucos minutos), facilidade de manutenção e atualização da base de dados (mediante a coleta de novos, atuais e mais apurados dados sobre o consumidor e suas preferências), interatividade e manutenção do contato com o cliente (mantendo-se aceso o relacionamento da empresa com este), recursos tecnológicos (a cada dia novos recursos são incorporados às mensagens, como multimídia) e relativa eficiência (altíssima quando as mensagens são autorizadas, adequadas e de real interesse do consumidor.” (ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p.47;87).

33 São pequenos sites de marcas que se transversa em links dentro de sites de conteúdo. (LIMEIRA, Tânia Vidigal. *E-marketing na internet com casos brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.166-186).

34 É o tipo de publicidade feita por meio de espécies de cartazes virtuais inseridos em algum lugar da página, como uma espécie de outdoor virtual. (LIMEIRA, Tânia Vidigal. *E-marketing na internet com casos brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.166-186).

35 É uma pequena janela que se abre automaticamente assim que o internauta visualiza determinada página na *Internet*. (LIMEIRA, Tânia Vidigal. *E-marketing na internet com casos brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.166-186).

36 Promove-se por meio da associação entre uma marca e um site, visando oferecer o conteúdo da página ao patrocinador, divulgando ao consumidor como se tivesse mero cunho informativo. (LIMEIRA, Tânia Vidigal. *E-marketing na internet com casos brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.166-186).



*marketing*, o *adverlog*<sup>37</sup>, o *Search Engine Marketing*<sup>38</sup>, o *podcasting*<sup>39</sup> e os *spams*. Em resumo, é a utilização de tecnologias digitais como ferramenta de *marketing* envolvendo comunicação<sup>40</sup>, de modo que, junto às novas tecnologias surgem também novos riscos de danos.

Isso porque boa parte dos anúncios veiculados em rede se aproveitam de dados pessoais dos consumidores, capazes de direcionar e aumentar a efetividade das ofertas. Neste sentido, Lindstrom Martin afirma que sociedade atual se qualifica como “sociedade pós-privacidade”, em que empresas de *marketing* gravam, armazenam, compilam e analisam as informações compartilhadas, além das que não são compartilhadas, para enganar, manipular e seduzir e, finalmente, fazer o consumidor comprar mais coisas.<sup>41</sup> É neste contexto, portanto, que ganham destaque as publicidades direcionadas, fundamentadas no *marketing* algorítmico, conforme se expõe a seguir.

### 3 MARKETING ALGORÍTMICO E PUBLICIDADES DIRECIONADAS

A relação entre o uso de dados pessoais e as publicidades de consumo surge de maneira mais evidente a partir do incremento das tecnologias de informação e comunicação em rede. Aqui, como notável exemplo, ressalta-se o oferecimento de serviços aparentemente gratuitos, como sites de busca, de mensagens instantâneas (como o *whatsapp*), e de redes sociais<sup>42</sup>, que se sustentam com remuneração indireta, a partir dos dados pessoais coletados, capazes de, após o devido tratamento, indicarem um genuíno interesse dos consumidores em potencial.

A *Internet*, portanto, passa a se qualificar como um novo “espaço-mercado”<sup>43</sup>, onde a coleta de dados pessoais e a publicidade sustentam boa parte dos serviços oferecidos aparentemente sem custos ao consumidor. Neste sentido, destaca Luís Chaves que é evidente que o motor de funcionamento da maioria das páginas e aplicativos gratuitos oferecidos na *Internet* é a publicidade comportamental, por meio de anúncios que se relacionam com hábitos e preferências de navegação do usuário.<sup>44</sup>

Evidentemente, o mercado do consumo se adapta a essa nova realidade de coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais, afinal, a quantidade de informações a respeito dos consumidores, seus comportamentos, desejos e hábitos de consumo, tornam-se

---

37 Promove-se por meio de uma espécie de diário eletrônico, usado para elogiar um produto ou serviço. (LIMA, Eduardo Weis Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2008, p.58).

38 É uma ferramenta paga para promover anúncios diretamente nos mecanismos de buscas, como o Google e o Yahoo. (LIMA, Eduardo Weis Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2008, p.58).

39 São arquivos de som, onde empresas patrocinam de maneira velada os produtores de conteúdo. (LIMA, Eduardo Weis Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2008, p.58).

40 Cláudio Torres expõe que “Quando você ouve falar de *marketing* digital, publicidade online, *web marketing*, *mobile marketing*, *inbound marketing*, ou quaisquer outras composições criativas que se possa fazer dessas palavras, estamos falando em utilizar efetivamente as tecnologias digitais como uma ferramenta da *marketing*, envolvendo comunicação, publicidade, propaganda e todo o arsenal de estratégias e conceitos já conhecidos na teoria do *marketing*.” (TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital*: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar. São Paulo: Novatec, 2018, p.65).

41 LINDSTROM, Martin. *Brandwashed: o lado oculto do marketing*. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós? Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p.273.

42 Vale destacar que as redes sociais, por se inserirem dentro dessa nova metodologia publicitária, que utiliza massivamente dados pessoais, já foi reconhecida como relação jurídica de consumo, conforme REsp. nº 1.349.961-MG.

43 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.128.

44 CHAVES, Luís Fernando Prado. Responsável pelo tratamento, subcontratante e DPO. In: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.122.

essenciais para o crescimento econômico. Neste ponto, “percebe-se, assim, que a informação se transformou em insumo da produção, possuindo um papel tão importante quanto a força de trabalho e o capital.”<sup>45</sup>

Conforme já mencionado, dentro da lógica da Sociedade da Informação, também caracterizada pelo consumo como fundamento básico, as publicidades ganham maior destaque, afinal, são elas que induzem as pessoas a sentirem desejos insaciáveis de consumo, tornando a insatisfação uma permanente no mercado e, conseqüentemente, a principal fonte de rendimentos das companhias de comércio eletrônico.<sup>46</sup> Vale lembrar que a publicidade já foi definida como a “arte de criar a necessidade do inútil”.<sup>47</sup>

E é em razão disso que se nota que as empresas se aproveitam dos dados pessoais e, pior, dos dados sensíveis das pessoas, para conseguirem um dos recursos mais escassos na sociedade atual: a atenção dos consumidores. Dessa forma, os fornecedores buscam, da melhor maneira possível, aproveitarem o tempo em que o consumidor não está consciente para o preencher com publicidades direcionadas e dirigidas, influenciando decisões, no que já se convencionou denominar de “mercado da atenção”.<sup>48</sup> Logo, para o pagamento dos serviços supostamente gratuitos, o consumidor oferece os seus dados e, como se não bastasse, sua atenção às publicidades ali veiculadas.

Daí porque ressalta Laura Mendes que embora os riscos do tratamento de dados pessoais sejam notáveis nos vários setores da sociedade, destacam-se os desafios desse fenômeno nas relações de consumo, uma vez que, sendo o consumidor presumidamente vulnerável, este possui grande dificuldade de controlar o fluxo dos seus dados pessoais, bem como de adotar medidas de autoproteção contra os riscos do tratamento dessas informações.<sup>49</sup>

Não existem dados irrelevantes ou ociosos, haja vista os cruzamentos decorrentes da formação de perfis dos usuários no Big Data.

Como se não bastasse, visando a coleta de dados pessoais, as empresas se apropriam de ferramentas de vigilância eletrônica, capazes de identificar informações importantes dos consumidores. Neste sentido, se antigamente a vigilância se relacionava a ideia de controle, pelo Estado, como apregoado no “Big Brother orwelliano”, atualmente a vigilância tornou-se algo trivial na sociedade, posto que as empresas a realizam, o tempo todo, para análises comportamentais e ajustamentos de práticas comerciais<sup>50</sup>, no denominado “capitalismo da vigilância”<sup>51</sup>, diferentemente da liberdade utópica imaginada no ambiente da *Internet*.<sup>52</sup>

45 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p.91.

46 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p.143.

47 KOTLER, Phillip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. São Paulo: Futura, 1999, p.23.

48 WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Vintage, 2017.

49 Por essa razão, destaca a autora que: “[...] muitas vezes, esse conhecimento da empresa advém da coleta de dados do consumidor, sem sequer que ele saiba dessa coleta ou dê o seu consentimento para tanto. A vulnerabilidade do consumidor nesse processo de coleta e tratamento de dados pessoais é tão patente que se cunhou a expressão “consumidor de vidro” para denotar a sua extrema fragilidade e exposição no mercado de consumo, diante de inúmeras empresas que tomam decisões e influenciam as suas chances de vida, a partir das informações pessoais armazenadas em bancos de dados.” (MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. *Novas tendências do direito do consumidor*: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *Ebook*.)

50 MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. *Novas tendências do direito do consumidor*: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *Ebook*.

51 LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabiola Albuquerque (coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.24.

52 Neste ponto, Stefano Rodotà alerta que: “[...]a hipótese de liberdade infinita e anárquica garantida pela internet entre em conflito com outra realidade que está diante de nossos olhos. Câmeras de vídeo para vigilância, a implacável coleta dos rastros deixados pelo uso do cartão de crédito ou durante a navegação na internet, a produção e venda de perfis pessoais cada vez mais analíticos, as possibilidades de interconexão entre os mais diversos bancos de dados indicam a expansão progressiva de uma sociedade do controle, da vigilância e da classificação. Ao lado dos arquivos tradicionais, como aqueles das forças policiais, assumem importância crescente um sem-número de “arquivos”, principalmente aqueles ligados ao consumo.” (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.146).

Neste sentido, Christian Fuchs aponta que, na área de consumo, as empresas utilizam da vigilância eletrônica para conhecerem as preferências dos consumidores capazes de mirá-los com publicidades *online* personalizadas. E essas corporações fazem isso de maneira aparentemente legal, a partir do consentimento do titular, na celebração do contrato eletrônico, de que suas preferências serão acessadas para fins de perfil publicitário; ou, de maneira ilegal, enviando *spam* ou *spyware* capazes de registrar o comportamento *online*.<sup>53</sup>

Como consequência desse tipo de prática surge o problema de classificação dos consumidores em categorias de acordo com os dados pessoais coletados, capazes de afetar significativamente a liberdade e a autonomia das pessoas.<sup>54</sup> Isso porque há evidente diminuição da autonomia do consumidor a partir do momento em que é fortemente dissecado pelos seus comportamentos e hábitos de consumo, que compõe seu histórico, além do perigo de ser discriminado no mercado, a partir do conhecimento prévio pelas empresas de informações como a renda, os hábitos, os gastos frequentes, as responsabilidades, etc.

Cite-se como exemplo do avanço tecnológico e, ao mesmo tempo, dos riscos de vigilância, na investigação das expressões faciais do consumidor enquanto este realiza compras *online*. Neste sentido, Darren Bridge aponta que existem *neurosoftwares* capazes de interpretar as reações das pessoas de acordo com a *webcam*. Segundo o autor, os olhares dos consumidores são rastreados, de modo a buscar informações sobre os locais da tela que mais chamaram atenção, ou mesmo as emoções vivenciadas no ato da compra. Segundo o autor, “o software até pode medir os batimentos cardíacos e detectar flutuações minúsculas na cor da pele do rosto, imperceptíveis para olhos humanos.”<sup>55</sup>

Destaca-se que esse problema já foi enfrentado pela justiça brasileira, no caso envolvendo as publicidades na Linha 4 (Amarela) do metrô de São Paulo. Na ocasião, a empresa Via Quatro instalou câmeras escondidas em telas que exibiam publicidades e registravam a reação dos passageiros. No caso, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) ingressou com ação civil pública, requerendo a retirada das câmeras.<sup>56</sup>

Com efeito, neste contexto de vigilância e de assédio de consumo, importante aprofundar os dois momentos de tratamento de dados pessoais dos consumidores que mais interessam para a promoção de publicidades, tendo em vista que estas práticas sofrem fortes limitações pela LGPD. Afinal, “hoje, dados e métricas (índices) oferecem informações cruciais em tempo quase real sobre as necessidades e comportamentos dos clientes que dirigem as decisões de *marketing* e vendas.”<sup>57</sup>

Logo, sem desconhecer os diversos momentos no âmbito de tratamento de dados pessoais, com o intuito de manter a íntegra relação com o tema, optou-se por estudar dois momentos específicos, quais sejam, a coleta e o processamento. A princípio, a coleta, considerada como primeira fase do tratamento de dados, consiste na obtenção de informações pessoais do consumidor para a formação de um banco de dados. Essa coleta nem sempre

53 FUCHS, Christian. *Internet and society: social theory in the information age*. Londres: Routledge, 2008, p.273.

54 Neste sentido, destaca Ana Frazão que “se os cidadãos não conseguem saber nem mesmo os dados que são coletados, têm dificuldades ainda maiores para compreender as inúmeras destinações que a eles pode ser dada e a extensão do impacto destas em suas vidas.” (FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da lei geral da proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.) *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.26).

55 BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. São Paulo: Autêntica Business, 2018, p.19.

56 INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Justiça impede uso de câmera que coleta dados faciais em metrô em SP. *IDEC*, São Paulo, 18 set 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/justica-impede-uso-de-camera-que-coleta-dados-faciais-do-metro-em-sp>. Acesso em: 21 jun. 2020.

57 KLAUS, Schwab. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p.59.

ocorre às escondidas, sendo que em muitas situações o próprio consumidor disponibiliza seus dados aos fornecedores. Laura Mendes aponta que as principais fontes de coleta são i) as transações comerciais, como os “cartões fidelidade”; ii) os censos e registros públicos; iii) as pesquisas de mercado; iv) os sorteios e concursos; v) a comercialização e cessão de dados; e vi) as tecnologias de controle da *Internet*, como os *cookies*<sup>58</sup> e *spywares*.<sup>59</sup>

Uma vez coletados, a segunda etapa do tratamento de dados pessoais é a denominada de processamento, principalmente por meio de tecnologias modernas de aprimoramento da informação. Dessa forma, após formado o banco de dados com informações coletadas, as empresas promovem o tratamento destes dados, a fim de buscar informações que darão base para conhecer os hábitos e comportamentos de consumo. Aqui, várias são as técnicas capazes de oferecer tendências e padrões significativos a partir de dados, com o auxílio de instrumentos estatísticos e matemáticos, isto é, os algoritmos. Não obstante, vale destacar duas técnicas que recorrentemente são utilizadas para posterior promoção de publicidades, a saber, a mineração de dados (*data mining*) e a construção do perfil (*profiling*).

Quanto à mineração de dados (*data mining*), trata-se do processo em que, por meio de tecnologias de informação e comunicação, fundadas em combinação de dados e estatísticas, dados de compreensão complexa são transformados em informações inteligíveis às empresas, tornando essas informações pessoais úteis e valiosas. Em resumo, a mineração de dados consiste na exploração de “uma base de dados (mina) usando algoritmos (ferramenta) adequados para obter conhecimento (minerais preciosos).”<sup>60</sup>

Por meio da mineração de dados, as fornecedoras são capazes de identificar padrões significativos de informações, isto é, partindo do banco de dados coletados, estabelece-se classificações lógicas de pessoas e bens, para uma determinada finalidade predefinida, a partir da busca por padrões. Neste aspecto, “o *Big Data* representa o êxtase desse processo”<sup>61</sup> pois permitiu que estes dados pudessem ser analisados em volumes imensos, em toda a sua extensão, permitindo inferir, inclusive, na probabilidade de acontecimentos futuros.

Neste ponto, destaca-se que a mineração de dados é um dos fundamentos para a análise preditiva, ou seja, o uso de comportamentos padrões capazes de dar previsão de certos acontecimentos e ações futuras.<sup>62</sup> Com efeito, essa análise preditiva, ou seja, a possibilidade de identificar padrões e operar a previsão de comportamentos futuros é uma verdadeira “mina de ouro” para o ramo publicitário.<sup>63</sup> Daí porque o *Big Data* revolucionou

58 “Os *cookies* são fichários de dados gerados através das instruções que os servidores web enviam aos programas navegadores e que são guardados num diretório específico do computador do usuário. É um instrumento para a obtenção de dados sobre os hábitos de consumo, frequências de visita a uma seção determinada, tipo de notícias a suprir.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Informática, cyberlaw, e-commerce*. In: DE LUCCA, Newton de; FILHO, Adalberto Simão (coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001, p.490).

59 O *spyware* “é um tipo de software que tem o objetivo de monitorar atividades de um sistema e enviar as informações coletadas para terceiros, podendo comprometer a privacidade do usuário e a segurança do computador. Algumas de suas funções são, por exemplo, o monitoramento de URLs acessadas enquanto o usuário navega na internet e captura de senhas bancárias e números de cartões de crédito.” (MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.104).

60 CASTRO de, Leandro Nunes; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados: conceitos básicos, algoritmos e aplicações*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.4.

61 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.39.

62 SIEGEL, Eric. *Análise preditiva: o poder de prever quem vai clicar, comprar, mentir ou morrer*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

63 Neste ponto, importante mencionar reportagem em mídia digital, entrevistando o professor Martin Hilbert, segundo o qual: “pesquisadores da Universidade de Cambridge, no Reino Unido, fizeram testes de personalidade com pessoas que franquearam acesso a suas páginas pessoais no Facebook, e estimaram, com ajuda de um algoritmo de computador, com quantas curtidas é possível detectar sua personalidade. Com 100 curtidas poderiam prever sua personalidade com acuidade e até outras coisas: sua orientação sexual, origem étnica, opinião religiosa e política, nível de inteligência, se usa substâncias que causam vício ou se tem pais separados. E os pesquisadores detectaram que com 150 curtidas o algoritmo podia prever sua personalidade melhor que seu companheiro. Com 250 curtidas, o algoritmo tem elementos para conhecer sua personalidade melhor do que você.” (LISSARDY, Gerardo. ‘Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída’, afirma guru do ‘big data’. *BBC Mundo*, [S. l.], 9 abr. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>. Acesso em: 21 jun. 2020).



não só o mercado mas principalmente a indústria publicitária<sup>64</sup>, “criando-se mais do que um rico retrato do consumidor em potencial. A figura translúcida do consumidor de vidro agora perpassa seus passos futuros”<sup>65</sup>, sob a lógica do *marketing* algorítmico.

Partindo daí, e indo além da mineração de dados, outra técnica comum no mercado de consumo é a construção de perfil, denominada *profiling*.<sup>66</sup> Esse perfil criado é uma espécie de “avatar” que representa o consumidor a partir da reunião de diversos dados pessoais, como os relacionados às preferências, costumes, hábitos de consumo, classe social, *hobbys*, etc. A criação do perfil tem a finalidade de construir uma representação confiável do consumidor, capaz de gerar previsibilidades quanto aos seus comportamentos de consumo, isto é, uma verdadeira “biografia digital”.<sup>67</sup> Assim, a caracterização do perfil tem como finalidade determinar o que é relevante dentro de um contexto, por exemplo, quais são os consumidores que podem se interessar por um determinado produto. Em verdade, é uma técnica que pode ser definida como uma nova maneira de conhecimento que permite tornar acessíveis padrões a princípio invisíveis ao reconhecimento humano.<sup>68</sup>

A demonstração real dessa técnica é narrada no conhecido caso americano da empresa *Target*<sup>69</sup>, em que a fornecedora, por meio da mineração de dados pessoais das consumidoras inseridas em seu banco de dados, tornou-se capaz de descobrir quais clientes estão grávidas, antes mesmo das próprias mulheres, para, então, enviar a elas ofertas de produtos direcionados para gestantes e para bebês.

Esse caso se tornou emblemático em razão de um americano, ao notar as publicidades de roupas de bebê e berço direcionadas a sua filha pela empresa *Target*, ter procurado a loja para tirar satisfações, uma vez que a garota era jovem e ainda estava na escola. Mais tarde o pai descobriu que a filha, de fato, estava grávida, de modo que o caso revelou que a empresa possuía um sistema que, por meio de cruzamento de dados pessoais das consumidoras da empresa, era capaz de descobrir quais clientes estariam grávidas, as vezes mesmo antes das futuras mães, para, então, enviar a elas ofertas de produtos para gestantes e bebês<sup>70</sup>, evidenciando na prática o funcionamento do *marketing* algorítmico.

Conforme se nota, um dos grandes riscos apontados quanto à elaboração do *profiling* se refere à possibilidade de manipulação da vontade e da autonomia da pessoa. Isso porque a partir do momento em que as empresas possuem um histórico com informações pessoais do consumidor, com nítida violação da sua esfera privada, é possível a manipulação da vontade, direcionando-a aos pontos fracos daquela pessoa, conforme o seu perfil traçado.

64 Neste ponto, aponta Martin Lindstrom que: “O *data mining*, eufemisticamente chamado pelo setor de marketing de ‘descoberta do conhecimento’ ou ‘insights do consumidor’, é um negócio global de rápido crescimento, que se dedica à captura e à análise do comportamento do consumidor. O objetivo é classificar, resumir e uniformizar os dados de modo que possam ser usados para nos convencer (e de vez em quando, nos manipular) a comprar determinados produtos.[...] [...] O objetivo dos insights do consumidor é buscar motivações e critérios que levem o consumidor a comprar.” (LINDSTROM, Martin. *Brandwashed: o lado oculto do marketing*. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós? Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p.240).

65 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.43.

66 Nesta mesma situação, destaca-se a importância do princípio da finalidade, exigido na LGPD, de forma que é preciso que o consumidor “compreenda se, por quem e para que fins os seus dados são coletados, como em casos de *marketing* digital [...] [...] O titular também deverá ser informado da construção de perfil (*profiling*) e de suas respectivas consequências, além da ciência da eventual obrigatoriedade de fornecimento dos dados pessoais e das consequências no caso de recusa” (VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.54).

67 SOLOVE, Daniel J. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York: University Press, 2006, p.44.

68 BOFF, Salete Oro (coord.). *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.162.

69 Bruno Bioni chega a mencionar que “um dos exemplos mais citados para ilustrar o *Big Data* é o da ação por parte da varejista americana Target para identificar consumidora grávidas”. (BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.42)

70 AGOSTINI, Renata. A nova indústria da espionagem explora o consumo. *Revista Exame*, São Paulo, 28 abr. 2012. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/a-nova-industria-da-espionagem/>. Acesso em: 21 jun. 2020.



Exatamente em razão disso que a LGPD trata do *perfil comportamental* em seu artigo 12, § 2º e em seu artigo 20, no sentido de projetar o foco de interesse ajustado a cada pessoa, deixando claro que se trabalha com o procedimento pelo qual a mineração de dados fornecidos pelo usuário ou mesmo os gostos representados no ciberespaço são capazes de possibilitar a análise preditiva.<sup>71</sup>

Assim, a pessoa fica presa a essa “bolha”, impedida de ter contato com informações diferentes e ocasionais aos seus interesses demonstrados no *profiling* elaborado.<sup>72</sup> Eli Pariser chega a afirmar que “os algoritmos que orquestram a nossa publicidade estão começando a orquestrar nossa vida”.<sup>73</sup> Por isso, fica cada vez mais nítida a utilização das tecnologias de comunicação e informação no âmbito das publicidades, expondo os consumidores a novas espécies de riscos, ameaças e danos. Diante disso, destaca-se, mais uma vez, a necessidade de se promover a tutela integral dos consumidores, em especial por meio da inegável relação entre o direito à integridade psicofísica e à proteção de dados pessoais. Com efeito, infere-se que “essa dupla tutela tornou-se, na atualidade, condição de possibilidade para o livre desenvolvimento da personalidade e para a cidadania.”<sup>74</sup>

#### **4 O DIREITO AO SOSSEGO E A NECESSÁRIA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR**

Diante do contexto de grandes fluxos de informação, onde as pessoas são expostas a uma quantidade nunca antes vista de informações, todos os dias, o tempo todo, a publicidade se transforma em uma verdadeira arte, que se adapta constantemente visando instigar os desejos e as necessidades de consumir. Neste ponto, têm-se pistas de que o anúncio publicitário se qualifica para cumprir as tarefas de chamar a atenção, despertar o interesse, estimular o desejo, criar convicção e induzir à aquisição.<sup>75</sup>

Importante destacar, desde já, que se as publicidades na *Internet* se adequarem às disposições do sistema jurídico brasileiro, não há que se falar em ilicitude, dentro da ideia de liberdade da atividade econômica. Todavia, o problema surge a partir do momento em que as técnicas de *marketing* surgem violando os preceitos normativos, como os de proteção do consumidor. Isso porque, muitas vezes, a tecnologia atrelada às questões de mercado, sob a lógica da análise econômica, se desenvolve independente e distante do Direito, o que não pode, e por certo, não deve ocorrer.

De maneira mais específica, o problema surge a partir do momento em que as publicidades virtuais são ofertadas excessivamente, em especial nos aparelhos celulares.<sup>76</sup>

---

71 COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. “Corpo eletrônico” como vítima em matéria de tratamento de dados pessoais: responsabilidade civil por danos à luz da lei de proteção de dados brasileira e dano estético no mundo digital. In: CELLA, José Renato Graziero; BOFF, Salette Oro; OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de. *Direito, governança e novas tecnologias II*. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p.49.

72 Neste sentido, aponta David Sumpter que: “Interagimos com algoritmos desde o instante em que abrimos nosso computador ou ligamos nosso telefone. O Google está usando as escolhas de outras pessoas e o número de links entre páginas para decidir quais resultados de busca nos mostrar. O Facebook usa as recomendações de nossos amigos para decidir as notícias que vemos. Reddit nos permite “votar positivamente” e “votar negativamente” em fofocas sobre celebridades. LinkedIn nos sugere pessoas que devemos conhecer no mundo profissional. Netflix e Spotify escrutinam nossas preferências cinematográficas e musicais para nos fazer sugestões.” (SUMPTER, David. *Dominados pelos números*: do Facebook e Google às fakenews, os algoritmos que controlam nossa vida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019, p.113).

73 PARISER, Eli. *O filtro invisível*: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. *Ebook*.

74 BOLESINA, Iuri. *Direito à intimidade*: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.130.

75 VERSTERGAARD, Torben; SCHRODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.47.

76 Darren Bridger destaca que: “com mais de 2 bilhões de pessoas com *smartphones*, a *Internet* móvel é o maior mercado consumidor da história da humanidade. [...] [...] O fato de estarem quase sempre à mão significa que são vistas com mais frequência e em mais lugares do que qualquer outra tela.” (BRIDGER, Darren. *Neuromarketing*: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores. São Paulo: Autêntica Business, 2018, p.202).

Isso porque, hoje, esses aparelhos acompanham as pessoas praticamente o tempo todo, as vezes se confundindo com o próprio corpo físico<sup>77</sup>, a ponto de a medicina já reconhecer a fobia derivada da ausência de contato com o celular: a nomofobia.<sup>78</sup> Afinal, “quando perdemos nossos celulares, é como se perdêssemos parte de nossa identidade, pois muito do que é nosso lá está: fotos, vídeos, contatos, e-mails, compromissos.”<sup>79</sup>

Consequentemente, expõe Claudia Marques que a publicidade virtual carrega uma nova espécie de pressão, isto é, não a pressão natural de um vendedor enquanto negocia, mas o fato de a oferta estar onipresente, atemporalmente, todos os dias da semana, em qualquer contexto social, no trabalho ou nas férias, bastando que o consumidor esteja conectado à *Internet* para ser pressionado a consumir.<sup>80</sup> Dessa maneira, considerando que a *Internet* permitiu que os internautas estejam conectados o tempo todo, inclusive expondo a sua privacidade, abriu-se espaço aos fornecedores para que ofereçam as publicidades diretamente à casa (se não à mente) do consumidor<sup>81</sup>, por um *marketing* notadamente agressivo.<sup>82</sup>

Logo, a tecnologia agregada às publicidades aumenta a vulnerabilidade dos consumidores,<sup>83</sup> ampliando também os riscos à violação da personalidade dessas pessoas. Afinal, “o que se verifica é o desejo do consumidor possuir um determinado produto porque nele vê representada sua própria identidade.”<sup>84</sup> Soma-se a isso o fato de os dados pessoais comporem traços da personalidade e “revelam comportamentos e preferências, permitindo até traçar um perfil psicológico dos indivíduos. Dessa maneira pode-se detectar hábitos de consumo, que têm grande importância para a propaganda e o comércio.”<sup>85</sup> Em razão disso, a publicidade não pode se comportar de maneira abusiva, ainda mais quando utilizar de maneira ilegal os dados pessoais.<sup>86</sup>

Partindo disso, é possível inferir que *há um dever constitucional de proteção das pessoas, em especial em situação de consumo*, impedindo que os dados pessoais sejam utilizados para promover publicidades importunadoras capazes de perturbar o sossego do consumidor. Neste sentido, tanto o CDC quanto a LGPD promovem um processo de evolução, uma vez que sustentam a integral tutela da pessoa nas relações de consumo, protegendo

77 Tudo isso em um contexto em que “a internet se transformou no canal prioritário de comunicação e relacionamento dos indivíduos, e, com a evolução dos dispositivos móveis, permitiu estender esse fenômeno para as ruas. Hoje, todos estamos conectados e nos relacionando 24 horas por dia, em qualquer lugar.” (TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. São Paulo: Novatec, 2018, p.38).

78 O termo nomofobia originou da expressão em inglês *no-mobile* que significa sem telefone celular, unida à palavra fobia, que decorre do grego *phobos*, que significa medo intenso, resultando na fobia de ficar sem o aparelho celular. Geralmente o termo é utilizado para designar o desconforto ou incomodo decorrente de ficar desconectado (off-line) ou mesmo de pensar em ficar incomunicável. (KING Anna Lucia Spear, NARDI, Antonio Egídio, CARDOSO, Adriana (org.). *Nomofobia: dependência do computador, internet, redes sociais? dependência do telefone celular? impacto das novas no cotidiano dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014).

79 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.929.

80 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.126.

81 LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.48.

82 BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994.

83 LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.365.

84 PRATES, Cristina Cantú. *Publicidade na internet: consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p.42.

85 LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.215.

86 Conforme expõe Paulo Lôbo: “O gosto pessoal, a intimidade, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem se conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, intromissão ou interferência de terceiros.” (LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.19).

tanto a incolumidade econômica quanto a integridade e a personalidade.

A LGPD, em especial, orienta-se na proteção da privacidade das pessoas e também tutela a liberdade pessoal. Daí porque “é preciso circunscrever a coleta de informações ao mínimo indispensável de modo a garantir a maior liberdade possível”<sup>87</sup>, sempre acompanhada da devida transparência.<sup>88</sup> Neste ponto, Stefano Rodotà defende de forma coerente que é preciso o “reconhecimento da personalidade e da não redução da pessoa à mercadoria, do respeito ao outro, da igualdade, da solidariedade, e da não interferência nas escolhas de vida, da possibilidade de agir livremente [...]”<sup>89</sup>

Não obstante, por meio do diálogo de fontes entre o CDC e a LGPD, é indiscutível que as publicidades virtuais de consumo precisam se adequar não só ao regulamento jurídico até então já estabelecido, mas também às novas disposições de respeito integridade da pessoa humana. Em outras palavras, a publicidade precisa encontrar novos limites, por meio de controles exigidos, sempre tendo a promoção da pessoa humana como fundamento.

Para tanto, é importante notar como as técnicas de publicidade se adequaram ao novo contexto social, com uso dos meios virtuais de comunicação, utilizando mecanismos cada vez mais relacionados às fragilidades do consumidor, para assediar ao consumo, por meio de mensagens importunadoras.<sup>90</sup> Sendo assim, demonstrar a necessidade do direito relacionado ao sossego demanda o apontamento da tutela dos dados pessoais como uma relevante necessidade. Afinal, em última análise, o sossego do internauta pode ser visualizado como a faceta negativa da proteção de dados, na clássica expressão do “direito a ser deixado em paz”, agora no contexto da *Internet*.

Evidentemente, o excesso de publicidades, no contexto de hiperinformação, em velocidade incontrolável permitida pela *Internet*, com anúncios onipresentes, de maneira indesejada, é causa que promove danos nas pessoas expostas a essas práticas de mercado.<sup>91</sup> Cláudia Marques alerta que, no atual contexto, o excesso de publicidades é tão intenso a ponto de causar real ansiedade e perturbação emocional (“distress”)<sup>92</sup>, surgindo como necessidade a tutela não só dos dados pessoais do consumidor como também do seu sossego enquanto esteja conectado, de modo que o assédio de consumo indevido deve ser vedado.

Neste sentido, é importante destacar o acréscimo do inciso XI ao artigo 6.º do CDC proposto no Projeto de Lei nº 3.514/15<sup>93</sup>, consolidando como direito básico do consumidor

87 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.10.

88 VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.80.

89 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.237.

90 À título de exemplo, do modo com quem os dados pessoais potencializam as publicidades importunadoras, Martin Lindstrom aponta que: “Se você tem muitas compras na categoria ‘viagens aéreas’, provavelmente logo receberá uma oferta de serviços relacionados a turismo, ou um cartão de crédito que oferece descontos em uma rede de hotéis.” (LINDSTROM, Martin. *Brandwashed: o lado oculto do marketing*. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós? Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p.247).

91 “SFI (Síndrome de Fadiga da Informação), o cansaço da informação, é a enfermidade psíquica que é causada por um excesso de informação. Os afligidos reclamam do estupor crescente das capacidades analíticas, de déficits de atenção, de inquietude generalizada ou de incapacidade de tomar responsabilidades. [...] Hoje todos são vítimas da SFI. A razão disso é que todos somos confrontados com quantias rapidamente crescente de informação.” (HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Vozes, 2018, p.104-105).

92 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

93 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 21 jun. 2020.

a proteção de dados, nos seguintes termos: “XI - a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico.” Logo em seguida, propõe o Projeto o acréscimo do Inciso XII, que proíbe expressamente o assédio de consumo e a discriminação, isto é, “XII - a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo.” Como se não bastasse, o assédio de consumo também é contemplado pelo Projeto ao vedar o envio de mensagem eletrônica não solicitada, ou seja, a publicidade importunadora, conforme se destaca:

Art. 45-F. É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la;

II - esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta;

III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la.

[...] § 4.º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar.

Seguindo o mesmo raciocínio, o Projeto de Lei nº 3.515/15, que visa aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, prevê o acréscimo ao CDC do Art. 54-C<sup>94</sup>, vedando também o assédio de consumo, nos seguintes termos:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:

[...] IV assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive a distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio.

Diante disso, é possível afirmar que os Projetos de Lei que visam atualizar o CDC corroboram para o entendimento defendido no presente texto. Afinal, as propostas legislativas, em conjunto com a LGPD, demonstram como sistema jurídico reage, evitando que o consumidor seja perturbado de maneira indevida pelo assédio de consumo promovido pelo *marketing* algorítmico, dando indícios de reconhecer também o direito ao sossego do consumidor na *Internet*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é possível destacar que o direito ao sossego já encontra sustentação hermenêutica no sistema pátrio, tendo em vista que suas bases principiológicas estão amparadas no CDC, em especial nos arts. 39 e 42, sendo espécie das práticas abusivas.<sup>95</sup>

---

94 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3515/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 21 jun. 2020.

95 MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.104, p.99-127, mar./abr. 2016.

Entretanto, diante das novas formas de publicidades desenvolvidas na *Internet*, notadamente com o uso de dados pessoais, é importante destacar que o aprimoramento da regulação publicitária se faz necessário. Isso porque é preciso maior refinamento ao se tratar das novas formas de perturbar o consumidor, agora de modo virtual e incessantemente. É por isso que, diante da figura do assédio de consumo, possivelmente introduzida no direito brasileiro pelos projetos de Atualização do CDC supracitados, corrobora-se com a necessidade de reconhecimento também de um direito ao sossego.

Daí é possível notar que a concreção do direito ao sossego pressupõe o reconhecimento da vedação ao assédio de consumo, afinal, a perturbação ou a importunação indevida praticada pelas publicidades virtuais, alimentadas por dados pessoais, configura lesão ao interesse jurídico tutelado e, conseqüentemente, dano à pessoa humana.<sup>96</sup>

A solução então parece ser a utilização do sistema *opt-in*, isto é, o necessário consentimento prévio e o interesse do consumidor quando estiver disposto a receber as ofertas publicitárias virtuais, que se aproveitam dos dados pessoais. Essa é a previsão do Projeto de Lei 3.514/15 supracitado, segundo o qual, quando houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, o envio de mensagem não solicitada pode ser admitido, “desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la”. Segundo a proposta legislativa:

Art. 45-F. É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la; [...] [...] § 2.º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I - o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas;

II - o modo como obteve os dados do consumidor.

§ 3.º O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifestou a sua recusa em recebê-las.

Dessa forma, nota-se que a atualização legislativa consolida a proteção do consumidor e, de forma definitiva, reconhece que somente um sistema de controle de dados *opt-in*, que exige o consentimento prévio do consumidor, assegurando-lhe o acesso e mantendo-o informado sobre o destino e a utilização feita das informações coligidas, pode conferir uma tutela com amparo constitucional ao consumidor no mercado brasileiro.

Com efeito, a atualização do CDC caminha no intuito de atuar, por exemplo, proibindo expressamente o *spam* e, ao mesmo tempo, legitimando a lista já existente no site “não me perturbe” e em alguns Estados brasileiros, de opção negativa do consumidor de receber *telemarketing*, proibindo a quebra do sigilo dos dados do consumidor.<sup>97</sup>

Dessa forma, conforme já mencionado, a LGPD corrobora com a ideia aqui defendida, tendo em vista que independentemente da maneira com que foram coletados os dados pessoais, caso estes sejam utilizados para fins de publicidade sem o consentimento prévio

---

96 Explorando a questão da perturbação do sossego na Internet, tem-se, como sugestão, a seguinte leitura: MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. A responsabilidade civil pela perturbação do sossego na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.128, p. 239-265, mar./abr. 2020.

97 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.



do titular, há nítida violação do princípio da finalidade, tornando a prática ilegal nos termos da lei. Neste ponto, sob a ótica da LGPD, o regime de coleta de informações dos usuários deve também se adequar ao sistema *opt-in*, isto é, fica dependendo do consentimento prévio, expresso e declarado do consumidor, tendo em vista as finalidades corretamente apontadas. É essa também a forma com que as publicidades virtuais devem ser exercidas, sempre a partir da aceitação e consentimento prévio do consumidor.

Em rigor, não se pretende proibir ou exigir a extinção da publicidade ou mesmo limitar o desenvolvimento das tecnologias. Visa-se, isso sim, a regulação da publicidade direcionada e nociva, desleal, abusiva, enganosa, não solicitada ou importunadora, que se utiliza dos subterfúgios do *neuromarketing* e dos mecanismos dos algoritmos para assediar o consumidor às aquisições impensadas. No direito do consumidor, é necessário proibir a prática comercial de pressão indevida ou agressiva para impingir produtos e serviços aos consumidores, vulneráveis. Daí porque é necessária a utilização do direito ao sossego, para evidenciar a vedação ao assédio de consumo, a partir das práticas que ficam proibidas ou definidas como abusivas.<sup>98</sup>

Luta-se, portanto, contra a publicidade que age de maneira patológica, e desconsidera o ser humano destinatário das mensagens, privilegiando o lucro, custe o que custar. Dessa maneira, o consumidor, perturbado e atordoado pela publicidade abundante, direcionada, criada especialmente para o seu perfil de consumo, e muitas vezes enganosa, importunadora, é instigado a gastar o seu dinheiro para ingressar nesse mundo fantasioso que lhe é oferecido e que sonha em fazer parte, qual seja, o mundo da felicidade líquida. Diante disso, é sempre oportuno lembrar que a *Internet* não pode ser considerado um ambiente totalmente livre, aos moldes de um *far west*, posto que é composta por pessoas.<sup>99</sup>

Neste mesmo sentido, a garantia dos direitos fundamentais, tais como a proteção de dados pessoais, não podem representar um ônus para a pessoa, sob pena de se enquadrar como verdadeira regra de exposição na *Internet*. Além disso, não se pode eliminar a responsabilidade das fornecedoras sob a alegação de que o ambiente da *Internet* é de difícil ou impossível regulação, sendo um espaço de liberdade, por excelência. Essa construção é falaciosa, na medida em que a liberdade ali defendida é a do fornecedor que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor. Assim, é sempre oportuno lembrar que o universo virtual não pode se tornar um ambiente de imunidade aos valores fundamentais do sistema jurídico, em especial no que se refere à proteção da pessoa humana, afinal, as relações travadas na *Internet* são relações sociais como quaisquer outras.

Em razão disso, é notável que o aprimoramento regulatório, notadamente pelos Projetos de Lei 3.514/15 e 3.515/15, é necessário à tutela da pessoa frente aos novos riscos apresentados no âmbito virtual.<sup>100</sup> Com efeito, a presente pesquisa comprova, ao menos pelas hipóteses

---

98 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

99 Neste ponto, Cláudio Torres aponta que: “[...] a internet é uma rede de pessoas, não de computadores ou dispositivos. A criação de novas formas de interação, como os smartphones, os tablets, os televisores inteligentes e a Internet das Coisas (IoT), pode dar a falsa sensação de que a rede se transforma em algo distinto. O fato é que essas tecnologias apenas conectam à internet os dispositivos a serviço das pessoas, buscando atender suas necessidades. A internet continua sendo a forma de conexão entre uma rede de pessoas.” (TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. São Paulo: Novatec, 2018, p.46).

100 Daí porque, quanto à publicidade, Fernando Martins e Keila Ferreira destacam que: “[...] a publicidade configurada como manifestação discursiva das atividades empresariais pós-modernas e caracterizada pelo intenso poder exercido, deve ser lida à premissa de que “tem poder tende a abusar dele” e assim adequar-se às limitações no âmbito do sistema jurídico, a fim de não contrastar com a utilidade social ou causar dano à segurança, à igualdade e à dignidade humana (valores que compõe a ordem pública constitucional.” (MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Da idade média à idade mídia: a publicidade persuasiva digital na virada linguística do direito. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade e proteção da infância*. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.95).

apontadas, que o Estado tem que cumprir os deveres de proteção das pessoas, destacados frente aos problemas que surgem com as novas tecnologias de informação e comunicação. Neste sentido, diante das publicidades importunadoras, que se aproveitam de dados pessoais e às vezes até sensíveis, para assediar ao consumo, é preciso invocar a virada linguística do direito, no sentido de desenvolver a hermenêutica a favor da pessoa humana.<sup>101</sup>

## 6 REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Renata. A nova indústria da espionagem explora o consumo. *Revista Exame*, São Paulo, 28 abr. 2012. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/a-nova-industria-da-espionagem/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BARBER, Benjamin R. *Consumido*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOFF, Salete Oro (coord.). *Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOLESINA, Iuri. *Direito à intimidade: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3515/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 20 jun. 2020.

BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. São Paulo: Autêntica Business, 2018.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

---

101 MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Da idade média à idade mídia: a publicidade persuasiva digital na virada linguística do direito. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade e proteção da infância*. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.101.

- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.
- CASTRO de, Leandro Nunes; FERRARI, Daniel Gomes. *Introdução à mineração de dados: conceitos básicos, algoritmos e aplicações*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CHAVES, Luís Fernando Prado. Responsável pelo tratamento, subcontratante e DPO. In: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. “Corpo eletrônico” como vítima em matéria de tratamento de dados pessoais: responsabilidade civil por danos à luz da lei de proteção de dados brasileira e dano estético no mundo digital. In: CELLA, José Renato Graziero; BOFF, Salette Oro; OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de. *Direito, governança e novas tecnologias II*. Florianópolis: CONPEDI, 2018.
- ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *Publicidade abusiva. Incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da lei geral da proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.) *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- FUCHS, Christian. *Internet and society: social theory in the information age*. Londres: Routledge, 2008.
- HAN, Byung-Chul. *No exame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Vozes, 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Justiça impede uso de câmera que coleta dados faciais em metrô em SP. *IDEC*, São Paulo, 18 set 2019. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/justica-impede-uso-de-camera-que-coleta-dados-faciais-do-metro-em-sp>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- KING Anna Lucia Spear, NARDI, Antonio Egídio, CARDOSO, Adriana (org.). *Nomofobia: dependência do computador, internet, redes sociais? dependência do telefone celular? impacto das novas no cotidiano dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014.
- KLAUS, Schwab. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.
- KOTLER, Philip. *Marketing 4.0: do tradicional ao digital*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.
- KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. São Paulo: Futura, 1999.
- LIMA, Eduardo Weis Martins de. *Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, Informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LIMEIRA, Tânia Vidigal. *E-marketing na internet com casos brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LINDSTROM, Martin. *Brandwashed: o lado oculto do marketing. Controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?* Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

LISSARDY, Gerardo. 'Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída', afirma guru do 'big data'. *BBC Mundo*, [S. l.], 9 abr. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>. Acesso em: 21 jun. 2020.

LÔBO, Paulo. Direito à privacidade e sua autolimitação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). *Privacidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw, e-commerce. In: DE LUCCA, Newton de; FILHO, Adalberto Simão (coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001.

LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar*. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da Informação e Promoção à Pessoa: Empoderamento Humano na Concretude de Novos Direitos Fundamentais. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direito Privado e Policontextualidade: fontes, fundamentos e emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Sociedade da Informação e proteção da pessoa. *Revista da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor*, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p.6, 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Da idade média à idade mídia: a publicidade persuasiva digital na virada linguística do direito. In: PASQUALOTTO, Adalberto (org.). *Publicidade e proteção da infância*. v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. A responsabilidade civil pela perturbação do sossego na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 128, p. 239-265, mar./abr. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Cultrix, 2007.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. *Novas tendências do direito do consumidor: rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Ebook.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.104, p.99-127, mar./abr. 2016.

PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Ebook.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRATES, Cristina Cantú. *Publicidade na internet: consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIEGEL, Eric. *Análise preditiva: o poder de prever quem vai clicar, comprar, mentir ou morrer*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014.

SOLOVE, Daniel J. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York: University Press, 2006.

SUMPTER, David. *Dominados pelos números: do Facebook e Google às fakenews, os algoritmos que controlam nossa vida*. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2019.

TORRES, Cláudio. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. São Paulo: Novatec, 2018.

VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). *Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VERSTERGAARD, Torben; SCHRODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Vintage, 2017.

WU, Tim. *The master switch: the rise and fall of information empires*. Nova York: Vintage, 2010.



# IMPACTOS JURÍDICOS DO USO DE ALGORITMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O MAPEAMENTO DE AGLOMERAÇÕES DURANTE A PANDEMIA

## **José Luiz de Moura Faleiros Júnior**

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e Compliance pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Professor de cursos preparatórios para a prática advocatícia. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de Uberlândia. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil. Membro Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados. Advogado.

## **Guilherme Spillari Costa**

Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em direito tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante da Comissão Especial de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RS. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O controle de aglomerações a partir da coleta de dados; 2.1 Experiências e aprendizados obtidos na epidemia da Influenza H1N1; 2.2 O sistema Simi-SP; 3 A Inteligência Artificial e a criação de perfis; 4. Notas sobre anonimização, pseudonimização e os impactos de sua reversão (re-identificação do titular); 5 Notas conclusivas; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 tem suscitado diversas iniciativas estatais voltadas ao controle de grandes aglomerações e à contenção da propagação viral, com impactos variados. Novas tecnologias baseadas em técnicas algorítmicas têm sido utilizadas amplamente pelo Poder Público, com destaque para o Sistema de Monitoramento Inteligente do Estado de São Paulo – Simi-SP, instituído pelo Decreto Estadual nº 64.963, de 5 de maio de 2020.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) não vigorou durante a pandemia, mas o debate em torno da coleta e do tratamento de dados de geolocalização para a contenção de aglomerações despertou inúmeras preocupações em razão do potencial discriminatório do chamado “*profiling*”.

Algoritmos são utilizados para mapear o posicionamento georreferencial de grupos de pessoas em ambientes urbanos e, a partir disso, otimiza-se a atuação do Poder Público, por seu poder de polícia, na contenção e dispersão de aglomerações. O interesse público indicado nesse contexto específico é decorrente da insofismável necessidade de garantia da saúde pública e de preservação da incolumidade dos cidadãos. Entretanto, o tema-problema da pesquisa surge exatamente a partir das incertezas que orbitam o tema: embora se tenha uma finalidade claramente definida para o tratamento de dados, não há especificação exata sobre o modo como se realiza a coleta, os impactos e efeitos do tratamento e – mais importante – as técnicas de segurança de dados aplicáveis.

Quando se fala em algoritmos de Inteligência Artificial, notadamente para o implemento de um sistema como o mencionado Simi-SP e com a iminente vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, questionamentos eloquentes precisam ser formulados para que respostas mais detalhadas possam viabilizar a sua utilização com a imperiosa proteção ao titular de dados pessoais.

A partir da hipótese de pesquisa, anotar-se-á a relevância da conformidade desses programas aos parâmetros estabelecidos na referida lei para que seja viabilizada a adequada proteção do titular de dados, mesmo em tempos de pandemia. A pesquisa se baseará em abordagem metodológica dedutiva, com embasamento em substratos bibliográficos, para, ao final buscar uma conclusão assertiva acerca do problema explorado.

## 2 O CONTROLE DE AGLOMERAÇÕES A PARTIR DA COLETA DE DADOS

O uso de algoritmos de Inteligência Artificial tem sido uma constante no século XXI, tamanho o potencial dessas ferramentas para a otimização de processos, para a aceleração de resultados e para a viabilização de uma gestão sistêmica integrada, descentralizada e baseada em estruturas comunicacionais cada vez mais desenvolvidas.<sup>1</sup>

Os usos práticos dos algoritmos já atingem, também, o setor da saúde – mesmo em tempos de pandemia<sup>2</sup> –, a partir de sistemas que auxiliam no diagnóstico de doenças, facilitam o processamento de grandes volumes de dados relativos a estudos em saúde pública, propiciam

---

1 DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm: How the quest for the ultimate learning machine will remake our world*. Nova York: Basic Books, 2015, p. 25. O autor descreve, aliás, o potencial de utilização de um algoritmo mestre, que sintetize todas as atividades de gestão informacional: “In fact, the Master Algorithm is the last thing we’ll ever have to invent because, once we let it loose, it will go on to invent everything else that can be invented. All we need to do is provide it with enough of the right kind of data, and it will discover the corresponding knowledge.”

2 Para maiores detalhes, confira-se: NOGAROLI, Rafaella. Breves reflexões sobre a pandemia do coronavírus (Covid-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1015, maio 2020.

parametrização para diagnósticos médicos e, inclusive, oferecem previsões estatísticas que podem contribuir para a contenção de propagações virais. A título de exemplo, resultados apontam que a taxa de diagnóstico bem-sucedido do sistema Watson (da norte-americana IBM) para câncer de pulmão é de 90%, em comparação a 50% para médicos humanos.<sup>3</sup> Além disso, a IA tem sido utilizada com sucesso para procedimentos cirúrgicos, desenvolvimento de terapias inovadoras e remédios personalizados.

Em tempos de quarentenas e *lockdowns*<sup>4</sup>, eis que surge a pandemia e estudos científicos demonstram que o rastreamento digital, aliado a algoritmos de Inteligência Artificial, é importante ferramenta para o controle da transmissão do niovírus *Sars-CoV-2*, também identificado como Covid-19.<sup>5</sup> Diversos países estão utilizando da ferramenta como importante mecanismo de combate à crise de saúde pública,<sup>6</sup> o que tem gerado questionamentos da comunidade jurídica sobre a segurança e utilização das informações dos particulares, coletadas pelos respectivos sistemas.<sup>7</sup>

Nesse contexto, importa compreender como funcionam alguns dos sistemas de rastreamento utilizados no mundo, sendo dada especial atenção ao sistema Simi-SP. Após, serão tratados os conceitos de anonimização, pseudonimização e os riscos e impactos de sua reversão para a sociedade como um todo. Por fim, são analisados dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.<sup>8</sup>

E, quanto ao primeiro ponto, salienta-se que o fato de celulares terem Sistemas de Posicionamento Global (do inglês *Global Positioning System* – GPS)<sup>9</sup>, que permitem a identificação da localização do aparelho com a ajuda de satélites<sup>10</sup>, não é novidade para ninguém. Mais que isso, os celulares, já há alguns anos, são muito mais potentes e, por estarem também conectados à Internet por redes 4G (e, em breve, pela tecnologia 5G<sup>11</sup>), têm o poder computacional necessário para propiciar informações georreferenciais em tempo real.

A diferença mais percebida em tempos recentes é que os computadores passaram

3 STEADMAN, lab. IBM's Watson is better at diagnosing cancer than human doctors. *Wired*, 11 fev. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3htPMVm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

4 KAPLAN, Juliana; FRIAS, Lauren; McFALL-JOHNSON, Morgan. A third of the global population is on coronavirus lockdown — here's our constantly updated list of countries and restrictions. *Business Insider*, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/countries-on-lockdown-coronavirus-italy-2020-3>. Acesso em: 28 ago. 2020.

5 FERRETTI, Luca; WYMAN, Chris *et al.* Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. *Science*, 08 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gp9qjP>. Acesso em: 19 ago. 2020. Conferir, ainda: PALHARES, Gabriela Capobianco; SANTOS, Alessandro Santiago dos; ARIENTE, Eduardo Altomare; GOMES, Jefferson de Oliveira. A privacidade em tempos de pandemia e a escada de monitoramento e rastreio. *SciELO Estudos Avançados*, v. 34, n. 99, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3I9RzAR>. Acesso em: 23 ago. 2020.

6 GENERAL DATA PROTECTION REGULATION HUB. *Projects using personal data to combat SARS-CoV-2*. Disponível em: <https://bit.ly/2EzN15X>. Acesso em: 21 ago. 2020.

7 MARTINS, Guilherme Magalhães. LONGHI, João Victor Rozatti. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A pandemia da covid-19, o “profiling” e a Lei Geral de Proteção de Dados. *Migalhas*, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3IcN34E>. Acesso em: 21 ago. 2020.

8 VARGAS, Isadora Formenton; JOELSONS, Marcela; PAGANELLA, Victoria Dickow. Proteção de dados pessoais e Covid-19: promoção da segurança jurídica a partir da eficácia dos princípios. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso; D' AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme (Orgs.). *O Direito em tempos de crise: os impactos da Covid-19 nas relações sociojurídicas*. Curitiba: CRV, 2020, p. 363 *et seq.*

9 HOLDENER III, Anthony. *HTML5 Geolocation*. Sebastopol: O'Reilly, 2011, p. 19. Explica: “We have discussed the location (position) for a device, found using GPS or some other location method, given in latitude and longitude. These are called the coordinates of the particular device. In order to locate a device on the Earth, it is given a set of numbers which represents its place on the globe. These numbers make up the system by which we can then extrapolate positions. There are many types of coordinate systems used in mathematics and everyday life—in fact, the most basic of coordinate systems was most likely taught to you when you were first learning to add and subtract: the number line. Other types of coordinate systems that should be familiar to those who took other mathematics classes are the Cartesian coordinate system (x, y, and z) and the polar coordinate system (r,  $\theta$ ). For geolocation, it is a geographic coordinate system that is used. With a geographic coordinate system, coordinates are expressed in latitude, longitude, and elevation.”

10 PROGRI, Ilir. *Geolocation of RF Signals: Principles and Simulations*. Cham: Springer, 2011, p. 97 *et seq.*

11 BADIC, Biljana; DREWES, Christian; KARLS, Ingolf; MUECK, Markus. *Rolling out 5G: Use cases, applications, and technology solutions*. Nova York: Apress, 2016, p. 39-52.

a ter capacidade de armazenar e processar uma grande quantidade de dados, o que possibilitou o florescimento de técnicas de *machine learning*<sup>12</sup> (ou “aprendizado de máquina”, em tradução literal). Por certo, viabilizou-se a análise de informações de forma muito rápida, gerando resultados que podem embasar a tomada de decisão por parte das autoridades e, em alguns casos, dos próprios usuários do serviço de telefonia.

Em razão da pandemia e do aumento no uso da Internet<sup>13</sup>, tem-se, em verdade, um debate sobre os limites da privacidade.<sup>14-15</sup> Duas são as possibilidades de rastreamento via aparelho celular utilizadas atualmente: (i) a primeira ocorre através dos dados da rede móvel do equipamento, sem acurácia suficiente (a precisão é de cinquenta metros ou mais) para que se tenha a certeza de que houve interação entre duas pessoas; (ii) a segunda funciona através de aplicativos instalados no celular, que acessam, de forma mais precisa, dados de localização e interação via *Bluetooth* ou *Wi-Fi*, por exemplo.<sup>16</sup> Tais aplicativos podem, diretamente, ter a função de rastreamento e alerta sobre interações especificamente mapeadas quanto à Covid-19, ou estar vinculados a outros aplicativos que o usuário já tenha no seu celular – caso da empresa InLoco no Brasil, que coleta as informações de localização dos usuários a partir de outros *apps* parceiros.<sup>17</sup>

O rastreamento via rede móvel não permite, isoladamente, saber se duas pessoas apontadas como estando no mesmo prédio, de fato, estão numa mesma sala ou não, pois podem estar em andares diferentes. Em simples termos, a localização via *app* possibilita uma análise muito mais realista e eficiente, apontando se duas pessoas realmente estiveram no mesmo ambiente de um edifício e por quanto tempo, com exatidão.

A tecnologia HTML5 propicia vantagens específicas para o atingimento desse tipo de mapeamento, como informa Anthony Holdener III:

Não há dúvida de que a geolocalização continuará a crescer nos próximos anos – basta olhar para as tendências cada vez maiores entre os populares serviços baseados em localização para telefones celulares para ver por quê. Enquanto Foursquare, Gowalla, Twitter, Glympse e todo o resto continuam a crescer impressionantemente (e continuarão a crescer por algum tempo), a API de Geolocalização W3C também continuará a abrir cada vez mais portas para aplicativos de navegador nativos neste mercado. Considere

12 ALPAYDIN, Ethem. *Introduction to machine learning*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2010, p. 1-2. Destaca: “To solve a problem on a computer, we need an algorithm. An algorithm is a sequence of instructions that should be carried out to transform the input to output. For example, one can devise an algorithm for sorting. The input is a set of numbers and the output is their ordered list. For the same task, there may be various algorithms and we may be interested in finding the most efficient one, requiring the least number of instructions or memory or both.”

13 BIKUS, Zach. Internet access at new high worldwide before pandemic. *Gallup*, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/307784/internet-access-new-high-worldwide-pandemic.aspx>. Acesso em: 28 ago. 2020.

14 Cf. BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato Leite; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19*. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

15 A professora norte-americana Helen Nissenbaum defende a utilização de uma “privacidade contextual” como processo decisório heurístico em que o centro de análise está lastreado na captura do significado completo da privacidade e nos sucedâneos de eventual violação. NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: Technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010, p. 231. Anota a autora: “We have a right to privacy, but it is neither a right to control personal information nor a right to have access to this information restricted. Instead, it is a right to live in a world in which our expectations about the flow of personal information are, for the most part, met; expectations that are shaped not only by force of habit and convention but a general confidence in the mutual support these flows accord to key organizing principles of social life, including moral and political ones. This is the right I have called contextual integrity, achieved through the harmonious balance of social rules, or norms, with both local and general values, ends, and purposes. This is never a static harmony, however, because over time, conditions change and contexts and norms evolve along with them.”

16 EUROPEAN CENTER FOR DIGITAL RIGHTS. *SARS-CoV-2 tracking under GDPR*. v. 03, p. 1-13, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3haUoOS>. Acesso em: 28 ago. 2020.

17 INLOCO. *Política de Privacidade*, jun. 2020. Disponível em: <https://www.inloco.com.br/politicas/covid-19>. Acesso em: 01 set. 2020.

alguns dos seguintes pontos: • Os aplicativos de geolocalização foram de nichos e peças de *software* inovadoras para “must-haves” culturais e da moda no mundo móvel de hoje. • Os telefones estão se tornando cada vez mais “inteligentes”, com mais e mais pessoas mudando de telefones celulares básicos para dispositivos inteligentes, e o mercado de *smartphones* está crescendo em todo o mundo e entrando em novos mercados. • Mais smartphones equivalem a mais dispositivos com GPS para utilizar a tecnologia de geolocalização. • As empresas agora reconhecem o enorme potencial de ganhos com a publicidade nos serviços populares baseados em localização, especialmente porque os anúncios podem ser direcionados a indivíduos e locais específicos. • O HTML5 e a API de geolocalização W3C permitirão que os sites adicionem geolocalização às suas funcionalidades, removendo o *software* nativo de geolocalização apenas de aplicativos compartilhados no passado.<sup>18</sup>

Em que pese o rastreamento via aplicativo ser mais preciso na identificação da localização do usuário, esta modalidade acaba por medir o deslocamento de menos indivíduos em algumas situações.<sup>19</sup> Isso decorre do fato de que em países menos desenvolvidos e com maior desigualdade social, as pessoas com menor poder aquisitivo e/ou menor nível de instrução tendem a realizar menos download do aplicativo específico do coronavírus, seja por desinteresse, falta de alfabetização tecnológica ou custo de um aparelho melhor que comporte a tecnologia.<sup>20</sup>

Estatísticas de 2018 mostram que 138,3 milhões de brasileiros – ou 77,1% da população com 10 anos ou mais de idade – já possuíam celular.<sup>21</sup> Enfim, é fato que as pessoas estão mais conectadas à Internet.<sup>22</sup> Inegavelmente, a partir de tais números, o rastreamento via rede móvel poderia contemplar quase toda a população adulta do Brasil, principalmente se o objetivo for somente verificar se há aglomerações de pessoas, o que revela a efetividade de uma iniciativa desse cariz. Por outro lado, se o escopo for identificar se uma pessoa contaminada interagiu com outras, o rastreamento via *app* é mais eficaz, pois, mais do que a análise da geolocalização (em si considerada), pratica-se o cruzamento de dados, atrelado a técnicas de *machine learning*, naquilo que a doutrina vem denominando de *geoweb*.<sup>23</sup> Os

---

18 HOLDENER III, Anthony. *HTML5 Geolocation*. Sebastopol: O’Reilly, 2011, p. 79, tradução livre. No original: “There is no doubt that geolocation will continue to grow for years to come—just look at the ever-increasing trends among the popular location-based services for mobile phones to see why. While Foursquare, Gowalla, Twitter, Glympse, and all the rest continue impressive growth (and will continue to do so for quite some time), the W3C Geolocation API will also continue to open ever more doors for native browser applications in this market. Consider some of the following: • Geolocation applications have gone from niche and novelty pieces of software to cultural and trendy “must-haves” in today’s mobile world. • Phones are becoming increasingly “smart,” with more and more people switching from basic cell phones to smart devices, and the smartphone market is growing around the world and tapping into new markets. • More smartphones equals more GPS-enabled devices to utilize geolocation technology. • Companies now recognize the huge earnings potential with advertising on the popular location-based services, particularly as advertisements can be directed to individuals and specific locals. • HTML5 and the W3C Geolocation API will allow for websites to add geolocation to their functionality, removing the native application-only nature geolocation software shared in the past.”

19 PAHLAVAN, Kaveh. *Indoor geolocation science and technology: at the emergence of smart world and IoT*. Gistrup: River Publishers, 2019, p. 419-422.

20 EIGEN, Melyssa. GASSER, Urs. Global Digital Pandemic Responses: Some Reflections on Four Country Case Studies. *Berkman Klein Center*. For internet and society at Harvard University, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3bIYzGA>. Acesso em: 01 set. 2020.

21 Isto passou a ser especialmente sentido em razão da pandemia da Covid-19, em 2020, como a ‘virtualização’ mais presente no cotidiano de pessoas que se viram em quarentenas e *lockdowns*, passando a ter, na Internet, sua principal fonte de contato com o mundo externo. Sobre isso, ver: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Informação, pós-verdade e responsabilidade civil em tempos de quarentenas e *lockdowns*: a Internet e o controle de danos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020.

22 TOKARNIA, Mariana. Celular é o principal meio de acesso à Internet no país. *Agência Brasil*, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/celular-e-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-pais>. Acesso em: 05 set. 2020.

23 ABERNATHY, David Ray. *Using geodata and geolocation in the social sciences: mapping our connected world*. Londres: Sage Publications, 2017, p. 315 *et seq.*



resultados são mais detalhados e, conseqüentemente, mais confiáveis.

As formas de uso do instrumento de rastreamento são diversas e variam de acordo com os sistemas político e jurídico de cada Estado. Mais do que simplesmente encontrar aglomerações, os sistemas utilizados na maior parte dos países busca identificar pessoas que permaneceram por certo tempo com alguém e que, posteriormente, descobriu-se estarem infectadas por Covid-19. A autodeclaração do infectado, ou mesmo da autoridade de saúde, ambas via aplicativo, tornaria possível a emissão de um aviso, também através de *app*, às pessoas que tiveram contato com o enfermo, proporcionando o isolamento destas de forma rápida, o que levaria à redução da disseminação do vírus.

De forma geral, ocorrendo a notificação do incidente (contaminação), os países que optaram por utilizar de sistema de rastreamento elegeram alguma das seguintes opções: simplesmente informar as pessoas que tiveram contato com o doente; ou identificação, testagem e/ou isolamento dos casos positivos; ou identificação, testagem e/ou isolamento e uma combinação do disposto na legislação do país (por exemplo, alguns países têm leis que responsabilizam a pessoa que, notificada, age de forma negligente e continua transmitindo o vírus); e limitação de liberdade de movimento às pessoas que não utilizam do aplicativo.<sup>24</sup>

Na China, por exemplo, as pessoas eram obrigadas a usar o aplicativo para se deslocar entre bairros, ir a espaços públicos e para utilizar o transporte público.<sup>25</sup> O aplicativo permite a coleta de dados de localização que são cruzados com informações dos órgãos de saúde, emitindo, através da análise de um sistema de IA, um código verde ou vermelho para, respectivamente, permitir ou restringir a movimentação de determinada pessoa. O aplicativo é um *plug-in* para os aplicativos *WeChat* e *Alipay* e foi amplamente adotado pela sociedade chinesa.<sup>26</sup>

Já na Itália foi desenvolvido o *Immuni app*<sup>27</sup>, aplicativo utilizado de forma voluntária pela sociedade e que possui duas funções: a primeira é o sistema de rastreamento através da tecnologia *Bluetooth*, e que, havendo resultado positivo para coronavírus, o aplicativo enviará um alerta aos usuários que estiveram em contato com o infectado, recomendando a quarentena e a realização de exame. A segunda função do aplicativo italiano é coletar informações do usuário, como sexo, idade, doenças anteriores, ingestão de medicamentos, e que deve ser atualizado diariamente com quaisquer sintomas e mudanças no estado de saúde.<sup>28</sup>

Na Áustria, um dos aplicativos mais utilizados durante a pandemia foi o *Stop Corona*, desenvolvido pela Cruz Vermelha<sup>29</sup>, que permite que os usuários rastreiem uns aos outros após um apertado de mão digital. Se um dos usuários recebe a confirmação que foi infectado, os demais usuários que estiveram em contato com ele receberão a informação via aplicativo, sem revelar a identidade do enfermo.

---

24 EUROPEAN CENTER FOR DIGITAL RIGHTS. *SARS-CoV-2 tracking under GDPR*. v. 03, p. 1-13, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3haUo0S>. Acesso em: 28 ago. 2020, p. 4.

25 MOZUR, Paul; ZHONG, Raymond; KROLIK, Aaron. In coronavirus fight, China gives citizens a color code, with red flags. *The New York Times*, 01 mar. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/3hfxd6o>. Acesso em: 05 set. 2020.

26 FERRETTI, Luca. WYMAN, Chris *et. al.* Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. *Science*, 08 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gp9qjP>. Acesso em: 19 ago. 2020.

27 HOLT, Kris. Italy's 'Immuni' COVID-19 contact tracing app uses Google, Apple tech. *Engadget*, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://engt.co/3bCUEFy>. Acesso em: 05 set. 2020.

28 GENERAL DATA PROTECTION REGULATION HUB. *Projects using personal data to combat SARS-CoV-2*. Disponível em: <https://bit.ly/2EzN15X>. Acesso em: 21 ago. 2020.

29 BUSVINE, Douglas. Switzerland, Austria align with 'Gapple' on corona contact tracing. *Reuters*, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://reut.rs/2ZgmlcR>. Acesso em: 05 set. 2020.

No Brasil, diversos entes federados adotaram sistemas de rastreamento da população, a exemplo dos Municípios de Porto Alegre<sup>30</sup>, Rio de Janeiro<sup>31</sup> e Recife<sup>32</sup>, e do Estado de São Paulo. Este último, em razão de ser um projeto de maior amplitude, merece análise mais específica – e, por isso, o elegemos para uma avaliação mais detida neste breve estudo. Mas, antes, importa registrar que, há uma década, quando veio à tona o vírus Influenza H1N1, tais práticas já foram implementadas.

## 2.1 Experiências e aprendizados obtidos na epidemia da Influenza H1N1

O uso da Internet para o monitoramento de grandes aglomerações a partir do cruzamento de dados colhidos de operadoras de telefonia móvel já havia sido testado no Reino Unido quando surgiram sinais de propagação da *Influenza H1N1*, em 2009.<sup>33</sup>

Na época, o acesso da população era mais restrito a *smartphones*, especialmente aos dispositivos mais modernos e aos planos de acesso rápido à Internet daqueles tempos (3G e LTE). Desse modo, era mais dificultosa a coleta de informações adicionais para cruzamento com os dados de geolocalização. Não obstante, a experiência mostrou ser viável até mesmo o cruzamento de dados de consultas realizadas em buscadores como Google e Yahoo por termos relacionados à *Influenza H1N1*.<sup>34</sup>

Técnicas sofisticadas foram desenvolvidas desde então, permitindo, por exemplo, a adoção de métodos de aprendizado de máquina de autocorreção (*self-correcting machine learning*<sup>35</sup>), que são alimentados com os resultados de pesquisas relacionadas a doenças na Internet e tendências históricas da gripe, produzindo estimativas confiáveis e oportunas de sua propagação em localidades específicas.<sup>36</sup>

Para um vírus que sofre mutações com grande frequência (como o *Influenza*), esta metodologia pode ser útil para as autoridades locais de saúde pública que elaboram e implementam intervenções destinadas a mitigar os efeitos dos surtos. No caso da experiência britânica de 2009, porém, o que se conseguiu ainda estava longe de um resultado algorítmico confiável e preciso o suficiente para o monitoramento, em tempo real, de pessoas em grandes aglomerações; tinha-se, em verdade, um monitoramento ainda experimental, em seus estágios iniciais de testagem.

A evolução que se notou desde então foi bastante profunda. Técnicas sofisticadas surgiram e propiciaram a ampliação do escopo da coleta de dados e a formação de bases ricas o suficiente para o cruzamento informacional em tempo real, com processamento de dados obtidos de fontes como as operadoras de telefonia móvel e outros repositórios.

30 MENDONÇA, Lissandra. Prefeitura usa dados de operadoras de celular para monitorar isolamento social. *Prefeitura de Porto Alegre*, 07 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3if6l7S>. Acesso em: 05 set. 2020.

31 AMARAL, Bruno do. Coronavírus: TIM e Prefeitura do Rio assinam acordo para coletar dados de deslocamento. *Teletime*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3382zXf>. Acesso em: 05 set. 2020.

32 PINHEIRO, Victor. Recife vai monitorar celulares para apoiar ações de isolamento social. *Olhar Digital*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3jVZQqR>. Acesso em: 05 set. 2020.

33 TILSTON, Natasha L.; EAMES, Ken T.D.; PAOLOTTI, Daniela *et al.* Internet-based surveillance of Influenza-like-illness in the UK during the 2009 H1N1 influenza pandemic. *BMC Public Health*, Londres, v. 10, p. 650-659, 2010.

34 Cf. POLGREEN, Philip M.; CHEN, Yiling; PENNOCK, David M. *et al.* Using Internet Searches for Influenza Surveillance. *Clinical Infectious Diseases*, Oxford, v. 47, n. 11, p. 1443-1448, dez. 2009.

35 Sobre o tema, consultar, por todos: TALVITIE, Erik. Self-Correcting Models for Model-Based Reinforcement Learning. *Proceedings of the Thirty-First AAAI Conference on Artificial Intelligence*, Cambridge, p. 2597-2603, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1612.06018>. Acesso em: 06 set. 2020.

36 CLEMENTE, Leonardo; LU, Fred; SANTILLANA, Mauricio. Improved Real-Time Influenza Surveillance: Using Internet Search Data in Eight Latin American Countries. *JMIR Public Health and Surveillance*, Toronto, v.5, n. 2, e12214, abr./jun. 2019.

Em razão dessa evolução notável, medidas mais assertivas são, em 2020, tecnicamente viáveis. Uma pandemia como a da Covid-19, por esse motivo, levou o Poder Público a firmar convênios com diversas operadoras de telefonia para otimizar sua atuação quanto à contenção de aglomerações. É nesse cenário que se insere o objeto de estudo selecionado para este breve ensaio.

## 2.2 O sistema Simi-SP

O Sistema de Monitoramento Inteligente do Estado de São Paulo – Simi-SP, instituído pelo Decreto Estadual nº 64.963, de 5 de maio de 2020, foi viabilizado a partir de uma parceria do Poder Público estadual com quatro grandes operadoras de telefonia do país (Vivo, Claro, Oi e TIM), através da Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações – ABR e do Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, e sua finalidade é “consultar informações georreferenciadas de mobilidade urbana em tempo real nos municípios paulistas”.<sup>37</sup>

Por esse sistema, o Estado pode “consultar informações agregadas e anônimas sobre deslocamento nos municípios paulistas mapeados” e “destina-se a apoiar a formulação e avaliação das ações do Estado de São Paulo para enfrentamento” da crise sanitária (item 1 do parágrafo único do artigo 1º do Decreto n.º 64.963).

O funcionamento do sistema de monitoramento por rede móvel é muito bem explicado pelo professor Fernando Osório, do Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação (ICMC) da USP, em São Carlos:

Como diz o próprio nome, os telefones celulares formam uma rede de células, em que cada telefone se conecta a uma antena mais próxima, formando uma malha de inúmeras células de telefonia distribuídas pelas cidades. É por isso que os deslocamentos podem ser facilmente detectados, identificando em qual célula estamos conectados, e qual a intensidade do sinal, considerando a proximidade das antenas.<sup>38</sup>

Em simples termos, as operadoras de telefonia coletam os dados e, mediante sistemas, apresentam ao Simi-SP o nível de deslocamento e aglomeração da população paulista. Nos termos do Decreto, o sistema “não conterà dados pessoais, assim considerados aqueles relacionados a pessoa natural, identificada ou identificável, limitando-se a dados anonimizados”.

No site oficial consta, ainda, o destaque de que as informações coletadas são aglutinadas e “anônimas”, em respeito à privacidade dos usuários, apresentando “dados georreferenciados agrupados para elaborar políticas públicas que aprimorem as medidas de isolamento social para o enfrentamento ao coronavírus”.

Obviamente, inúmeros questionamentos surgiram assim que o sistema foi divulgado e, visando elucidar algumas preocupações, o IPT lançou um portal de “Perguntas e Respostas sobre o Simi-SP”. Quanto à questão do compartilhamento de dados das operadoras ao Poder Público, o portal informa o seguinte (questionamento 3):

---

37 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contracoronavirus/>. Acesso em: 14 ago. 2020. Para mais detalhes, conferir o sítio oficial do referido sistema: SÃO PAULO. Sistema de Monitoramento Inteligente. <https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/simi/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

38 CASATTI, Denise. Especialistas da USP explicam por que os celulares são uma arma contra a Covid-19. *ICMC/USP*, 15/04/2020. Disponível em <https://bit.ly/34SJ9s7>. Acesso em: 31 ago. 2020.

3. Como as prestadoras repassam os dados para o SIMI-SP?

R: Não há repasse de dados pessoais de celulares dos cidadãos. As prestadoras dos serviços de telecomunicações avaliam a mobilidade dos terminais (celulares) criando índices de isolamento e circulação, de modo anônimo e agregado. Assim, a plataforma exibe uma interface web que contém apenas índices, gráficos e mapas estaduais agregados por municípios, não existindo a possibilidade de acesso a qualquer dado individualizado por parte do IPT ou do Governo do Estado.<sup>39</sup>

Quanto à necessidade de ativação do sinal GPS do smartphone, a resposta ao questionamento 6 elucidou que:

6. Eu preciso habilitar meu GPS ou celular para ser incluído no índice de isolamento?

R: Não. Toda vez que o celular é usado para realizar ligações ou acessar dados, uma antena identifica sua localização para prover serviços de dados (2G, 3G, 4G) ou de voz para seu aparelho. A localização é feita apenas por meio de antenas de celulares (Estações Rádio Base- ERBs). Assim, não há necessidade de instalar aplicativos ou habilitar o GPS de seu celular. A localização é obtida pelas ERBs e não por metadados de aplicativos de celular.<sup>40</sup>

Significa, então, que o rastreamento dos celulares pelo Simi-SP ocorre via rede móvel, o que parece mais adequado tendo em vista o propósito apontado no Decreto, e sua realização independe da ativação de qualquer função específica no aparelho.

Com relação à proteção dos dados pessoais dos cidadãos, há a seguinte resposta:

8. Quais medidas de segurança são aplicadas para evitar acesso a dados pessoais pelo SIMI-SP?

R: Nenhum dado pessoal é repassado ao SIMI-SP. Todo o processo é feito pelas operadoras em seu ambiente computacional. O SIMI-SP apenas tem acesso a uma interface web que apresenta índices, gráficos e mapas de índices de isolamento por município, de modo anônimo e agregado.

Não há recurso ou possibilidade de acesso aos dados pessoais, ou qualquer meio de anular a agregação e anonimização realizada pelas operadoras. Além disso, as operadoras são responsáveis pela segurança da informação de suas bases de dados, aplicando as premissas da Lei Geral de Proteção de Dados no contexto do acordo de cooperação firmado com o IPT.<sup>41</sup>

Apesar de o objetivo do sistema estar explicitado tanto no Decreto Estadual, quanto nos endereços eletrônicos disponibilizados à população, pode-se dizer que o respeito ao princípio da finalidade, nos termos definidos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais,<sup>42</sup> é, no mínimo, tímido e discutível. Isso porque, segundo embasada doutrina, a finalidade deve ser conhecida pelo interessado antes mesmo da coleta dos dados,<sup>43</sup> e o Simi-SP apresenta índices desde o dia 5 de março de 2020 – ou seja, dois meses antes de ser publicado o

---

39 INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS. *Perguntas sobre isolamento social*. 03 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2ZfWfIL>. Acesso em: 06 set. 2020.

40 INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS. *Perguntas sobre isolamento social*. 03 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2ZfWfIL>. Acesso em: 06 set. 2020.

41 INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS. *Perguntas sobre isolamento social*. 03 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2ZfWfIL>. Acesso em: 06 set. 2020.

42 “Art. 6º. [...] I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.”

43 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 182.

Decreto que o instituiu –, com a justificativa de “prover análises comparativas da situação de isolamento social antes, durante e após a quarentena”<sup>44</sup> (resposta 7 das Perguntas e Respostas sobre o Simi-SP).

Embora a LGPD ainda não esteja vigente ao final de agosto de 2020, é possível afirmar que já existe, no Brasil, um arcabouço principiológico reconhecido e aprovado pelo legislador brasileiro, estando em plena harmonia com outros textos legais vigentes no Brasil e que formam um microsistema de proteção ao titular de dados. Nesse âmbito, podem ser citados, dentre outros, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei de Acesso à Informação, além da Constituição da República.<sup>45 46</sup> Além disso, em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito fundamental à proteção de dados ao suspender a Medida Provisória n.º 954, que determinava o compartilhamento dos dados pessoais dos usuários de telefonia pelas empresas telefônicas ao IBGE.<sup>47</sup>

O tema é de tamanha relevância que, além desta sinalização da Excelsa Corte, também a doutrina já sinaliza a consagração da proteção de dados pessoais como direito fundamental.<sup>48</sup> Ainda que reconhecido como direito implícito, o tema já provocou movimentações no Legislativo, uma vez que tramita perante o Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, que visa inclui-lo entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, inserindo o inciso XII-A ao rol do artigo 5º da Constituição.

A PEC ainda define como de competência exclusiva da União o poder para legislar sobre o assunto. Entretanto, por todo o exposto, é de fácil constatação que esse mencionado direito já existe, ainda que implicitamente, e é protegido pelo ordenamento.

Analisando especificamente o Simi-SP, parte da doutrina se dedica à interpretação das informações disponibilizadas pelo Estado de São Paulo para constatar que o sistema não recebe dados pessoais da população, tendo acesso apenas a índices, gráficos e mapas de deslocamento das pessoas.<sup>49</sup> A partir disso, ventila-se a tese de que não há forma de a anonimização realizada pelas empresas de telefonia ser “anulada” (leia-se: revertida), o que é muito discutível, conforme será tratado em tópico a seguir.

No entanto, o fato de tais dados georreferenciais realmente não serem repassados ao Simi-SP não faz com que as empresas de telefonia não devam ter cautelas e assumir responsabilidades para tratar tais informações, pois o arcabouço legislativo já vigente no país constitui ferramental suficiente para proteger os titulares de dados, mesmo que ainda sem a vigência da LGPD.

É basilar termos em mente que, em atenção ao princípio da finalidade, os dados de localização coletados devem ser utilizados especificamente para o controle da pandemia e, assim que esta for devida e indubitavelmente controlada, os mesmos deverão ser eliminados.<sup>50</sup>

44 INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS. *Perguntas sobre isolamento social*. 03 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2ZfWFiL>. Acesso em: 06 set. 2020.

45 BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato Leite; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020, p.4.

46 Bruno Miragem aponta que há na LGPD a “adoção expressa da interpretação sistemática segundo a técnica do diálogo das fontes, ademais desenvolvida no próprio direito do consumidor”. MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019, p. 174.

47 STF, ADIs n.º 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393. Relatora Min. Rosa Weber. Julgado em 07/05/2020 (ainda sem publicação).

48 DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 34 et seq.

49 ARRUDA, Maria Clara Villasbôas. O Governo do Estado de São Paulo não utiliza dados pessoais para medir aglomerações: A privacidade dos titulares de aparelhos de celular está preservada. *Migalhas*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://s.migalhas.com.br/S/DC12B>. Acesso em: 06 set. 2020.

50 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59.



Ainda no contexto da LGPD, é importante referir que os dados de localização geográfica da população podem ser considerados dados sensíveis<sup>51</sup> se, analisados em conjunto com outros dados, for possível identificar outros elementos.<sup>52</sup>

Além da questão controversa a respeito da anonimização, há a questão da criação de perfis pelos sistemas utilizados. Tais situações merecem uma análise especial, o que será realizado a seguir.

### 3 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A CRIAÇÃO DE PERFIS

Conforme exposto acima, o governo paulista utiliza um sistema baseado em algoritmos de Inteligência Artificial<sup>53</sup> que demonstra, em tempo real, como está a adesão da população ao isolamento social e acusa eventuais aglomerações.

Os dados de localização coletados pelas empresas explicitam onde as pessoas moram, dormem, trabalham e as atividades que desempenham com base nos lugares que visitam durante o dia – tudo é detalhadamente monitorado.

Dessa forma, há poucas barreiras para a criação de perfis de usuários, viabilizando, por exemplo, saber se um motorista de caminhão terá um padrão de deslocamento que será diferente do de uma pessoa que reside na cidade em que aquele está passando.<sup>54</sup> Um motorista de aplicativo terá um padrão de deslocamento que será diferente daquele do zelador de um condomínio. Os que se deslocam de forma semelhante são colocados na mesma “caixa”. É desta forma que perfis são criados, gerando a prática que se denomina *profiling* (traduzida para o português como perfilamento ou, ainda, perfilização).<sup>55</sup>

Assim, perfilamento reflete a utilização de uma grande quantidade de dados analisados por sistemas de Inteligência Artificial que propiciam “o delineamento do perfil comportamental do indivíduo, que passa a ser analisado e objetificado a partir dessas projeções”.<sup>56</sup>

Através do *profiling*, leciona Danilo Doneda, empresas que possuem muitos dados os tratam com técnicas que se dedicam a obter “uma ‘metainformação’, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa”, sendo que “o resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destino de uma pessoa ou grupo”.<sup>57</sup>

Segundo Zanatta, o processo de perfilamento envolve, pelo menos, as etapas de (a) registro dos dados, (b) agregação e monitoramento de dados, (c) identificação de padrões nos dados, (d) interpretação de resultados, (e) monitoramento dos dados para checar resultados e (f) aplicação de perfis.<sup>58</sup>

51 “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”

52 KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei nº 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 455.

53 LAVIERI, Fernando. Big Brother da Covid-19. *Isto É*, 27 abr. 2020. Disponível em <https://istoe.com.br/big-brother-da-covid-19/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

54 CASATTI, Denise. Especialistas da USP explicam por que os celulares são uma arma contra a Covid-19. *ICMC/USP*, 15/04/2020. Disponível em <https://bit.ly/34SJ9s7>. Acesso em: 31 ago. 2020.

55 ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *ResearchGate*. fev. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3hQe5wM>. Acesso em: 01 set. 2020. Segundo o autor, “*profiling* (expressão inglesa de perfilização) significa ‘o ato ou processo de extrapolar informação sobre uma pessoa baseado em traços ou tendências conhecidas’”.

56 MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A pandemia da covid-19, o “*profiling*” e a Lei Geral de Proteção de Dados. *Migalhas*, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lcn34E>. Acesso em: 21 ago. 2020.

57 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 151.

58 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 151.

Através das informações constantes no Decreto estadual e no site do governo paulista, não há dúvida que as etapas “a” a “e” são seguidas à risca pelo Simi-SP. Com relação à etapa “f”, não se tem a certeza de que esta não seja realizada por alguns dos agentes de tratamento da cadeia. E não é possível ter essa certeza porque não há total transparência quanto aos procedimentos e, mesmo que houvesse, estes não são facilmente auditáveis.

Um perfil obtido por uma determinada empresa pode vir a ser a representação virtual de uma pessoa, sendo, muitas vezes, o seu único aspecto alcançável por *players* que farão de tudo para ter algum tipo de interação. Ora, sendo conhecido o comportamento de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, há o risco de ser reduzida a sua liberdade de escolha, pois muitas das possibilidades podem ser pré-formatadas em razão destas inferências.<sup>59</sup>

Pois bem, qual é o valor comercial de se conhecer a rotina diária dos cidadãos do estado mais populoso do Brasil? Em um cenário no qual dados sensíveis são utilizados, vazamentos podem ocorrer, levando a prejuízos incalculáveis.<sup>60</sup> Em que pese a força normativa que têm o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor, a LGPD é indispensável.<sup>61</sup>

#### **4 NOTAS SOBRE ANONIMIZAÇÃO, PSEUDONIMIZAÇÃO E OS IMPACTOS DE SUA REVERSÃO (RE-IDENTIFICAÇÃO DO TITULAR)**

O argumento do governo paulista de que os dados coletados são anonimizados, por si só, não garante a proteção dos cidadãos. Em primeiro lugar, porque para direcionar um conteúdo da Internet a alguém ou mesmo sujeitá-lo a uma decisão automatizada, não é necessário saber a sua identidade, sendo suficiente a atribuição de um identificador eletrônico, como o IMEI do celular.<sup>62</sup> Em segundo, porque existem riscos inegáveis nos processos de anonimização.

O parágrafo segundo do artigo 12 da LGPD trata do *profiling*, estabelecendo que “poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada”. Trata-se de dispositivo tímido, mas especificamente dedicado à regulação de um tema ainda peculiar e muito desafiador no que concerne à vigilância de dados (*dataveillance*<sup>62-63</sup>).

Apesar de o dispositivo acima se referir à pessoa natural “se identificada”, Bruno Bioni está correto ao defender que o foco da Lei está nas consequências que determinado tratamento de dados pode ter sobre uma pessoa, e, por tal razão, dados anonimizados podem ser considerados como dados pessoais quando formam perfis comportamentais.<sup>64</sup>

O conceito de ‘dado anonimizado’ consta do artigo 5º, inciso III, da LGPD: trata-se de “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.” Já o conceito de ‘anonimização’ aparece no inciso XI do mesmo artigo: é a “utilização de meios técnicos

59 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 152.

60 GOMES, Helton Simões. CPF e endereço: falha em site da Vivo expõe dados de 24 milhões de clientes. *Uol*, 05 nov. 2019. Disponível em <https://bit.ly/2PGjkt9>. Acesso em: 10 ago. 2020.

61 No momento da realização desta pesquisa, a vigência da Lei depende da sanção do Presidente da República.

62 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 76.

Trata-se de um acrônimo para “*data surveillance*” (vigilância de dados), a indicar uma nova espécie ou técnica de vigilância em razão do surgimento de novos métodos de monitoramento, como a vigilância de dados pessoais e a vigilância de dados em massa, que exigem salvaguardas mais eficazes e uma estrutura política formal.

63 Confira-se: CLARKE, Roger A. *Information technology and dataveillance*. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, maio 1988.

64 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 78-81.

razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”. Em complemento, no artigo 12, §1º, da norma, o legislador buscou descrever ‘critérios objetivos’ para a aferição dos sobreditos ‘meios técnicos razoáveis’, e elencou, exemplificativamente, “tempo e custo para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios”.

‘Anonimização’ de dados pessoais é um tema complexo, carente de testagem e de difícil fiscalização e regulação. A doutrina debate, há anos, a necessidade de um critério de aferição adequado; um ‘filtro’, ou uma ‘régua’, que permita mensurar a ‘qualidade’ da técnica empregada.

No ano 2000, Latanya Sweeney, uma das mais renomadas pesquisadoras do tema, demonstrou que mais de 87% dos cidadãos norte-americanos poderiam ser identificados exclusivamente por seu código postal de cinco dígitos (ZIP Code), combinado com data de nascimento (incluindo ano) e sexo.<sup>65</sup> Sequer era necessário um nome ou *social security number*! O tema foi revisitado em 2006 por Philippe Golle, que esperava uma redução drástica desse resultado em razão da evolução das técnicas de anonimização de dados ao longo de seis anos, mas o número obtido também foi alarmante: 61%!<sup>66</sup>

Outros doutrinadores, como Arvind Narayanan e Vitaly Shmatikov, são vozes eloquentes quando se trata de registrar o desconforto e a desconfiança quanto às experiências de anonimização, conduzindo a dúvidas sobre sua real viabilidade.<sup>67</sup> Por sua vez, Paul Ohm já listou alguns exemplos em que a facilidade de reversão de bases de dados originalmente anonimizadas desvelou a falibilidade de técnicas consideradas confiáveis.<sup>68</sup>

Inúmeros procedimentos específicos podem ser utilizados, quase sempre a partir da eliminação de determinados elementos identificadores que constam de uma base de dados, por meio de supressão, generalização, randomização ou pseudonimização.<sup>69</sup> Quanto a esta última, a controvérsia é tão aguda que o termo aparece no artigo 13, §4º, da LGPD como subespécie ou técnica diversa, aplicável aos casos de estudos em saúde pública e se diferenciando por exigir a manutenção, em ambiente seguro, da parcela informacional suprimida do acervo de dados pseudonimizado.

É importante comentar que o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (2016/679) se reporta ao termo “pseudonimização”<sup>70</sup> para descrever o que a lei brasileira

65 SWEENEY, Latanya. Uniqueness of Simple Demographics in the U.S. Population. *Laboratory for International Data Privacy*, Working Paper LIDAP-WP4, 2000. Disponível em: <http://dataprivacylab.org/projects/identifiability/index.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

66 GOLLE, Philippe. Revisiting the Uniqueness of Simple Demographics in the US Population. *Proceedings of the 2006 ACM Workshop on Privacy in the Electronic Society*, WPES 2006, Alexandria, VA, USA, out. 2006. Disponível em: <http://doi.org/10.1145/1179601.1179615>. Acesso em: 14 ago. 2020.

67 NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Myths and fallacies of “Personally Identifiable Information”. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 53, n. 06, p. 24-26, jun. 2010.

68 OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 57, p. 1701-1777, 2010, p. 1717.

69 MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A anonimização de dados pessoais: consequências jurídicas do processo de reversão, a importância da entropia e sua tutela à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 61.

70 O tema consta do artigo 25(1) do RGPD: “Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos de aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos, de probabilidade e gravidade variável, para os direitos e liberdades das pessoas singulares [físicas], o responsável pelo tratamento [controlador] e o subcontratante [operador] aplicam as medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco (...), (Art.º 32.º n.º 1)”.

enuncia como “anonimização”. Na Europa – que está adiante nesse debate – já vigora o Regulamento (UE) 2018/1807, de 14 de novembro de 2018, relativo a um regime para o livre fluxo de ‘dados não pessoais’ na União Europeia, o qual complementa o RGPD.<sup>71</sup>

Lá, antes mesmo de ser editado este regulamento mais específico, já era notada a preocupação com o tema nos “considerandos” do RGPD, a exemplo do 83:

A fim de preservar a segurança e evitar o tratamento em violação do presente regulamento, o responsável pelo tratamento [controlador], ou o subcontratante [operador], deverá avaliar os riscos que o tratamento implica e aplicar medidas que os atenuem, como a cifragem. Essas medidas deverão assegurar um nível de segurança adequado, nomeadamente a confidencialidade, tendo em conta as técnicas mais avançadas e os custos da sua aplicação em função dos riscos e da natureza dos dados pessoais a proteger. Ao avaliar os riscos para a segurança dos dados, deverão ser tidos em conta os riscos apresentados pelo tratamento dos dados pessoais, tais como a destruição, perda e alteração acidentais ou ilícitas, e a divulgação ou o acesso não autorizados a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento, riscos esses que podem dar azo, em particular, a danos físicos, materiais ou imateriais. (Considerando 83)

No caso europeu, há detalhamento, clareza e ênfase à imperativa avaliação de riscos. E, a despeito de qualquer predileção semântica, insta anotar que o dado anonimizado não se confunde com o dado “anônimo”, pois é passível de reversão (ou reidentificação); se situa, em verdade, em posição mediana de um espectro que varia entre o dado pessoal e o anônimo, ou, nos dizeres de Doneda e Machado, em um *continuum* descritivo que demanda investigações mais profundas do que a puramente semântica.<sup>72</sup>

Para além da preocupação com a imposição de freios à hipervigilância, que decorre, na hipótese, da amplíssima utilização de *smartphones* que fornecem, em tempo real, as informações de mobilidade georreferenciada – epítome da tão debatida Internet das Coisas<sup>73</sup> –, o que se nota, mesmo quando o legislador tenta aclarar o ambiente de nebulosidade conceitual, é que se recorre a conceitos abertos e de difícil aferição.

Fala-se em ‘meios técnicos razoáveis’, mas não se esclarece quais são os critérios para dizê-los como tal; fala-se, ainda, em ‘meios disponíveis por ocasião do tratamento’, mas não se considera as conjecturas dessa disponibilidade, que pode ser afetada pela finalidade do tratamento, pela natureza da atividade explorada pelo agente de dados ou mesmo pela técnica de anonimização empregada; assevera-se, também, a necessidade de parametrização objetiva dos critérios de aferição de razoabilidade, embora o próprio exemplo indicado na norma (custo e tempo de reversão, no art. 12, §1º) seja baseado em aspectos que podem variar conforme o caso concreto.

As perspectivas vislumbradas com o advento da Internet sempre foram norteadas por preocupações com o controle da técnica e com o favorecimento de determinados fatores de predição de resultados na tomada de decisões, especialmente com lastro em vasto

71 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da proteção de dados*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 326-335;347-347.

72 DONEDA, Danilo; MACHADO, Diogo. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e pseudonimização de dados. In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diogo (Coords.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 149.

73 Samuel Greengard sintetiza a preocupação que passou a permear a sociedade da informação do novo milênio: “Within this emerging IoT framework, a dizzying array of issues, questions, and challenges arise. One of the biggest questions revolves around living in a world where almost everything is monitored, recorded, and analyzed. While this has huge privacy implications, it also influences politics, social structures, and laws.” (GREENGARD, Samuel. *The Internet of Things*. Cambridge: The MIT Press, 2015, p.58.)

repertório informacional.<sup>74</sup> Assim, a intenção do legislador de trazer luz a um tema de grande complexidade técnica, embora louvável, acaba por incidir em um dilema de aplicação do direito, pois contribui para a proliferação de normas gerais e abstratas, que nada resolvem.

No *continuum* em que se situa o dado anonimizado, defendemos, assim como Paul Ohm<sup>75</sup>, o conceito de *entropia* de dados: o termo é utilizado na física para, em um sistema termodinâmico bem definido, medir seu grau de irreversibilidade. Em breve nota, asseveramos que o conceito “surge como um parâmetro de reforço. Para além da razoabilidade que a lei já prevê, seria possível, a depender da heurística aplicada na aferição dos riscos de determinado procedimento de reidentificação, inferir falibilidades e, conseqüentemente, responsabilidades.”<sup>76</sup>

Se um código postal (ZIP Code), combinado com outros dados, pode expor a identidade de uma pessoa, imagine-se o potencial de malversação de dados de geolocalização que, embora “anonimizados”, podem ser cruzados com outros dados para revelar seu titular! O mínimo que se espera de uma iniciativa de controle, ainda que engendrada a partir de finalidade justa (controlar a propagação do coronavírus), é a clareza de seus fins, riscos e métodos. Se não é possível mapeá-los por completo, ao menos deve-se alertar os cidadãos potencialmente afetados quanto aos aspectos consequenciais da medida, como determina o art. 20 da LINDB.

Insofismavelmente, o Simi-SP, ainda que louvável, é falho em sua gênese: (i) ao invés de primar pela transparência, não informa quais são as técnicas de segurança de dados utilizadas; (ii) ao invés de assumir verdadeira *accountability*, descrevendo riscos previsíveis e mapeáveis de malversação, utiliza a nebulosa ‘anonimização’ como escudo contra questionamentos.

Se é possível que uma pessoa seja atingida por decisões automatizadas (porquanto baseadas em procedimentos algorítmicos) a seu respeito pelo simples fato de ter sido categorizada dentro de um grupo (“perfil”) em razão de seus dados pessoais que foram coletados de alguma forma, negar a proteção da norma, mesmo que não seja possível identificá-la, é contrariar toda a lógica da LGPD.

## 5 NOTAS CONCLUSIVAS

Em síntese conclusiva, é possível afirmar que a pandemia da Covid-19 reavivou um importantíssimo debate no Brasil, especialmente às vésperas da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Se a experiência estrangeira, por ocasião de epidemias como a do vírus *Influenza H1N1*, já demonstrava o potencial da utilização de dados de geolocalização em conjugação com outras informações (como pesquisas em ferramentas de busca) para o mapeamento regional da propagação de doenças, em 2020, a evolução técnica já oferece instrumentos para a vigilância em tempo real.

Quando se fala em vigilância de dados (*dataveillance*), preocupações quanto à imperiosa preservação da privacidade, da intimidade, da liberdade e, em análise mais específica, dos

---

74 WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, Durham, n. 26, p. 483-500, 2004, p. 485.

75 OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 57, p. 1701-1777, 2010, p. 1760.

76 MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A anonimização de dados pessoais: consequências jurídicas do processo de reversão, a importância da entropia e sua tutela à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 74.



dados pessoais dos cidadãos, reverberam os clamores por mecanismos protetivos eficazes.

Se a LGPD não está em vigor, mas há um microsistema que rege as relações baseadas em dados na Internet, iniciativas – ainda que lastreadas no interesse de proteger a saúde pública e conter a propagação viral – devem atender aos seus ditames. Os exemplos concretos são muitos, mas, para os fins desta investigação, pode-se dizer que o Simi-SP, embora louvável, peca exatamente no imperativo de transparência. Falta-lhe clareza sobre as técnicas de segurança de dados utilizadas em seu desenvolvimento. Não se nota desejável *accountability* pública, baseada na descrição de riscos previsíveis e mapeáveis de malversação de dados, pois, ao contrário, a nebulosa ‘anonimização’ é invocada como escudo contra questionamentos de qualquer natureza.

Temas complexos como a anonimização de dados pessoais desafiam a Ciência do Direito, pois não podem servir de salvo-conduto para a prática de qualquer medida carente de testagem sobre seus riscos. Danos podem advir da má implementação técnica, em diversos níveis, e é exatamente isso que se deve coibir. Por esse motivo, embora não haja lacuna no ordenamento quanto à proteção em questão – haurida a partir do mencionado microsistema de proteção ao titular de dados pessoais – é fundamental que a LGPD tenha pronta vigência.

## REFERÊNCIAS

ABERNATHY, David Ray. *Using geodata and geolocation in the social sciences: mapping our connected world*. Londres: Sage Publications, 2017.

ALPAYDIN, Ethem. *Introduction to machine learning*. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2010.

AMARAL, Bruno do. Coronavírus: TIM e Prefeitura do Rio assinam acordo para coletar dados de deslocamento. *Teletime*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3382zXf>. Acesso em: 05 set. 2020.

ARRUDA, Maria Clara Villasbôas. O Governo do Estado de São Paulo não utiliza dados pessoais para medir aglomerações: A privacidade dos titulares de aparelhos de celular está preservada. *Migalhas*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://s.migalhas.com.br/S/DC12B>. Acesso em: 06 set. 2020.

BADIC, Biljana; DREWES, Christian; KARLS, Ingolf; MUECK, Markus. *Rolling out 5G: Use cases, applications, and technology solutions*. Nova York: Apress, 2016.

BIKUS, Zach. Internet access at new high worldwide before pandemic. *Gallup*, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/307784/internet-access-new-high-worldwide-pandemic.aspx>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato Leite; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

BUSVINE, Douglas. Switzerland, Austria align with ‘Gapple’ on corona contact tracing. *Reuters*, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://reut.rs/2ZgmlcR>. Acesso em: 05 set. 2020.

CASATTI, Denise. Especialistas da USP explicam por que os celulares são uma arma contra a Covid-19. *ICMC/USP*, 15/04/2020. Disponível em <https://bit.ly/34SJ9s7>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CLARKE, Roger A. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, mai. 1988.

- CLEMENTE, Leonardo; LU, Fred; SANTILLANA, Mauricio. Improved Real-Time Influenza Surveillance: Using Internet Search Data in Eight Latin American Countries. *JMIR Public Health and Surveillance*, Toronto, v. 5, n. 2, e12214, abr./jun. 2019.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da proteção de dados*. Coimbra: Almedina, 2020.
- DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm*: How the quest for the ultimate learning machine will remake our world. Nova York: Basic Books, 2015.
- DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DONEDA, Danilo; MACHADO, Diogo. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e pseudonimização de dados. In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diogo (Coords.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- EIGEN, Melyssa. GASSER, Urs. Global Digital Pandemic Responses: Some Reflections on Four Country Case Studies. *Berkman Klein Center*. For internet and society at Harvard University, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3bIYzGA>. Acesso em: 01 set. 2020.
- EUROPEAN CENTER FOR DIGITAL RIGHTS. *SARS-CoV-2 tracking under GDPR*. v. 03, p. 1-13, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3haUoOS>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Informação, pós-verdade e responsabilidade civil em tempos de quarentenas e lockdowns: a Internet e o controle de danos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020.
- FERRETTI, Luca. WYMANT, Chris *et. al.* Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. *Science*, 08 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3gp9qjP>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- GENERAL DATA PROTECTION REGULATION HUB. *Projects using personal data to combat SARS-CoV-2*. Disponível em: <https://bit.ly/2EzN15X>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- GOLLE, Philippe. Revisiting the Uniqueness of Simple Demographics in the US Population. *Proceedings of the 2006 ACM Workshop on Privacy in the Electronic Society, WPES 2006*, Alexandria, VA, USA, out. 2006. Disponível em: <http://doi.org/10.1145/1179601.1179615>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- GOMES, Helton Simões. CPF e endereço: falha em site da Vivo expõe dados de 24 milhões de clientes. *Uol*, 05 nov. 2019. Disponível em <https://bit.ly/2PGjkt9>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- GREENGARD, Samuel. *The Internet of Things*. Cambridge: The MIT Press, 2015.
- HOLDENER III, Anthony. *HTML5 Geolocation*. Sebastopol: O'Reilly, 2011.
- HOLT, Kris. Italy's 'Imuni' COVID-19 contact tracing app uses Google, Apple tech. *Engadget*, 01 jun. 2020. Disponível em: <https://engt.co/3bCUEFy>. Acesso em: 05 set. 2020.
- INLOCO. *Política de Privacidade*, jun. 2020. Disponível em: <https://www.inloco.com.br/politicas/covid-19>. Acesso em: 01 set. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS. *Perguntas sobre isolamento social*. 03 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2ZfWFiL>. Acesso em: 06 set. 2020.

KAPLAN, Juliana; FRIAS, Lauren; McFALL-JOHNSON, Morgan. A third of the global population is on coronavirus lockdown — here's our constantly updated list of countries and restrictions. *Business Insider*, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/countries-on-lockdown-coronavirus-italy-2020-3>. Acesso em: 28 ago. 2020.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei nº 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LAVIERI, Fernando. Big Brother da Covid-19. *Isto É*, 27 abr. 2020. Disponível em <https://istoe.com.br/big-brother-da-covid-19/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A anonimização de dados pessoais: consequências jurídicas do processo de reversão, a importância da entropia e sua tutela à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coords.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A pandemia da covid-19, o “profiling” e a Lei Geral de Proteção de Dados. *Migalhas*, 28 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lcN34E>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MENDONÇA, Lissandra. Prefeitura usa dados de operadoras de celular para monitorar isolamento social. *Prefeitura de Porto Alegre*, 07 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3if6l7S>. Acesso em: 05 set. 2020.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

MOZUR, Paul; ZHONG, Raymond; KROLIK, Aaron. In coronavirus fight, China gives citizens a color code, with red flags. *The New York Times*, 01 mar. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/3hfxd6o>. Acesso em: 05 set. 2020.

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Myths and fallacies of “Personally Identifiable Information”. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 53, n. 06, p. 24-26, jun. 2010.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: Technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

NOGAROLI, Rafaella. Breves reflexões sobre a pandemia do coronavírus (Covid-19) e alguns reflexos no direito médico e da saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1015, maio 2020.

OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 57, p. 1701-1777, 2010.

PAHLAVAN, Kaveh. *Indoor geolocation science and technology: at the emergence of smart world and IoT*. Gistrup: River Publishers, 2019.

PALHARES, Gabriela Capobianco; SANTOS, Alessandro Santiado dos; ARIENTE, Eduardo Altomare; GOMES, Jefferson de Oliveira. A privacidade em tempos de pandemia e a escada de monitoramento e rastreamento. *SciELO Estudos Avançados*, v. 34, n. 99, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3l9RzAR>. Acesso em 23 ago. 2020.

PINHEIRO, Victor. Recife vai monitorar celulares para apoiar ações de isolamento social. *Olhar Digital*, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3jVZQqR>. Acesso em: 05 set. 2020.

POLGREEN, Philip M.; CHEN, Yiling; PENNOCK, David M. et al. Using Internet Searches for Influenza Surveillance. *Clinical Infectious Diseases*, Oxford, v. 47, n. 11, p. 1443-1448, dez. 2008.

- PROGRI, Ilir. *Geolocation of RF Signals: Principles and Simulations*. Cham: Springer, 2011.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SÃO PAULO. *Sistema de Monitoramento Inteligente*. <https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/simi/>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- STEADMAN, lab. IBM's Watson is better at diagnosing cancer than human doctors. *Wired*, 11 fev. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3htPMVm>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- SWEENEY, Latanya. Uniqueness of Simple Demographics in the U.S. Population. *Laboratory for International Data Privacy*, Working Paper LIDAP-WP4, 2000. Disponível em: <http://dataprivacylab.org/projects/identifiability/index.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- TALVITIE, Erik. Self-Correcting Models for Model-Based Reinforcement Learning. *Proceedings of the Thirty-First AAAI Conference on Artificial Intelligence*, Cambridge, p. 2597-2603, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1612.06018>. Acesso em: 06 set. 2020.
- TILSTON, Natasha L.; EAMES, Ken T.D.; PAOLOTTI, Daniela *et al.* Internet-based surveillance of Influenza-like-illness in the UK during the 2009 H1N1 influenza pandemic. *BMC Public Health*, Londres, v. 10, p. 650-659, 2010.
- TOKARNIA, Mariana. Celular é o principal meio de acesso à Internet no país. *Agência Brasil*, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/celular-e-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-pais>. Acesso em: 05 set. 2020.
- VARGAS, Isadora Formenton; JOELSONS, Marcela; PAGANELLA, Victoria Dickow. Proteção de dados pessoais e Covid-19: promoção da segurança jurídica a partir da eficácia dos princípios. In: SQUEFF, Tatiana Cardoso; D' AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme (Orgs.). *O Direito em tempos de crise: os impactos da Covid-19 nas relações sociojurídicas*. Curitiba: CRV, 2020.
- WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, Durham, n. 26, p. 483-500, 2004.
- ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *ResearchGate*. fev. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3hQe5wM>. Acesso em: 01 set. 2020.

# ANÁLISE CRÍTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DURANTE O PERÍODO DE CONTINGÊNCIA DA COVID-19<sup>1</sup>

**Victor Auilo Haikal**

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Master of Science em Cybersecurity pela University of Maryland University College. Professor de Direito Digital da Rede LFG e CEDIN-BH. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia de São Paulo (ESA/SP), da Fundação Instituto de Administração (FIA) e Unicuritiba. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução – crise no contexto social implantada pela ocorrência da pandemia e medidas para contingência; 2 Considerações essenciais sobre o Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais; 3 Medidas governamentais que afetaram a proteção de dados pessoais; 3.1 Medida Provisória Nº 954/2020; 3.2 Medida Provisória Nº 959/2020; 4 Dos acordos de cooperação técnica ocorridos no Estado de São Paulo – dados anonimizados de deslocamento coletados a partir dos telefones celulares; 5 Conclusões; Referências.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.43, p.293-313, jan./abr. 2021.



## 1 INTRODUÇÃO – CRISE NO CONTEXTO SOCIAL IMPLANTADA PELA OCORRÊNCIA DA PANDEMIA E MEDIDAS PARA CONTINGÊNCIA

Talvez o mais pessimista dos videntes e analistas não anteciparia o encerramento prático do ano de 2020 em 11 de março<sup>2</sup>, quando a doença causada pelo SARS-COV2, a COVID-19, foi registrada como ameaça sanitária global, posto que presente em todos os continentes.

Isso porque tal medida tomada pela Organização Mundial da Saúde teria o condão de evitar tragédias acumuladas em países onde a doença ainda não teria sido transmitida de forma intensa, uma vez que os focos de infecção e mortes naquela data ainda eram discretos se comparados com o final do mês de março na Itália, com o falecimento acumulado de 12.428 pessoas<sup>3</sup>, ou abril, na Espanha, cujo número alcançou 24.543<sup>4</sup>, o que veio a se agravar nos meses subsequentes.

A partir da referida declaração, para se tentar prevenir tamanho grau de infecção e mortes na população, alguns governantes brasileiros passaram a tomar medidas de contingência, impedindo o funcionamento de serviços ou eventos tidos como não essenciais ou que pusessem a vida das pessoas que fossem utilizar de facilidades em evidente risco, sem mencionar da possibilidade de contaminação generalizada.

Nesse sentido, cabe mencionar os esforços federais na Lei nº 13.979 de 2020 que previu as diretrizes para o contorno da pandemia e, apenas a título de ilustração, o Decreto Municipal de São Paulo nº 59.283 de 16 de março de 2020 e o Decreto Estadual nº 64.881 de 22 de março de 2020, fixando, respectivamente:

- a) A utilização do teletrabalho na Administração Pública Direta e Indireta como forma de se evitar o contágio preservando a estrutura de atendimento à população<sup>5</sup>;
- b) Suspensão de todas as atividades de atendimento presenciais, exceto atividades de saúde, alimentação, logística e segurança nas modalidades de entrega (delivery) e retirada no local, pessoalmente (takeout) ou via automóvel (drive-thru)<sup>6</sup> e os previstos

2 World Health Organization. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. 11 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em: 10 set. 2020.

3 Ministero della Salute. *Covid-19, i casi in Italia alle ore 18 del 31 marzo*. 31 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4370>>. Acesso em: 10 set. 2020.

4 Departamento de Seguridad Nacional. *Coronavirus (COVID-19) - 30 de abril 2020*. 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-covid-19-30-abril-2020>>. Acesso em: 10 set. 2020.

5 Art. 7º Poderá ainda ser instituído regime de teletrabalho, no curso do período de emergência, a critério e nas condições definidas pelo titular do órgão da Administração Direta, Autarquias e Fundações, para servidores cujas atribuições, por sua natureza e meios de produção, permitam a realização do trabalho remoto, sem prejuízo ao serviço público.

Art. 8º A instituição do regime de teletrabalho, de que tratam os arts. 6º e 7º, no período de emergência está condicionada:

I – à manutenção diária na unidade de servidores suficientes para garantir o atendimento;

II – à inexistência de prejuízo ao serviço.

6 Artigo 2º - Para o fim de que cuida o artigo 1º deste decreto, fica suspenso:

I - o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, especialmente em casas noturnas, "shopping centers", galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas;

II - o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, sem prejuízo dos serviços de entrega ("delivery") e "drive thru".

§ 1º - O disposto no "caput" deste artigo não se aplica a estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais, na seguinte conformidade:

1. saúde: hospitais, clínicas, farmácias, lavanderias e serviços de limpeza e hotéis;

2. alimentação: supermercados e congêneres, bem como os serviços de entrega ("delivery") e "drive thru" de bares, restaurantes e padarias;

3. abastecimento: transportadoras, postos de combustíveis e derivados, armazéns, oficinas de veículos automotores e bancas de jornal;

4. segurança: serviços de segurança privada;

5. comunicação social: meios de comunicação social, inclusive eletrônica, executada por empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

6. demais atividades relacionadas no § 1º do artigo 3º do Decreto federal nº 10.282, de 20 de março de 2020."

no Decreto Federal nº 10.282 de 20 de março de 2020, que regulamentam a lei nº 13.979 de 2020 e contribuem à lista anterior, mas não se limitam nos serviços de telecomunicações e internet, call center, geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, serviços de pagamento, crédito e saque de valores sob a supervisão do Banco Central do Brasil, e serviços de tecnologia da informação e processamento de dados que sustentam todas as outras<sup>7</sup>.

Tais esforços foram as medidas iniciais para restringir o número de pessoas circulando nas cidades, de modo que o contato social entre elas fosse diminuto, na medida do estritamente necessário, seguindo as orientações da Organização Mundial da Saúde<sup>8</sup> que foram também adotadas pelos governos mencionados<sup>9</sup>, cuja menção é puramente pedagógica, vez que outros Estados e cidades também adotaram medidas muito similares, se não idênticas.

Assim, estabeleceu-se o '*novo normal*', em que as pessoas deveriam somente se dirigir a estabelecimentos comerciais para aquisição dos produtos e serviços que foram taxados como essenciais e, para agravar o cenário socioeconômico, o cenário da organização do trabalho sofreu sensível abalo, posto que as atividades de varejo e serviço que dependiam do trabalho presencial humano ou em estações de labor em escritórios não poderiam funcionar em virtude da restrição governamental imposta.

Com isso, se impôs a diminuição do tráfego comercial varejista que atingiu os setores produtivos correspondentes, acarretando o aumento no desemprego<sup>10</sup> e até mesmo fechamento de empresas<sup>11</sup> pela paralisação do consumo que outrora estava acomodado no '*antigo normal*', isto é, antes da declaração da pandemia.

Assim, se percebe crise social pela mudança abrupta na forma com que as pessoas estariam aptas a gerar riqueza e, assim, estando em xeque a capacidade de custear a própria subsistência, além de a preocupação constante em realizar as atividades necessárias para evitar a contaminação pela doença.

Com vistas a enfrentar tal cenário, discutir-se-ão algumas iniciativas governamentais adotadas que dizem respeito à proteção de dados pessoais e os impactos jurídicos e de segurança da informação decorrentes destas medidas perante a situação catastrófica

7 Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.

§ 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como: (...)

VI - telecomunicações e internet;

VII - serviço de call center;

X - geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, incluídos: (...)

XX - serviços de pagamento, de crédito e de saque e de aporte prestados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil;

XXIII - serviço relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados (data center) para suporte de outras atividades previstas neste Decreto;

8 World Health Organization, Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public. 4 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>>. Acesso em: 10 set. 2020.

9 Prefeitura do Município de São Paulo. Coronavírus. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia\\_em\\_saude/doencas\\_e\\_agrivos/coronavirus/index.php?p=291730](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/doencas_e_agrivos/coronavirus/index.php?p=291730)>. Acesso em: 10 set. 2020 e Governo do Estado de São Paulo. Nova campanha do Governo destaca necessidade de ficar em casa para combater coronavírus. 13 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/nova-campanha-do-governo-destaca-necessidade-de-ficar-em-casa-para-combater-coronavirus/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

10 LEMOS, Vinicius. Demitidos por causa do coronavírus: os brasileiros que já ficaram desempregados com a pandemia. UOL Economia. 26 mar. 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2020/03/26/demitidos-por-causa-do-coronavirus-brasileiros-que-ja-ficaram-desempregados-com-a-pandemia.htm>>. Acesso em: 10 set. 2020.

11 OLIVEIRA, Joana. 716.000 empresas fecharam as portas desde o início da pandemia no Brasil, segundo o IBGE. EL PAÍS. 19 jul. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/716000-empresas-fecharam-as-portas-desde-o-inicio-da-pandemia-no-brasil-segundo-o-ibge.html>>. Acesso em: 10 set. 2020.

posta, cujo objetivo é identificar iniciativas positivas, negativas e lições aprendidas para que situação similar futura não seja contornada de maneira mais eficiente.

## 2 CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Informação é *poder* sempre que potencialmente útil<sup>12</sup>, haja vista proporcionar decisões melhores e, a partir delas, resultados melhores em todos os campos de atuação de vida da pessoa.

Poder é a capacidade de influenciar e conduzir a tomada de decisões de outros<sup>13</sup>, quanto mais se sabe a respeito de uma pessoa, maiores as chances de compreender seus padrões de ação e pensamento para lhe convencer de algo.

Bem a par dessas premissas, Stephen Baker explica o cenário de tratamento de dados pessoais na obra *The Numerati* e pontua a relevância do conhecimento do titular dos dados a partir de suas preferências, gostos, opiniões e, a com base nessas adotar melhor estratégia e abordagem para que a pessoa aja de determinada maneira ou que ofereça exatamente o que ela deseja comprar, ler, consumir, fazer, etc. a partir da formação e estudo de seu perfil de escolhas constantes em determinado banco de dados, atividade que é conhecida como *profiling*<sup>14</sup>.

Nesse sentido, Daniel J. Solove disserta sobre o fenômeno da “*ascensão dos dossiês digitais*”, em que tanto as instituições governamentais quanto as empresas privadas passaram a reunir quantidades massivas de dados que formam os perfis das pessoas e que permitem estudo detido de suas características e padrões<sup>15</sup>, fenômeno que passou a ocorrer a partir da década de 1960 pela evolução da computação.

A partir dessas práticas, advertiu José Afonso da Silva que o processamento de dados, sobretudo pessoais, realizado a partir do intenso e complexo desenvolvimento de rede de

12 Consoante apontado por Susanna Davies in *Introduction: information, knowledge and power*. IDS Bulletin 25.2, 1994. Disponível em: < <https://www.ids.ac.uk/files/dmfile/davies252.pdf> >. Acesso em: 10 set. 2020, p.19, citando Emanuel de Kadt, in *Making health policy management intersectoral: Issues of information analysis and use in less developed countries*. *Social Science & Medicine*. v.29 n.4, 1989, p.503-514. Disponível em [https://doi.org/10.1016/0277-9536\(89\)90196-2](https://doi.org/10.1016/0277-9536(89)90196-2), Acesso em: 10 set. 2020, p. 507, há referências sobre ‘informação é poder’ já em textos bíblicos no Livro dos Provérbios (24:5), cuja tradução para o português é: “Um varão sábio é forte, e o varão de conhecimento consolida a força.” Existem inscrições árabes do Imam Ali, em *O Método da Eloquência*, dito 146 de que “conhecimento é poder e pode comandar a obediência. (...) Lembre que o conhecimento é o comandante e a riqueza é sua comandada.”, cuja tradução do árabe para o inglês em *Peak of Eloquence* é: “Knowledge is power and it can command obedience. (...) Remember that knowledge is a ruler and wealth is its subject.” Há referências a esta assertiva também no texto de *De corporis* de Thomas Hobbes, cuja tradução para o inglês *Concerning body* indica que: “the end of knowledge is power.”, ou seja, que o objetivo do conhecimento é o poder, p. 7. In *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. Now first collected and edited by Sir. Bart William Molesworth. v. 1. Londres: John Bohn, 1839. Versão em e-book do Google Play. Disponível em: < [https://play.google.com/books/reader?id=Gr8LAAAIAAJ&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PA1](https://play.google.com/books/reader?id=Gr8LAAAIAAJ&hl=pt_BR&pg=GBS.PA1) >. Acesso em: 10 set. 2020. O conceito trazido por Francis Bacon de que “knowledge of God than of his power, or rather of that part of God’s power, (for knowledge itself is a power whereby he knoweth)” foi traduzido a partir da expressão cunhada em latim de “*scientia potestas est*”, em português: “o conhecimento propriamente dito é poder”, in *Meditationes sacrae*, 1597, traduzido para o inglês como *Religious meditations*. Londres: John Iaggard, 1613. Versão em e-book Disponível em: < <https://archive.org/stream/essaiesofsrfranc00baco#page/180/mode/2up> >. Acesso em: 10 set. 2020, p.180.

13 Cf. Manuel Castells. *Communication power*. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. Edição do Kindle, p.10: “Power is the relational capacity that enables a social actor to influence asymmetrically the decisions of other social actor(s) in ways that favor the empowered actor’s will, interests, and values. Power is exercised by means of coercion (or the possibility of it) and/ or by the construction of meaning on the basis of the discourses through which social actors guide their action.”, em tradução livre do autor: “O poder é a capacidade relacional que permite um participante da sociedade influenciar assimetricamente as decisões de outros conforme o desejo, interesse e veor de quem o detém. O poder é exercido por meios de coerção (ou a possibilidade de tal) e/ou pela construção de determinado significado com base nos discursos pelos quais os participantes da sociedade guiam suas ações.”

14 Cf. Stephen Baker. *The Numerati*. Nova Iorque: Houghton Mifflin Harcourt, 2008. Edição Kindle: O autor reconhece a atividade de profiling ao longo dos sete capítulos para avaliar como as escolhas e comportamentos vinculados à pessoa apontam para previsões de prováveis atos a serem praticados pelo titular ou como reagiria perante fatos a ele relacionados, com grau acurado de acerto, chegando a ponto de se identificar qual atividade profissional e qual cultura organizacional mais lhe agradaria, quais produtos desejaria comprar, em qual candidato provavelmente votaria, em qual bairro moraria e finalmente qual seria o par perfeito.

15 Cf. SOLOVE, Daniel J.. *The digital person: technology and privacy in the information age*. Nova York: New York University Press, 2004, p. 13-14.

fichários eletrônicos (arquivos de computador) poderia revelar ameaça à privacidade das pessoas, em razão do esquadramento destas, devassando a individualidade e, com perigo acentuado, à medida que a interconexão possibilita formar extensos bancos de dados que desvendam a vida das pessoas, até mesmo sem seu consentimento<sup>16</sup>.

Em tempo, pertinente esclarecer que o direito à privacidade visa, dentre seus incontáveis predicados, limitar o acesso ao indivíduo, interromper a bisbilhotagem e perturbação por terceiros, conforme as lições de Samuel Warren e Louis Brandeis<sup>17</sup>, que, interpretado no contexto da Sociedade da Informação em razão de sua definição funcional significa “o *direito de manter o controle sobre as próprias informações*”<sup>18</sup>.

Tais informações, consistem na integralidade dos dados coletados do indivíduo, conquanto já exposto, a exemplo do conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais que forem registrados<sup>19</sup>, o que exige garantia de segurança e transparência durante seu tratamento, atributos que estão diretamente ligados com o uso da informática, de modo a não comprometer o controle do acesso aos dados por parte de seu titular<sup>20</sup>, pois este autoriza o manejo de dados de forma limitada ao tratador.

Os mencionados critérios de segurança e transparência são fixados a partir da chamada *proteção de dados pessoais*<sup>21</sup>, que teve a Alemanha como expoente na promulgação de lei a esse respeito ante a atividade de tratamento desses dados.

Em 1970 o Estado de Hesse estabeleceu as primeiras regras para o desempenho da referida atividade pelo Poder Público com 17 artigos e que foi seguida pelo Estado da Bavária no mesmo ano e, posteriormente, pelos demais<sup>22</sup>, culminando na promulgação da lei federal de proteção de dados pessoais alemã, a *Bundesdatenschutzgesetz*, em 1977<sup>23</sup>, que daria início a estudo mais acurado do tema no contexto europeu e nos países de tradição romano-germânica.

A importância do Estado Alemão para a proteção de dados pessoais é ressaltada pela formulação do direito à autodeterminação informativa pelas razões da Corte Constitucional Alemã ao julgar a licitude de lei federal promulgada em 1982 que obrigava cada cidadão a preencher questionário contendo 160 perguntas que seriam postas para tratamento

16 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 211-212.

17 WARREN, Samuel. D.; BRANDEIS, Louis D. The right of privacy. *Harvard Law Review*, 193, 1890. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>>. Acesso em: 10 set. 2020. “4. The right to privacy ceases upon the publication of the facts by the individual, or with his consent. This is but another application of the rule which has become familiar in the law of literary and artistic property. The cases there decided establish also what should be deemed a publication, -- the important principle in this connection being that a private communication of circulation for a restricted purpose is not a publication within the meaning of the law.” Em tradução livre do autor: “4. O direito à privacidade cessa a partir da publicação de fatos pelo indivíduo ou com seu consentimento. Essa é mais uma aplicação da regra que já se tornou familiar na legislação de propriedade literária e artística. Os casos nos quais se decidiu em estabelecer o que foi considerado como publicação, -- a ideia norteadora nesse raciocínio é que uma comunicação privada de circulação por um propósito específico não é considerada como publicação, de acordo com os termos da lei.”

18 Cf. Alan Westin. *Privacy and freedom*. Nova Iorque: Atheneum, 1967, p. 133-158 *apud* DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p.206, NR 435 e RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. Trad. por Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92, indicando que o titular dos dados teria direito a conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo das informações a ele relacionadas.

19 Cf. DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 92.

20 Cf. FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Orgs.) *Banche dati telematica e diritti della persona*. Padova: Cedam, 1984, p. 37.

21 Cf. DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 204.

22 Cf. DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 228, citando Spiros Simits, Crisi dell'informazioni giuridica ed elaborazione elettronica dei dati. Milão: Giuffrè, 1977, p. VIII.

23 Muito embora não fosse a primeira lei nacional aprovada sobre o tratamento de dados pessoais, tendo sido a Suécia a pioneira em 1973, cf. DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 228.

informatizado, com vistas a retificar eventual registro desatualizado e podendo ser enviados de modo anonimizado às autoridades federais e aos Estados alemães, sob pena de multa sensível àqueles que não assim procedessem<sup>24</sup>.

O *decisum* da Corte entendeu como abusivo não somente pela amplitude de abordagem das questões acerca da personalidade individual, além da dúvida de capacidade de anonimização efetiva desses dados que, caso negativa, comprometeria a '*Identifizierung*' e, por conseguinte, os direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>.

Se por um lado o direito à privacidade vai regular a forma com que o tratamento de dados pessoais é realizado, por meio das normas específicas, o bem jurídico tutelado é, sem dúvida, a *identidade* da pessoa, dado que o manejo das informações armazenadas visam a destrinchar a formação das qualidades particularizadas e irrepetíveis desta, ou seja, dos aspectos que a individualizam perante as demais, ainda que a partir deste conhecimento haja sua associação com determinado grupo de outras pessoas<sup>26</sup>.

Em termos gerais, considerando que o conjunto de dados pessoais se vincula diretamente com os atributos da *identidade pessoal* e da *imagem social* do titular, pois a partir do conhecimento destes quem os acessa passa a fazer juízo de valor sobre a pessoa e seus costumes ou características particulares, o tratamento deve se ater às condições que o titular permitiu, sendo ilícita a ação que não tiver sido expressamente autorizada ou que, embora consentida, tenha extrapolado, excedido ou se voltado para finalidade diversa da inicial, como se fosse uma espécie do prolongamento do próprio corpo do indivíduo<sup>27</sup>, similar à forma que o direito à imagem deve ser respeitado<sup>28</sup>.

Vale dizer, que a proteção de dados pessoais no Brasil teve como ponto de partida a Cláusula Geral de Privacidade estabelecida no artigo 5º, incisos X, XI e XII da Constituição Federal<sup>29</sup>, em seguida aprimorada pelo Código de Defesa do Consumidor, artigo 43, que impunha a ciência do titular dos dados sempre que fosse aberto um cadastro com seus dados sem sua solicitação, dentre outras disposições e Código Civil pelos artigos 20, 21 e 12, protegendo a imagem, vida privada e os direitos de personalidade, respectivamente.

Não obstante, a Lei de Acesso à Informação nº 12.527 de 2011, em seu artigo 31, previu algumas linhas para o tratamento de dados pessoais por instituições de Direito Público ou de natureza privada que exerçam função pública e que mereceu regulamentação específica pelo

24 Cf. DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 193-196, a decisão considerou como abusiva a lei, em insuperável violação aos artigos 1º (1) e 2º (1) da Lei Fundamental, cf. BVerfG, 15.12.1983-1 BvR 209/83. Disponível em: <<https://research.wolterskluwer-online.de/#/document/f1bace50-1d75-40d2-8e17-789fa46e85ce?searchId=3406284>>. Acesso em: 10 set. 2020.

25 Cf. DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 193-196.

26 Cf. FLORIDI, Luciano. The ontological interpretation of informational privacy. *Ethics and information technology*, v. 185, n.7, 2005 citado por SOLOVE, Daniel J.. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 86, complementando na p.87, que a violação da privacidade pelo acesso indesejado de certos dados que o titular não queria que fossem expostos para que terceiros formassem opinião acerca deste, o que compromete sua identidade social ou honra objetiva e CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.204.

27 FROSINI, Vittorio. La protezione della riservatezza nella società informatica. *Informatica e Diritto*. fascículo 1, jan.-abr., 1981, p.9-10 *apud* DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p.331.

28 Nesse sentido, BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7 ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 94-102.

29 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;



Decreto nº 7.724 de 2012 no âmbito do Poder Executivo Federal.

Cuidando de modo específico da matéria, o Marco Civil da Internet inaugurou o tratamento de dados pessoais por particulares no direito brasileiro, ainda que com tímidas disposições, mas nem por isso ineficientes, que estabeleceu princípios e obrigações ao tratador de dados que os obtiver a partir de aplicação de internet e reafirmou princípios e garantias constitucionais, artigos 3º, incisos II e III, 7º incisos I a III e VI a XI, e 16, tendo sido também regulamentado pelo Decreto nº 8.771 de 2016.

Depois de oito anos de discussão e debates, o Brasil aprovou a lei nacional que cuida do tratamento de dados pessoais, nº 13.709 de 2018, seguindo as principais disposições da Regulação Europeia 2016/679, merecendo destaque a introdução do legítimo interesse do tratador como dispensa do consentimento do titular para que trate seus dados no Direito Brasileiro, no artigo 10º, por exemplo.

Com vistas a garantir o cumprimento da lei, há previsão de sanções severas para quem violar os termos ou princípios estabelecidos durante o tratamento de dados pessoais em seu artigo 52, que compreende desde a advertência, multa de até cinquenta milhões de reais, proibição do tratamento até segunda ordem e deleção dos dados que estiverem sob poder do titular faltoso.

Feitas essas indispensáveis considerações sobre o tratamento de dados pessoais e privacidade, passar-se-á à análise de algumas medidas tomadas pelos entes de governo durante o período de contingência sanitária para prevenção da COVID-19 que colidiram diretamente com a matéria em comento.

### **3 MEDIDAS GOVERNAMENTAIS QUE AFETARAM A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

#### **3.1 Medida Provisória nº 954/2020**

O primeiro ato de governo que afetou a proteção de dados pessoais que merece avaliação foi a edição da Medida Provisória nº 954 de 17 de abril de 2020, em que havia a disposição expressa para envio de dados cadastrais dos titulares pelos serviços de telefonia fixa ou móvel ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>30</sup>, cuja finalidade indicada era viabilizar o contato para entrevistas não presenciais pelo órgão<sup>31</sup>.

O édito presidencial também previu que tais dados teriam caráter sigiloso, que seriam utilizados exclusivamente para a realização das mencionadas entrevistas e que não poderiam ser aproveitados em processos administrativos, fiscais ou judiciais, ou ainda, que havia proibição de compartilhamento com quaisquer terceiros, além de indicar a obrigação de o órgão informar como os dados foram utilizados e de publicar relatório de impacto à proteção de dados pessoais nos termos da LGPD<sup>32</sup>.

30 Art. 2º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

31 Art. 2º (...) § 1º Os dados de que trata o caput serão utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.

32 Art. 3º Os dados compartilhados:

I - terão caráter sigiloso;

II - serão usados exclusivamente para a finalidade prevista no § 1º do art. 2º; e

III - não serão utilizados como objeto de certidão ou meio de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, nos termos do disposto na Lei nº 5.534, de 14 de novembro de 1968.(...)

§ 1º É vedado à Fundação IBGE disponibilizar os dados a que se refere o caput do art. 2º a quaisquer empresas públicas ou privadas ou a órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de quaisquer dos entes federativos.

§ 2º A Fundação IBGE informará, em seu sítio eletrônico, as situações em que os dados referidos no caput do art. 2º foram utilizados e divulgará relatório de impacto à proteção de dados pessoais, nos termos do disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Complementarmente, conforme descrito na exposição dos motivos pelo Ministro da Economia, indicou-se a necessidade de tais dados para que a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) continue suas operações e para que fosse gerada massa de dados útil ao enfrentamento da pandemia, genericamente mencionado<sup>33</sup>.

Sob intensas críticas, a vigência desta medida foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal em 26 de abril de 2020 por decisão liminar da Exma. Min. Rosa Weber na Medida Cautelar acostada à Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, vez que entendeu não haver interesse público efetivo na medida, além de não estarem satisfeitos os requisitos de adequação e necessidade e ausentes os requisitos mínimos de segurança para o tratamento dos dados pessoais previsto<sup>34</sup>.

Assim, entendeu que não estariam preservadas as garantias fundamentais dos brasileiros, uma vez que não havia razões suficientes para que se mitigasse o direito à privacidade e sigilo dos dados dos cidadãos em benefício da realização de estatísticas e outros propósitos não detalhados amiúde, pois vige a regra forte do *privacy by default/por padrão*<sup>35</sup>.

Também foi observado pela Exma. Min. Rosa Weber que houve mau procedimento do próprio IBGE, pois submeteu ofícios em 22 de abril de 2020 para as empresas controladoras dos dados mencionados na aludida Medida Provisória exigindo o envio destes em imediato, contrariando os prazos os previstos em seu no texto<sup>36</sup>, revelando-se inegável risco à privacidade

33 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. EM nº00151/2020 ME. 15 abr. 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2020: “3. Não se pode olvidar da relevância dessas atividades de produção estatística, inclusive para o enfrentamento da pandemia, o que urge a adoção de medidas que viabilizem, por outros meios, a produção desse relevante insumo para o implemento de políticas públicas. No caso da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), que consiste na maior operação estatística domiciliar empreendida regularmente pelo IBGE, com mais de 200 mil domicílios pesquisados a cada trimestre, vislumbra-se como alternativa imediata a substituição temporária da coleta presencial pela coleta através de telefone, de modo que sejam garantidas as entrevistas e mantidas as séries históricas da pesquisa.

4. *Para que seja viável uma adaptação metodológica dessa natureza, o IBGE necessita ter acesso a informações sobre o número de telefone e respectivo endereço residencial dos consumidores de serviços de telecomunicações, de pessoas naturais ou jurídicas. (...)*

5. A garantia de realização da PNAD Contínua reveste-se de especial relevância no presente momento, já que a pesquisa deverá ser veículo para a inclusão de quesitos relacionados ao monitoramento da pandemia de COVID-19 em todo o território nacional, orientando políticas públicas e o processo decisório nas mais distintas esferas. A capilaridade da pesquisa possibilitará o levantamento de dados representativos para diferentes níveis geográficos e de segmentos socioeconômicos. (grifos no original)

34 STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387 - DF, Rel. Exma. Min. Rosa Weber, j. em 27.4.2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020: “17. Observo que o único dispositivo da MP n. 954/2020 a dispor sobre a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma é o §1º do seu art. 2º. E esse limita-se a enunciar que os dados em questão serão utilizados exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. Não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados. (...) Nessa ordem de ideias, não emerge da Medida Provisória n.954/2020, nos moldes em que posta, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, considerados a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. E tal dever competia ao Poder Executivo ao editá-la. Nessa linha, ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva. De outra parte, o art. 3º, I e II, da MP n. 954/2020 dispõe que os dados compartilhados “terão caráter sigiloso” e “serão utilizados exclusivamente para a finalidade prevista no § 1º do art. 2º”, e o art. 3º, § 1º, veda ao IBGE compartilhar os dados disponibilizados com outros entes, públicos ou privados. Nada obstante, a MP n. 954/2020 não apresenta mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento. Limita-se a delegar a ato do Presidente da Fundação IBGE o procedimento para compartilhamento dos dados, sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo. Ênfase: ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP n. 954/2020 não satisfaz as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros.” (grifos no original)

35 Esse princípio contém as restrições que proíbem o controlador de realizar o tratamento incompatível de dados do titular considerando suas legítimas expectativas pelos propósitos que justificam o tratamento, assim descrito pela General Data Protection Regulation (GDPR): “2. The controller shall implement appropriate technical and organisational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed.” Em tradução livre do autor: “O controlador deverá implementar medidas técnicas e organizacionais para assegurar que, por padrão, somente serão tratados os dados pessoais que forem necessários para cada propósito determinado.” A norma técnica NBR ISO/IEC 27701:2019, p. 51, assim descreve tal ideia: “Assegurar que processos e sistemas sejam projetados de forma que a coleta e o tratamento de DP (...) estejam limitados ao que é necessário para o propósito identificado.”

36 Art. 2º (...)

§ 3º Os dados deverão ser disponibilizados no prazo de:

I – sete dias, contado da data de publicação do ato de que trata o § 2º;

das pessoas físicas e jurídicas do país<sup>37</sup>.

Em razão de o plenário corroborar com as razões apresentadas, apenas o Exmo. Min. Marco Aurélio foi contrário à suspensão da eficácia da referida Medida Provisória em 7 de maio de 2020<sup>38</sup>.

De fato, não há como sustentar a legalidade na imposição da maior remessa de dados pessoais na história do Brasil com as justificativas apresentadas para a utilidade, necessidade ou adequação do referido Édito Presidencial, sobretudo no período de contingência que foi instaurado no país.

Imediatamente se identifica violação do princípio do *privacy by design/desde a concepção*, pois a medida foi imposta pelo governo exatamente com a intenção de se quebrar a privacidade ao revés de preservá-la, contrariando a ideia expressamente inserida no §2º do artigo 46 da LGPD<sup>39</sup>, que as medidas de proteção do tratamento devem ser aplicadas desde a concepção da atividade para se evitar incidentes.

Também, é percebida falta de razoabilidade em se determinar que a continuidade da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) durante o período de pandemia fosse prioridade, uma vez que a preservação das vidas deveria ser a premissa para o direcionamento das políticas públicas, considerando que seria a aplicação prática imediata para a preservação do bem jurídico mais valioso para ao antropocentrismo jurídico<sup>40</sup>.

Noutras palavras: não é possível conceber em que medida tal tratamento de dados efetivamente contribuiria para a maior preservação da vida de quem estivesse sob a tutela do estado brasileiro, ou ainda, não se encontrou razão que justificasse a atuação da Fundação IBGE para a continuidade de suas atividades de censo durante a contingência da severa pandemia.

Convém ressaltar que a *vacatio legis* da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) provoca hiato no Ordenamento Jurídico nas hipóteses de tratamento de dados pessoais sem o consentimento do titular, que seria uma das situações hipóteses do artigo 7º, III<sup>41</sup>, portanto, sendo impossível a realização do pretendido sem a autorização expressa do titular dos dados, pela aplicação direta do princípio *privacy by default/por padrão*, salvo melhor juízo.

Além disso, se percebe contrassenso imediato pela exigência do endereço dos titulares quando vai se pretender realizar atividade de censo e pesquisa de forma remota, isto é, o dado se mostra irrelevante<sup>42</sup>, pois as informações sociais que merecem ser assinaladas

37 “20. Verifico, ainda, que na mesma data da publicação da MP n.954/2020 foi editada a Instrução Normativa n. 2, de 17 de abril de 2020, que estabelece procedimentos para disponibilização de dados de empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico fixo ou móvel ao Instituto Brasileiro Geográfico e Estatística -IBGE, para fins de suporte à produção de estatística oficial, durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. A referida Instrução Normativa teria embasado o envio, em 22.4.2020, segundo noticiado nos autos, de ofícios da Fundação IBGE às empresas de telefonia fixa comutada ou móvel pessoal, solicitando, com urgência, o compartilhamento imediato de dados, não obstante o prazo de sete fixados pela Medida Provisória 954/2020 e a determinação deste Supremo Tribunal Federal para a prestação de informações acerca do conteúdo deste ato normativo (doc. 24 do processo eletrônico).”

38 Na ausência de publicação do referido acórdão, essas foram as informações institucionais a partir da sessão realizada por videoconferência. STF. STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE. 7 maio 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>>. Acesso em: 10 set. 2020.

39 Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. (...)

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

40 Cf. TOBEÑAS, José Castán. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952, p. 6: “La persona individual tiene una esfera de poder jurídico. Precisamente el Derecho existe por causa del hombre y es éste el sujeto primario e indefectible del Derecho privado, al igual que del Derecho público”.

41 Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...) III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

42 Seguindo o previsto na LGPD: Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: (...)

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; (...)

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; (...)

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

para fins de censo ou de emergência sanitária não necessariamente demandam saber qual o endereço físico do titular.

É evidente que a quantidade de dados envolvida nas operações não seria manejada a contento, especialmente pela dificuldade em não apenas armazenar, mas indexar e organizar tais informações em tempo diminuto para que a Fundação IBGE cumprisse com os objetivos declarados, sobretudo porque o número de telefones celulares já supera a quantidade de brasileiros desde 2018<sup>43</sup>.

Não obstante, a ausência de um documento asseverando como o tratamento desses dados pessoais seria feito já no momento da publicação da Medida Provisória é suficiente para provocar insegurança jurídica intensa, sobretudo na realidade em que o uso das ferramentas tecnológicas tem servido a fins político-partidários e, conseqüentemente, vem prejudicando o espírito da democracia ao revés de incrementá-lo.

Por isso, diante da ausência da previsão de controles de segurança e medidas de resposta a incidentes mínimos indispensáveis, a exemplo do detalhamento da proteção da informação em todos os estados dos dados (uso, transmissão e repouso) e como se daria o descarte desses depois que se exaurisse a utilidade insuficientemente informada, somada às outras deficiências anteriores é que se formou justificada contrariedade ao mencionado Édito Presidencial<sup>44</sup>.

Não é plausível haver pressa ou urgência na reunião de banco de dados da magnitude pretendida sem o atendimento básico de critérios de segurança jurídica e de segurança de informação, pois, ao revés de se solucionar um problema posto, dá-se azo a criar tantos outros, o que apenas dificulta ainda mais o cenário revelado de crise.

De todo modo, poder-se-ia obter resultado mais proveitoso para o combate da pandemia com os esforços voltados para a pasta governamental adequada aos assuntos de saúde pública, preterindo-se momentaneamente as atividades de censo e estatística geral da população, sobretudo no cenário de insegurança social que foi instaurado.

O uso pontual de dados pessoais orientado pelo princípio da minimização<sup>45</sup> também serviria para preservar a privacidade dos titulares ao revés da imposição indiscriminada de remessa de informações sobre as pessoas da forma realizada, o que se assemelhou à arbitrariedade legislativa na execução do censo na Alemanha anteriormente mencionada, uma vez que reconhecido o abuso à privacidade pela quantidade de perguntas que deveriam ser respondidas (160) e risco no comprometimento do sigilo dos dados pessoais envolvidos pela massa de informações que ficariam sob tutela do Estado.

### **3.2 Medida Provisória nº 959/2020**

Como se não fosse suficiente o cenário posto, havia legítima preocupação dos controladores do tratamento de dados pessoais a despeito LGPD, pois sua entrada em vigor se

---

43 Cf. pesquisa da Fundação Getúlio Vargas divulgada por Daniel Junqueira in Brasil já tem mais smartphones do que habitantes. *Olhar Digital*. 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/brasil-ja-tem-mais-smartphones-do-que-habitantes/75627>>. Acesso em: 10 set. 2020.

44 Esses foram apenas alguns dos critérios não observados pela legislação que, aparentemente, ignorou também a orientação técnica vigente no país sobre a matéria, a NBR ISO/IEC 27701:2019, que indica as recomendações para adoção de medidas que atendam às ideias de privacy by design/desde a concepção, por exemplo. Ou ainda, pelo não atendimento aos controles basilares previstos pela NBR ISO/IEC 27002:2013 que visa à formação de sistemas de informação confiáveis, pois inexistente qualquer disposição sobre controles de acesso, segregação de funções e segurança física necessária para que incidentes fossem evitados.

45 Incorporado na descrição do princípio da necessidade na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), artigo 6º, III já mencionado na NR 40, sendo definido pela utilização da mínima quantidade de dados pessoais e no menor tempo possível para se alcançar o resultado pretendido.

daria no dia 16 de agosto de 2020<sup>46</sup> e, seguindo pesquisas de mercado e cultura empresarial, em fevereiro de 2020 a monta de 25% das pequenas e médias empresas não conheciam a referida lei e apenas 40% dos empresários das brasileiras entrevistadas disseram estar totalmente preparados em uma enquete<sup>47</sup>, sendo que resultado similar também foi alcançado, em que 58% das pequenas empresas brasileiras ainda não tinham se adaptado à lei<sup>48</sup>.

De tal sorte, é razoável tomar como premissa que a reta final da *vacatio legis* se prestaria à maioria dos pequenos e médios empresários concluir os processos de conformidade com a LGPD em curso ou que ainda se iniciariam, o que foi brutalmente comprometido pela contingência da COVID-19, pois a rotina do comércio foi alterada sobremodo com o a restrição de circulação das pessoas.

Noutras palavras, se havia dedicação e preocupação dos controladores nas atividades de tratamento de dados pessoais já em execução para readequar seus fluxos e operações, de repente se viram compelidos a redirecionar seus recursos para tentar normalizar as atividades produtivas durante o período de contingência, pois, conforme já se adiantou, toda a estrutura do negócio foi abalada.

Tal se deve desde a mudança de como a atividade produtiva continuaria, levando-se em consideração os ajustes necessários para que continuasse em atenção à impossibilidade de frequência presencial do estabelecimento, ou ainda que seria alterado o modo que os funcionários executariam suas atividades de labor fora das instalações físicas da empresa, tendo impacto direto na necessidade de aquisição de equipamentos e outras tecnologias para que a adaptação fosse possível.

De tal sorte, se em um momento a preocupação era estar conforme com a LGPD antes de sua entrada em vigor, de repente se transformou em como manter o negócio em atividade com a disseminação do vírus e as medidas de contingência sanitária, o que se apresenta como situação sensivelmente severa.

Então, o governo tomou acertada decisão em editar a Medida Provisória nº 959 de 2020 que previa a entrada em vigor da LGPD somente no dia 3 de maio de 2021, estendendo a vacância da lei de modo que houvesse tempo suficiente para que se alcançasse a maior conformidade legal possível, sobretudo porque a própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda não tinha recebido regulamentação de sua estruturação básica quando as medidas de contingência sanitária foram impostas.

Todavia, já se sabia que a vigência de tal Medida Provisória duraria por 120 dias no máximo, ficando a tarefa de cuidar definitivamente do tema direcionada ao Parlamento<sup>49</sup>, que

46 Cf. Art. 8º da Lei Complementar nº 95 de 1998: Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

Dado que a lei foi publicada no dia 15 de agosto de 2020 e a *vacatio* se encerraria no dia 15 de agosto de 2020, seguindo o prazo firmado no artigo 65, II: Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (...)

II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos.

47 Cf. ROSSI, Lucca. Um quarto das PMEs desconhece a nova lei de proteção de dados. *CAPTEERRA*. 13 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.capterra.com.br/blog/1357/nova-lei-de-protecao-de-dados/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

48 Cf. IT FORUM 365. 58% das pequenas empresas não estão preparadas para a LGPD. 21 jan. 2020. Disponível em: <<https://itforum365.com.br/58-das-pequenas-empresas-nao-estao-preparadas-para-a-lgpd/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

49 Da Constituição Federal: Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...)

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (...)

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.



efetivamente decidiria se o referido Édito se converteria em lei ou perderia a eficácia.

Às vésperas da perda de sua eficácia, 26 de agosto de 2020, em entendimento contrário à da Câmara dos Deputados, o Senado Federal optou por retirar o texto de extensão da vacância que entraria em vigor, fazendo com que o prazo de 16 de agosto fosse restaurado para a entrada em vigor definitiva da parte dispositiva da LGPD.

Entretanto, a eficácia da LGPD não seria imediata, pois ainda dependia de rito formal do Presidente da República para sanção ou veto da MP 959 convertida em lei, ainda sendo válidas as disposições nela contidas até que ocorra um dos dois atos<sup>50</sup>.

Portanto, a LGPD poderá entrar em vigor até o dia 19 de setembro de 2020, considerando a hipótese que a firma presidencial ocorra no último dia de prazo e a publicação ocorra somente no dia subsequente, como é trivial.

Ato contínuo, houve a edição do Decreto nº 10.474 também no dia 26 de agosto de 2020, estabelecendo a estrutura organizacional da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em complementação do já disposto na LGPD, de modo a contribuir para o mais rápido estabelecimento de suas atividades, já que a entrada em vigor da parte dispositiva exigirá deveres de orientação, dirigismo e fiscalização do tratamento de dados pessoais no Brasil, tarefas indispensáveis para que se mantenha o nível de competitividade esperado na incubação de novos negócios e reestruturação tecnológica dos já existentes.

Pela proximidade das datas indicadas no momento de conclusão deste artigo, não é esperado que em futuro próximo a ANPD esteja em pleno funcionamento, seja pelo contexto político conturbado e escassez de recursos para contornar as consequências trazidas pelas medidas de contingência, o que vai prejudicar a aplicação das providências dispositivas que até outubro de 2020 já estarão em pleno vigor e efeito.

Com isso, se aventa a possibilidade de a lei estar vigente e haver dificuldades para a operacionalização das garantias e direitos previstos, sobretudo pelo hiato que a ausência de completa operação da ANPD pode causar, podendo até perder a credibilidade de sua efetividade, pois, qual é o exemplo que se quer passar quando há descumprimento escancarado de previsão que deveria ser realizada até a entrada em vigor da LGPD a despeito da adequação progressiva das bases de dados formadas antes de sua existência<sup>51</sup>?

Nesse sentido, o Parlamento teve chance de evitar que a lei entrasse em vigor com dispositivos já desatendidos pela própria desorganização do governo, mas, preferiu-se pela euforia e ímpeto de se evitar nova postergação, o que não foi acertado.

Assim, a resposta para o questionamento feito dificilmente será satisfatória com tamanho descompasso entre o que está previsto na LGPD e as medidas tomadas de cunho político que deveriam buscar a harmonia jurídica e guiada pela maior proteção possível dos interesses dos titulares dos dados, mas que apenas aumentam o tumulto acerca do tema que já é suficientemente complexo.

---

50 Da Constituição Federal: Art. 62 (...)

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

51 A título de exemplo, segue o disposto no artigo 63 da LGPD que, praticamente virou letra morta, pois o prazo dado não comportará o tempo necessário para que a ANPD dê as orientações estipuladas: Art. 63. A autoridade nacional estabelecerá normas sobre a adequação progressiva de bancos de dados constituídos até a data de entrada em vigor desta Lei, consideradas a complexidade das operações de tratamento e a natureza dos dados.

#### **4 DOS ACORDOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA OCORRIDOS NO ESTADO DE SÃO PAULO – DADOS ANONIMIZADOS DE DESLOCAMENTO COLETADOS A PARTIR DOS TELEFONES CELULARES**

Assim que anunciadas na coletiva de imprensa do dia 9 de abril de 2020, as medidas tomadas pelo Governo do Estado de São Paulo também causaram desconforto pelo tipo de monitoramento que havia sido declarado: a partir do deslocamento detectado a partir do sinal do telefone celular denominado SIMI: Sistema de Monitoramento Inteligente<sup>52</sup>.

Tal desconforto se intensifica à medida que exatamente 1 dia antes houve reportagem que antecipou as tecnologias utilizadas com os dados da operadora de telefonia Vivo a despeito dos índices de isolamento social atingidos pela população do Estado em questão<sup>53</sup> e que, eventualmente, estavam sendo realizadas à revelia dos próprios clientes da referida empresa.

Sob esse contexto, houve medidas judiciais que visaram restringir a execução de tal medida estatal, justamente pela sensação de controle individual que fere o direito à privacidade dos cidadãos, cuja ligação com a expressão do *'Big Brother'* da obra distópica 1984 de George Orwell é praticamente imediata e assombra os usuários de *smartphones* e outros *gadgets* que permitem a funcionalidade de localização por sinal de antenas ou posicionamento global via satélite (*Global Positioning System*)<sup>54</sup>.

Ainda que inicialmente tivesse logrado êxito o mandado de segurança coletivo impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede liminar, julgou-se pela legalidade da medida governamental, cujo cerne da decisão do Colegiado foi a existência do tratamento de dados anonimizados<sup>55</sup>, que sequer deveriam ser considerados como *'dados pessoais'* para fins de tratamento nos termos da LGPD<sup>56</sup>, servindo como referência, ainda que não vigente.

No Superior Tribunal de Justiça, entretanto, houve-se por bem o indeferimento liminar do Habeas Corpus impetrado, pois não seria o remédio jurídico adequado para lidar com arbitrariedades que limitem os direitos de personalidade e não comprometam o direito de ir

52 Cf. G1. SP usa sistema de monitoramento com sinais de celulares para localizar aglomeração de pessoas no estado. 9 abr. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/09/sp-usa-sistema-de-monitoramento-com-sinais-de-celulares-para-localizar-aglomeracao-de-pessoas-no-estado.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2020.

53 Cf. G1. Coronavírus: Governo paulista usa sinal de celular para monitorar quarentena. 8 abr. 2020. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/videos/v/coronavirus-governo-paulista-usa-sinal-de-celular-para-monitorar-quarentena/8466867/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

54 A título de exemplo foram o Mandado de Segurança Coletivo nº 2069736-76.2020.8.26.0000, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Habeas Corpus nº 572.996 – SP no Superior Tribunal de Justiça.

55 “Diante das elucidações técnicas trazidas pela autoridade impetrada (fls.313/325), pela FESP (fls. 106/128) e pela operadora Tim (fls. 192/208) razoável concluir que não se utilizam dados pessoais, mas apenas os anonimizados, de quantidade de conexões às Estações de Rádio Base das operadoras, e tão só para apurar as regiões com maior movimentação de pessoas. Ressalte-se ainda o lapso temporal de 24 horas para a transferência dessas informações. (...) Em resumo: assegurado o anonimato, preservado o sigilo dos dados apurados pelas empresas de telefonia móvel antes da transferência ao IPT, não há afronta a direito individual, inviabilizando o acolhimento da demanda” (TJSP, Mandado de Segurança Coletivo nº 2073723-23.2020.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 4.6.2020)

56 Art. 5º (...)

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

§ 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.

e vir<sup>57</sup>, por não ser esse o objetivo da natureza de tal *mandamus*.

Para avaliar juridicamente a situação posta, é indispensável que alguns recortes sejam realizados para que se compreenda a dimensão do problema posto na perspectiva do titular de dados pessoais, o que não deveria ser tão difícil por quem adota tais medidas.

O primeiro deles diz respeito à reportagem realizada no dia 8 de abril de 2020, um dia antes da divulgação da existência do SIMI, em que os dados de determinada empresa de telefonia eram expostos, haja vista já haver pacto firmado entre o Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo, IPT e a Telefonica Brasil S.A. para o fornecimento de dados de deslocamento de usuários agregados anonimizados, firmado no dia 27 de março de 2020.

Ainda neste recorte para estudo, identifica-se o documento firmado pela Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações – ABR e as quatro maiores operadoras de telefonia celular do país, Claro, Vivo, TIM e Oi com o IPT-SP, datado de 16 de abril de 2020, que daria sustentação técnica ao SIMI, instituído pelo Decreto nº 64.963, de 5 de maio de 2020.

Para fins de condução do SIMI, se instituiu o ‘Comitê Gestor’, coordenado por 1 representante da Secretaria de Governo, 1 representante da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, 2 representantes da Secretaria de Saúde e 1 representante do IPTelo Secretário de Governo.

Então, sob a perspectiva governamental, é possível concluir que a medida escolhida pelo Governo do Estado de São Paulo contou com representantes (dos interesses) das empresas e (dos interesses) do governo, mas, nenhum ente efetivamente fiscalizador ou controlador que estivesse apto a proteger (os interesses) das pessoas que teriam seus dados pessoais anonimizados coletados para uso do mencionado Governo.

Noutro recorte, na perspectiva dos clientes, se não fosse por intervenção da imprensa, dificilmente se chegaria ao conhecimento destes que haveria o uso de informações desta natureza para medição do isolamento social, sobretudo pela falta de transparência nas quais as mencionadas medidas foram divulgadas à população.

Tais descompassos poderiam ser mitigados e evitados com a inclusão de representantes não apenas das secretarias de governo, mas da própria sociedade civil que estivessem profissionalmente preparados e dedicados à preservação da privacidade, funcionando como os esperados freios e contrapesos aos comportamentos de quem está executando as ordens do Governo do Estado, mecanismo de balanceamento indispensável para que os conflitos de interesses<sup>58</sup> pudessem ser adequadamente harmonizados.

Diante desse quadro, caso não existissem as pretensões judiciais para interrupção das medidas tomadas, é difícil crer que haveria a divulgação dos contratos firmados espontaneamente pelas empresas de telecomunicações, a ABR ou até mesmo o IPT-SP, já que a divulgação das medidas veio desacompanhada do esclarecimento que deveria ser

---

57 “(...) Ou seja, não foram apontados quaisquer atos objetivos que possam causar, direta ou indiretamente, perigo ou restrição à liberdade de locomoção no caso – o que inviabiliza, por si só, o manejo do remédio heróico. Ora, “[o] risco de cumprimento, ante tempus, é meramente hipotético, sabendo-se que não cabe ação de habeas corpus contra o chamado, por alguns, ‘ato de hipótese’; portanto, não há constrangimento ilegal a ser evitado ou sanado pelo presente habeas corpus, o qual se mostra manifestamente incabível” (HC n.º 82.319/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 12/09/2007). Entenda-se: a ameaça de constrangimento ao jus libertatis a que se refere a garantia prevista no rol dos direitos fundamentais (art. 5.º, inciso LXVIII, da Constituição da República) há de se constituir objetivamente, de forma iminente e plausível, e não hipoteticamente, como é a hipótese dos autos.” (STJ, HC nº 572.996 – SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 16.4.2020)

58 Conforme descrito por MICELI, Alexandre da Silveira de. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.53-54, o conflito de interesse não é cenário inovador ou inédito, principalmente, porque se assume que cada indivíduo busca maximizar sua sensação de bem-estar, também chamado de utilidade pessoal, que, por vezes, pode colidir ou ir em desencontro às decisões de outras pessoas, vez que essas também tomam decisões visando seu bem-estar, o que pode ser também aplicado para as decisões governamentais ou empresariais daquilo que se imagina como o melhor ou mais adequado a ser feito.

realizado proativamente, sobretudo pela maturidade da discussão do tratamento de dados pessoais na sociedade em virtude da LGPD.

Nesse sentido, as medidas indicadas não atenderam aos deveres de transparência e boa-fé que o Código de Defesa do Consumidor<sup>59</sup> e o Código Civil<sup>60</sup> exigem, pois, salvo melhor juízo, não está no aparato contratual das referidas prestadoras a autorização para tratamento de dados de seus clientes nos termos mencionados, o que dependeria de justo consentimento, pois a funcionalidade de localização do cliente pela operadora sem sua requisição fere os direitos de privacidade quando não expressamente por ele autorizados, em virtude de o serviço de telecomunicação contratado propriamente dito não depender de tal mecânica e essa funcionalidade espião não ser por ele razoavelmente esperada quando contrata tal serviço.

Tal conclusão é tirada a partir da já invocada Cláusula Geral de Privacidade, cujo entendimento implica em a regra ser a proteção da privacidade e a mitigação desta a exceção, modernamente abreviado por *privacy by default/por padrão*, que deve ter a leitura conjunta com o artigo 21 do Código Civil<sup>61</sup> nesta situação concreta.

Assim, a conduta jurídica esperada pelo fornecedor do Serviço Móvel Pessoal (SMP) era atender ao requisito de autorização expressa para a coleta desses dados, que vai além de eventual autorização para compartilhamento desses com parceiros comerciais da empresa de telecomunicações<sup>62</sup> ou quaisquer terceiros, pois o cerne do contrato celebrado visa ao fornecimento do SMP para o cliente, o que não subentende que haverá a coleta de dados de localização do titular durante sua utilização, pois não é pré-requisito para sua execução e fere, por óbvio, sua privacidade.

Isto é, o cliente paga a operadora de telefonia celular para realizar tráfego de dados utilizando a rede 2G/3G/4G, seja ele na forma de voz, internet, SMS, MMS etc. e não para ser ativamente monitorado, ainda que seja de forma anonimizada, posto que a repetição do padrão de movimentação pode individualizar determinado cliente ou facilitar o cruzamento dessas informações com outros dados que o irá individualizar e, com isso, descaracterizar a impessoalidade do dado.

Tal hipótese ocorreu no estado do Espírito Santo, em que a reportagem do *'The Intercept'* foi capaz de identificar com sucesso duas pessoas residentes em cidades com baixa população a partir do cruzamento de informações agregadas de deslocamento de clientes até então 'anonimizadas' com marcações de eventos e outras postagens em mídias sociais<sup>63</sup>.

De tal sorte, seria excesso de inocência crer que tal recurso foi ativado durante o período de contingência sanitária, somente, sobretudo porque dever-se-ia ter certeza de seus resultados positivos para que o centro de inteligência do Governo do Estado de São Paulo (IPT-SP) fosse contar para alimentar as diversas secretarias e órgãos de governo com o fito de se vencer a pandemia.

59 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

60 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

61 Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

62 Nesse sentido, o contrato do SMP ofertado pela Vivo prevê: "Quer receber da Vivo e parceiros ofertas e benefícios adequados ao seu perfil em seu celular? Para isso precisamos utilizar seus dados pessoais e de localização e uso na rede, que ficarão seguros em nosso banco de dados. Você ainda ajuda no desenvolvimento e melhoria de produtos. ( ) Sim ( ) Não."

63 Cf. DIAS, Tatiana. Vigiar e Lucrar. *The Intercept*. 13 abr. 2020. Disponível em: <<https://theintercept.com/2020/04/13/vivo-venda-localizacao-anonima/>>. Acesso em: 10 set. 2020.

Esse recurso já é utilizado pela empresa Vivo desde 2013, chamado de *smart steps*, e permite que a partir dos dados de localização do cliente anonimizado sejam agregadas outras informações e, assim, gerar massa crítica com valor para fins mercantis, literalmente, às custas do próprio cliente.

Vale dizer, também, que mesmo sem a vigência da LGPD, a legislação em vigor permite às prestadoras do SMP que divulguem informações agregadas sobre o uso de seus serviços desde que seja impossível individualizar seus clientes<sup>64</sup>, o que não se deve confundir com informações agregadas sobre a localização e trajetos realizados por seus clientes, posto que são dados inequivocamente distintos.

O uso do serviço compreende tanto a conduta ativa do cliente ao se valer da estrutura informacional com o fim de se comunicar com terceiros, seja via voz ou dados pelos mais diversos protocolos (TCP/IP, SMS, MMS etc.) quanto pela possibilidade de ser alcançado por outros usuários dos mesmos recursos, o que não depende do conhecimento da localização ou posição global do cliente para tanto, exatamente porque a ideia é permitir o serviço durante mobilidade, não importando a posição do usuário, mas, se existe a estrutura de sinal para que este consiga se comunicar.

Com isso, se percebe que o sentimento de vigilância e rastreamento antecede a própria calamidade pública, o que pode gerar ainda mais ansiedade por parte do cliente, já que nunca recebeu informações claras desta natureza ou conferiu qualquer autorização informada para a coleta dos dados de deslocamento nos moldes executados por quem provê o serviço de telefonia móvel.

O choque de realidade acontece quando o usuário se dá conta que é monitorado e acompanhado desde sempre por sabe-se lá quem e que dificilmente conseguirá se defender.

Ainda que sejam dados anonimizados, por fugirem do escopo principal do SMP contratado pelo cliente, o mínimo que deveria ser feito para homenagear a boa-fé objetiva e princípio da transparência, como já argumentado anteriormente, seria a empresa prestadora informar ao usuário que está apta a coletar dados de deslocamento e localização e perguntar expressamente se o titular autoriza a coleta desse tipo de dados com os fins já declarados, de modo que ele esteja apto a impedir que tais práticas fossem feitas consigo ou que este tome decisões já considerando a existência desse tipo de coleta de dados.

Isso para se respeitar o corolário da autodeterminação informativa, que já está incorporado na legislação brasileira consoante a Cláusula Geral de Privacidade e previsão expressa do *'habeas data'* na Constituição<sup>65</sup>, além do disposto no Código de Defesa do Consumidor sobre os direitos daquele que estiver inserido em banco de dados<sup>66</sup>.

Aparentemente, com a tomada dessas medidas, os melhores interesses do Governo se voltam para sua própria proteção e não para a defesa dos direitos de seus cidadãos, pois, sob o argumento de monitorar a eficácia das medidas de quarentena impostas para

64 Da Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472 de 1996:

Art. 72. Apenas na execução de sua atividade, a prestadora poderá valer-se de informações relativas à utilização individual do serviço pelo usuário. (...)

§ 2º A prestadora poderá divulgar a terceiros informações agregadas sobre o uso de seus serviços, desde que elas não permitam a identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade.

65 Art. 5º (...) LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

66 Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. (...)

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.



proteção da vida se faz uso dos relatórios provenientes da coleta de dados massificados não expressamente autorizada aos clientes-titulares e divulga tais atos como sendo algo bom.

Pior que isso, não foram implementadas medidas e ordens de controle para que se verificasse se realmente haveria a anonimização dos dados antes da remessa, da qualidade dos dados produzidos para que não houvesse distorção ou falta de adequação das medidas tomadas pelos órgãos de governo que tivessem como base os resultados obtidos pelo IPT-SP.

Desta sorte, o racional de legalidade do uso de tais informações está calcado na ação dos terceiros controladores do tratamento de dados pessoais, ou seja, caso os dados não sejam efetivamente anonimizados ou que são passíveis de reversão contrariando o que foi assentado na LGPD, se permitiu uma barbaridade.

Nesse sentido, é absurdo não haver qualquer prática de fiscalização externa para que fosse assegurada a proteção da privacidade das pessoas, sobretudo em tempos de extrema adversidade, em que a qualidade de vida já fica comprometida pelo próprio contexto de pandemia e que não deveria ser agravada ao se transparecer que existe monitoramento ativo das pessoas e que ocorre à revelia destas.

## 5 CONCLUSÕES

Por todo o avaliado no presente artigo, tem-se que a cultura de proteção de dados pessoais e privacidade ainda dependerá de maturação por parte dos agentes públicos e entidades privadas, pois a não compreensão da condição do titular dos dados como sendo soberano em atenção às informações que lhe dizem respeito, em razão da autodeterminação informativa, gera distorções e insegurança jurídica para todo o contexto social.

É preocupante atestar tentame de obtenção compulsória de dados pessoais a partir de edição de lei ou ato governamental equivalente, ignorando a necessidade de consentimento do titular quando inexistente qualquer abertura legal para esse tipo de requisição, a exemplo do que houve com a MP 954/2020.

Não obstante, beira à irresponsabilidade exigir a remessa desmedida de dados pessoais para órgão que possui fins estatísticos para continuidade de atividade de censo durante período de contingência e sem a devida cautela com a segurança dos dados, expondo dados da população inteira a inúmeros incidentes, o que leva a crer que todo do processo de aprendizado para a promulgação da LGPD não foi suficiente.

Também se constatou a falta de cuidado do legislador que decidiu pela entrada em vigor da LGPD durante delicado período de contingência sanitária e permitiu o descumprimento de seu artigo 63, prejudicando todos os controladores de dados que já possuíam bases de dados antes de sua entrada em vigor e aguardavam orientações da ANPD para que o fizessem da melhor forma.

Ao se optar por não adiar da vigência da LGPD mesmo com a ANPD ainda em vias de constituição e organização se constrói cenário de desamparo à mencionada lei, pois a Autoridade é peça fundamental para que haja o desenvolvimento da cultura de proteção de dados e privacidade de modo transversal nas atividades praticadas no Brasil, auxiliando na fiscalização e cumprimento das regras da forma mais orgânica possível.

Além disso, se constatou situações revestidas de ilegalidade praticadas sem qualquer pudor sob o manto da 'anonimização', mesmo quando a legislação que vige sequer recepcionou tal hipótese como exceção à regra de obtenção de consentimento ou autorização do titular dos dados para que houvesse sua coleta e compartilhamento.

Com base nesses atos à margem da lei, se percebe a necessidade de os controladores

de tratamento de dados pessoais melhor compreenderem o significado das ideias de *privacy by default/por padrão*, devendo se evitar a coleta indiscriminada de dados pessoais do titular que não são pré-requisitos para a prestação do serviço ou entrega do produto efetivamente contratado, pois o abuso de direito ocorrerá independentemente se os dados forem anonimizados, ou não, já que o racional determinante está vinculado com a justa expectativa de o titular ter aqueles dados tratados quando houver confronto com a necessidade e utilidade ao que realmente por ele se pretendeu receber.

Por fim, ainda que o recurso da anonimização de dados pessoais seja reconhecido como seguro, cuidados adicionais devem ser empregados para que se evite a recombinação de tais informações com outras provenientes de bases amplamente acessíveis, pois há fundada chance de ocorrer associação dos dados com seu titular.

## REFERÊNCIAS

ABNT. *ISO/IEC 27701:2019 Técnicas de segurança – Extensão da ABNT NBR ISO/IEC 27001 e ABNT NBR ISO/IEC 27002 para gestão da privacidade da informação – Requisitos e diretrizes*. Brasil: ABNT, 2019.

ALI, Imam Ibn Abi Talib. *Peak of eloquence*. Imam Al Khoei Islamic Center, 1983.

ALEMANHA. BVerfG, 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 < <https://research.wolterskluwer-online.de/#/document/f1bace50-1d75-40d2-8e17-789fa46e85ce?searchId=3406284> > Acesso em: 10 set. 2020.

BACON, Francis. *Religious meditations*. Londres: John Laggard, 1613. Versão em e-book Disponível em: < <https://archive.org/stream/essaiesofsrfranc00baco#page/180/mode/2up> > Acesso em: 10 set. 2020.

BAKER, Stephen. *The Numerati*. Nova Iorque: Houghton Mifflin Harcourt, 2008. Edição Kindle

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. Antigo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2 ed. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7 ed. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL, Constituição, 1988.

BRASIL, Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.

BRASIL, Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020.

BRASIL, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1996.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

BRASIL, Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

BRASIL, Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020.

BRASIL, Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *EM nº00151/2020 ME*. 15 abr. 2020. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf) > Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 572.996. Impetrante: André Gustavo Zanoni Braga De Castro. Paciente: Todos os moradores do Estado de São Paulo. Autoridade Coatora: Governador do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 16 de abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relatora: Exma. Min. Rosa Weber, 27 de abril de 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf> > Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 0000651-41.2005.404.7103/RS. Apelante: Marcio Adriano Dornelles Martins e outros. Apelada: União Federal. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 13 de julho de 2010.

CASTELLS, Manuel. *Communication power*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. Edição do Kindle

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DAVIES, Susanna. Introduction: information, knowledge and power. *IDS Bulletin* 25.2, 1994. Disponível em: < <https://www.ids.ac.uk/files/dmfile/davies252.pdf> >

DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL. *Coronavirus (COVID-19) - 30 de abril 2020*. 30 abr. 2020. Disponível em: < <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-covid-19-30-abril-2020> > Acesso em: 10 set 2020.

DIAS, Tatiana. Vigiar e Lucrar. *The Intercept*. 13 abr. 2020. Disponível em: < <https://theintercept.com/2020/04/13/vivo-venda-localizacao-anonima/> > Acesso em: 10 set 2020.

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006

FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Orgs.) *Banche dati telematica e diritti della persona*. Padova: Cedam, 1984.

G1. *Coronavírus: Governo paulista usa sinal de celular para monitorar quarentena*. 8 abr. 2020. Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/videos/v/coronavirus-governo-paulista-usa-sinal-de-celular-para-monitorar-quarentena/8466867/> > Acesso em: 10 set 2020.

G1. *SP usa sistema de monitoramento com sinais de celulares para localizar aglomeração de pessoas no estado*. 9 abr. 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/09/sp-usa-sistema-de-monitoramento-com-sinais-de-celulares-para-localizar-aglomeracao-de-pessoas-no-estado.ghtml> > Acesso em: 10 set 2020.

HOBBS, Thomas. *Concerning body*. 1655. In *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*. Now first collected and edited by Sir. Bart William Molesworth. v. 1. Londres: John Bohn, 1839. Versão em e-book do Google Play. Disponível em: < [https://play.google.com/books/reader?id=Gr8LAAAAIAAJ&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PA1](https://play.google.com/books/reader?id=Gr8LAAAAIAAJ&hl=pt_BR&pg=GBS.PA1) > Acesso em: 10 set 2020.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO/IEC 27002:2013 Information technology -- Security techniques – Code of practice for information security controls*. 2. ed. Suíça: International Organization for Standardization, 2013.

IT FORUM 365. *58% das pequenas empresas não estão preparadas para a LGPD*. 21 jan. 2020. Disponível em: < <https://itforum365.com.br/58-das-pequenas-empresas-nao-estao-preparadas-para-a-lgpd/> > Acesso em: 10 set. 2020.

JUNQUEIRA, Daniel. *Brasil já tem mais smartphones do que habitantes*. Olhar Digital. 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/brasil-ja-tem-mais-smartphones-do-que-habitantes/75627>> Acesso em: 10 set. 2020

LE MOS, Vinicius. *Demitidos por causa do coronavírus: os brasileiros que já ficaram desempregados com a pandemia*. UOL Economia. 26 mar 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2020/03/26/demitidos-por-causa-do-coronavirus-brasileiros-que-ja-ficaram-desempregados-com-a-pandemia.htm>> Acesso em: 10 set. 2020.

MICELI, Alexandre da Silveira. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

MINISTERO DELLA SALUTE. *Covid-19, i casi in Italia alle ore 18 del 31 marzo*. 31 mar 2020. Disponível em: <<http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4370>> Acesso em: 10 set. 2020.

OLIVEIRA, Joana. *716.000 empresas fecharam as portas desde o início da pandemia no Brasil, segundo o IBGE*. EL PAÍS. 19 jul. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/716000-empresas-fecharam-as-portas-desde-o-inicio-da-pandemia-no-brasil-segundo-o-ibge.html>> Acesso em: 10 set. 2020.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Coronavírus*. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia\\_em\\_saude/doencas\\_e\\_agrivos/coronavirus/index.php?p=291730](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/doencas_e_agrivos/coronavirus/index.php?p=291730)> Acesso em: 10 set. 2020 e Governo do Estado de São Paulo. *Nova campanha do Governo destaca necessidade de ficar em casa para combater coronavírus*. 13 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/nova-campanha-do-governo-destaca-necessidade-de-ficar-em-casa-para-combater-coronavirus/>> Acesso em: 10 set. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. A privacidade hoje. Trad. por Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SÃO PAULO (Cidade). Decreto nº 59.283, de 16 de março de 2020

SÃO PAULO (Estado). Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança Coletivo nº 2069736-76.2020.8.26.0000. Impetrante: Caio Junqueira Zacharias. Autoridade coatora: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Evaristo dos Santos. São Paulo, 24 de junho de 2020

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SOLOVE, Daniel J. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York: New York University Press, 2004.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

ROSSI, Lucca. Um quarto das PMEs desconhece a nova lei de proteção de dados. CAPTERRA. 13 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.captterra.com.br/blog/1357/nova-lei-de-protecao-de-dados>> Acesso em: 10 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE*. 7 mai 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>> Acesso em: 10 set. 2020.

TOBEÑAS, José Castán. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.

WARREN, Samuel. D.; BRANDEIS, Louis D. *The right of privacy*, in 4 Harvard Law Review 193, 1890, Disponível em: < <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C> > Acesso em: 10 set. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public*. 4 jun. 2020. Disponível em: < <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> > Acesso em: 10 set. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. 11 mar. 2020. Disponível em: < <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> > Acesso em: 10 set. 2020.



# DIAGNÓSTICO PARA COVID-19 COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVOS DESAFIOS SOBRE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA<sup>1</sup>

**Paulo Nalin**

Pós Doutor em Contratos Internacionais pela Juristische Fakultät Basel (Faculdade de Direito da Universidade de Basileia, Suíça). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Docente associado de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (Graduação e Pós-Graduação). Professor do L.L.M. da Swiss International Law School (SILS). Membro da Comissão de Mediação e Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná (OAB/PR). Árbitro relacionado nas listas da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – (ARBITAC). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont) e Instituto de Direito Privado (IDP). Associado ao Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Instituto de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Cbar). Membro do Grupo de Trabalho do Senado Federal para a consolidação e proposta do novo Código Comercial. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado. E-mail: paulo\_nalin@arauz.com.br.

**Rafaella Nogaroli**

Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pós-graduanda em Direito Médico pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Coordenadora do Grupo de Pesquisas em “Direito da Saúde e Empresas Médicas” (UNICURITIBA). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e do Grupo de Pesquisas em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” (UFPR). E-mail: nogaroli@gmail.com.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Riscos da Inteligência Artificial na análise diagnóstica e as cláusulas contratuais éticas; 3 Conceitos basilares da Responsabilidade Civil Médica no século XXI; 4 Inteligência Artificial na análise diagnóstica da Covid-19 e a Responsabilidade Civil Médica por erro de diagnóstico ou violação ao dever de informação; 5 Peculiaridades da Responsabilidade Civil Médica em tempos de Pandemia; 6 Notas conclusivas: o (re)pensar da Responsabilidade Civil e dos princípios contratuais com a utilização da Inteligência Artificial em tempos de Pandemia; Referências.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.43, p.256-272, jan./abr. 2021.

## 1 INTRODUÇÃO

No cenário da medicina contemporânea, vislumbra-se o grande potencial da inteligência artificial (IA)<sup>2</sup> para promover melhorias na assistência à saúde, ao demonstrar seu enorme potencial no aprimoramento de diagnósticos e cuidados médicos. A tecnologia fornece importante suporte à decisão clínica, tendo em vista a sua capacidade de processar e analisar rapidamente – e, tendencialmente, de maneira eficiente – grande quantidade de dados. A proliferação do recurso à inteligência artificial na prática médica parece acompanhar, assim, um fenômeno mais amplo de mudança da *medicina convencional* para a *medicina dos 4 Ps* (preventiva, preditiva, personalizada e proativa).<sup>3</sup> A transformação do atendimento médico nesse modelo mais proativo, preventivo, preciso e centrado na individualidade de cada paciente tornou-se possível, nos últimos anos, a partir da combinação de grande volume de dados de saúde e *softwares* de inteligência artificial.<sup>4</sup>

A Era Digital da assistência médica permitiu que os dados físicos dos pacientes fossem transferidos de pastas de papel para registros eletrônicos de saúde. Com isso, após décadas de digitalização de registros médicos (com o crescente armazenamento em nuvem), o setor de saúde criou um conjunto enorme (e continuamente crescente) de dados.<sup>5</sup> A aplicação dos algoritmos de inteligência artificial no contexto dessa vasta quantidade de dados permite a identificação de padrões e correlações, fornecendo *insights* importantes para melhorar a prestação de cuidados de saúde.<sup>6</sup>

Dentre as aplicações de inteligência artificial já disponíveis no mercado, destaca-se o *Watson for Oncology*,<sup>7</sup> “uma solução alimentada por informações obtidas de diretrizes relevantes, melhores práticas, periódicos médicos e livros didáticos”. A IA avalia as informações do prontuário de um paciente, juntamente com os dados das evidências médicas (artigos científicos e estudos clínicos), exibindo, assim, possíveis opções de tratamento classificadas por nível de confiança. Ao final, caberá ao médico analisar as conclusões trazidas pela IA e decidir qual a melhor opção de tratamento para aquele paciente específico.

Destaque-se que o rápido diagnóstico proporcionado pela IA pode ser, muitas vezes, fator crucial para o imediato início do tratamento e a subsequente recuperação do paciente, especialmente em doenças de evolução rápida ou em situações de urgência e emergência. Durante a pandemia da Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus, variante SARS-CoV-2), com o aumento rápido e exponencial de infectados – já atingindo mais de 36 milhões de pessoas contaminadas e os casos fatais já somam mais de 1 milhão –,<sup>8</sup> e na ausência de

2 Inteligência artificial é o desenvolvimento de sistemas de computador capazes de executar tarefas que normalmente exigem inteligência humana, como: planejamento, reconhecimento de sons e objetos, compreensão de linguagens, raciocínio, solução de problemas, tomada de decisão e aprendizado. Max Tegmark, no livro *Life 3.0: ser-se humano na era da inteligência artificial* define a IA como “a capacidade de realizar objetivos complexos” e denomina agentes inteligentes as “entidades que recolhem informação sobre o seu meio ambiente através de sensores e em seguida processam essa informação para decidir como reagir ao seu meio ambiente”. (TEGMARK, Max. *Life 3.0: ser-se humano na era da inteligência artificial*. Tradução de João Van Zeller. Alfragide: Dom Quixote, 2019, p. 123.)

3 HOLZINGER, Andreas; RÖCKER, Carsten; ZIEFLE, Martina. From Smart Health to Smart Hospitals. In: *Smart Health: Open Problems and Future Challenges*. Cham: Springer, 2015, p. 1-20.

4 HOLZINGER, Andreas; RÖCKER, Carsten; ZIEFLE, Martina. From Smart Health to Smart Hospitals. In: *Smart Health: Open Problems and Future Challenges*. Cham: Springer, 2015, p. 10.

5 MOLNÁR-GÁBOR, Fruzsina. Artificial Intelligence in Healthcare: Doctors, Patients and Liabilities. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo. *Regulating Artificial Intelligence*, p. 350-351.

6 TOPOL, Eric. *Deep medicine: how artificial intelligence can make healthcare human again*. Nova Iorque: Basic Books, 2019, p. 81

7 IBM Watson for Oncology. *IBM*. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/marketplace/clinical-decision-support-oncology>. Acesso em: 05 out. 2020.

8 Dados extraídos em 08 de outubro de 2020 do mapa criado pela Microsoft, que mostra, em tempo real, os números oficiais de casos de coronavírus confirmados no Brasil e no mundo: <https://bing.com/covid>.

medicamentos ou vacinas terapêuticas específicas para o novo coronavírus, faz-se essencial detectar a doença em um estágio inicial e, dentro de parâmetros razoáveis. Por isso, *softwares* com tecnologia cognitiva e algoritmos de inteligência artificial foram amplamente utilizados ao redor do mundo, como importante suporte à análise diagnóstica da Covid-19 em tempos de pandemia, tendo em vista a sua capacidade de processar e analisar rapidamente – e, tendencialmente, de maneira eficiente – grande quantidade de dados.<sup>9</sup>

Apesar de todos os benefícios com a utilização da inteligência artificial nesse contexto pandêmico, há alguns riscos associados à tecnologia, os quais requerem certas reflexões ético-jurídicas. Há possibilidade, por exemplo, de a IA causar danos imprevisíveis devido ao grau de falibilidade ou do aperfeiçoamento decorrente do chamado “aprendizado de máquina”. Ainda, existe a impossibilidade de conter os atos próprios da IA e a falta de transparência na maneira como ela processa as informações, características que são inerentes à tecnologia.<sup>10</sup>

Diante desse contexto de prestação de serviços médicos apoiados por inteligência artificial (IA), considerando-se os seus benefícios e riscos, exige-se a investigação, num primeiro momento, dos princípios éticos aplicáveis nestas relações contratuais. Já sustentamos<sup>11</sup> a necessidade de serem repensados os princípios contratuais, a partir da premissa de que o contrato é uma “relação complexa solidária”. Nessa, ainda muito atual, proposição contratual, mostra-se indiscutível a compreensão do contrato funcionalizado e destinado à realização de valores, para além da mera compreensão como um “acordo de vontades”, devendo, sobretudo, ser interpretado sob a égide da boa-fé objetiva e seus princípios contemporâneos derivados – transparência, confiança e equidade – que afirmam o desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.<sup>12</sup>

Na sociedade atual, é imprescindível a compreensão das relações contratuais não apenas nos seus aspectos econômicos, mas também éticos. Isso porque ocorreu, nos últimos anos, uma “mudança de paradigma no âmbito do Direito Contratual”, que o realocou e recondicionou na moldura da dignidade da pessoa humana.<sup>13</sup> Os contratos devem servir como meio de proteger e promover os direitos humanos, de modo que padrões éticos façam parte de todas as relações contratuais. O mecanismo jurídico para o cumprimento de obrigações relacionadas aos direitos humanos corresponde às denominadas “cláusulas éticas”.<sup>14</sup>

Compreender os contornos da tecnologia e, ainda, decidir como incorporar valores sociais e éticos nos sistemas de robótica e IA exige que seja definido, antes de qualquer coisa, o significado que se deseja para a IA em nossa sociedade. Implica decidir sobre diretrizes éticas, políticas de governança, incentivos e regulamentos. A União Europeia (UE) lançou, em 2019, Orientações Éticas para uma IA de Confiança,<sup>15</sup> destinadas a todas as pessoas que desenvolvem, utilizam ou são afetadas pela IA. No contexto brasileiro, tramita no Senado

9 NOGAROLI, Rafaella; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. *Debates Contemporâneos e direito médico e da saúde*. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 69-91.

10 FLASINSKI, Mariusz. *Introduction to Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2016, *passim*.

11 NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 255.

12 NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 129-137.

13 NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia. O contrato como ferramenta de realização dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano V, n.VIII, 2019.

14 NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia. O contrato como ferramenta de realização dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano V, n.VIII, 2019.

15 PARLAMENTO EUROPEU. Orientações éticas para uma IA de confiança. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 abr. 2020.

Federal o Projeto de Lei nº 5.051/2019,<sup>16</sup> que é pioneiro ao tratar da regulamentação da IA, adotando técnica mais principiológica, inclusive em harmonia com as diversas iniciativas regulatórias de outros países.

No presente trabalho, buscaremos expor um panorama geral dos principais princípios a serem observados nos contratos de prestação de serviços da saúde sob novas tecnologias – especialmente dos algoritmos de inteligência artificial para diagnóstico médico –, inspirando-nos no conteúdo dos dois regramentos supracitados. Vale destacar que as transformações tecnológicas na saúde, além de terem impacto sobre a própria função do instituto dos contratos e dos seus princípios interpretativos, traz também novas reflexões sobre a forma de atribuição da responsabilidade civil, diante de um evento adverso decorrente destes contratos de prestação de serviços médicos apoiados em inteligência artificial.

Por fim, frise-se que a discussão sobre os reflexos da inteligência artificial na principiologia contratual e responsabilidade civil médica torna-se acentuadamente complexa, sobretudo para criar diagnósticos tangíveis, em situações recorrentes de vida ou morte em que os pacientes podem se encontrar durante a pandemia da Covid-19. Diante disso, também serão investigados os impactos desses tempos pandêmicos, no que se refere à necessidade de estabelecer novos parâmetros de avaliação dos deveres contratuais anexos e da culpa profissional, tendo em vista a excepcionalidade e imprevisibilidade da prática médica neste contexto.

## **2 RISCOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ANÁLISE DIAGNÓSTICA E AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ÉTICAS**

Recentemente, ocorreram dois acidentes com carros autônomos, que representam os primeiros episódios nos quais a inteligência artificial (IA) causou suas primeiras fatalidades.<sup>17</sup> Ainda, destaca-se o evento imprevisto que aconteceu durante experimento realizado em 2002, por cientistas do Magna Science Center, na Inglaterra: dois robôs inteligentes foram colocados numa arena para simular um cenário de “predadores” e “presas”, a fim de constatar se os robôs seriam capazes de se beneficiar da experiência adquirida com o *machine learning* para desenvolver novas técnicas de caça e autodefesa. Contudo, o Gaak, um dos robôs, adotou uma conduta imprevisível, encontrou uma saída através do muro da arena e foi para a rua, onde acabou atingido por um carro.<sup>18</sup>

Em 2015, um grupo de cientistas no Mount Sinai Hospital (Nova York) desenvolveu o *Deep Patient*,<sup>19</sup> *software* inteligente que prevê futuras doenças dos pacientes, a partir de uma base de conhecimento composta por cerca de 700 mil prontuários eletrônicos. Em estudos iniciais, constatou-se que a IA possui a capacidade de antecipar o aparecimento de diferentes doenças como esquizofrenia, diabetes e alguns tipos de câncer. Contudo, a maneira que os dados são processados, isto é, o processo de aprendizado de máquina para chegar a um determinado diagnóstico é ainda uma verdadeira incógnita para os cientistas. Este é o chamado “problema da caixa preta” (*black box problem*) da inteligência artificial: os

16 SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 5051, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 14 abr. 2020.

17 LEVIN, Sam; WONG, Julia Carrie. *Self-driving Uber kills Arizona woman in first fatal crash involving pedestrian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe>. Acesso em: 08 out. 2020.

18 CERKA, Paulius; GRIGIEN, Jurgita; SIRBIKYT, Gintar. *Liability for damages caused by artificial intelligence*. *Computer Law & Security Review*, v. 31, n. 3, jun. 2015, p. 376-389.

19 MIOTTO, Riccardo; LI, L.; KIDD, Brian A.; DUDLEY, Joel T. *Deep patient: an unsupervised representation to predict the future of patients from the electronic health records*. *Nature Scientific Reports*, v. 6, maio 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/srep26094>. Acesso em: 05 out. 2020.

algoritmos executam determinadas ações para chegar a um resultado específico, no entanto, eles não são capazes, muitas vezes, de realmente explicar ao homem como essa decisão foi tomada.<sup>20</sup> Além das discussões sobre a transparência, há de se destacar também o problema da confiabilidade destes algoritmos.

Sameer Singh, professor assistente no Departamento de Ciência da Computação da Universidade da Califórnia (UCI), nos Estados Unidos, relata que um aluno criou um algoritmo para categorizar fotos de huskies e lobos.<sup>21</sup> O algoritmo poderia quase perfeitamente classificar os dois animais. Contudo, após inúmeras análises cruzadas, Singh descobriu que o algoritmo estava, na verdade, identificando lobos com base apenas na neve do fundo da imagem, e não nas próprias características do lobo.

A dificuldade na identificação da maneira que os algoritmos chegam a um resultado, e com base na análise de quais partes de uma imagem, pode ser extremamente problemática, sobretudo no contexto da IA utilizada para análise diagnóstica de pacientes acometidos com graves doenças. Imagine-se, por exemplo, um algoritmo mal programado, ou com algum grau elevado de falibilidade, no sistema inteligente que possui a capacidade de identificar a Covid-19, a partir da leitura da tomografia do tórax de pacientes.<sup>22</sup> Em que pese a IA fornecer importante suporte à decisão clínica, tendo em vista a sua capacidade de processar e analisar rapidamente grande quantidade de dados de forma eficiente – abrindo-se a louvável possibilidade para diagnósticos rápidos de uma doença, com crescimento exponencial de infectados –, não se pode ignorar que a inteligência artificial comete erros. E essas atitudes errôneas podem se dar não apenas pelo defeito de programação do algoritmo, como também pelos eventos imprevisíveis ocasionados pelo aprendizado de máquina ou, até mesmo, pela própria limitação da tecnologia. No caso do *software* inteligente para identificar a Covid-19 na China, o grau de precisão é de 90%, ou seja, observa-se uma expressiva margem de erro da IA.<sup>23</sup>

Diante de todo esse contexto de benefícios, mas também riscos, da IA, com possibilidade de causar danos aos pacientes, é de suma importância a investigação dos princípios éticos que devem ser respeitados, tanto pelos desenvolvedores da tecnologia, como pelo profissional que utilizará a tecnologia como apoio para tomada de decisão.

O contrato de prestação de serviços médicos com IA deve ser funcionalizado e destinado à realização de valores, para além da mera compreensão como um “acordo de vontades”,<sup>24</sup> devendo, sobretudo, ser interpretado sob a égide da boa-fé objetiva e seus princípios contemporâneos derivados – transparência, confiança e equidade – que afirmam o desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.<sup>25</sup> Nesse cenário, as *cláusulas éticas* ganham importante espaço nas relações contratuais.<sup>26</sup>

A Resolução do Parlamento Europeu de 2017, que traz disposições de direito

20 Sobre o tema, imperiosa a remissão à já clássica lição de PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, *passim*. Mais especificamente sobre o *black box problem* no setor da saúde, cf. TOPOL, Eric. *Deep medicine: how artificial intelligence can make healthcare human again*. Nova Iorque: Basic Books, 2019, p. 95.

21 HUSKY or wolf? Using a black box learning model to avoid adoption errors. Disponível em: <http://innovation.uci.edu/2017/08/husky-or-wolf-using-a-black-box-learning-model-to-avoid-adoption-errors/>. Acesso em: 05 out. 2020.

22 GOMES, Helton Simões. HC corre para ter inteligência artificial que ache Covid-19 em tomografia. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/03/25/hc-corre-para-ter-inteligencia-artificial-que-acha-covid-19-em-tomografia.htm>. Acesso em: 05 out. 2020

23 Ping An Launches Covid-19 smart image-reading system to help control the epidemic. Disponível em: <https://www.prnewswire.com/news-releases/ping-an-launches-covid-19-smart-image-reading-system-to-help-control-the-epidemic-301013282.html>. Acesso em: 29 set. 2020.

24 NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 255.

25 NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 255.

26 NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia. O contrato como ferramenta de realização dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano V, n.VIII, 2019.



civil sobre robótica, realça o princípio da transparência na criação e implementação de tecnologias de robótica e IA, pois deve ser sempre possível traduzir a computação realizada pelo sistema de IA a uma forma de compreensão pelos seres humanos. Nesse sentido, sugere-se que os robôs precisam ser “dotados de uma ‘caixa preta’ com dados sobre todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação das suas decisões”.<sup>27</sup> Destacam-se também outros princípios orientadores a serem observados nos cuidados da saúde apoiados por IA: beneficência, não maleficência, autonomia, justiça, consentimento esclarecido etc. Ainda, a Resolução considera que o quadro jurídico da União Europeia deve ser atualizado e complementado, por meio de princípios éticos que se coadunem com a complexidade da IA e robótica, e com as suas inúmeras implicações sociais, médicas e bioéticas.<sup>28</sup>

No Brasil, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5.051/2019, que é pioneiro ao tratar da regulamentação da IA, adotando técnica mais principiológica, inclusive em harmonia com as diversas iniciativas regulatórias de outros países, e inspirado na iniciativa da União Europeia (UE), que lançou, em 2019, as chamadas “Orientações Éticas para uma IA de Confiança”.<sup>29</sup> O documento europeu é destinado a todas as pessoas que desenvolvem, utilizam ou são afetadas pela IA, incluindo empresas, instituições, organizações governamentais e da sociedade civil, pessoas singulares, trabalhadores e consumidores. Para uma IA ser considerada de “confiança”, ela deve ser: a) *legal*: respeitar toda a legislação e regulamentos nacionais e internacionais aplicáveis; b) *ética*: observar princípios e valores éticos; c) *sólida*: prezar pela segurança e evitar que sejam causados danos não intencionais, tanto do ponto de vista técnico como social.

Essas *guidelines* possuem duas seções específicas. Há as “bases da criação de uma IA de confiança”, formadas por 4 princípios éticos – respeito da autonomia humana, prevenção de danos, equidade e explicabilidade –, que refletem alguns direitos fundamentais (dignidade humana, liberdade do indivíduo, democracia, justiça, igualdade, não discriminação, solidariedade). Ainda, indica-se que, para a “concretização de uma IA de confiança”, há 7 requisitos essenciais a serem seguidos pelos sistemas inteligentes, ao longo do seu ciclo de vida útil: ação e supervisão humanas; solidez técnica e segurança; privacidade e governança dos dados; transparência; diversidade, não discriminação e equidade; bem-estar social e ambiental; e responsabilização.<sup>30</sup>

Entre todos esses importantes princípios acima elencados, destacamos a relevância que o documento do Parlamento Europeu apresenta, no que se refere à necessidade de os sistemas inteligentes servirem como meros instrumentos, respeitando a autonomia e auxiliando a tomada de decisão dos seres humanos, de modo que o princípio geral da autonomia do utilizador esteja sempre no centro de funcionalidade do sistema.<sup>31</sup> A solidez técnica e segurança, por sua vez, exigem que a IA se comporte conforme o previsto, minimizando-se os danos não intencionais e inesperados, e prevenindo os danos inaceitáveis. Importante

27 PARLAMENTO EUROPEU. *Disposições de Direito Civil sobre Robótica*. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017. par. 12. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html). Acesso em: 14 set. 2020.

28 PARLAMENTO EUROPEU. *Disposições de Direito Civil sobre Robótica*. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017. par. 12. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html). Acesso em: 14 set. 2020.

29 PARLAMENTO EUROPEU. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 abr. 2020.

30 PARLAMENTO EUROPEU. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 set. 2020.

31 TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019. E-book.

observar que a IA não é perfeita e possui algum grau de falibilidade, mas este deve ser minimizado e claramente indicado ao seu usuário.

Conforme dispõe a Orientação europeia, quando não for possível evitar essas eventuais previsões incorretas, o sistema precisa “indicar a probabilidade de tais erros ocorrerem”.<sup>32</sup> Nesse sentido, demonstra-se a importância também do médico, que utiliza a IA para apoiar sua tomada de decisão, por exemplo, informar o seu paciente sobre o grau de imprecisão da tecnologia e os possíveis eventos adversos daí decorrentes.

Além disso, observa-se a relevância do requisito de segurança, exigindo-se que o sistema possua salvaguardas contra vulnerabilidades, por meio do implemento de um plano de contingência de danos, diante da invasão de *hackers* ou outros problemas.<sup>33</sup> Pode-se pensar na hipótese de um sistema inteligente que auxilia deficientes visuais a atravessarem ruas, identificando faixas de pedestres. Caso o sistema seja invadido por *hackers*, deve-se acionar automaticamente um plano emergencial que impeça, naquele momento, a identificação das faixas, a fim de evitar atropelamentos. O princípio da prevenção de danos refere-se, então, à questão de que os sistemas inteligentes precisam ser o mais seguros possíveis, a fim de não causar ou agravar danos, tampouco afetar negativamente os seres humanos, de qualquer outra forma.<sup>34</sup>

Ainda, as Orientações destacam que processos decisórios dos sistemas inteligentes precisam ser transparentes, possibilitando, na medida do possível, a explicação sobre determinado resultado (ou decisão), bem como a identificação da entidade responsável por este.<sup>35</sup> Todavia, como anteriormente exposto neste trabalho, há o “problema da caixa preta” (*black box problem*) na IA: os algoritmos executam determinadas ações para chegar a um resultado específico, mas nem sempre são capazes de realmente explicar ao homem como essa decisão foi tomada.<sup>36</sup> Nestas situações, de falta de transparência na maneira como a IA processa as informações, são possíveis outras medidas de explicabilidade – tal como rastreabilidade, auditabilidade e comunicação transparente sobre as capacidades do sistema –, desde que o sistema inteligente respeite os direitos fundamentais.<sup>37</sup>

Tudo deve ser documentado para permitir ao máximo a rastreabilidade e, conseqüentemente, a transparência da IA.<sup>38</sup> Isso é muito importante quando for preciso investigar por que uma decisão foi tomada de forma errônea. No caso, anteriormente mencionado, no qual o algoritmo identificava fotos de huskies e lobos, apenas foi possível aferir que o algoritmo estava mal programado porque tinha sido documentada a base de dados da IA, além do padrão de fotos inserido para programação algorítmica.

Para o propósito mais específico do presente estudo, há de se verificar que os riscos da inteligência artificial terão reflexos importantes no contexto da análise diagnóstica da Covid-19, não apenas no que se refere à principiologia contratual – *cláusulas contratuais éticas* – como também no equacionamento da responsabilidade civil médica na eventualidade

32 PARLAMENTO EUROPEU. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 set. 2020.

33 PARLAMENTO EUROPEU. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 set. 2020.

34 TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019. E-book.

35 PARLAMENTO EUROPEU. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 set. 2020.

36 DIGNUM, Virginia. *Responsible artificial intelligence*. How to develop and use AI in a responsible way. Cham: Springer, 2019. E-book.

37 DIGNUM, Virginia. *Responsible artificial intelligence*. How to develop and use AI in a responsible way. Cham: Springer, 2019. E-book.

38 PARLAMENTO EUROPEU. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 set. 2020.

de algum dano sofrido pelo paciente. Diante disso, torna-se essencial a investigação dessa problemática, tendo como ponto de partida os conceitos basilares da responsabilidade civil médica, bem como suas peculiaridades em tempos de pandemia.

### 3 CONCEITOS BASILARES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO SÉCULO XXI

A responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa, nos termos dos arts. 186, 927, *caput*, e 951 do Código Civil (CC) e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A culpa consiste no desvio do modelo ideal de conduta; assim, o agente não visa causar prejuízo à vítima, mas causa o dano a outrem devido à sua ação negligente, imprudente ou imperita. Conforme lições de Eduardo Dantas, para que se tenha um contrato de serviços médicos por inadimplido, “não basta a materialização de um dano, ou um resultado adverso decorrente da intervenção ou tratamento médico”.<sup>39</sup> É imprescindível a comprovação do dolo ou da culpa *stricto sensu*.

Para a caracterização da culpa médica, não é necessária a “intenção” – basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser contrastante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns. A partir de um juízo de censura ético-jurídica, aceita-se a determinação da culpa, segundo esclarece Ana Mafalda Castanheira Barbosa, de acordo “com a ideia de conduta deficiente [...] falta de cuidado, de zelo [...] falta de senso, de perícia ou de aptidão”.<sup>40</sup>

Ainda, importante destacar que o encargo assumido pelo médico se configura como obrigação “de meios”, e só por exceção constituirá obrigação “de resultado”, pois ele não assegura a consecução do resultado esperado pelo paciente, apenas se obrigando a empregar os meios conducentes à finalidade esperada. O profissional não assume o compromisso de alcançar um objetivo ou conseguir um efeito determinado. Por outro lado, segundo explica Miguel Kfoury Neto, incumbe-lhe “aplicar todos os seus esforços, utilizando os meios de que dispõe, para obter a cura, valendo-se da prudência e dedicação exigíveis”.<sup>41</sup>

No caso específico de erro de diagnóstico, há uma peculiaridade na aferição da responsabilidade civil médica. A regra é que esse *erro* seja valorado como *excusável*, inapto, assim, à configuração da culpa necessária para a deflagração do dever de indenizar.<sup>42</sup> Conforme leciona Kfoury Neto, o médico deve “esgotar todos os meios ao seu alcance para emitir o diagnóstico; sempre que possível, submeter o paciente a todos os exames apropriados para se determinar a origem e natureza da doença”.<sup>43</sup> Assim, o profissional incorrerá em responsabilidade, em suma, tão somente quando não revelar o cuidado razoavelmente exigível na sua conduta.

Ao lado dos deveres de tratar, de agir segundo as *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento, o médico deve “respeitar o paciente, dever este que se desdobra nos [deveres] de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento”<sup>44</sup>. Com a utilização cada vez mais acentuada das tecnologias na área da saúde, especialmente da inteligência artificial, implica maiores ponderações acerca do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente.

---

39 DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 199.

40 BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Princípia, 2017, p. 236.

41 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 45.

42 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 215.

43 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 216.

44 RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico*. Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 23-24.

A atual doutrina do consentimento informado compreende um papel consultivo do médico, o que envolve um processo de diálogo, cujo objetivo é assegurar que o doente compreenda todas as circunstâncias do tratamento proposto e da tecnologia utilizada para esse fim, bem como as razoáveis alternativas terapêuticas, possibilitando a tomada de decisão bem informada.<sup>45</sup> Nesse sentido, destacam-se as lições de Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, ao explicarem que, atualmente, os deveres contratuais do médico de informar com lealdade e transparência encontram-se fortalecidos:

Se há, hoje, um contrato que deve ser intensamente lido à luz de sua função social é aquele relativo à prestação de serviços de saúde. Não é qualquer bem que está em jogo. É a saúde humana. [...] Os deveres de informar com lealdade e transparência se fortalecem. Não cabe mais, como no passado, manter o paciente em estado de ignorância acerca do estado de sua saúde, suas escolhas e possibilidades. Apenas em casos excepcionais, devidamente contextualizados, isso poderá ocorrer. [...] O paciente, desse modo, tem direito ao diagnóstico correto e claro, bem como de ser informado acerca dos riscos e objetivos do tratamento. Deve, portanto, estar a par não só do diagnóstico, mas também do prognóstico. [...] O que se espera, de modo mais amplo, dos médicos – antes, durante e depois das cirurgias, consultas ou tratamentos – é que ajam banhados pela boa-fé objetiva, pelo dever de cuidado e cooperação. Espera-se informação clara, adequada e suficiente.<sup>46</sup>

André Gonçalo Dias Pereira esclarece que o consentimento informado do paciente se revela como “um instituto que visa permitir a autodeterminação dos riscos assumidos e assim uma delimitação do risco que impendem sobre o médico ou sobre o paciente”.<sup>47</sup> Desse modo, os médicos são “obrigados a informar o paciente de forma clara e, se solicitado, por escrito, sobre o exame proposto e tratamento e sobre os desenvolvimentos relativos ao exame, o tratamento e a condição de saúde do paciente”.<sup>48</sup> O consentimento livre e esclarecido do paciente é um instrumento que permite, para além dos interesses e objetivos médico-terapêuticos, incrementar o respeito pela pessoa doente, na sua dimensão holística. Ao paciente, em exercício do seu direito de liberdade, caberá determinar o tratamento, entre os que lhe forem apresentados, escolher, ou mesmo não optar por nenhum deles.<sup>49</sup>

É fora de qualquer dúvida que o médico incorre em responsabilidade, no caso de o tratamento vir a ser ministrado sem o consentimento livre e esclarecido do doente. Pode-se afirmar que o consentimento é um pré-requisito essencial de todo tratamento ou intervenção médica. A culpa surge pela falta de informação, ou pela informação incorreta. Não é necessário negligência no tratamento. Quanto ao nexo causal, a vítima deve demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento.<sup>50</sup>

---

45 Para estudo mais aprofundado sobre a temática, cf.: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: uma abordagem de direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Berreza de; DADALTO, Luciana. *Responsabilidade civil e medicina*. Indaiatuba: Foco, 2020, p.159-186.

46 ROSENVALD Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Responsabilidade civil na área médica. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume três*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 62.

47 PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado em Portugal: breves notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca*, v. 12, n. 2, 2017.

48 PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado em Portugal: breves notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca*, v. 12, n. 2, 2017.

49 RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico*. Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 25.

50 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, *passim*.

#### **4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA ANÁLISE DIAGNÓSTICA DA COVID-19 E A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR ERRO DE DIAGNÓSTICO OU VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO**

O Ministério da Saúde publicou, no dia 07 de maio de 2020, diretrizes para diagnóstico e tratamento da Covid-19.<sup>51</sup> Contudo, ele é documento dinâmico com versões provisórias e atualizações periódicas, acompanhando a produção de novas evidências para assim estabelecer recomendações. Importante destacar que, segundo as diretrizes, o resultado dos testes laboratoriais isoladamente considerado não confirma nem exclui completamente o diagnóstico de Covid-19.

Observa-se que o diagnóstico da infecção por Covid-19 é realizado em duas etapas. Primeiramente, é feita uma anamnese do paciente por meio de um exame físico e se verificam os seus sintomas. Recomenda-se que o exame físico seja composto de “avaliação do padrão respiratório: tosse e/ou dispneia; aferição de temperatura axilar; frequência cardíaca, frequência respiratória e oximetria de pulso; ausculta pulmonar: presença de estertores inspiratórios, expiratórios, respiração brônquica ou dificuldade respiratória em pacientes com pneumonia e avaliação de sinais de cianose e hipóxia”.<sup>52</sup>

Depois da avaliação clínica, se o paciente for enquadrado dentro de um caso suspeito de Covid-19, ele realiza o exame laboratorial. O problema é que esse exame laboratorial demora, tem um alto custo e até mesmo faltam materiais para testar todo mundo que precisa. Inclusive, as autoridades públicas e instituições hospitalares, num primeiro momento, restringem mais os testes aos pacientes sintomáticos e, de preferência, aqueles que tem sintomas mais graves.

Nesse cenário, criou-se na China um *software* com algoritmos de inteligência artificial (IA), que é capaz de diagnosticar a Covid-19, em 15 segundos, a partir da análise da tomografia de tórax dos pacientes. No Brasil, o Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), em parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) e diversas empresas, criou a plataforma RadVid-19, que também utiliza um algoritmo de IA e tem o objetivo de analisar exames de raio-x e de tomografia computadorizada de casos suspeitos de Covid-19.<sup>53</sup>

Em que pese as suas vantagens, há de se destacar que a IA na análise diagnóstica da Covid-19 não é perfeita – possui grau de precisão de 90% –, existindo, portanto, um elevado grau de falibilidade. Não se pode ignorar que, por mais eficiente que um *software* inteligente seja no auxílio ao diagnóstico, seguirá apresentando uma expressiva margem de imprecisão, o que pode conduzir a resultados adversos.<sup>54</sup>

No caso específico de análise da culpa médica por erro de diagnóstico, há uma peculiaridade, conforme já explicado anteriormente: em princípio, o erro de diagnóstico é um *erro escusável*, inapto à configuração da culpa do médico. Agora, se o erro for grosseiro, poderá restar evidenciada uma hipótese justificadora da responsabilização do profissional. O médico só será responsabilizado se não revelar o cuidado, a diligência que razoavelmente se esperava e era exigível na sua conduta. O diagnóstico é um processo, não ato único e isolado.

51 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Diretrizes para diagnóstico e tratamento da Covid-19. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/08/Diretriz-Covid19-v4-07-05.20h05m.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

52 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Diretrizes para diagnóstico e tratamento da Covid-19. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/08/Diretriz-Covid19-v4-07-05.20h05m.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

53 RadVid-19. Disponível em: <https://radvid19.com.br/>. Acesso em: 08 out. 2020.

54 NOGAROLI, Rafaella; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. *Debates Contemporâneos e direito médico e da saúde*. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 69-91.



De forma bastante singela, pode-se definir diagnóstico como o conjunto de atos médicos com a finalidade de reconhecer, identificar e interpretar sinais característicos da doença, para estabelecer a terapêutica adequada e necessária ao tratamento do paciente.<sup>55</sup>

Na hipótese de divergência entre o diagnóstico clínico inicial do médico para Covid-19 e o resultado trazido pelo dispositivo inteligente, afigura-se prudente que a decisão do médico – de seguir ou de desconsiderar a inteligência artificial para concluir o seu diagnóstico – seja acompanhada da prévia realização de exames complementares e, a depender do caso, de uma confirmação com seus pares, sob pena de incorrer em responsabilidade civil.

Se o *software* inteligente apontar para um quadro diagnóstico de Covid-19, o médico tem que, ao menos, levar tal cenário em consideração, dentro das suas concretas possibilidades, antes que ele, por exemplo, feche um quadro diagnóstico e já conclua por descartar com segurança o resultado da inteligência artificial. Observa-se que há algo muito importante de ser mencionado: a falta de diligência do médico ao descartar irrefletidamente o resultado que foi obtido pela inteligência artificial pode constituir um critério para a sua responsabilização.<sup>56</sup>

Em linhas conclusivas, deve-se ter sempre em mente os conceitos basilares da culpa médica e erro de diagnóstico, previamente apresentados neste trabalho, pois, em regra, o erro de diagnóstico é escusável, sendo o médico responsabilizado somente se comprovada a falta de diligência que legitimamente se esperava do médico no processo de diagnóstico.

Ainda no contexto do diagnóstico médico apoiado por inteligência artificial, assim como em quaisquer outras intervenções médicas, é preciso frisar que o dever do médico de informar o paciente decorre da boa-fé, sendo que, sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual. Conforme expusemos anteriormente, a indenização é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar sobre riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, causou-lhe danos que poderiam ser evitados, caso não fosse realizado o procedimento por opção do paciente.<sup>57</sup>

No contexto de riscos da inteligência artificial na saúde, conforme expusemos ao longo deste trabalho, há impossibilidade de conter atos imprevisíveis e a falta de transparência na maneira como os algoritmos de IA processam as informações, que são características próprias da tecnologia. Ainda, destaca-se o problema da confiabilidade destes algoritmos. Há, ainda, a questão do grau de imprecisão dos algoritmos de IA, que, no caso do utilizado para diagnóstico da Covid-19 assume expressivo patamar de 10%. Essas são todas questões extremamente problemáticas, sobretudo no setor da saúde, e para criar diagnósticos tangíveis, em situações recorrentes de *vida ou morte* em que os pacientes podem se encontrar.

Recentemente, no artigo “An invisible hand: patients aren’t being told about the AI systems advising their care”,<sup>58</sup> noticiou-se que, apesar do número crescente de entidades hospitalares nas quais os médicos apoiam as suas decisões clínicas em tecnologias cognitivas e *softwares* com algoritmos de inteligência artificial, têm surgido inúmeras críticas pelo fato de os pacientes, muitas vezes, não serem sequer informados ou solicitados a consentir com o uso dessas

55 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 217.

56 SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial na análise diagnóstica da COVID-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta (Coord.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 293-300.

57 Nesse sentido, cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004; KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 1-22, jan./abr. 2019.

58 ROBBINS, Rebecca; BRODWIN, Erin. An invisible hand: patients aren’t being told about the AI systems advising their care. Disponível em: <https://www.statnews.com/2020/07/15/artificial-intelligence-patient-consent-hospitals/>. Acesso em: 08 out. 2020.

ferramentas em seus cuidados. Inclusive, alguns médicos utilizam um discurso acentuadamente paternalista de que eles dominam a *legis artis* da profissão, motivo pelo qual não precisariam informar o paciente sobre todos os recursos que utilizam no processo de decisão clínica.

Glenn Cohen, professor da Harvard Law School, ao investigar – no trabalho intitulado “Informed Consent and Medical Artificial Intelligence: What to Tell the Patient?” – o papel do consentimento informado do paciente no contexto da inteligência artificial, propõe algumas indagações: “se você descobrisse que o sistema IA foi utilizado para fazer recomendações sobre seus cuidados e ninguém tivesse lhe dito, como se sentiria? Pensando bem, você sabe se um sistema de IA foi usado na última vez que foi ao médico?”<sup>59</sup> Cohen indica a primordial necessidade de reflexão sobre as respostas a essas perguntas, especialmente no atual cenário da prática médica, em que os profissionais buscam, cada vez mais, integrar algoritmos de IA em diagnósticos, prognósticos, tratamentos e alocação de recursos.

Não é difícil imaginar a irrisignação do paciente e/ou de sua família ao perceber que determinado resultado danoso (como o agravamento do estado clínico ou mesmo o óbito) poderia ter sido evitado caso o médico houvesse partido do diagnóstico mais preciso da Covid-19. Tal linha argumentativa poderia florescer tanto na hipótese de o médico confiar no diagnóstico equivocado proposto pela IA, quanto na situação de o profissional ignorar a indicação da IA e seguir o errôneo diagnóstico alcançado pela sua própria convicção. Mesmo que reste demonstrada a diligência na conduta médica, ao seguir ou desconsiderar a IA, fato é que cabe ao médico informar ao paciente das ferramentas que utiliza durante o processo de diagnóstico.

O reconhecimento do direito à autodeterminação do paciente, por meio do consentimento livre e esclarecido, representa proteção da integridade física e psíquica do doente, bem como, na proteção de sua dignidade e liberdade. Não há dúvida que o médico não pode efetuar nenhum tipo de tratamento sem receber o consentimento do paciente. Todavia, a urgência dos tempos de pandemia da Covid-19 pode afastar esse dever de obtenção prévia do consentimento. Por vezes, o médico se encontra diante de um enfermo inconsciente, a necessitar de cuidados emergenciais. Nessa hipótese, o profissional deve adotar as providências que a situação exige e, posteriormente, na medida do possível, obter o consentimento do representante legal do paciente.<sup>60</sup>

Portanto, diante do cenário ora apresentado, concluiu-se pela possibilidade, em algumas situações particulares, de responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico da Covid-19, tanto por eventos adversos decorrentes da culpa médica, quanto na hipótese de violação do dever de informação no processo de diagnóstico alcançado com apoio de algoritmos de IA. Todavia, somadas às considerações levantadas neste tópico, é preciso verificar os impactos do contexto de pandemia, no que se refere à necessidade de estabelecer novos parâmetros de avaliação da culpa profissional, ou mesmo de redução equitativa da indenização, tendo em vista a excepcionalidade e imprevisibilidade da prática médica neste período.

## **5 PECULIARIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Inicialmente, deve-se destacar que, durante a pandemia da Covid-19, os médicos têm atuado em situações limítrofes de exaustão física e mental, com elevado grau de incerteza dos protocolos específicos de tratamento, aprendendo a diagnosticar e tratar a Covid-19 ao mesmo tempo em que estão na linha de frente do combate à doença. Como bem pontuam

---

59 COHEN, Glenn. Informed consent and medical artificial intelligence: what to tell the patient? *Georgetown Law Journal*, v. 108, jun. 2020, p. 1425-1469.  
60 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 245.

Igor de Lucena Mascarenhas e Rodrigo Nóbrega Farias, “tempos extraordinários exigem modelos de responsabilidade extraordinários para proteção dos profissionais”.<sup>61</sup> Por isso, os reflexos jurídicos da constatação de imprudência, negligência ou imperícia deverão ser sopesados com o atual cenário de calamidade pública e o estágio científico.

Há discussão na doutrina brasileira sobre a necessidade de se aplicar um regime distinto de responsabilização civil a um comportamento diferenciado, ocasionado por uma situação extraordinária e imprevisível, ponderando sobre os limites punitivos ao se enfrentar o desconhecido, e estabelecendo novos parâmetros de responsabilidade civil médica, exigidos pela excepcionalidade dos tempos pandêmicos.<sup>62</sup> Destaca-se, nesse sentido, a louvável proposta legislativa trazida por Nelson Rosenvald,<sup>63</sup> de isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência.<sup>64</sup>

Não vislumbramos que a ideia de limitação de responsabilidade se constitua em imunidade absoluta, espécie de salvo-conduto, de blindagem ou de estímulo à impunidade. O que nos parece, isto sim, é existir a necessidade de ser implementado um nivelamento que prestigia a presunção de boa-fé na atuação destes profissionais, ao mesmo tempo em que não desnatura a possibilidade de censura aos casos de dolo ou grave negligência (erro grosseiro).

Contudo, diante da impossibilidade de modulação da responsabilidade civil médica para os casos de atuação específica no combate à pandemia da Covid-19, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, para que se possa estabelecer um novo padrão de análise de culpa – repita-se, em razão das extraordinárias circunstâncias trazidas pela pandemia – necessário se faz reconhecer a necessidade de incidência do artigo 944, parágrafo único, do CC, que prevê a análise da gradação da culpa para se fixar a extensão da reparação do dano. Dispõe o referido dispositivo legal, *in verbis*: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Em um ato médico emergencial, sob condições adversas, não se poderá exigir a diligência usual do profissional, que intervirá em situação anormal. O mesmo ocorre em casos de grandes acidentes ou catástrofes, com elevado número de vítimas.<sup>65</sup> De maneira mais prática, um médico que atue com culpa no processo de diagnóstico de Covid-19, num contexto de carga excessiva de atividade, insegurança relativa ao grau de confiabilidade dos testes rápidos, atua em um contexto em que sua culpa pode ser considerada como leve, se confirmada que a conduta permaneceu dentro de um comportamento mediano, isto é, não seguiu a diligência que se esperava, mas se trata de culpa leve, tendo em vista a extraordinariedade do momento.

Essa gradação permite maior justiça ao se fixar a extensão da reparação do dano, por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o profissional da medicina. Conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposo será enquadrado como levíssimo, leve

61 MASCARENHAS, Igor de Lucena; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Impactos jurídicos da COVID-19 para a realidade médica: uma reflexão sobre responsabilidade e alocação de recursos. *In*: NÓBREGA, Gláucio. *Covid-19: o que todo médico precisa saber*. Rio de Janeiro: Thieme Revinter, 2020, p. 349-359.

62 KFOURI NETO, Miguel; DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à Covid-19. *In*: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. (Coords.) *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 505-541.

63 ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. *In*: Migalhas, 05/05/2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em: 08 out. 2020.

64 Há a Medida Provisória nº 966, que traz um regime especial de responsabilização apenas para os agentes públicos, em atos relacionados com a pandemia da Covid-19, os quais somente podendo ser responsabilizados em caso de dolo ou erro grosseiro Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110754&ts=1590953993066&disposition=inline>. Acesso em: 08 out. 2020.

65 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.394.

ou grave. Aí o juiz poderá proceder à justa individualização da culpa e, por conseguinte, à extensão da reparação.

## **6 NOTAS CONCLUSIVAS: O (RE)PENSAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COM A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA**

O contrato de prestação de serviços médicos possui características muito próprias, por comportar um fator de álea bastante preponderante – as enfermidades, e a maneira como a fisiologia humana a elas responde de maneira absolutamente individual – que impede sejam definidos objetivos, resultados. É um contrato cuja natureza é muito própria e especial, pois seu cumprimento se esgota no próprio agir com diligência e boa-fé do médico contratado, e o seu inadimplemento imputável se verifica através da culpa, ou da não observância de uma prestação acessória a ele vinculado, não do dano produzido. Da mesma forma, o adimplemento ocorre não com a cura do paciente, mas com a realização de todos os atos possíveis, e maneira diligente, cientificamente adequada, e tecnicamente responsável.

Todavia, observou-se, no presente trabalho, que os parâmetros de conduta médica encontram um gigantesco complicador, dada a excepcional situação de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19. Médicos atuam diante de um vírus com alto poder de disseminação, e para o qual não existe vacina ou sequer protocolo universalmente estabelecido de tratamento, desprovidos de recursos necessários e em ambientes perigosos, com dispositivos médicos para uso não aprovado, materiais alternativos e drogas *off-label* para tratar os doentes, além de muitas vezes não possuírem equipamento de proteção adequado. Ainda, há também novos desafios ao profissional da saúde, no que diz respeito ao emprego da inteligência artificial na análise diagnóstica.

Desse modo, buscou-se tecer algumas ponderações acerca da principiologia contratual contemporânea, especialmente da boa-fé objetiva, transparência e confiança que regem a relação médico-paciente. Ainda, teve-se o objetivo de verificar o equacionamento da responsabilidade civil no contexto da inteligência artificial e análise diagnóstica da Covid-19, tanto por eventos adversos, como pela violação ao dever de informação.

Em linhas conclusivas, pôde-se verificar que o profissional só será responsabilizado se a conduta de ele seguir ou desconsiderar o resultado da IA representar uma falta da diligência, que legitimamente se esperava do médico, no processo de diagnóstico. Vale novamente destacar que, ao menos no atual estado da sociedade, os *softwares* de diagnóstico servem como uma ferramenta de apoio à tomada de decisão do médico, sem o condão de substituí-lo. Por isso, a decisão final sobre o diagnóstico seguirá sob o controle (e responsabilidade) do profissional da saúde. Além disso, dada a excepcionalidade destes tempos pandêmicos, torna-se imprescindível o reconhecimento da incidência do artigo 944, parágrafo único, do CC, para fins de gradação da culpa médica na fixação da extensão da reparação do dano.

Para além da culpa médica, o processo de diagnóstico também vem ilustrado pela transparência, princípio decorrente da boa-fé objetiva, que exige o correto comportamento dos sujeitos relacionados, encontrando sua justificativa no dever de informar, partindo-se do pressuposto de que “uma informação contratual de qualidade seja oferecida ao contratante vulnerável, pois somente a partir dela é que também pode ser emitida uma vontade qualificada”.<sup>66</sup>

Referido princípio é um instrumento de salvaguarda da personalidade e liberdade de autodeterminação. Importante destacar que os princípios norteadores da teoria contratual,

---

66 NALIN, Paulo. *Do Contrato* - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 146.

conforme leciona Luiz Edson Fachin, “passam por processos de releituras ao longo do tempo, que os adequam ao contexto histórico e social no qual os contratantes estão inseridos”.<sup>67</sup> A manifestação do contrato é vista para além das partes contratantes, isto é, expande-se para todo o ambiente e contexto social, “passando a exercer uma função social em prol da justiça contratual”.<sup>68</sup>

Nos contratos de prestação de serviços médicos apoiados por IA, essa releitura da função dos contratos é primordial. Ao se frustrar o dever de agir com transparência, viola-se a boa-fé objetiva, a qual traz em si um “dever ser” sancionável, muito embora o art. 422 do CC não destaque a censura a ser aplicada na hipótese, pois cláusula geral. Levando-se em conta os casos de urgência e emergência durante a pandemia, pode-se afastar momentaneamente o dever de obtenção prévia do consentimento do paciente, devendo o médico adotar as providências que a situação exige e, posteriormente, obter o consentimento do paciente ou do seu representante. Com efeito, a responsabilidade médica, nos limites deste trabalho, tanto é regida pelas regras específicas da responsabilidade (contratual) civil e de consumo, quanto pela boa-fé contratual.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncípia, 2017.

CERKA, Paulius; GRIGIEN, Jurgita; SIRBIKYT, Gintar. Liability for damages caused by artificial intelligence. *Computer Law & Security Review*, v. 31, n. 3, jun. 2015, p. 376-389.

COHEN, Glenn. Informed consent and medical artificial intelligence: what to tell the patient? *Georgetown Law Journal*, v. 108, jun. 2020, p. 1425-1469.

DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 199.

DIGNUM, Virginia. *Responsible artificial intelligence*. How to develop and use AI in a responsible way. Cham: Springer, 2019. E-book.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FLASINSKI, Mariusz. *Introduction to Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2016.

HOLZINGER, Andreas; RÖCKER, Carsten; ZIEFLE, Martina. From Smart Health to Smart Hospitals. In: *Smart Health: Open Problems and Future Challenges*. Cham: Springer, 2015, p. 1-20.

KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 1-22, jan./abr. 2019.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KFOURI NETO, Miguel; DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaella. Medidas extraordinárias para tempos excepcionais: da necessidade de um olhar diferenciado sobre a responsabilidade civil dos médicos na linha de frente do combate à Covid-19. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. (Coord.) *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 505-541.

---

67 FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.105.

68 FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.106.



KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: uma abordagem de direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil). In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Berreza de; DADALTO, Luciana. *Responsabilidade civil e medicina*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 159-186.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; FARIAS, Rodrigo Nóbrega. Impactos jurídicos da COVID-19 para a realidade médica: uma reflexão sobre responsabilidade e alocação de recursos. In: NÓBREGA, Gláucio. *Covid-19: o que todo médico precisa saber*. Rio de Janeiro: Thieme Revinter, 2020, p. 349-359.

MIOTTO, Riccardo; LI, L.; KIDD, Brian A.; DUDLEY, Joel T. Deep patient: an unsupervised representation to predict the future of patients from the electronic health records. *Nature Scientific Reports*, v. 6, maio 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/srep26094>. Acesso em: 05 out. 2020.

MOLNÁR-GÁBOR, Fruzsina. Artificial Intelligence in Healthcare: Doctors, Patients and Liabilities. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo. *Regulating Artificial Intelligence*, p. 350-351.

NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia. O contrato como ferramenta de realização dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano V, n. VIII, 2019.

NOGAROLI, Rafaella; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. *Debates Contemporâneos e direito médico e da saúde*. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 69-91.

PARLAMENTO EUROPEU. *Disposições de Direito Civil sobre Robótica*. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017. par. 12. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html). Acesso em: 14 set. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: [https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc\\_id=NEWSLETTER\\_November2019](https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1?WT.mc_id=NEWSLETTER_November2019). Acesso em: 14 abr. 2020.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O consentimento informado em Portugal: breves notas. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 12, n. 2, 2017.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico*. Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROSENVALD Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Responsabilidade civil na área médica. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI: volume três*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 25-68.

ROSENVALD, Nelson. Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia. In: Migalhas, 05/05/2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/326088/por-uma-isencao-de-responsabilidade-dos-profissionais-de-saude-por-simples-negligencia-em-tempos-de-pandemia>. Aceso em: 08 out. 2020.

SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial na análise diagnóstica da COVID-19: possíveis repercussões sobre a responsabilidade civil do médico. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta (Coord.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 293-300.

TEGMARK, Max. *Life 3.0: ser-se humano na era da inteligência artificial*. Tradução de João Van Zeller. Alfragide: Dom Quixote, 2019.

TOPOL, Eric. *Deep medicine: how artificial intelligence can make healthcare human again*. Nova Iorque: Basic Books, 2019.

TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019. E-book.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS<sup>1</sup>

**Caio César do Nascimento Barbosa**

Diretor Adjunto da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos. Diretor Adjunto do Portal Jurídico Magis. Alumni da University of Pennsylvania, Philadelphia, EUA. Advogado.

**Glayder Daywerth Pereira Guimarães**

Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados pelo Centro Universitário - UniAmérica. Copresidente da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos. Diretor Executivo do Portal Jurídico Magis. Advogado.

**Michael César Silva**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Professor Convidado do LLM em Lei Geral de Proteção de Dados da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor Convidado do LLM em Fashion Law da Universidade Mackenzie. Professor da Dom Helder Escola de Direito. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Mediador Judicial credenciado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O impacto do coronavírus em uma sociedade hiperconectada; 2.1 A “era das lives” e os recursos de transmissão em tempo real; 3 Influenciadores digitais e a responsabilidade civil pela publicidade ilícita de que participam; 4 A responsabilidade civil dos influenciadores digitais em tempos de coronavírus; 5 Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na obra coletiva “Proteção de Dados Pessoais na Sociedade da Informação: entre dados e danos”, coordenada por José Luiz de Moura Faleiros Júnior, João Victor Rozatti Longhi e Rodrigo Gugliera e publicada pela Editora Foco. Nos pareceu – por ocasião da revisão que antecedeu esta versão – ser necessário proceder ao esclarecimento, aos leitores, de algumas das ideias adiante desenvolvidas.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, marcada, sobretudo, pelo alto desenvolvimento tecnológico, apresenta inúmeras facilidades quando comparada com os modelos de sociedade predecessores. A comunicação assume novos contornos, tornando-se transfronteiriça e adquirindo uma velocidade de transmissão ímpar. Nesse contexto, a publicidade perpassa por um processo de remodelação, de profunda transformação, se inserindo intensamente na vida das pessoas. Tal processo, acentua-se significativamente em tempos de Coronavírus, pois a utilização da internet sofreu aumento expressivo devido a necessidade de imposição de quarentenas e lockdowns, emergindo a necessidade de se utilizar a internet para o lazer e, sobretudo, para o trabalho em sistema de home office.

As plataformas digitais, notadamente, o Instagram e o Youtube, hodiernamente, conectam milhões de pessoas, possibilitando a transmissão de conteúdos de forma célere. Diante de tal conjuntura, os fornecedores perceberam uma oportunidade de maximizar os efeitos de suas publicidades, atrelando-as a figuras de renome da internet, os denominados Digital Influencers, que se apresentam como indivíduos que possuem a capacidade de influir na vida de seus seguidores, especialmente, em relação a seus hábitos de consumo.

A temática da responsabilidade civil dos Digital Influencers se encontra, intimamente, correlacionada a observância dos preceitos normativos norteadores do princípio da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, reconhecidos como norma de ordem pública e de interesse social, de modo que, respondem objetiva e solidariamente com o fornecedor de produtos e serviços, pela difusão de publicidade ilícita no mercado de consumo digital.

Compreende-se, ainda, que em determinadas situações envolvendo a veiculação de publicidade em plataformas digitais, os influenciadores ignoram a responsabilidade social – no exercício de sua atividade – de modo que, sua atuação, dentro das redes sociais, deve ser avaliada sob um prisma ético comportamental derivado dos preceitos ético-jurídicos da boa-fé objetiva.

Nessa linha de intelecção, depreende-se, também, ser possível vislumbrar a existência de responsabilidade civil dos influenciadores digitais por danos sociais, na hipótese em que, por meio de suas plataformas digitais, atuam de modo a causarem prejuízos à transindividualidade, impactando de modo prejudicial os valores éticos estabelecidos em sociedade.

Em vista da consecução do estudo, utiliza-se o modelo metodológico proposto por Jorge Witker<sup>2</sup>, bem como por Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias,<sup>3</sup> de modo que, se efetiva uma pesquisa sob a vertente metodológica jurídico-projetiva. Afirma-se, ainda, que a pesquisa possui caráter eminentemente teórico, se mostrando exequível mediante o estudo doutrinário, jurisprudencial e da legislação pertinente.

Logo, a atuação dos digital influencers na promoção de publicidade, deve ser compatibilizada com os preceitos normativos do princípio da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, visando a coibir abusos perpetrados pela liberdade contratual nas relações de consumo virtuais.

Por fim, o estudo pretende, ainda, lançar luzes sobre a temática, com a finalidade de se estabelecer os limites e contornos da atuação dos influenciadores nas redes sociais, tendo como

---

2 WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

3 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

padrões éticos juridicamente estabelecidos pela boa-fé objetiva, a probidade, honestidade, retidão, lealdade e a confiança, objetivamente considerados no âmbito da relação jurídica, em atenção aos ditames estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e pelo Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária (CONAR), em seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), para permitir contratações equilibradas, conforme as diretrizes preconizadas no Estado Democrático de Direito.

## **2 O IMPACTO DO CORONAVÍRUS EM UMA SOCIEDADE HIPERCONECTADA**

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>4</sup> declarou oficialmente a pandemia de Coronavírus, em meio a nações já severamente impactadas pela chegada do referido vírus, que abalou sistemas de saúde ao redor do mundo.

Ante ao cenário antes inimaginável, governos de praticamente todos os países do planeta levaram a aterrorizante situação a sério e começaram a decretar – alguns em caráter preventivo, outros em caráter mitigatório – medidas de imposição de distanciamento social para conter a propagação do vírus. Em nações, em que tais medidas se demonstravam tardias, implementar-se-ia o denominado lockdown, isto é, a paralisação de todas as atividades.

Como bem expõem Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Mônica Anselmo de Amorim, “embora o COVID-19 não seja a primeira pandemia a assolar a humanidade, provocou uma reação mundial de proporções nunca vista. Nem as grandes guerras do Século XX impuseram a necessidade de fechamento das escolas e das igrejas, por exemplo”.<sup>5</sup>

Serviços não essenciais logo foram impedidos de manter seu funcionamento, como meio de impedir a circulação de pessoas e, conseqüentemente, o mercado precisou rapidamente se adaptar para encarar a premente crise econômica que adviriam da crise na saúde. Afinal, “obviamente, pandemias influenciam não só a saúde das pessoas, como também a saúde dos mercados”.<sup>6</sup>

Em meio as medidas contempladas pelos governos alinhados com a realidade, a necessidade de distanciamento social – mesmo que significasse isolar-se de entes queridos – encontrou-se amenizada pelo contexto da hiperconectividade que permeia a atual sociedade.

Neste contexto, recursos tecnológicos como as chamadas de vídeo permitem que indivíduos isolados se comuniquem em tempo real, sendo a necessária realidade em um momento em que a pandemia do Coronavírus não permite contatos próximos. Deste modo, os profissionais de saúde conseguem manter o mais possível contato real com seus entes, bem como, várias casas de repouso para idosos passaram a disponibilizar estes recursos para que estes se comuniquem com seus familiares, que não podem mais visitá-los.

Não apenas as chamadas de vídeo tornaram-se recurso essencial na presente pandemia, como outros meios digitais, permitiram amenizar o impacto crescente ocasionado pela crise. O mercado de consumo, por exemplo, passou a contar com a utilização massiva das plataformas digitais para incremento de seus negócios.

Chiara Spadaccini de Tefé e Maria Celina Bodin de Moraes prelecionam que “Nesse cenário, repleto de transformações tecnológicas, o desenvolvimento das redes sociais virtuais

---

4 WHO, World health organization. *Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)*. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em: 18 maio 2020.

5 MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n.1, p.1-38, 9 maio 2020, p.2.

6 MUCELIN, Guilherme. DÁQUINO, Lucia Souza. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de Covid-19. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, p.1-30, maio/jun. 2020, p. 2.



representa um fenômeno recente, que vem causando grande impacto nas relações humanas e, portanto, nas relações jurídicas.”<sup>7</sup>

Além da urgente e forçosa necessidade de migrar para aplicativos de delivery, fornecedores encontraram nas redes sociais incentivos para continuar seus negócios, a exemplo do Instagram, que disponibilizou funções como figurinhas de ajuda a pequenas empresas como modo de impulsionar a visibilidade destas, ampliando assim seu alcance e suas conexões.<sup>8</sup>

Levando-se em conta pandemias já vivenciadas pela humanidade – a exemplo da gripe espanhola no século passado –, estes recursos demonstram-se como uma verdadeira evolução (impulsionada pela constante revolução tecnológica do século XXI) para o estilo de vida dos indivíduos, bem como são capazes de moldar seu *modus operandi* para situações adversas em que não estão acostumados.

Destarte, durante o mais difícil cenário já presenciado desde a Segunda Guerra Mundial, a humanidade encontra meios para superar a assoladora situação gerada pela pandemia. Em atenção as recomendações da Organização Mundial da Saúde acerca do isolamento social, os indivíduos, por intermédio dos instrumentos tecnológicos, buscam encontrar soluções para se manter conectados e, em proximidade com os demais indivíduos, por intermédio dos meios sociais digitais.

## **2.1 A “era das lives” e os recursos de transmissão em tempo real**

Ante a necessidade de se respeitar as medidas impostas de distanciamento social, com a conseqüente permanência das pessoas em suas casas, foram impulsionadas formas de entretenimento que objetivam promover diversão, conteúdos educativos e descontração aos indivíduos durante o tempo em que as medidas vigoram.

Nesse cenário, as transmissões ao vivo – denominadas de “lives” – se intensificaram significativamente no período pandêmico. O fenômeno das transmissões ao vivo não é inédito, sendo que, em verdade, estava em franca ascensão nos últimos anos. Contudo, com a premente necessidade de distanciamento social como instrumento de combate a pandemia, as transmissões ao vivo impulsionaram um sucesso de enormes proporções, denominado de “era das lives”.<sup>9</sup>

No Brasil, patrocinadores vislumbraram as lives de artistas como meio altamente rentável de promover seus produtos e serviços. Enquanto, a plataforma do Instagram conta com o recurso para promoção de aulas, lançamento de livros, bate-papos descontraídos ou explicativos, exercícios de ginástica, etc., o YouTube se tornou uma ferramenta com escopo de proporcionar a realização de “shows em casa” por artistas, que se encontram impedidos de realizar suas apresentações devido ao Coronavírus, com a indústria do entretenimento sendo o setor que mais passou a utilizar o referido recurso.

Segundo a revista EXAME, as buscas pelas lives na plataforma do YouTube cresceram 4.900% no Brasil durante a quarentena,<sup>10</sup> as quais se converteram em eventos diários, em que

---

7 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil análise a partir do marco civil da internet. *Revista Pensar*, v.22, n.1, p.108-146, 2017, p.110.

8 JORNAL DO COMÉRCIO. *Instagram lança recurso para ajudar pequenas empresas*. Disponível em: [https://www.jornaldocomercio.com/\\_conteudo/ge2/noticias/2020/05/738215-instagram-lanca-recurso-para-apoiar-pequenas-empresas.html](https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/ge2/noticias/2020/05/738215-instagram-lanca-recurso-para-apoiar-pequenas-empresas.html). Acesso em: 10 jun. 2020.

9 Descreve estas manifestações em tempos de Coronavírus.

10 EXAME. *Na quarentena, o mundo virou uma live*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/o-mundo-e-uma-live/>. Acesso em: 2 maio 2020.

as pessoas passaram a acompanhar de forma pontual as transmissões ao vivo dos artistas, popularizando-as. O YouTube, inclusive, criou a campanha “#Fique em Casa e Cante Comigo”, proporcionando uma coletânea de shows exibidos em tempo real, com diversos artistas.

A “Live Gustavo Lima - Buteco em Casa” é considerada como o marco para a significativa expansão deste formato, sendo que “em 28 de março, o cantor sertanejo Gustavo Lima migrou o movimento das transmissões de lives para o Youtube e superou a marca da cantora Beyoncé.”<sup>11</sup>

Os brasileiros acolheram expressivamente este formato, dominando o ranking das dez maiores audiências de lives no YouTube, alcançando sete de dez posições.<sup>12</sup> Tantas são as transmissões ao vivo, na mencionada plataforma aos finais de semana, que o público por vezes é obrigado a optar, dentre numerosas opções, qual será merecedora de sua visualização.

Tal fenômeno se demonstra favorável aos artistas participantes, vez que este modelo lhes promove mais visibilidade, nesse período, e, conseqüentemente, aumenta significativamente sua fama e o número de seus seguidores em suas redes sociais.

Os reflexos das lives também foram identificados na mídia social Instagram. O cantor Gustavo Lima viu aumentar o seu número de seguidores depois da transmissão do seu “Buteco em casa”, conquistando 28,5 milhões de seguidores no Instagram e tornando-se o cantor brasileiro mais seguido nesta mídia social.<sup>13</sup>

Além de promover, entretenimento e descontração ao público em geral, muitos artistas promovem em suas lives arrecadação de doações para serem destinados à parcela da população que se encontra em situação vulnerável com o impacto da pandemia.

As lives, também, representam um modo que alguns artistas encontraram para sobreviver financeiramente, haja vista não ser mais possível a realização de shows e espetáculos. Inclusive, as recentes lives corporativas<sup>14</sup> – transmissões ao vivo fechadas e privadas contratadas por fornecedores – passaram a igualar o cachê que o cantor usualmente receberia em um show ao vivo, demonstrando a rentabilidade deste formato exclusivo, bem como traça contornos acerca de novos parâmetros a serem utilizados no futuro.

Ademais, o referido modelo atraiu expressivamente a atenção de patrocinadores que perceberam a rentabilidade de promoção de bens e serviços, durante as transmissões ao vivo, perante a elevados números de visualização.<sup>15</sup> Assim, inúmeras marcas vislumbraram a oportunidade de investimento nesse formato, de modo a patrocinar artistas e promover anúncios durante as transmissões, gerando retorno financeiro e movimentando um enorme e rentável mercado de consumo.

As lives no Instagram, a seu turno, tendem a ser cotidianas. Profissionais de diversas áreas e atividades econômicas, bem como, influenciadores digitais de variados nichos

---

11 SOUSA JÚNIOR, João Henrique. RIBEIRO, Leticia Virgínia Henriques Alves de Sousa; SANTOS, Weverson Soares; SOARES, João Coelho; RAASCH, Michele. ‘#fiqueemcasa e cante comigo’: estratégia de entretenimento musical durante a pandemia de covid-19 no Brasil. *Revista Boca Boletim de Conjuntura*, Boa Vista, ano II, v. 2, n. 4, 2020.

12 O GLOBO. Lives de 2020 são dominadas por brasileiros, com sete das 10 maiores audiências do mundo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/lives-de-2020-sao-dominadas-por-brasileiros-com-sete-das-10-maiores-audiencias-no-mundo-24430222>. Acesso em: 16 maio 2020.

13 SOUSA JÚNIOR, João Henrique. RIBEIRO, Leticia Virgínia Henriques Alves de Sousa; SANTOS, Weverson Soares; SOARES, João Coelho; RAASCH, Michele. ‘#fiqueemcasa e cante comigo’: estratégia de entretenimento musical durante a pandemia de covid-19 no Brasil. *Revista Boca Boletim de Conjuntura*, Boa Vista, ano II, v. 2, n. 4, 2020.

14 G1. *Lives corporativas reforçam agenda vazia de artistas com cachê igual ao de show normal*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/lives/noticia/2020/05/26/lives-corporativas-reforcam-agenda-vazia-de-artistas-com-cache-igual-ao-de-show-normal.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2020.

15 VALOR ECONÔMICO. *Lives’ atraem patrocínio de marcas*. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/04/22/lives-atraem-patrocinio-de-marcas.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2020.

passaram a utilizar o formato diariamente para conectarem-se aos seus seguidores, levando conteúdo profissional, informativo ou descontraído aos mesmos. Ainda que não contem – como regra – com patrocinadores, muitos se utilizam das lives para realizar publicidade de produtos e serviços, haja vista a capacidade do modelo de alcançar considerável público.

Tanto para patrocinadores, quanto para artistas e influencers, as lives tendem a continuar vigorando mesmo após a pandemia, vez que contam com aceitação massiva dos seguidores durante este período. Para os patrocinadores, continuará sendo um atrativo e duradouro modo capaz de impulsionar vendas de bens e serviços. Para artistas e influencers, continuará como conveniente e expressivo modelo capaz de atrair a atenção do público, aumentando sua fama e interação com fãs.

Desde de que sejam seguidos os padrões impostos legalmente e sempre observando a ética, os bons costumes e a responsabilidade social, as lives merecem prosperar, vez que demonstram ser recurso acessível ao público, notabilizando a constante revolução tecnológica vivenciada no presente século.

### **3 INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PUBLICIDADE ILÍCITA DE QUE PARTICIPAM**

Ainda que a promoção à internet – considerada como um direito humano fundamental – a todos os indivíduos do mundo seja um enorme desafio destes últimos anos, inegável é o fato de grande parcela da sociedade contemporânea encontrar-se inserida no contexto da hiperconectividade nas redes.<sup>16</sup> Os números de usuários em redes sociais intensificam-se exponencialmente e as conexões geradas demonstram-se cada vez mais expressivas. Neste contexto, surgem nas plataformas digitais personalidades intituladas de influenciadores digitais (ou digital influencers).

*Os digital influencers* são indivíduos que exercem demasiada influência sobre um determinado público, possuindo a habilidade de criar e influenciar a mudança de opiniões e comportamentos, podendo conceber padrões por meio de diálogos diretos com seus seguidores. Sendo por muitas vezes criadores de conteúdo, por meio das mídias sociais, em especial, nas plataformas do Instagram e do Youtube, com conteúdo muitas vezes exclusivos, geram uma conexão com seu público em diversas áreas de atuação, como cultura e entretenimento, moda, cuidados com a saúde e corpo, gastronomia, dentre outros.<sup>17</sup>

Contudo, para que seja o indivíduo caracterizado como influenciador digital, deverá ele observar alguns critérios, para além da falsa noção de que quantidade de seguidores per si seria suficiente para tal designação.

Neste aspecto, devem ser observados os seguintes critérios objetivos para a caracterização dos digital influencers: i) relação “quantidade de seguidores versus alcance/engajamento real”; ii) grau de influência sob o comportamento das pessoas que o seguem; iii) utilização de meios informais para alcançar o público-alvo; iv) contato “direto” (pessoal) com o público.

Nesse giro, por meio da fama obtida nas redes sociais, tais celebridades digitais são hodiernamente capazes de ditar padrões de comportamento para milhares – e por vezes

---

16 G1. *Mais da metade da população mundial usa internet, aponta ONU*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/07/mais-da-metade-da-populacao-mundial-usa-internet-aponta-onu.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2020.

17 BARBOSA, Caio César do Nascimento; BRITTO, Priscila Alves de; SILVA, Michael César. Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 01-21, maio-ago. 2019, p. 9.

milhões – de indivíduos conectados nas plataformas digitais. A influência gerada por tais personalidades é inegável, sendo que a relação e a identificação do público comum para com aquelas “as tornam potencializadoras de um discurso consumista, uma vez que instigam, nas seguidoras, o desejo de adquirir o mesmo status de pertencimento”.<sup>18</sup>

Os anúncios publicitários não mais dominam os comerciais de televisão, sendo que ocorreu uma migração para o meio digital, especificamente, as plataformas de redes sociais, em que o alcance ao público se demonstra significativo e eficiente.

Segundo Ana Paula Gilio Gasparatto, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Antônio Carlos Efiging, “é nesse cenário que os influenciadores digitais se tornam grandes aliados na divulgação e indicação de produtos e serviços, visto que eles conseguem impactar a vida dos seus seguidores, moldar comportamentos e motivar escolhas de consumo”.<sup>19</sup>

Sob este viés, fornecedores de produtos e serviços, encontraram nos influencers a possibilidade de performarem uma alta rentabilidade e retorno na divulgação de seus bens e serviço. Nessa linha de raciocínio, vários influenciadores promovem interações com seus seguidores e, assim, aumentam suas taxas de engajamento, alcançando o devido retorno.

Esta visibilidade atraiu o mercado de bens e serviços e os influencers digitais passaram a ser a voz e o rosto de grandes marcas, o que tem sido muito lucrativo para ambas as partes, pois, a criação dos conteúdos das redes sociais são livres e conduzida integralmente pelas crenças e percepções daquele influencer, o que gera maior sensação de segurança para o consumidor, sobretudo por que para o seguidor a opinião emitida soa-lhe autêntica e livre de compromissos com o ofertante.<sup>20</sup>

Deste modo, cria-se uma relação de confiança preestabelecida entre influenciador e seguidor, em que o último passa a ser influenciado pelas ações do primeiro, no sentido de impulsionar determinados comportamentos no mercado de consumo.

Apesar de muitas marcas ainda manterem seu prestígio no mercado, os influenciadores digitais, também encabeçam uma importante posição diante da relação próxima que guardam com seus seguidores, como explicitado alhures. A soma desses fatores se revelou uma forma de publicidade altamente rentável e eficaz, pois através desses perfis que exercem grande influência nos gostos e escolhas dos seguidores há uma relação de intimidade, que é o que as marcas mais desejam para envolver e encorajar o seguidor a consumir. É justamente esse o poder do Instagram: oferece naturalidade e espontaneidade que acentuam o efeito persuasivo em virtude da sutilidade do anúncio.<sup>21</sup>

Logo, os fornecedores começaram a observar atentamente esta taxa de engajamento e retorno para assim investir na publicidade digital por intermédio dessas personalidades. Contudo, muitas são as vezes em que ocorrem contratemplos nas publicidades realizadas nas redes sociais.

---

18 LIMA, Cláudia Borges de; COUTO, Kioko Nakayama Nenoki do; LUIZ, Michelly Jacinto Lima. O mito diretivo das digitais influencers como potencializador do discurso consumerista. *Revista Travessias*, Cascavel, v. 14, n. 1, p. 218-234, jan./abr. 2020.

19 GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v.19, n.1, p.65-87, jan./abr. 2019, p. 77.

20 SIMAS, Danielle Costa de Souza; SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. Sociedade em rede: os influencers digitais e a publicidade oculta nas redes sociais. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 17-32, jan./jun. 2018, p. 29.

21 MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, n. 30, p.73-88, 2018, p. 79.

Nesse giro, a publicidade ilícita – seja ela enganosa ou abusiva – é tema recorrente em ações publicitárias veiculadas por influenciadores digitais. Entretanto, a espécie de publicidade que domina as representações no CONAR é a denominada publicidade velada ou clandestina, que contraria o artigo 36 do CDC, o qual determina que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.<sup>22</sup>

Há, nas mensagens publicitárias, evidente – e legítimo – interesse em vender o produto ou serviço. São, por isso mesmo, informações encharcadas de parcialidade. O consumidor tem o direito subjetivo de identificar que a mensagem que vê, lê ou ouve é publicitária.<sup>23</sup>

Segundo Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Bessa a “publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor.”<sup>24</sup>

Nessa linha de inteligência, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias preleciona que:

O princípio da identificação da mensagem publicitária decorre do próprio dever de transparência e lealdade nas relações de consumo, já que o ocultamento do caráter publicitário pode induzir o consumidor em erro quanto à natureza da mensagem, na hipótese, de fins comerciais, não meramente informativa e desinteressada.<sup>25</sup>

Recentes dados disponibilizados pelo CONAR<sup>26</sup> apontam que, no ano de 2019, cerca de 69,5% das representações contaram com publicidade veiculada na internet, sendo este um recorde que reflete os comportamentos do consumidor moderno e da veiculação da publicidade. Outro relevante dado prospectado na pesquisa, informa que, em 2018 e 2019, grande parte das representações do CONAR<sup>27</sup> envolviam influenciadores digitais.

Sob este viés, vislumbra-se como imperiosa, atual e relevante a discussão doutrinária e jurisprudencial, sobre a (im)possibilidade de imputação da responsabilidade civil, na ocorrência de danos oriundos pela veiculação de publicidade ilícita no mercado de consumo digital, sendo necessário caracterizar a atuação dos influenciadores digitais e analisar a possibilidade ou não de responsabilizá-los civilmente por sua atuação publicitária indevida.

Nesse contexto, verifica-se dissenso doutrinário sobre qual espécie de imputação de responsabilidade civil – subjetiva ou objetiva – deveria ser atribuída aos influenciadores digitais, no exercício de sua atividade profissional.

A vertente objetiva apoia-se, principalmente, em argumentos pautados na ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

Nesse giro, constata-se existir um caráter facultativo de vinculação de imagem, fama e influência por parte do digital influencer a determinado produto ou serviço, devendo, portanto,

---

22 BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 12 maio 2020.

23 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*: à luz da jurisprudência do STJ. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.281.

24 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.288.

25 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhaes. *Publicidade e direito*. 3. ed. atual. ref. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 79.

26 CONAR, Conselho Nacional de autorregulamentação publicitária. *Um balanço da autorregulamentação publicitária em 2019*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/conar220.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

27 CONAR, Conselho Nacional de autorregulamentação publicitária. *Um balanço da autorregulamentação publicitária em 2019*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/conar220.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.



observar os preceitos normativos da boa-fé objetiva e da função social. Afinal, o influenciador não é obrigado a se vincular, mas na hipótese de aceitar a vinculação publicitária com contrapartidas – remuneração direta ou indireta – impõe-se a responsabilidade civil, por seus atos, com esteio na teoria do risco da atividade econômica desenvolvida e na ofensa aos princípios em comento.

Segundo Judith Martins-Costa:

[...] em razão da própria racionalidade do Direito do Consumidor, nessa seara a intensidade jurisdicção da boa-fé será conformada conjugadamente ao postulado fático-normativo da vulnerabilidade do consumidor, impondo deveres que crescem (ou otimizam) os deveres de fonte legal de equilíbrio e de transparência.<sup>28</sup>

Em se tratando da indispensabilidade de observância da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, deve atentar-se que os referidos princípios se perfectibilizam como um reflexo constitucional da solidariedade, consagrado no artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988, o qual direciona luzes a todo ordenamento jurídico.

Ademais, é imprescindível a observância na relação jurídica de consumo dos princípios da boa-fé objetiva (preceitos ético-jurídicos de comportamento), da informação (informação necessária e suficiente de todo conteúdo contratual pertinente), da confiança (preservar as legítimas expectativas despertadas) e da transparência (a qualificação da informação fornecida que deve ser clara, correta, ostensiva e adequada). A incidência de tais princípios visa a garantir a futura expectativa do consumidor (padrão ou equiparado), que se encontra em posição de vulnerabilidade (econômica, técnica, e, principalmente, informativa) perante aos anunciantes, fornecedores, celebridades ou influenciadores digitais, notadamente, pela patente assimetria de informação existente na relação de consumo virtual.<sup>29</sup>

Sob este contexto, ensinam Diogo Rais Rodrigues Moreira e Nathalia Sartarello Barbosa que “todos aqueles que participam de uma publicidade têm a obrigação legal de prestar a informação de forma completa, respeitando os princípios de boa-fé e transparência em prol dos consumidores”.<sup>30</sup>

Logo, em função do fato do influencer possuir liberdade de criação de conteúdo, caberia ao mesmo se atentar aos preceitos impostos pela boa-fé objetiva, com necessária e redobrada atenção aos princípios da confiança – fator fundamental, considerando que os influenciadores são capazes de passar imagem de confiança aos seus seguidores, dando a ideia de credibilidade –, informação e transparência. Devem, assim, procurar postar conteúdos adequados, com respaldo nos preceitos éticos e legais vigentes no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, enfatiza-se, inclusive, o caráter de norma de ordem pública que a boa-fé objetiva, como pode ser observado pelo Enunciado de nº363 do CJF/STJ, que explicita que “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação”.<sup>31</sup>

---

28 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 328.

29 BARBOSA, Caio César do Nascimento; BRITTO, Priscila Alves de; SILVA, Michael César. Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.1-21, set. 2019, p. 8.

30 MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, n. 30, p.73-88, 2018, p.86.

31 CJF (Conselho de Justiça Federal). *IV Jornada de Direito Civil – Enunciado 363*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/476>. Acesso em: 20 maio 2020.

Insta salientar que, divergindo do caráter “roteirizado” das celebridades – em que recebem um script ou briefing do produto ou serviço, que emprestam sua imagem ou fama para “atuarem” em relação a estes –, os influenciadores digitais costumam possuir liberdade criativa para desenvolver a publicidade, em suas redes sociais, devendo, na ocorrência de tal liberalidade, atentarem-se aos preceitos legais e éticos, sob pena de imputação de responsabilidade civil pelos danos causados.

Em consonância com exposto, o digital influencer, também, deverá observar nessas relações jurídicas e, em sua atuação no mercado de consumo digital, os preceitos normativos da função social dos contratos – consagrada no artigo 421 do Código Civil – sendo igualmente reconhecida como norma de ordem pública e de interesse social.

Destarte, nas relações jurídicas e socioeconômicas necessitam, de modo imperioso, atentarem-se ao interesse coletivo como forma de preservar o contexto social que priorize a sociedade como um todo e não apenas os interesses meramente individuais. Nesse giro, os efeitos sociais decorrentes da relação entre anunciante e fornecedor devem ser compatibilizados aos seus interesses exclusivos, resguardando-se a coletividade de eventuais condutas inadequadas que porventura possam vir a causar danos.

Portanto, toda e qualquer publicidade veiculada no mercado de consumo pelos influenciadores digitais, deverá considerar os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, sob pena de imputação de responsabilidade civil.

Para além deste ponto, deve ser levado em conta sempre a relação que os digital influencers possuem com seus seguidores, devendo protegê-los ante as legítimas expectativas criadas pelas informações veiculadas.

Contudo, de uma forma geral, para a adequação dessa complexa ponderação que envolve três centros de interesses, creio que a melhor solução de compromisso entre a ordem econômica, a tutela dos consumidores e a proteção das próprias celebridades, demanda um ônus de informar qualificado a quem contrata a celebridade; um “dever de se informar” por parte de quem empresta a sua fama a uma publicidade respeitante às qualidades e riscos daquilo que comercializará (principalmente em produtos conexos a sua área de atuação, v.g. famoso cabelereiro ao aderir a produto de beleza) e, uma percepção mínima por parte do público do que objetivamente consiste em uma “expectativa” e o que de fato aquele produto possa lhe proporcionar e, além disso, se efetivamente vale a pena se vincular com aquele fornecedor.<sup>32</sup>

Ainda neste viés, é importante ressaltar que estes influenciadores “a) fazem parte da cadeia de consumo, respondendo solidariamente pelos danos causados, b) recebem vantagem econômica e c) se relacionam diretamente com seus seguidores que são consumidores”.<sup>33</sup>

Considerando a relação de credibilidade preexistente com seus seguidores e a liberdade que possuem para se comunicarem com estes, tais padrões devem ser reforçados, por meio do fornecimento de informações qualificadas (corretas, claras, adequadas e ostensivas) ao veicularem peças publicitárias que se atrelem a sua imagem ou boa fama.

Ademais, tem-se como possível vislumbrar o influenciador como um fornecedor por equiparação, sendo um intermediário que atua perante o potencial consumidor como se

---

32 ROSENVALD, Nelson. *O direito civil em movimento: desafios contemporâneos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.212.

33 GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v.19, n.1, p.65-87, jan./abr. 2019, p. 84.

fornecedor fosse. Há, ainda, de se pontuar que a responsabilidade civil será, inegavelmente, solidária para com o fornecedor.

Noutro giro, os adeptos da responsabilidade civil subjetiva, a seu turno, asseveram que o digital influencer atuaria como mero representante do fornecedor, anunciando produtos sem o devido conhecimento técnico, afirmando, ainda, a inexistência de fundamentação legal para configuração da responsabilidade objetiva.<sup>34</sup>

A discussão prospera em paralelo, com a divergência relacionada a imputação de responsabilidade civil das celebridades, que participam de publicidades, em que parte da doutrina acolhe o entendimento de qualificar-se como subjetiva. Sob esta perspectiva, aponta Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias que as celebridades “não podem assumir responsabilidade idêntica à do fornecedor, notadamente porque em muitas situações atuam como mero ‘porta-voz’ do anunciante”.<sup>35</sup>

A experiência com os influenciadores digitais, contudo, demonstra-se diferente, haja vista muitos deles assumirem posição de criadores de conteúdo, possuindo, desta forma, de liberdade de produção e criação do conteúdo veiculado em suas redes sociais. Ainda que atuem como “meros representantes”, os influenciadores digitais, em consonância com o preconizado por Paulo Jorge Scartezzini Guimarães a respeito das celebridades, “devem cumprir seu dever jurídico originário, agindo de forma prudente, colocando acima dos seus interesses econômicos a preocupação em não enganar ou não permitir que se enganem os consumidores”.<sup>36</sup>

Em síntese, a tese da responsabilidade civil objetiva deve prosperar com esteio na inobservância dos preceitos éticos-jurídicos da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, em consonância com a necessidade de informação, transparência e confiança na relação jurídica preestabelecida com seus seguidores, notadamente, na hipótese em que atuem na produção de conteúdo, veiculado nas plataformas digitais por meio de publicidade clandestina, o que deve ser rechaçado pela ordem jurídica, com fundamento nos preceitos legais estatuídos pelo Código de defesa do Consumidor (CDC) e normas éticas estabelecidas pelo CONAR, por meio do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP).

#### **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS**

O fenômeno das lives na plataforma do Youtube, em tempos de Coronavírus, ficou marcado por um episódio envolvendo o cantor sertanejo Gustavo Lima, logo nas primeiras semanas da pandemia. Após a realização das lives do cantor intituladas de “Live Gustavo Lima - Buteco em Casa” e “Buteco Bohemia em Casa”, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), em razão de denúncias, realizou a instauração de Representação Ética para análise das ações publicitárias envolvidas nas transmissões ao vivo.

O episódio gerou entendimentos errôneos e inadequados sobre o exercício da atuação do CONAR. Nesse sentido, diversas fakes news foram espalhadas por redes sociais, desinformando o público leigo sobre as atividades do referido Conselho.

Salienta-se que, apesar do cantor Gustavo Lima ser caracterizado como uma “celebridade”, a situação demonstrou que o mesmo agiu com espontaneidade e liberalidade em sua live, produzindo conteúdo e relacionando sua imagem e fama ao anúncio publicitário.

---

34 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhaes. *Publicidade e direito*. 3. ed. atual. ref. São Paulo: Saraiva, 2018, 433.

35 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhaes. *Publicidade e direito*. 3. ed. atual. ref. São Paulo: Saraiva, 2018, 432.

36 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

Por este motivo, fora entendido pelo CONAR na referida Representação, que o cantor atuou em posição de influenciador digital.

Contudo, o motivo pelo qual se mostrou necessária a abertura da referida Representação pautou-se em dois fatores: i) a falta de identificação clara do público-alvo, vez que não possuía restrições a menores de idade; ii) a influência do consumo exagerado e irresponsável de bebidas alcoólicas, vedada pelo anexo “P” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária,<sup>37</sup> que preleciona a necessidade do anúncio publicitário atentar-se à responsabilidade social, não devendo de qualquer forma induzir o exagerado ou irresponsável consumo de bebidas alcoólicas.

Considerando o delicado momento vivenciado pela sociedade na pandemia, no qual aumentam, exponencialmente, os casos de violência doméstica e de consumo exagerado de bebidas alcoólicas, faz-se, ainda, mais necessária a atenção ao promover anúncios publicitários que envolvam em seu conteúdo bebidas alcoólicas, sendo que o consumo de bebidas de modo desenfreado deve ser desestimulado pelas celebridades (artistas), influenciadores digitais e pelos fornecedores.

A partir do referido episódio, o YouTube discutiu e reforçou suas políticas de uso referentes às lives, atentando-se desta maneira à sua responsabilidade civil, como provedor de conteúdo, sob o viés do Marco Civil da Internet – lei 12.965/2014 –, atuando com esteio no elemento preventivo da responsabilidade civil, com a finalidade de mitigar eventuais ocorrências.

Segundo Nelson Rosenvald, o elemento preventivo, inclusive, se traduz como a mais importante faceta de responsabilidade civil contemporânea, sendo que “o que se deu à reparação de danos em termos de protagonismo nos últimos dois séculos, necessariamente se concederá a prevenção daqui em diante.”<sup>38</sup> Nessa linha de raciocínio, “o elemento preventivo confere às funções da Responsabilidade Civil a característica de uma tutela ampliativa, que pretende evitar que os danos se apresentem na sociedade”.<sup>39</sup>

Também, neste sentido, aponta Felipe Peixoto Braga Netto que:

O direito do século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar – sempre imperfeitamente, como se sabe – os danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme à Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou que continuem a ocorrer. A função preventiva assume, portanto, neste século, fundamental importância.<sup>40</sup>

O CONAR, após dezenas de denúncias de consumidores, optou por instaurar a abertura da Representação de nº 078/20, em face de Gustavo Lima e da patrocinadora AMBEV. Em nota, a referida empresa afirmou que constantemente orienta os artistas acerca dos cuidados a serem tomados ao veicular os produtos, mas como este formato é pautado pela “espontaneidade” dos artistas algumas coisas podem sair fora do planejado.<sup>41</sup> Assim

---

37 CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 20 maio 2020.

38 ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.96.

39 BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A eficácia do disgorgement of profits na contenção de ilícitos. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*, v. 3. Indaiatuba: Foco, 2020, p.131.

40 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 86.

41 G1. *Conar abre representação contra live de Gustavo Lima por propaganda irregular de bebida*. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/musica/noticia/2020/04/15/conar-abre-representacao-contra-live-de-gusttavo-lima-por-propaganda-irregular-de-bebida.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2020.

sendo, imperiosa deverá ser a atuação do influenciador nestas situações, uma vez que atua com patente posição de credibilidade (confiança) perante seus seguidores.

Após o referido episódio, o CONAR instaurou a Representação Ética nº 81/20, em face da dupla sertaneja Bruno e Marrone, em relação a “Live Bruno & Marrone Oficial (B&M)”, pelo motivo de potencial influência ao consumo exagerado e irresponsável de bebidas alcoólicas.

Ainda que o CONAR, atue em cunho ético e administrativo, as nuances expostas demonstram-se de incrível relevância no atual momento, possuindo o condão de ditar o futuro das lives patrocinadas. As referidas transmissões ao vivo, inclusive, se apresentam como promissor modelo publicitário a vigorar com ainda mais força no futuro. Se utilizadas de forma correta, deverão continuar como prática bem-vista, mesmo após esta crise, servindo de estímulo para ampliar os modelos publicitários já existentes.

Em maio de 2020, a 2ª Câmara do CONAR, em relação à Representação nº 078/20<sup>42</sup>, decidiu, por unanimidade, impor sanção de advertência ao cantor Gustavo Lima por sua conduta nas mencionadas transmissões ao vivo. De mesmo modo, o organismo decidiu pela advertência para a dupla Bruno e Marrone na Representação Ética nº 81/20. Em ambos os casos, a AMBEV fora absolvida. Em razão dos eventos ocorridos, outros cantores redobram a atenção necessária em relação a realização de novas lives.

A advertência soa como sinal de aviso para que influenciadores e seus patrocinadores não mais atuem de modo inadequado nas publicidades veiculadas em redes sociais, pois caso reiterem essas situações, poderão sofrer pela alteração ou suspensão recomendada pelo CONAR. Em caráter mitigatório, muitas destas lives, com Representações instauradas, estão sendo alteradas por iniciativa dos próprios patrocinadores ou produtoras.

Para além do desrespeito aos preceitos éticos estabelecidos pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária<sup>43</sup>, sob o viés da publicidade ilícita, ressalta-se a falta de responsabilidade social dos cantores em suas lives. Nesse giro, não apenas induziram potencialmente ao inadequado e exagerado consumo de bebidas, bem como, as lives não continham as devidas restrições etárias, acabando por afetar os “hipervulneráveis”, vez que as restrições de idades não demonstram ser atrativas, haja vista, o potencial de diminuir potenciais visualizações, gerando menor audiência.

Constata-se, ainda, que a atuação dos referidos cantores/influenciadores se apresenta nos termos do artigo 37, §2º, do CDC, como publicidade ilícita, especificamente, na espécie “abusiva”, pois os mesmos produzem conteúdos nas lives, que podem induzir o público a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (pelo incentivo ao consumo imoderado de bebidas alcoólicas), bem como, ainda, atingir ao público hipervulnerável (crianças e adolescentes), em função da sua deficiência de julgamento e experiência.

Nessa perspectiva, vislumbra-se uma violação ao princípio do consumo com responsabilidade social, por parte dos influenciadores digitais, que determina que a publicidade não deverá induzir, de qualquer forma, ao consumo exagerado ou irresponsável. Ademais, não há, de igual maneira, atenção à cláusula de advertência, a qual preceitua que todo anúncio, deverá conter a referida cláusula, à qual refletirá a responsabilidade social da publicidade e a consideração de Anunciantes, Agências de Publicidade e Veículos de Comunicação para com o público em geral.

Nesta linha de intelecção, a temática dos danos sociais pode ser vislumbrada diante da conduta exemplarmente negativa, a qual termina por rebaixar o nível de qualidade de vida

---

42 CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). Representação nº 078/20. Julg. Maio 2020. Disponível em: <http://www.conar.org.br>. Acesso em: 26 maio 2020.

43 CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 20 maio 2020.



de toda a sociedade, com esteio na deliberada ação de beber imoderadamente e no estímulo ao uso de bebidas alcoólicas, com possível intuito de autopromoção e vendas dos produtos.

Certamente, o mais notório acontecimento envolvendo influenciadores digitais nas primeiras semanas de distanciamento social, refere-se ao “episódio Gabriela Pugliesi”, uma das mais famosas influenciadoras do Brasil.

Em abril de 2020, ao realizar festa privada com amigos em sua casa, Pugliesi desrespeitou as recomendações da OMS e do Ministério da Saúde, em relação ao isolamento social, para se evitar a propagação do vírus. Após o fato, vários condomínios em São Paulo proibiram visitas e festas privadas em apartamentos para evitar o denominado “efeito Pugliesi”.<sup>44</sup>

O episódio repercutiu significativamente, sendo que o nome da influenciadora, um dia após o ocorrido, “foi o quarto termo mais buscado do Google no Brasil, à frente do astro Luan Santana, que fez um aguardado show via streaming na data (o Google não divulga números, mas informou que ambos tiveram mais de 200.000 buscas no dia)”.<sup>45</sup>

A festa particular promovida por Pugliesi fora transmitida por Stories no Instagram e tornou-se o símbolo de desrespeito à pandemia no Brasil. Em um de seus Stories, a influenciadora aparece com um copo em suas mãos e, para câmera, diz “f\*\*\*-se a vida”.<sup>46</sup> Logo após o ocorrido a mesma percebeu expressiva queda no número de seus seguidores.

Em meio ao seu inevitável “cancelamento” – termo utilizado na internet ao se referir a pessoa que, de certo modo, não merece mais relevância nas redes sociais –, Pugliesi resolveu suspender sua conta no Instagram.

Em um dos raros acontecimentos de “consciência de consumo” no mercado brasileiro, os consumidores questionavam as marcas que possuíam parcerias com a influenciadora, indagando-lhes se a atitude de Pugliesi refletia nos ideais que as empresas queriam transparecer aos seus consumidores e ao mercado de consumo. Logicamente, a resposta veio como uma negativa e a maioria das marcas romperam as parcerias e patrocínios, que possuíam com a influenciadora, estimando-se que a mesma pode ter tido prejuízo de aproximadamente três milhões de reais pela perda de suas parcerias, segundo a revista Forbes.<sup>47</sup>

Uma vez concebidas as principais características da sociedade contemporânea, bem como os impactos do Coronavírus nesse cenário, avançando posteriormente sobre a questão dos digital influencers, é fundamental que a temática dos danos sociais seja discutida.

Um ato se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. Isto é particularmente evidente quando se trate da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida.<sup>48</sup>

44 G1. Para evitar ‘efeito Pugliesi’, edifícios de SP proíbem visitas, corretores e festas privadas em apartamentos na quarentena. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/01/para-evitar-efeito-pugliesi-edificios-de-sp-proibem-visitas-corretores-e-festas-privadas-em-apartamentos-durante-quarentena.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2020.

45 VEJA. Por trás do linchamento virtual de Pugliesi: ódio, likes e algoritmo. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/veja-gente/por-tras-do-linchamento-virtual-de-pugliesi-odio-likes-e-algoritmo/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

46 G1. Caso Pugliesi escancara crise dos influenciadores, que foram do fascínio à rejeição na pandemia. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2020/05/05/caso-pugliesi-escancara-crise-dos-influenciadores-que-foram-do-fascinio-a-rejeicao-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2020.

47 FORBES. Festa durante isolamento pode ter causado prejuízo de R\$ 3 milhões a Gabriela Pugliesi. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/colunas/2020/05/festa-durante-isolamento-pode-ter-causado-prejuizos-de-r-3-milhoes-a-gabriela-pugliesi/>. Acesso em: 2 maio 2020.

48 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-378.

Nota-se, que o dano social é decorrente de uma lesão dirigida à sociedade, ocasionando um rebaixamento na qualidade de vida da coletividade.

Tem-se que a diferenciação nuclear entre o dano social e o dano individual reside nos sujeitos lesionados por determinada conduta. Enquanto, o dano individual apresenta uma violação ao aspecto do direito individual, sendo a vítima determinada, o dano social apresenta uma violação ao aspecto do direito difuso, sendo as vítimas indeterminadas ou indetermináveis [...]

Desse modo, depreende-se que o dano social é aquele que atinge a sociedade como um todo ou em parte, rebaixando a qualidade de vida dos indivíduos enquanto integrantes desta sociedade. Há de se dizer que o rebaixamento da qualidade de vida não se refere a aspectos meramente ligados à subsistência do indivíduo, pois, em consonância com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, a vida deve ser analisada sobre o prisma de vida digna, ampliando-se o conceito de vida e, conseqüentemente, dos possíveis danos direcionados a mesma.<sup>49</sup>

Nesse sentido, é perceptível a distinção entre as figuras dos danos individuais e dos danos sociais, precipuamente, em relação as vítimas do evento danoso, sendo o primeiro direcionado a um sujeito determinável e o segundo a um grupo indeterminado de pessoas. Ademais, verifica-se que o dano social é competente para propiciar uma degradação, próprio aviltamento, da vida em seu sentido mais amplo.

A atuação dos *digital influencers* repercute significativamente na vida de todos os indivíduos, sejam por hábitos, expressões na forma de se comunicar, gestos, gostos, hábitos de consumo, ou outras atividades, por meio das mídias sociais, de modo que, estas personalidades possuem significativo papel no cotidiano de milhares de usuários.

As pessoas passam a se relacionar com uma pessoa antes inalcançável, a observar seu cotidiano e, sobretudo, se sentir parte da vida do *digital influencer*, razão pela qual estes possuem alto poder persuasivo frente aos indivíduos que os seguem.

Inegável é que as mídias sociais apresentam muitos conteúdos extremamente qualificados, como canais que disponibilizam o conhecimento científico, lições, conhecimentos diversos sobre o mundo, dentre outras coisas. Entretanto, cotidianamente, novos canais, páginas e perfis que disseminam conteúdos inverídicos ou de qualidade duvidosa, também, surgem promovendo comportamentos por vezes nocivos, aviltantes e, até mesmo, discriminatórios.

Os *digital influencers*, enquanto produtores de conteúdo e formadores de opinião, possuem um papel social profundamente relevante na contemporaneidade, devendo, portanto, agir em consonância com a responsabilidade social e sua posição de proeminência nas redes sociais, haja vista, atingirem uma transindividualidade de indivíduos no ambiente digital, sendo que a conduta exemplarmente negativa dos *digital influencers*, não afeta tão somente uma pessoa que sofre um dano direito, mas, em verdade, repercute sobre toda uma gama de indivíduos expostos as práticas do mesmo.

Nessa toada, vislumbra-se a possibilidade de imputação de danos sociais ao *digital influencer*, na hipótese em que sua conduta exemplarmente negativa, for propagada e disseminada pelas redes sociais, em medidas significativas, reduzindo a qualidade de vida da coletividade pelo potencial gravoso de sua conduta e, sobretudo, pela publicação destas.

---

49 GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake News à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 99-114, jul./dez. 2019, p. 108.

Entende-se, portanto, que a busca pela fama não pode se sobrepor as questões legais, éticas e aos princípios e valores sociais delineados pela Constituição da República de 1988.

Casos como os retromencionados ao longo da pesquisa, possibilitam verificar atos perpetrados por digital influencers que, por meio de suas plataformas digitais, podem causar danos sociais, que reverberam por toda a sociedade e reduzem a qualidade de vida da transindividualidade.

Afinal, ainda se questiona o grau lesivo oriundo da má conduta dos mencionados influenciadores e a dimensão dos danos deles decorrentes. A conduta de Gustavo Lima – e de outros sertanejos em suas lives – decerto influenciou indivíduos a consumirem bebidas alcoólicas de modo irresponsável (na própria plataforma do Instagram, viralizaram “desafios” envolvendo bebidas por indivíduos que assistiam às transmissões), podendo este consumo exagerado gerar severos problemas de saúde futuramente, como bem assevera a OMS.<sup>50</sup>

Assim sendo, é possível afirmar que a publicidade em meio digital das bebidas alcoólicas deve obedecer todas as regras ora mencionadas, demonstrando o caráter de ilegalidade das “lives” especialmente por deixar de observar o princípio da responsabilidade social. Ainda que a inserção das marcas sejam permitidas durante a programação (product placement), mesmo que desacompanhadas da advertência, jamais poderia haver a sugestão de consumo por parte dos apresentadores. O desrespeito a esses preceitos coloca em maior vulnerabilidade os adolescentes expostos ao conteúdo publicitário, considerando que os aplicativos tem classificação indicativa de 13 (treze) anos, podendo ser discutida, em ação coletiva a possibilidade de compensação por dano moral coletivo.<sup>51</sup>

Nesse viés, a lei 9.294/1996 prevê várias recomendações que os anunciantes devem seguir na veiculação de publicidade que se refira a bebidas alcoólicas, por meio de merchandising, product placement ou outras táticas publicitárias. Ainda que à época de promulgação da lei, não existissem as mídias sociais – tampouco o expressivo apelo contemporâneo –, devem seus dispositivos serem hermeneuticamente interpretados no atual contexto, em que as mencionadas mídias possuem significativo apelo aos “hipervulneráveis”.

Na hipótese dos legitimados para propositura da ação – neste caso, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federados e associações que cumpram os requisitos legais – entenderem pela possibilidade de responsabilização dos influenciadores, considerando as “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”<sup>52</sup> oriundo do negativo comportamento, o que for auferido pela eventual reparação dever-se-ia ser destinado a fundos de combate ao Coronavírus. Afinal, as referidas condutas possuem como escopo a gravidade da situação causada pela pandemia.

As considerações suscitadas merecem severa análise e são dignas da atual relevância, uma vez que os influenciadores encontram cada vez mais espaço de ascensão no corpo social existente, devendo, deste modo, atuar em conformidade com os preceitos legais, éticos

---

50 ESTADO DE MINAS. *OMS sugere limitar venda de bebida alcoólica durante a pandemia*. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna\\_internacional,1138953/oms-sugere-limitar-venda-de-bebida-alcoolica-durante-a-pandemia.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/15/interna_internacional,1138953/oms-sugere-limitar-venda-de-bebida-alcoolica-durante-a-pandemia.shtml). Acesso em: 25 maio 2020

51 DENSA, Roberta. A regulamentação da publicidade das bebidas alcoólicas e a proteção do adolescente no Instagram e Facebook. *Migalhas da Responsabilidade Civil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/327626/a-regulamentacao-da-publicidad-ade-das-bebidas-alcoolicas-e-a-protecao-do-adolescente-no-instagram-e-facebook>. Acesso em: 26 maio 2020

52 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 376.

e sociais, estabelecidos para fins de veiculação de publicidade, desenvolvendo conteúdo adequado, para seus seguidores e para a sociedade, em suas redes sociais.

## **5 CONCLUSÃO**

Ante ao delicado momento oriundo da pandemia ocasionada pelo Coronavírus, as constantes revoluções mercadológicas adentram o território digital com imperiosa celeridade e urgência, antecipando em anos uma inevitável migração. Fatores como a pandemia se demonstram objetivos para caracterização de bruscas – ainda que necessárias – mudanças no estilo de vida da sociedade contemporânea.

O mercado de consumo digital, nessa perspectiva, se remodela diariamente na tentativa de se adaptar aos novos hábitos e necessidades dos indivíduos. Da mesma forma, o fenômeno das lives assevera a receptividade dos consumidores a este inovador formato que certamente continuará a vigorar na “nova normalidade”.

As cotidianas alterações presenciadas se tornam possíveis pelo fator da hiperconectividade, característica quase essencial para o estilo de vida contemporâneo nos corpos sociais modernos. Os influenciadores digitais assumem posição importante nas redes sociais, em especial, em uma época onde muitos querem ser considerados como influencers, ao ditar padrões de comportamento, expor conteúdos diversos, bem como, exibir a vida privada para outras pessoas.

Considerando que os influenciadores se encontram inseridos no contexto de uma sociedade hiperconectada, como também caracterizam-se como notórias figuras na conjuntura do mercado de consumo digital, estes, mais do que nunca, demonstram significativo e considerável papel na rotina de incontáveis pessoas ao redor do mundo.

Ante a incansável corrida por visualizações, são inúmeros os episódios em que influenciadores apostam no vale-tudo em busca da fama e autopromoção, como em casos de notáveis desperdícios de comida em vídeo, brincadeiras duvidosas recorrentes e de posts de conteúdo ofensivo na esperança de ganharem os holofotes (fama), alcançarem a esperada atenção que tanto anseiam, e, sobretudo, aumentarem seu número de seguidores nas redes sociais.

No contexto de uma sociedade hiperconectada, evidenciada pela era das lives, a atuação dos influenciadores digitais deve ser pautada pelo dever de responsabilidade social, sendo que, a prática de condutas exemplarmente negativas deve ser desestimulada.

Os influenciadores, ao promoverem comportamentos voltados a indução a bebidas alcoólicas de forma imoderada, sem restrição a menores de idade, devem assumir responsabilidade social, devendo promover conteúdos que não sejam considerados como capazes de rebaixar a qualidade de vida do público, vez que possuem expressivo e inegável potencial de induzimento a estas condutas. Logo, os recentes acontecimentos, reforçam que estes influenciadores devem agir de maneira, ética e socialmente responsável, sob pena de serem responsabilizados pelos prejuízos advindos de sua conduta.

Nessa linha de intelecção, vislumbra-se a possibilidade de responsabilidade por danos sociais, na hipótese na qual, os digital influencers utilizando-se de sua visibilidade nas plataformas digitais, atuem mediante a inobservância da responsabilidade social, de modo a estabelecer uma redução na qualidade de vida da sociedade, por intermédio de práticas exemplarmente negativas, as quais devem ser rechaçadas pela ordem jurídica.

A responsabilidade civil atribuída aos influenciadores demonstra-se como objetiva, fundamentada nos preceitos normativos norteadores da boa-fé objetiva e da função social dos

contratos, tal como pela veiculação e promoção de publicidade ilícita com poderio de indução de comportamentos ao seu público, relacionando-se a preexistência de confiança. Destarte, os influencers, os patrocinadores, os anunciantes e os provedores de conteúdo devem se atentar ao elemento preventivo da responsabilidade civil, de forma a evitar a ocorrência de danos.

A controvérsia em estudo, se demonstra atual e necessária de análise, sendo, ainda, construídos os critérios objetivos para caracterização das condutas consideradas como reprováveis por parte de tais personalidades digitais, mas o horizonte indica haver a possibilidade de que ações de influenciadores sejam passíveis de responsabilização civil.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; BRITTO, Priscila Alves de; SILVA, Michael César. Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.1-21, set. 2019.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. A eficácia do disgorgement of profits na contenção de ilícitos. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*, v. 3. Indaiatuba: Foco, 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). *Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 12 maio 2020.

CJF (Conselho de Justiça Federal). IV Jornada de Direito Civil – Enunciado 363. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/476>. Acesso em: 20 maio 2020.

CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). Representação nº 078/20. Julg. maio 2020. Disponível em: <http://www.conar.org.br>. Acesso em: 26 maio 2020.

CONAR, Conselho Nacional de autorregulamentação publicitária. Um balanço da autorregulamentação publicitária em 2019. Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/conar220.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.

CONAR. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 20 maio 2020.

DENSA, Roberta. A regulamentação da publicidade das bebidas alcoólicas e a proteção do adolescente no Instagram e Facebook. Migalhas da Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/327626/a-regulamentacao-da-publicidade-das-bebidas-alcoolicas-e-a-protecao-do-adolescente-no-instagram-e-facebook>. Acesso em: 26 maio 2020.



# **SEÇÃO VI**

## **REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DO CORONAVÍRUS**

# REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR PERANTE AS SUBVERSÕES APORTADAS PELO CORONAVÍRUS

**Mário Frota**

Antigo Docente das Universidades de Lisboa, Coimbra, Porto (Livre) e Paris d' Est. Director do CEDC (Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra). Fundador e primeiro presidente da AIDC/IACL (Associação Portuguesa de Direito do Consumo). Fundador e presidente do Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo. Fundador e director da RPDC (Revista Portuguesa de Direito do Consumo). Fundador e presidente da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Membro Honorário do Ministério Público do Consumidor/Brasil.

---

**Sumário:** 1 Generalidades; 1.1 Alterações de tomo na geografia do consumo; 1.2 A omissão do legislador perante circunstâncias anómalas; 2 As multações operadas; 2.1 Do comércio em geral para o comércio de subsistência: a explosão de um consumo circunscrito; 2.1.1 Géneros alimentícios; 2.1.2 Produtos de higiene, saúde e conforto; 2.1.3 Dispositivos médicos, equipamentos de protecção individual, produtos desinfectantes e gelificantes; 2.2 A alteração do statu quo no regular abastecimento do mercado; 2.2.1 Açambarcamento; 2.2.2 Limitação de preços de produtos essenciais; 2.2.3 Limitação de preços de produtos essenciais que relevam do domínio afectado: equipamentos de protecção individual, produtos desinfectantes e quejandos; 2.3 O condicionamento na dispensa dos produtos; 2.4 As restrições ao direito de reclamar: inflexões ao regime do livro de reclamações; 3 A situação de pandemia e seus reflexos nos actos e contratos de consumo; 3.1 Domínios visados; 3.1.1 Alojamento; 3.1.1.1 Casa de morada de família: habitação própria permanente; 3.1.1.2 Contratos de arrendamento para habitação: suspensão das acções de despejo; 3.1.1.3 Mora no pagamento das rendas de casa (aluguel); 3.1.2 Saúde: validade do receituário; dispensa de medicamentos por farmácias hospitalares; 3.1.2.1 Prescrição electrónica de medicamentos e receitas médicas; 3.1.2.1 Medicamentos dispensados por farmácia hospitalar; 3.1.3 Educação: redução das propinas (fees), preço de frequência dos estabelecimentos de ensino oficiais; 3.1.4 Do acesso aos víveres e géneros alimentícios em geral e demais produtos: regras gerais das prioridades no atendimento presencial, entre outros, nos estabelecimentos comerciais e nas farmácias comunitárias; 3.1.4.1 Da prioridade no atendimento em geral; 3.1.4.2 Regras especiais das prioridades no atendimento estatuídas em razão do estado de emergência; 3.1.4.3 Comunicações com os serviços públicos e entidades outras: o princípio-regra da gratuidade para os consumidores; 3.1.5 Serviços Públicos Essenciais: abordagem liminar; 3.1.5.1 Águas: bónus variáveis da lavra das entidades gestoras, cada uma a seu modo; 3.1.5.2 Energia eléctrica e gás natural: iniciativas pontuais; 3.1.5.3 Proibição de suspensão de determinados serviços públicos essenciais: as peculiaridades das comunicações electrónicas; 3.1.6 Serviços de inspecção automóvel: regime excepcional de inspecções automóveis; 3.1.7 Seguros em geral e seguros obrigatórios em particular: concertação com as seguradoras; 3.1.8 Meios de pagamento - operações de pagamento: comissões em terminais automáticos; 3.1.8.1 impedimento de cobrança de comissões bancárias; 3.1.9 Contratos de crédito: protecção da situação debitória das famílias; 3.1.9.1 Crédito Hipotecário ou Imobiliário; 3.1.9.2 Crédito ao consumidor (crédito pessoal, crédito automóvel, crédito de suporte a cartões de crédito); 3.1.10 Actividades lúdicas e de lazer; 3.1.10.1 Jogos de fortuna e azar: jogos e apostas presenciais; 3.1.10.2 Espectáculos e festivais; 3.1.10.2.1 Medidas originais; 3.1.10.2.2 Medidas subsequentes: medidas excepcionais e temporárias em matéria de espectáculos de natureza artística; 3.1.11 Deslocações por quaisquer meios de transporte e, em particular, por via aérea; 3.1.11.1 Bilhetes de deslocações canceladas; 3.1.11.2 Contratos de viagens organizadas em particular; 4 Conclusão; Referências.

## 1 GENERALIDADES

### 1.1 Alterações de tomo na geografia do consumo

A OMS decretara, a 30 de Janeiro do ano em curso, o estado de “*emergência de saúde pública de âmbito internacional*” em decorrência do surto COVID 19.

A ocorrência de um sem-número de situações típicas, em si mesmo altamente disfuncionais, mobilizou energia e propósitos da OMS que destarte declarou *urbi et orbi* o estado de “*emergência de saúde pública*”, de molde a que fossem aparelhados em todos os quadrantes do globo os meios indispensáveis a acudir a quantos viessem a ser eventualmente infectados pelo vírus.

As autoridades nacionais, que de início desvalorizaram os efeitos demolidores do agente infeccioso, tais as declarações dissonantes com repercussões a todos os níveis, v. g., as da responsável primeira pela saúde pública, em Portugal, propuseram-se cerrar fileiras perante as evidências e envidar esforços, mobilizando recursos em ordem a apetrecharem-se para que os cuidados reclamados não fossem preteridos ou negligenciados.

A OMS, ante a evolução dos efeitos catastróficos do agente infeccioso, entendeu criteriosamente alterar o estado originalmente estabelecido e a 11 de Março do ano em curso decretou com *CARÁCTER UNIVERSAL* a situação de *PANDEMIA* face ao panorama geral e observados os pressupostos de base para o efeito.

E as consequências não se fizeram esperar em todos os quadrantes do económico e do social. Com a subsequente *Declaração do Estado de Emergência* no País e a afecção de todo o tipo de actividades com particular realce para as que na economia se coenvolvem e atingem o dia-a-dia dos cidadãos.

O fâcias da vida em comunidade com o denominado confinamento alterou-se radicalmente.

Com o estado de emergência, operou-se a suspensão das actividades laborais ou a transmutação de significativos segmentos da economia (remetendo a massa de trabalhadores ou para um regime de suspensão do trabalho ou pela continuidade das funções laborais em regime de teletrabalho), as actividades lectivas presenciais que, em adaptação em que se fez apelo ao engenho e à arte, passaram a breve trecho a processar-se por meios telemáticos com a assistência possível a quem não detivesse adequados meios para o efeito.

As actividades mercantis suspenderam-se, mantendo-se apenas em funcionamento estabelecimentos de retalho (varejo) que dispensem víveres, super e hipermercados, estabelecimentos de panificação e confeitarias.

As mais empresas comerciais suspenderam as suas actividades correntes. Outro tanto se observando em determinados estabelecimentos industriais e de serviços.

E, nesse particular se decretou que a afectação dos espaços acessíveis ao público dos estabelecimentos de comércio a retalho, das grandes superfícies comerciais e dos conjuntos comerciais deveria observar regra de ocupação máxima indicativa de 0,04 pessoas por metro quadrado de área.

A afectação dos espaços acessíveis ao público dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas limitada em um terço da sua capacidade.

A suspensão de toda e qualquer actividade de medicina dentária, de estomatologia e de odontologia, com excepção das situações comprovadamente urgentes e inadiáveis;

A suspensão do ensino da condução e da generalidade dos segmentos do mercado.

A suspensão da generalidade das actividades económicas, com excepção, em dados termos, das da produção.

Aliás, a tradução de um tal imperativo transluz do primeiro dos decretos de execução do diploma base da declaração do estado de emergência:

São suspensas as actividades de comércio a retalho (varejo), com excepção daquelas que disponibilizem bens de primeira necessidade ou outros bens considerados essenciais na presente conjuntura, as quais se encontram elencadas no anexo II ao presente decreto e que dele faz parte integrante. A suspensão ... não se aplica aos estabelecimentos de comércio por grosso nem aos estabelecimentos que pretendam manter a respectiva actividade exclusivamente para efeitos de entrega ao domicílio ou disponibilização dos bens à porta do estabelecimento ou ao postigo, estando neste caso interdito o acesso ao interior do estabelecimento pelo público.

O facto, em si, veio a determinar profundas alterações no *modus vivendi* de cada um e de todos com reflexos nas obrigações até então assumidas e que mister seria, a todas as luzes, considerar.

## **1.2 A omissão do legislador perante circunstâncias anómalas**

O legislador, ante as abruptas transformações operadas, poderia, com atenuações mais ou menos sensíveis, ou “deixar correr o marfim”, isto é, ‘aguardar com indiferença os acontecimentos’, ou intervir de imediato, reajustando o regime de cada uma das situações fácticas geradas pelos eventos a normas distintas visando o reequilíbrio dos interesses postulados pelos contraentes.

Os regimes na Europa, em geral, dispõem de mecanismos jurídicos susceptíveis de oferecer cabal solução a situações do jaez destas.

Ou pelo recurso à teoria da imprevisão plasmada nos Códigos ou pela impossibilidade objectiva da prestação como pelo instituto da mora do credor, entre outros.

A *teoria da imprevisão* propicia e funda a resolução ou a revisão de um contrato na ocorrência de evento superveniente e imprevisível susceptível de desequilibrar a sua base económica, impondo a um dos contraentes sacrifício inoportuno ou uma obrigação excessivamente onerosa.

No que tange, pois, à resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, como pressupostos se perfilam

- Superveniência de um acontecimento imprevisível;
- Alteração da base económica objectiva do contrato;
- Excessiva onerosidade para um dos contraentes.

E os termos do dispositivo pertinente são de todo elucidativos.<sup>1</sup>

Aliás, o Código Civil brasileiro propugna análogas soluções nos seus artigos 478 a 480.

A impossibilidade objectiva da prestação traduz-se na extinção da obrigação quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor.

Eis-nos, pois, face à

---

1 “1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

- Impossibilidade de prestação e
- A sua não imputabilidade ao devedor, de harmonia com o que prescreve, aliás, entre nós, o artigo 790 do Código Civil.

Já no que tange à mora do credor, rege o artigo 813 do Código Civil segundo o qual “o credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação.”

A saber, como pressupostos a

- Ausência de motivo justificado
- Recusa de aceitação da prestação ou
- Negligência em ordem à prática dos actos necessários ao cumprimento

Conquanto em determinados ordenamentos, a omissão *in totum* ou de modo segmentar do legislador determine o recurso, na parte cabível, a regras do jaez destas, sempre que não previstas as soluções em legislação adrede editada, entre nós, os domínios relevantes foram, na realidade geralmente cobertos e só de modo residual se justificaria supletivamente o recurso aos princípios e regras noutro passo enunciados.

Claro que subsistirá sempre a hipótese de as normas editadas para acudir a situações tais se acharem feridas de inconstitucionalidade ou serem até passíveis de ilegalidade (normas legais ilegais) ou de revelarem desconformidade, como em dadas circunstâncias é susceptível de ocorrer, com instrumentos normativos mais proeminentes, como se trata dos emanados dos órgãos legiferantes da União Europeia, cujo primado se impõe face a normas segregadas pelos legisladores nacionais.

Por conseguinte, importa no que toca aos aspectos mais frisantes das repercussões do surto pandémico nas relações jurídicas entretecidas e subsistentes remeter para a abundante legislação que desde logo se produziu como resposta às angústias suscitadas pela crise e em situação de penúria em que tantas famílias de imediato se precipitaram.

## **2 AS MUTAÇÕES OPERADAS**

### **2.1 Do comércio em geral para o comércio de subsistência: a explosão de um consumo circunscrito**

Nos dias que precederam a declaração do *estado de emergência*, houve como que uma corrida, em particular aos super e hipermercados ao ponto de se esvaziarem as gôndolas com notórios reflexos no abastecimento de pessoas de menores recursos. E com manifestações caricaturais, ainda hoje mal interpretadas, do açambarcamento de centenas e centenas de rolos de papel higiénico, fenómeno que se repetiu pelas sete partidas do globo.

Com a redução da quadrícula mercantil, impor-se-ia garantir o regular abastecimento da cadeia de víveres, em particular dos frescos e dos demais géneros alimentícios, conquanto os processados hajam ocupado significativa franja nas preferências dos consumidores por razões óbvias.

Daí que, em termos de assegurar a subsistência imediata, o consumo passou, esgotadas as reservas de quem pôde aprovisionar-se de forma lauta, a centrar-se nos géneros alimentícios, produtos de higiene, saúde e conforto e nos equipamentos de protecção individual, produtos desinfectantes, gelificantes e de natureza análoga, para além dos dispositivos médicos.



### *2.1.1 Géneros alimentícios*

Com uma rígida disciplina de acesso aos víveres e demais géneros alimentícios, inverteu-se o paradigma e de uma rede de estabelecimentos predispostos nas urbes e fora delas, cedo se intuiu que mister seria estruturar as bases de um mais amplo comércio em linha, em exploração das incipientes lojas virtuais que as insígnias de maior dimensão já possuíam sobretudo para satisfazer a fileira dos consumidores idosos.

Mas obstáculos que, entretanto, se ergueram face ao ineditismo da situação não permitiam se assegurasse as entregas em tempo útil: as melhores insígnias comerciais davam como lapso de entrega o de 30 dias, num desvirtuamento da função de meios expeditos para comunidades ávidas de regular abastecimento.

A reconfiguração dos restaurantes e estabelecimentos similares, impedidos de manter as portas abertas para acolhimento dos comensais regulares ou ocasionais, em estabelecimentos de entregas para fora (ou pelo recurso a quem passou a fazer da função actividade regular ou a pessoal afecto aos estabelecimentos) foi algo de que os empresários lançaram mão perante o quadro sombrio que se desenhava.

### *2.1.2 Produtos de higiene, saúde e conforto*

Com as características da pandemia, para além dos víveres e dos mais produtos alimentares, o alvo preferencial dos consumidores passara a recair recair nos produtos de higiene, disponíveis só e tão só nas drogas e em estabelecimentos com o perfil dos super e hipermercados. A que acresciam os estabelecimentos farmacêuticos, ora denominados farmácias comunitárias, depois do ciclo das farmácias de oficina (em que se processava a manipulação de fórmulas magistrais), que garantiriam o fornecimento tanto de produtos do jaez destes como sobretudo dos enunciados no ponto subsequente.

### *2.1.3 Dispositivos médicos, equipamentos de protecção individual, produtos desinfectantes e gelificantes*

E, conquanto em geral a sua dimensão não seja de molde a acolher multidões, para além do regular abastecimento dos fármacos e de outros produtos, a sua vocação centrou-se nos dispositivos médicos, nos equipamentos de protecção individual e nos demais produtos de higiene das mãos com relevância para o álcool e os gelificantes.

E a rede de estabelecimentos farmacêuticos constitui deveras a garantia de salvaguarda da saúde pública, com os centros de saúde encerrados e a estrutura hospitalar, em que se acantonam as denominadas farmácias hospitalares, com outras preocupações dominantes a balizar a sua intervenção.

## **2.2 A alteração do *statu quo* no regular abastecimento do mercado**

### *2.2.1 Açambarcamento*

O açambarcamento foi a consequência imediata dos medos e incertezas que pairaram, ao alcance só (e tão só) de quantos não conhecem restrições pecuniárias em vista do aprovisionamento de bens.

O açambarcamento é um instituto que, segundo a natureza dos intérpretes, apresenta uma duplicidade de expressões e de regimes.

Em termos correntes, o açambarcamento consiste na acumulação de mercadorias em quantidades consideráveis para provocar quebras no regular funcionamento do mercado

para, depois, as remarcar, relançando-as por preço mais elevado do que o usualmente praticado e daí retirar vantagens ilícitas.

Trata-se de um conceito multipolar cujo cenário é o da conjuntura de notória escassez de bens essenciais ou de matérias primas empregues na sua produção.

E é susceptível de se traduzir em:

- Ocultar existências ou armazená-las em locais não revelados às autoridades de fiscalização, quando tal for imposto;
- Recusar a sua venda segundo os usos normais da respectiva actividade ou condicionar a venda à aquisição de outros produtos, tanto do próprio como de terceiro;
- Recusar ou retardar a sua entrega quando encomendados os bens e aceite o respectivo fornecimento;
- Impedir a venda de mercadorias mediante o encerramento do estabelecimento ou do local do exercício da actividade;
- Não levantar bens ou matérias-primas que lhe tenham sido consignadas e hajam dado entrada em locais de desembarque, descarga, armazenagem ou arrecadação, designadamente dependências alfandegárias, no prazo de 10 dias, tratando-se de bens sujeitos a racionamento ou condicionamento de distribuição, ou no prazo que tiver sido legalmente determinado pela entidade competente.

Mas o açambarcamento também pode ser protagonizado pelos consumidores (adquirentes) e a lei prevê-o expressamente: em situação de notória escassez ou com prejuízo do regular abastecimento do mercado, o consumidor que se propuser adquirir bens essenciais ou de primeira necessidade em quantidade manifestamente desproporcionada às suas necessidades de abastecimento ou de renovação normal das suas reservas comete o crime de açambarcamento (o açambarcamento de adquirente).

A infracção consubstancia-se quando as hipóteses configuradas no passo precedente ocorrerem, isto é, quando se verificarem situações que se subsumam em cada uma das descrições feitas ponto por ponto.

As consequências jurídicas decorrem, entre nós, de um diploma legal que remonta, na versão mais actual, a 1984.

Se se tratar de açambarcamento perpetrado por agentes económicos:

Com dolo, pena de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias.

Com negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias.

Se se tratar de açambarcamento de adquirente, a pena de prisão será até 6 meses ou de multa de 50 a 100 dias.

As autoridades, de início, como que se abstraíram do fenómeno, havendo-se proposto agir em consequência dos rumores públicos que, entretanto, se fizeram ouvir.

Ora, as autoridades têm de estar despertas para fenómenos do jaez destes. Com uma sistemática intervenção no mercado, já que “o medo guarda a vinha”!

E, sem que se retire da acepção qualquer sentido anómalo, “vigilância popular”, já que se trata de crimes contra a denominada economia popular (infracções anti-económicas ou contra a economia nacional) e se prendem, em geral, com a subsistência de cada um e todos.

O assalto aos géneros alimentícios de primeira necessidade em detrimento da generalidade dos cidadãos-consumidores, a despeito de circuitos de distribuição que houve que recriar à exaustão, evitaram de todo maior escassez ainda, deixando-os à mingua de bens essenciais à subsistência no dia-a-dia de todos e de cada um .

No entanto, em dado momento o legislador teve de intervir, cometendo aos estabelecimentos a faculdade de condicionarem a quantidade de géneros a dispensar no tráfego em geral, fenómeno que não teve uma expressão por aí além.

### 2.2.2 Limitação de preços de produtos essenciais

A especulação que se abateu sobre os preços de determinados bens essenciais, ante a vozearia geral, coagiu o legislador a limitar, entretanto e com algum retardamento, os preços do gás de botija.

O mercado não é, como se não ignora, um espaço em que se espelhem virtudes. A ética que exorna determinados actores não se estende como determinadas nódoas em determinadas superfícies.

A aspiração, nem sempre legítima, a vantagens exponenciais potencia excessos e exige adequada intervenção dos poderes político-administrativos em ordem a frear tais excessos.

O legislador pátrio mostrou-se avaro nas intervenções, receoso de beliscar o sistema de economia de mercado e mal percebendo as nefastas consequências para a bolsa do consumidor de algo de imparável ante a perspectiva de ganhos fáceis sob pressão dos acontecimentos imprevisíveis e inevitáveis.

Vozes se ergueram, entretanto, a reverberar o *statu quo*.

E os diplomas começaram, no entanto, a ver a luz do dia:

Adopção de medidas de limitação de mercado (Lei 14/2020, de 09 de Maio);

O membro do Governo responsável pela área da economia, conjuntamente com o membro do Governo responsável pela respectiva área sectorial, quando exista, pode, com faculdade de delegação, determinar as medidas de excepção necessárias relativamente à *contenção e limitação de mercado*, de *fixação de preços máximos para o gás de petróleo liquefeito*, de *limitação de margens de lucro dos dispositivos médicos, dos equipamentos de protecção individual e do álcool etílico e soluções desinfectantes cutâneas*, de *monitorização de stocks e quantidades produzidas e de isenção do pagamento de taxas* para os operadores económicos que actuem em situações de urgência.

Realce para uma norma cristalina e que constitui reacção a ocorrências malquistas:

- 1 - A percentagem de lucro na comercialização, por grosso e a retalho, de dispositivos médicos e de equipamentos de protecção individual identificados..., bem como de álcool etílico e de gel desinfectante cutâneo de base alcoólica, é limitada ao máximo de 15 %.
- 2 - O disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de determinação de regimes mais restritivos.
- 3 - O regime estabelecido no presente despacho pode ser objecto de revisão, caso ocorra uma modificação das condições que fundamentam a sua determinação.

*Preços máximos para o gás de petróleo liquefeito engarrafado.* A 17 de Abril em curso, o legislador fixou, finalmente, o regime de preços máximos para o gás de petróleo liquefeito (GPL) engarrafado, em taras standard em aço, nas tipologias T3 e T4, após a conduta especulativa e altamente reverberável dos mercados.

Ainda assim, os preços em Portugal como que se apresentavam cerca de duas vezes superiores aos praticados em Espanha, que serve sempre de referencial aos mais esclarecidos.

### *2.2.3 Limitação de preços de produtos essenciais que relevam do domínio afectado: equipamentos de protecção individual, produtos desinfectantes e quejandos*

As injunções do poder /das autoridades político-administrativas) no mercado vieram a constituir um freio à ganância dos especuladores.

A Entidade Reguladora do Mercado (Autoridade de Segurança Alimentar e Económica), dotada de não mais de 250 inspectores, disseminou-os pelo território de molde a exercer de modo profícuo uma acção de vigilância sobre os preços.

Que passaram a estar de novo condicionados ( desde os anos de 70 do século passado que se abandonara o modelo após a ruptura com o regime autocrático que por 48 anos se passara no País), como se revelou supra.

Para além do gás butano, com regras próprias, dispositivos médicos, equipamentos de protecção individual (as máscaras nos seus diferentes modelos e tipologias), produtos desinfectantes, álcool etílico, gel desinfectante cutâneo (de base alcoólica) conheceram diverso regime de preços, a saber, condicionados pelas margens de lucro, por grosso e a retalho (no atacado e no varejo), de 15% sobre o preço da factura em cada um dos segmentos.

De modo encadeado:

A 18 de Abril em curso, por Despacho n.º 4 699, que a lume veio no jornal oficial, de análogo modo com um enorme lapso ante a especulação de preços em que o mercado se precipitara, determinou o legislador que a percentagem de lucro na comercialização, por grosso e a retalho, de dispositivos médicos e de equipamentos de protecção individual identificados e bem assim do álcool etílico e de gel desinfectante cutâneo de base alcoólica, se limitasse a 15 %.

Por via do Decreto-Lei n.º 14-F/2020, de 13 de Abril, procedeu-se ao aditamento do artigo 32.º-B ao aludido Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, conferindo ao membro do Governo responsável pela área da economia, de par com o membro do Governo responsável pela área sectorial, o poder de determinar as medidas de excepção necessárias à contenção e limitação de mercado, incluindo a possibilidade de limitação máxima de margens de lucro.

Através do Despacho n.º 4699/2020, de 18 de Abril, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 76-A/2020, de 18 de Abril de 2020, procedeu-se à determinação dessas medidas de excepção, relativamente à percentagem de lucro na comercialização por grosso e a retalho de dispositivos médicos e equipamentos de protecção individual, bem como de álcool etílico e gel desinfectante cutâneo de base alcoólica, de modo a garantir que estes bens se encontrem disponíveis para os consumidores a preços justos e não especulativos, para o período em que vigorou o estado de emergência.

O artigo 8.º-B da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março, na redacção introduzida pela Lei n.º 14/2020, de 9 de Maio, determina que o membro do Governo responsável pela área da economia, conjuntamente com o membro do Governo responsável pela respectiva área sectorial, quando exista, pode, com faculdade de delegação, determinar as medidas de excepção necessárias relativamente à *contenção e limitação de mercado*, de fixação de preços máximos para o gás de petróleo liquefeito, de limitação de margens de lucro dos dispositivos médicos, dos equipamentos de protecção individual e do álcool etílico e soluções desinfectantes cutâneas, de monitorização de stocks e quantidades produzidas e de isenção do pagamento de taxas para os operadores económicos que actuem em situações de urgência.

Considerando que se revela essencial continuar a assegurar o acesso generalizado a dispositivos médicos e equipamentos de protecção

individual, bem como a álcool etílico e gel desinfectante cutâneo de base alcoólica, importa garantir que estes bens se encontram disponíveis para os consumidores a preços justos e não especulativos.

1 - *A percentagem de lucro na comercialização, por grosso e a retalho, de dispositivos médicos e de equipamentos de protecção individual identificados no anexo ao Decreto-Lei n.º 14-E/2020, de 13 de Abril, bem como de álcool etílico e de gel desinfectante cutâneo de base alcoólica, é limitada ao máximo de 15 %. (Despacho n.º 5503-A/2020, de 13 de Maio)*

### **2.3 O condicionamento na dispensa dos produtos**

O legislador entendeu regular as formas automáticas de venda, a venda itinerante e o aluguer de veículos de passageiros, dadas as suas especificidades.

A 23 de Março de 2020, o legislador, por despacho:

Regulou o funcionamento de

- máquinas de “vending” e o exercício das actividades dos

É permitido o funcionamento de máquinas de vending em empresas, estabelecimentos ou quaisquer instituições nos quais aquelas máquinas representem o único meio de acesso a produtos alimentares.

O facto obriga a que as empresas, os estabelecimentos ou outras instituições, directamente ou por intermédio dos proprietários dos equipamentos, procedam à desinfeção diária das máquinas, mediante a utilização de produtos adequados e eficazes no combate à propagação do vírus.

- vendedores itinerantes

É permitido o exercício da actividade por vendedores itinerantes, para disponibilização de bens de primeira necessidade ou de outros bens considerados essenciais na presente conjuntura, nas localidades onde tal actividade seja necessária para garantir o acesso a bens essenciais pela população.

A identificação das localidades onde a venda itinerante seja essencial é definida pelos municípios, após parecer favorável da autoridade de saúde local

- o aluguer, entre outros, de veículos de passageiros, dadas as restrições à circulação automóvel.

É permitido o exercício da actividade de aluguer de veículos de passageiros (rent-a-car), nas seguintes hipóteses:

- Para as deslocações excepcionalmente, designadamente, as deslocações para aquisição de bens ou serviços essenciais, nomeadamente medicamentos, e as deslocações por motivos de saúde ou para assistência a outras pessoas;
- Para o exercício das actividades de comércio a retalho ou de prestação de serviços autorizadas;
- Para prestação de assistência a condutores e veículos avariados, imobilizados ou sinistrados.

### **2.4 As restrições ao direito de reclamar: inflexões ao regime do livro de reclamações**

A lei prescrevera que durante o período em que vigorar o estado epidemiológico resultante da doença COVID-19, seriam suspensas as obrigações decorrentes do diploma que instituiu o Livro de Reclamações, a saber:



- A obrigação de facultar imediata e gratuitamente ao consumidor ou utente o livro de reclamações do modelo oficial (em suporte papel);
- A obrigação de cumprimento do prazo no envio dos originais das folhas de reclamação à entidade reguladora, que é de 15 dias úteis.

Terminou a 30 de Junho próximo passado a suspensão da obrigação de pronto acesso ao Livro de Reclamações em formato físico.

Torna, pois, a ser obrigatório facultá-lo aos consumidores sempre que solicitado.

A medida da suspensão, adoptada em contexto restritivo de combate à propagação da pandemia, foi decretada pelo Governo e concretizada a partir de 3 de Maio do ano em curso.

Durante o lapso a que se aludiu, com os estabelecimentos, em geral, encerrados e os mais a laborar em circunstâncias de excepção, com as emergentes dificuldades, deixou de se poder exigir o livro em suporte papel, sem, no entanto, se vedar ao consumidor o acesso ao livro electrónico nos estabelecimentos em que dele disponham já.

Como se neutralizou o cumprimento dos prazos de resposta a reclamações dos consumidores (e demais utentes), apresentadas através do livro de reclamações, tanto em formato físico quanto electrónico.

### **3 A SITUAÇÃO DE PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NOS ACTOS E CONTRATOS DE CONSUMO**

#### **3.1 Domínios visados**

Vastos domínios os que se prendem com o quotidiano dos cidadãos-consumidores, como em cascata se observará.

São, de resto, os aspectos mais relevantes do quotidiano de cada um e todos em que as injunções do legislador se manifestaram.

##### *3.1.1 Alojamento*

###### *3.1.1.1 Casa de morada de família: habitação própria permanente*

Até à cessação das medidas de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infecção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, conforme determinada pela autoridade nacional de saúde pública, fica suspensa “ a execução de hipoteca sobre imóvel que constitua habitação própria e permanente do executado.

###### *3.1.1.2 Contratos de arrendamento para habitação: suspensão das acções de despejo*

Por Lei 1-A /2020, de 19 de Março, ficaram também suspensas pelos locadores as denúncias de contratos de arrendamento (locação de imóveis) (entre os quais, prevalentemente, os habitacionais)

A lei suspende ainda as *acções de despejo* em curso:

os procedimentos especiais de despejo e os processos para entrega de coisa imóvel arrendada, quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria.

###### *3.1.1.3 Mora no pagamento das rendas de casa (aluguel)*

Pela Lei 4-C/2020, de 4 de Abril, se estabeleceu um regime excepcional, entre outros, para as situações de mora no pagamento da renda (aluguel) em contratos de arrendamento

urbano para habitação (locação residencial) (como para os não habitacionais, com uma panóplia de situações, no caso, atinentes às hipóteses de encerramento das actividades económicas neles desenvolvidas).

Pressupostos

- Uma quebra superior a 20 % dos rendimentos do agregado familiar do arrendatário face aos rendimentos do mês anterior ou do período homólogo do ano anterior; e
- A taxa de esforço do agregado familiar do arrendatário, calculada como percentagem dos rendimentos de todos os membros daquele agregado destinada ao pagamento da renda, seja ou se torne superior a 35 %; ou
- Uma quebra superior a 20 % dos rendimentos do agregado familiar do senhorio face aos rendimentos do mês anterior ou do período homólogo do ano anterior; e
- Essa percentagem da quebra de rendimentos seja provocada pelo não pagamento de rendas pelos arrendatários ao abrigo do disposto na lei.

A demonstração da quebra de rendimentos é efectuada nos termos de portaria a aprovar pelo membro do Governo responsável pela área da habitação.

A Portaria n.º 91/2020, de 14 de Abril, definiu, na sequência, os termos da demonstração da quebra de rendimentos em ordem à aplicação do regime excepcional a situações de incapacidade de pagamento das rendas habitacionais devidas de 1 de Abril de 2020 ao mês subsequente ao do termo da vigência do estado de emergência, da forma mais simplificada e autêntica possível.

O locador só tem direito à resolução do contrato de arrendamento, por falta de pagamento das rendas vencidas nos meses em que vigore o estado de emergência e no primeiro mês subsequente, se o arrendatário não efectuar o seu pagamento, no prazo de 12 meses contados do termo desse período, em prestações mensais não inferiores a um duodécimo do montante total, pagas juntamente com a renda de cada mês.

Soluções que tendem a ter em consideração as dificuldades emergentes da situação gerada pelo surto pandémico, que, aliás, persiste. E com particular virulência no momento.

### *3.1.2 Saúde: validade do receituário; dispensa de medicamentos por farmácias hospitalares*

#### *3.1.2.1 Prescrição electrónica de medicamentos e receitas médicas*

Por Portaria n.º 90-A/2020, de 9 de Abril, se estabeleceu que no âmbito da prescrição e dispensa de medicamentos, se adoptariam as seguintes medidas de excepção:

- as receitas médicas das prescrições electrónicas de medicamentos, válidas por 6 meses, cujo prazo haja terminado a 2 de Abril, são automaticamente renovadas por igual período, e enquanto durar o estado de emergência.
- são renovadas também as receitas médicas das prescrições que incluam:
- Medicamentos com a classificação fármaco-terapêutica pertencente ao grupo 4.3.1.4 - Outros Anticoagulantes;
- Produtos dietéticos indicados para satisfazer as necessidades nutricionais dos doentes afectados de erros congénitos do metabolismo, quando prescritos ao abrigo das disposições em vigor;
- Alimentos e suplementos alimentares prescritos a crianças com sequelas

respiratórias, neurológicas e/ou alimentares secundárias à prematuridade extrema ao abrigo das disposições legais em vigor.

- Dispositivos médicos compartilhados que se destinem a tratamentos de longa duração.

O novo prazo de vigência da renovação automática da receita conta-se a partir da data do fim da vigência da receita inicial.

No entanto, as farmácias apenas podem dispensar o número de embalagens necessário para tratamento até 2 meses.

O direito de opção do utente, que nos tratamentos com duração estimada superior de 28 dias com recurso a medicamentos (compartilhados ou não compartilhados) se encontra limitado a medicamentos com preço inferior ao do medicamento prescrito, no período de estado de emergência, encontra-se suspenso, sempre que não seja possível a dispensa do medicamento prescrito ou de outro de preço inferior, devendo o farmacêutico dispensar o medicamento disponível em depósito de menor preço.

### 3.1.2.2 Medicamentos dispensados por farmácia hospitalar

O Despacho n.º 4270-C/2020, de 7 de Abril, regulou os aspectos neste passo versados.

Durante o período de vigência do estado de emergência e das suas eventuais novas renovações, e para assegurar a continuidade do fornecimento de medicamentos dispensados por farmácia hospitalar em regime ambulatorio e de molde a minimizar as deslocações aos hospitais e o risco de exposição dos doentes, é disponibilizado um serviço de proximidade, excepcional e temporariamente.

O processo de dispensa de medicamentos por farmácia hospitalar tem de ser iniciado pelo doente, podendo ser efectuada por:

- dispensa presencial na farmácia do hospital, com possibilidade de recurso a agendamento prévio;
- dispensa na farmácia comunitária, indicada pelo doente;
- entrega no domicílio, directamente pelo hospital, pela farmácia comunitária ou recolha no hospital ou na farmácia comunitária, por organizações públicas ou privadas, que o doente indique como cuidador.

### 3.1.3 Educação: redução das propinas (fees), preço de frequência dos estabelecimentos de ensino oficiais

Pagamento de propinas (matrícula, frequência) em contexto da COVID-19:

- Deve ser assegurado pelas instituições de ensino superior o ensino à distância enquanto vigorarem as medidas restritivas no que tange ao ensino presencial.
- Caso não seja assegurado o ensino à distância, as instituições de ensino superior devem proceder ao reajustamento da propina devida pela frequência no ensino superior.
- Sem prejuízo, como se afigura curial, dos apoios definidos no âmbito da acção social escolar.

A 12 de Agosto próximo passado, veio a lume uma lei do Parlamento (Lei 32/2020) que instituiu um mecanismo extraordinário de regularização de dívidas dos estudantes do ensino superior público (e tão só) por não pagamento de propinas nas instituições de ensino a que

se acham adstritos.

Medida que se aplica aos estudantes que, devido à crise económica e social causada pela pandemia da doença COVID-19, ficaram impossibilitados de pagar propinas, taxas e emolumentos.

A adesão ao mecanismo a que se alude depende do impulso do estudante e do acordo livre e esclarecido entre ele celebrado e a instituição de ensino superior a que se acha vinculado ou de que se terá desvinculado.

A adesão ao mecanismo não prejudica a eventual atribuição de bolsa de estudo, nem o acesso do estudante a todos os actos administrativos necessários à frequência e conclusão do curso, nomeadamente emissão de diploma ou certidão de conclusão ou qualquer documento informativo do seu percurso académico.

### *3.1.4 Do acesso aos víveres e géneros alimentícios em geral e demais produtos: regras gerais das prioridades no atendimento presencial, entre outros, nos estabelecimentos comerciais e nas farmácias comunitárias*

#### 3.1.4.1 Da prioridade no atendimento em geral

De harmonia com o DL 58/2016, de 29 de Agosto, no n.º 1 do seu artigo 3.º, o dever de prestar atendimento prioritário é imposto a

Todas as pessoas, públicas e privadas, singulares e colectivas, no âmbito do atendimento presencial ao público,  
E conferido a

- Pessoas com deficiência ou incapacidade [aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, apresente dificuldades específicas susceptíveis de, em conjugação com os factores do meio, lhe limitar ou dificultar a actividade e a participação em condições de igualdade com as demais pessoas e que possua um grau de incapacidade igual ou superior a 60% reconhecido em Atestado Multiusos];
- Pessoas idosas [as que tenham idade igual ou superior a 65 anos e apresentem evidente alteração ou limitação das funções físicas ou mentais];
- Grávidas; e
- Pessoas acompanhadas de crianças de colo [aquelas que se façam acompanhar de criança até aos dois anos de idade].

A pessoa a quem for recusado atendimento prioritário pode requerer a presença de autoridade policial a fim de remover tal recusa e para que essa autoridade tome nota da ocorrência e a faça chegar à entidade competente para receber a competente queixa.

#### 3.1.4.2 Regras especiais das prioridades no atendimento estatuídas em razão do estado de emergência

Pelo Decreto n.º 2-A/2020, disciplina que entrou em vigor – pelo período do estado de emergência, sucessivamente renovado – as prioridades foram substancialmente retocadas em vista das peculiaridades vividas.

Assim, os estabelecimentos de comércio a retalho ou de prestação de serviços que mantenham a respectiva actividade, nos termos definidos no Decreto de Execução do Estado de Emergência, devem atender com prioridade as pessoas sujeitas a um dever especial de protecção, a saber:

- Os maiores de 70 anos,
- Os imunodeprimidos,

- os portadores de doença crónica que, de acordo com as orientações da autoridade de saúde, devam ser considerados de risco, designadamente
- os hipertensos,
- os diabéticos,
- os doentes cardiovasculares,
- os portadores de doença respiratória crónica
- e os doentes oncológicos,
- Bem como,
- profissionais de saúde,
- elementos das forças e serviços de segurança,
- de protecção e socorro,
- pessoal das forças armadas
- e de prestação de serviços de apoio social.

Aos responsáveis pelos estabelecimentos passou a caber o dever de informação, de modo claro e visível, do direito de atendimento prioritário previsto no passo precedente, adoptando as medidas necessárias a que tal se concretize de forma organizada e com respeito pelas regras de higiene e segurança.

#### 3.1.4.3 Comunicações com os serviços públicos e entidades outras: o princípio-regra da gratuidade para os consumidores

Reinava a mais grave desordem neste particular com serviços oficiais a retirar vantagens ilícitas de contactos estabelecidos pelos cidadãos com os departamentos da administração pública através de números de valor acrescentado, algo que anterior diploma (DL 135/99, de 22 de Abril e conseqüentes alterações) e sucessivas recomendações da Provedora de Justiça (Ombudsperson) de todo proibiam e reverberavam.

Inibe-se, por diploma legal, que tais entidades se socorram de números especiais de valor acrescentado com o prefixo «7» (707...), para contacto telefónico dos consumidores. Com custos que excedem os montantes de uma ligação normal.

Apenas números especiais, números nómadas com o prefixo «30», ou números azuis com o prefixo «808», para contacto telefónico dos consumidores.

Tais entidades públicas devem proceder à substituição por números telefónicos com o prefixo «2», no prazo máximo de 90 dias.

Destinatários da norma sê-lo-ão:

- Entidades integradas na Administração Pública central, regional ou local,
- Empresas que prestam serviços públicos essenciais, designadamente de fornecimento de água, energia eléctrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, comunicações electrónicas, serviços postais, recolha e tratamento de águas residuais, gestão de resíduos sólidos urbanos e transporte de passageiros e
- Empresas concessionárias da Administração Pública central, regional ou local.
- o Ministério da Saúde, prazo máximo de 60 dias, substituirá o número do Serviço Nacional de Saúde - SNS 24 - de prefixo «808» por um número especial, assegurando a sua total gratuidade aos cidadãos.



### 3.1.5 *Serviços Públicos Essenciais: abordagem liminar*

O Decreto-Lei n.º 10-D/2020, de 23 de Março, estabeleceu medidas excepcionais e temporárias no domínio das comunicações electrónicas: medidas que, no entanto, se nos afiguravam não visar uma protecção, ao menos directa, do consumidor, desprotegendo-o até em determinados segmentos, a saber:

- a suspensão das obrigações de “cumprimento dos parâmetros de qualidade de serviço” e do
- “cumprimento dos prazos de resposta a reclamações dos consumidores (e demais utentes), apresentadas através do livro de reclamações, tanto em formato físico quanto electrónico”. Prazo estabelecido em 15 dias úteis.

No momento em que concluímos o presente escrito, um antigo parlamentar, a contas com uma situação fraudulenta que o atingira, revela a sua repulsa pelo descontrolo dos prazos, com um exemplo significativo que se retira da sua missiva:

[...] Em resposta ao Banco Central, o Banco Santander informou-me que o prazo de resposta à reclamação seria de 30 a 120 dias.  
Fui hoje informado, por minha insistência e apenas oralmente pelo meu gestor de conta, que no dia 28 de agosto - 5 meses e meio após a reclamação -, que o Santander enviou o processo para a seguradora!!!  
Também informalmente, foi-me comunicado que a seguradora costuma responder em 30 a 45 dias.  
A desculpa é a de que há milhares de casos de fraude, ao que retorqui lembrando que isso significava a existência de milhares de clientes e milhões em lucro.

#### 3.1.5.1 Águas: bónus variáveis da lavra das entidades gestoras, cada uma a seu modo

Cada uma das entidades gestoras, ao invés do que pareceria normal, entendeu, a seu bel talante, definir eventuais reduções na factura de cada uma das famílias, com uma variabilidade insusceptível de obedecer a critérios dominados por uma qualquer simetria instrumental em vista da atenuação dos efeitos arrasadores da pandemia, com a reclusão domiciliária de agregados inteiros e os consumos extraordinários de água expectáveis.

Não houve medidas legislativas emanadas do poder central - com carácter geral e abstracto - de molde a favorecer, em posição de tendencial paridade, os consumidores esparsos pelo território.

Uma medida, porém, se editou no que tange aos efluentes e resíduos sólidos, de molde a tomar-se para base de facturação os números de iguais períodos do ano transacto. Por forma a não saturar a factura e a não apresentar cifras desmarcadas.

E uma outra, susceptível de abarcar também as águas, como as energias, de harmonia com o se explana no ponto subsequente.

#### 3.1.5.2 Energia eléctrica e gás natural: iniciativas pontuais

A ERSE – entidade reguladora do sector energético - , por Regulamento n.º 255-A/2020, de 18 de Março (Medidas Extraordinárias no Sector Energético por Emergência Epidemiológica), editou normas em tema de interrupção do fornecimento de electricidade e gás natural e do pagamento fraccionado da factura.

A suspensão do fornecimento passaria apenas, por facto imputável ao cliente, a ocorrer 30 dias após o prazo geral previsto na Lei dos Serviços Públicos Essenciais, que

é, no mínimo, de 20 dias.

Os consumidores teriam ainda direito ao pagamento fraccionado do montante da factura, não sendo devidos juros de mora pelos 30 dias de prorrogação concedidos pelo Regulamento.

A 7 de Abril em curso, A ERSE aprovou um novo Regulamento, que previa, entre outros, que “os prazos de aplicação do regime excepcional estabelecidos no Regulamento supracitado, se prorroguem até 30 de Junho de 2020, sem prejuízo de uma nova prorrogação que venha a ser decidida”

Tais medidas avulsas teriam sido absorvidas pelas que, em termos algo rombos, a Lei 7/2020, de 10 de Abril, veio a consagrar, numa descoordenação e sem um norte que se vislumbre na adopção de medidas de excepção que a ocorrente situação demandaria naturalmente.

A Lei 7/2020, de tão canhestra, veio ulteriormente a dar lugar a uma outro, como infra se revela.

### 3.1.5.3 Proibição de suspensão de determinados serviços públicos essenciais: as peculiaridades das comunicações electrónicas

A Lei 7/2020, de 10 de Abril, impôs, de modo equívoco, restritivo e lacunar, a suspensão de fornecimento (vale dizer, o “corte”) de determinados serviços públicos essenciais.

A 30 de Abril surge uma dada rectificação, aclarando aspectos dúbios emergentes da redacção original.

Porém, a 29 de Maio próximo passado, o Parlamento – pela Lei 18/2020 – modificou a lei primitiva, em termos que a seguir se enunciam:

1 - Não é permitida, até 30 de Setembro de 2020, a suspensão do fornecimento dos seguintes serviços essenciais, previstos no n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho:

- a) Serviço de fornecimento de água;
- b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica;
- c) Serviço de fornecimento de gás natural;
- d) Serviço de comunicações electrónicas.

2 - A proibição de suspensão prevista no número anterior aplica-se quando motivada por situação de desemprego, quebra de rendimentos do agregado familiar igual ou superior a 20 %, ou por infecção por COVID-19.

3 - Até 30 de Setembro de 2020, os consumidores que se encontrem em situação de desemprego ou com uma quebra de rendimentos do agregado familiar igual ou superior a 20 % face aos rendimentos do mês anterior podem requerer:

- a) *A cessação unilateral de contratos de telecomunicações, sem lugar a compensação ao fornecedor;*
- b) *A suspensão temporária de contratos de telecomunicações, sem penalizações ou cláusulas adicionais para o consumidor, retomando-se a 1 de Outubro de 2020.*

4 - No caso de existirem valores em dívida relativos ao fornecimento dos serviços referidos no n.º 1, deve ser elaborado um plano de pagamento.

5 - O plano de pagamento referido no número anterior é definido por acordo entre o fornecedor e o cliente, com início a partir do segundo mês posterior ao término do prazo previsto no n.º 3. [1.º de Dezembro de 2020] .

6 - A demonstração da quebra de rendimentos é efectuada nos termos de portaria a aprovar, no prazo de 15 dias, pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das comunicações, do ambiente, da energia e da administração local<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Portaria n.º 149/2020, de 22 de Junho.

Na versão original da lei, só as *comunicações electrónicas* é que estariam sujeitas a restrições, uma vez definido o *círculo de hipervulneráveis* contemplados pela não efectivação do “corte”.

Os mais serviços (água, energia eléctrica, gás natural) não dependiam de tais condições.

A tal propósito, a Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM -, a 23 de Abril, suscitou perante o Parlamento a sua estranheza por tamanha incongruência:

*Tendo em vista a protecção dos interesses dos utilizadores de serviços de comunicações, parece-nos dever ser reponderado até que ponto se justifica a definição de um regime mais restritivo para estes utilizadores, em comparação com os utilizadores de outros serviços essenciais.*

Enquanto para os utilizadores de comunicações electrónicas se exige que tenham de estar numa situação de desemprego, redução de rendimentos do agregado familiar igual ou superior a 20%, ou por infecção por COVID-19, nos outros serviços públicos essenciais não existe esta exigência.

Quando se pretendia que todos fossem contemplados sem condicionamentos, sem óbices de qualquer espécie, o legislador retirou os favores dispensados à água, energia eléctrica e gás e impôs a todos os serviços o conjunto de restrições definidos para as comunicações.

Por conseguinte, agora só *não estarão sujeitos a “corte”* os consumidores de qualquer dos serviços que se acharem numa das seguintes situações:

- desemprego,
- quebra de rendimentos do agregado familiar igual ou superior a 20 %, ou
- infecção por COVID-19.

A ANACOM, quanto a nós criteriosamente, ponderara no que se prendia com o plano de pagamento:

Embora preveja a necessidade de acordo entre as partes, esta solução deixará, na prática, uma elevada margem aos prestadores de serviços para imporem condições de pagamento que podem não ir ao encontro das necessidades dos assinantes, designadamente no que se refere ao montante das prestações, que na óptica da ANACOM não devem, salvo acordo expresso do assinante, ser superiores a metade do valor da mensalidade dos serviços contratados, e à duração do plano de pagamentos que, na perspectiva da ANACOM deve ter uma duração de no mínimo de 6 meses. Com efeito, importa evitar que, num curto espaço de tempo, após o período de emergência nacional, os utilizadores sejam confrontados com a exigência de suportar, num só mês, montantes que podem corresponder a duas ou mais mensalidades, no caso dos serviços pós-pagos.

A ANACOM, tal como ocorre connosco, também se acha apreensiva no que tange ao plano de pagamento dos valores em mora:

a lei em vigor não proíbe a cobrança de juros de mora e de penalizações contratuais em consequência de atrasos no pagamento de facturas ou no carregamento de saldos, não impedindo, assim, que estes encargos possam acrescer ao valor das dívidas acumuladas pelos assinantes durante este período de excepção, agravando desta forma os encargos que estas medidas visam mitigar. A possibilidade de cobrança de penalizações contratuais pelo atraso no pagamento de facturas ou no carregamento de saldos é particularmente gravosa num contexto que actualmente se vive, em

que existem fortes restrições à mobilidade das pessoas.

Afigura-se-nos, porém, que se trata de matéria que é susceptível de ser regulada pela própria ANACOM, dadas as circunstâncias excepcionais e extraordinárias que ora ocorrem, como aconteceu pontualmente com a ERSE a propósito das energias.

De outro modo, o legislador que intervenha, já que sobe exponencialmente o número de desempregados e as hostes de famílias com quebra de rendimentos devido à crise também se avolumam.

### *3.1.6 Serviços de inspeção automóvel: regime excepcional de inspeções automóveis*

O Decreto-Lei n.º 10-C/2020, de 23 de Março, estabeleceu no seu artigo 2.º, no que se refere às inspeções automóveis periódicas que

Os veículos a motor e seus reboques, ligeiros ou pesados, que devessem ser apresentados à inspeção periódica no período que decorre desde 13 de Março de 2020 até ao dia 30 de Junho de 2020, vêem o seu prazo prorrogado por cinco meses contados da data da matrícula.

Enquanto se mantiver a declaração do estado de emergência a inspeção do veículo é considerada serviço essencial.

Neste sentido, vai haver centros de inspeção abertos para o prestar relativamente a alguns tipos de veículos de transporte de mercadorias e de passageiros:

- automóveis pesados de passageiros (M2 e M3);
- automóveis pesados de mercadorias (N2 e N3);
- reboques e semi-reboques com peso bruto igual ou superior 3500 kg (O3 e O4), com excepção dos reboques agrícolas;
- automóveis ligeiros licenciados para o transporte público de passageiros e ambulâncias;
- reinspeções a veículos anteriormente reprovados;
- inspeções para atribuição de nova matrícula de importados usados;
- inspeções extraordinárias para reaver documentos;
- automóveis ligeiros de passageiros (M1), utilizados para transporte internacional, para deslocação autorizada;
- automóveis utilizados no transporte escolar;
- quaisquer veículos que se deveriam ter apresentado a inspeção antes de 13 de Março de 2020 (medida que entrou em vigor no dia 10 de Abril - Portaria n.º 90/2020, de 9 de Abril).

Disposições em pormenor noutros dois instrumentos, a saber, a Portaria n.º 80-A/2020, de 25 de Março, com produção de efeitos a partir de 13 de Março até 30 de Junho de 2020 e a Portaria n.º 90/2020, de 9 de Abril.

A segurança estradal tanto do automobilista quanto de terceiros depende, em larga medida, de criteriosas medidas de inspeção automóvel, cuja preterição pode, na realidade, ser fatal; no entanto, durante o período por que se estendeu o estado de emergência e o de calamidade por mor da saúde pública a circulação automóvel, com a reclusão domiciliar, em geral, era meramente residual.

### 3.1.7 Seguros em geral e seguros obrigatórios em particular: concertação com as seguradoras

A proporcionalidade é o alfa e o ómega de qualquer tipo de relação. Com particular incidência nas relações jurídicas de consumo, as que se estabelecem quotidianamente e com inusitada frequência.

Com a paralisação da frota automóvel dos particulares, no decurso da *crise pandémica* que nos atinge, registou-se uma significativa redução da sinistralidade e, por consequência, menores dispêndios das seguradoras em indemnizações ao abrigo das apólices de seguros, obrigatórios e ou facultativos. Sem que se houvesse assumido o encargo de fazer abater nos prémios de seguro, a título excepcional e temporário, os montantes correspondentes, como se teria por curial.

Um grupo de cidadãos, em que nos incluímos, endereçou ontem aos Ministros de Estado da Economia e das Finanças, uma breve exposição em que se apela a que se considere o fenómeno e algo se adopte em termos de fazer repercutir o facto na redução equitativa dos prémios a cargos dos tomadores de seguro.

Eis o texto, na sua versão integral:

Para além dos requisitos que a Lei do Contrato de Seguro impõe no seu artigo 92, em tema de diminuição de risco, a saber,  
1 – Ocorrendo uma diminuição inequívoca e duradoura do risco com reflexo nas condições do contrato, o segurador deve, a partir do momento em que tenha conhecimento das novas circunstâncias, reflecti-la no prémio do contrato.  
2 – Na falta de acordo relativamente ao novo prémio, assiste ao tomador do seguro o direito de resolver o contrato.

Importa prover a que, em momento em que o ESTADO DE EMERGÊNCIA se protraia no tempo, a paralisação dos automóveis – a não circulação e a conseqüente redução da sinistralidade –, no decurso dos sucessivos períodos de excepção, porque em si mesma excepcional, se repercute no prémio do seguro de responsabilidade civil automóvel.

Tanto mais que a expressiva redução da sinistralidade tem significativos efeitos nos réditos das seguradoras, como se tem por curial.

De tal modo que o prémio anual de seguro de responsabilidade civil automóvel deverá, em nosso entender, ser reduzido em função da redução do tráfego (estimada em 80%) e do período da duração do Estado de Emergência de 45 dias (aproximadamente 12% da duração do ano). E, neste sentido, independentemente de cálculos mais detalhados, afigura-se-nos, como mínimo dos mínimos, a redução do valor dos prémios anuais em 10%.

Daí que haja, ao que parece, necessidade de uma provisão legal, excepcional e temporária, para o efeito, como vem sucedendo noutros domínios. A situação das famílias, em particular, e das micro e pequenas empresas impõe-se antolhe com peculiar desvelo para as dificuldades com que, em geral, se confrontam, a fim de se atenuarem os efeitos perversos da pandemia nos orçamentos domésticos e nos das empresas do talhe das enunciadas.

Para além da moratória dos prémios nas datas do vencimento, que, ao que se nos afigura, não deve ser deixada ao livre alvedrio das seguradoras, antes, como sucedeu noutros domínios, mediante norma impositiva do Governo, no uso das suas faculdades em período de *estado de emergência*.

Requer-se em conclusão:

1. A redução do prémio dos contratos de seguro automóvel, como medida excepcional



e temporária, calculada em função do período em que o ESTADO DE EMERGÊNCIA perdurar, a deduzir na anuidade subsequente;

2. Uma moratória decretada em termos razoáveis, dadas as dificuldades das pessoas singulares, das famílias e das micro e pequenas empresas em solver os seus compromissos correntes, em matéria de seguros de responsabilidade civil automóvel, à semelhança de outras modalidades de seguro. “Iniciativas do jaez destas são naturalmente de aplaudir.

O que se deplora é que em relação a domínios essenciais (em que avultam encargos que pesam sobre pessoas singulares como sobre as famílias) não haja adequada ponderação de interesses, sob todos os ângulos, a fim de se não agravarem substancialmente as condições de vida de cada um e todos.

O mais que estimar se almeja é que os responsáveis não deixem de ponderar a vertente situação e outras de análogo pendor, decretando o que for útil e justo para os cidadãos.

Porque são os poderes que condicionam, afinal, a vida de cada um e de todos.

O Governo acolheu, tanto quanto é do domínio público, a pretensão, como de imediato se apresenta:

*Fonte:* Decreto-Lei n.º 20-F/2020, de 12 de Maio

*Entrada em vigor:* 13 de Maio de 2020

*Vigência:* vigora até 30 de Setembro de 2020 (com as particularidades do artigo 7.º)

*Síntese:* Regime excepcional de pagamento do prémio de seguro

#### **ACORDO ENTRE SEGURADOR E TOMADOR DE SEGURO**

O Estado como que estimula um acordo entre segurador e tomador de seguro, nestes termos:

- Pode ser acordado entre o segurador e o tomador do seguro um regime mais favorável ao tomador do seguro.
- Pode ser objecto de acordo, designadamente,
- o pagamento do prémio em data posterior à do início da cobertura dos riscos,
- o afastamento da extinção automática do contrato ou da não prorrogação em caso de falta de pagamento,
- o fraccionamento do prémio,
- a prorrogação da validade do contrato de seguro,
- a suspensão temporária do pagamento do prémio e a redução temporária do montante do prémio em função da redução temporária do risco.

#### **SEGURO OBRIGATORIO A NÃO HAVER ACORDO**

- Tratando-se de seguro obrigatório, em caso de ausência de acordo, por falta de pagamento do prémio ou fracção na data do respectivo vencimento, o contrato é automaticamente prorrogado por um período de 60 dias a contar da data do vencimento do prémio ou da fracção devida.
- O segurador deve informar o tomador do seguro do regime estabelecido com a antecedência mínima de 10 dias úteis relativamente à data do vencimento do prémio, podendo este opor-se à manutenção da cobertura até à data do vencimento.
- A prorrogação do contrato por 60 dias é reflectida no certificado da vigência do seguro, quando exigível.
- A cessação do contrato de seguro por efeito do não pagamento do prémio, ou de parte ou fracção deste, até ao final do período de 60 dias, obriga o tomador do seguro (consumidor...) ao pagamento do prémio correspondente ao período em que o contrato haja vigorado.
- O montante do prémio em dívida pode ser deduzido de qualquer prestação pecuniária devida pelo segurador ao tomador do seguro (consumidor...), designadamente por ocorrência de sinistro no período em que o contrato esteve de pé.

### **REDUÇÃO SIGNIFICATIVA OU SUSPENSÃO DE ACTIVIDADE**

#### *Regime Excepcional*

#### *Os tomadores de seguros (...)*

- que desenvolvem actividades que se encontrem suspensas ou cujos estabelecimentos ou instalações ainda se mantenham encerrados por força das medidas excepcionais e temporárias adoptadas ou
- aqueles cujas actividades se reduziram substancialmente em função do impacto directo ou indirecto dessas medidas

#### *podem solicitar a redução do prémio de seguros que cubram riscos da actividade,*

- bem como requerer o fraccionamento do pagamento dos prémios referentes à anuidade em curso, sem custos adicionais.
- Se o prémio tiver sido integralmente pago no início da anuidade, o montante da redução do prémio é deduzido ao prémio devido na anuidade subsequente ou, em caso de contrato de seguro que não se prorrogue, estornado no prazo de 10 dias úteis anteriores à respectiva cessação.
- Admite-se, porém, acordo das partes em sentido diverso.

#### **REDUÇÃO SUBSTANCIAL DA ACTIVIDADE SIGNIFICADO**

Considera-se existir uma redução substancial da actividade quando o tomador de seguro esteja em situação de crise empresarial, incluindo uma quebra abrupta e acentuada de, pelo menos, 40 % da facturação. (Exceptuam-se os grandes riscos).

Exclui-se, neste passo, a situação dos consumidores singulares que durante o estado de emergência e no período subsequente estiveram privados de se deslocar e, nessa medida, se não expuseram aos riscos próprios da circulação automóvel... *Tal situação, cabe no acordo, inicialmente previsto, do pagamento do prémio, quando se alude a "redução temporária do montante do prémio em função da redução temporária do risco".*

#### **ALTERAÇÕES CONTRATUAIS**

##### *Forma*

As alterações contratuais reduzem-se a escrito (em acta adicional ou em condição particular), cabendo ao segurador remetê-lo ao tomador do seguro (consumidor...) no prazo de 10 dias úteis após a data da convenção ou do exercício do direito.

#### **SUPERVISÃO**

##### **REGULAMENTAÇÃO**

A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) é responsável pela supervisão e fiscalização destas disposições.

A ASF definirá, por norma regulamentar, os deveres dos seguradores em vista do que estabelece o dispositivo em referência.

### **3.1.8 Meios de pagamento - operações de pagamento: comissões em terminais automáticos**

Pelo Decreto-Lei 10-H/2020, de 26 de Março, o legislador

- Suspendeu as comissões em operações de pagamento processadas através de terminais automáticos e
- Proibiu os prestadores de serviços de pagamento de efectuar aumentos dos componentes variáveis das comissões por operação, bem como de outras comissões fixas não suspensas no passo precedente, devidas pela utilização de terminais de pagamento automático em operações de pagamento com cartões.
- Proibiu que se recusasse ou limitasse a aceitação de cartões para pagamento de quaisquer bens ou serviços, independentemente do valor da operação, durante o período em que vigorar a situação excepcional que ora se vive.

### 3.1.8.1 impedimento de cobrança de comissões bancárias

Pela Lei 7/2020, de 10 de Abril, se decretou a suspensão da cobrança de comissões devidas pela utilização e realização de operações de pagamento através de plataformas digitais dos prestadores de serviços de pagamentos, designadamente de “homebanking” ou de aplicações com instrumento de pagamento baseado em cartão, para as pessoas que estejam em situação de isolamento profiláctico ou de doença ou que prestem assistência a filhos ou netos, ou que tenham sido colocadas em redução do período normal de trabalho ou em suspensão do contrato de trabalho, em virtude de crise empresarial, em situação de desemprego registado no Instituto do Emprego e Formação Profissional, bem como para as pessoas que sejam elegíveis para o apoio extraordinário à redução da actividade económica de trabalhador independente ou sejam trabalhadoras de entidades cujo estabelecimento ou actividade tenha sido objecto de encerramento determinado durante o período de estado de emergência.

Para beneficiar, porém, da suspensão o beneficiário remete ao prestador de serviços um documento comprovativo da respectiva situação no quadro das medidas de contenção epidemiológica.

### 3.1.9 Contratos de crédito: protecção da situação debitória das famílias

Realce neste particular para as duas vertentes mais relevantes do crédito, na óptica do consumidor, a saber, a do:

- crédito hipotecário e
- crédito ao consumo, em geral, a saber:
  - Crédito pessoal  
Finalidade Educação, Saúde, Energias Renováveis e Locação Financeira de Equipamentos  
Outros Créditos Pessoais (sem finalidade específica, lar, consolidado e outras finalidades)
  - Crédito automóvel  
Locação Financeira ou ALD: novos  
Locação Financeira ou ALD: usados  
Com reserva de propriedade e outros: novos  
Com reserva de propriedade e outros: usados
  - Cartões de crédito, Linhas de crédito, Contas correntes bancárias e Facilidades de descoberto.

#### 3.1.9.1 Crédito Hipotecário ou Imobiliário

Originariamente, pelo Decreto-Lei n.º 10-J/2020, de 26 de Março, o legislador

- Estabeleceu medidas excepcionais de protecção, entre outros, dos créditos das famílias, mormente no que tange ao crédito para habitação própria permanente

em situação de isolamento profiláctico ou de doença ou prestem assistência a filhos ou netos ou que tenham sido colocados em redução do período normal de trabalho ou em suspensão do contrato de trabalho, em virtude de crise empresarial, em situação de desemprego registado no Instituto do Emprego e Formação Profissional, bem como os trabalhadores elegíveis para o apoio extraordinário à redução da actividade económica de trabalhador independente, e os trabalhadores de entidades cujo estabelecimento ou actividade tenha sido objecto de encerramento durante o período de estado de emergência.

(A Lei n.º 8/2020, de 10 de Abril, veio, porém, reforçar o dever de informação neste particular, ao aditar norma com esta moldura):

1 - As instituições têm o dever de divulgar e publicitar as medidas previstas ... nas suas páginas de Internet e através dos contactos habituais com os seus clientes.

2 - As instituições ficam ainda obrigadas a dar conhecimento integral de todas as medidas... previamente à formalização de qualquer contrato de crédito sempre que o cliente seja uma entidade beneficiária.

3 - O Banco de Portugal regulamenta os moldes em que a prestação de informação ... deve ser efectivada. [...]

A pandemia da doença COVID-19 provocou impactos significativos nos rendimentos de muitas famílias, na actividade das empresas e das entidades do sector social, susceptíveis de criar potenciais constrangimentos na capacidade de cumprimento pontual das suas obrigações.

A evolução da actividade económica, a necessidade de apoiar a recuperação económica das empresas e famílias nacionais, e a experiência decorrente da aplicação do diploma recomendam que o mesmo seja actualizado.

Daí que pelo DL 26/2020, de 16 de Junho de 2020, se haja retocado o regime, a saber:

#### *Principais linhas de actualização*

As principais linhas orientadoras da actualização deste diploma passam

- pela extensão da vigência da moratória,
- pelo alargamento do universo de potenciais beneficiários e ainda
- pelo alargamento do âmbito das operações de crédito que à mesma poderão ficar sujeitas.

#### *Prazo de vigência*

O prazo de vigência da moratória é prorrogado de forma genérica até *31 de Março de 2021*.

As entidades beneficiárias que tenham aderido à moratória ficam automaticamente abrangidas pelo período adicional do diploma, excepto quando comuniquem a sua oposição até ao dia 20 de Setembro de 2020.

As famílias, empresas e demais entidades beneficiárias que ainda não tenham aderido à moratória, mas o pretendam fazer, devem comunicar a sua intenção às instituições até ao dia 30 de Junho de 2020.

### *Alargamento dos beneficiários cidadãos não residentes em Portugal*

O regime passa a ser aplicável também a cidadãos que não tenham residência em Portugal, abrangendo assim os cidadãos emigrantes.

### *Factores de quebra de rendimentos extensivos a qualquer membro do agregado familiar*

Em acréscimo, estabelece que os factores de quebra de rendimentos podem verificar-se, não apenas no mutuário, mas também em qualquer dos membros do seu agregado familiar, prevendo um novo factor de elegibilidade associado à quebra comprovada de rendimento global do agregado de, pelo menos, 20 %, de forma a proteger mutuários que não se enquadrem nas outras situações já abrangidas.

Clarifica-se ainda que requisito da regularidade da situação contributiva e tributária apenas é exigível quando a entidade beneficiária esteja sujeita a essa obrigação.

### *Ampliação da moratória a todos os contratos de crédito hipotecário:*

- Todos os contratos de crédito hipotecário
- Contratos de crédito aos consumidores, restritos à finalidade “educação” (incluindo formação académica e profissional)

A actualização do diploma prevê ainda a ampliação da moratória a todos os contratos de crédito hipotecário, bem como ao crédito aos consumidores para finalidade de educação, incluindo para formação académica e profissional.

### *Exclusão de qualquer penalização*

O diploma contempla a clarificação de que ficam abrangidos todos os créditos bonificados e que a aplicação da moratória não dá origem a qualquer penalização a este respeito.

### *Ajustamentos ao regime especial de concessão de garantias pessoais prestadas pelo estado*

Este diploma contempla ainda ajustamentos ao regime especial de concessão de garantias pessoais prestadas pelo Estado, de forma a, por um lado, abranger os seguros de crédito, nas transacções entre empresas, no mercado interno, que assumem uma função essencial quer para a dinamização do mercado interno, quer na manutenção da capacidade exportadora das empresas nacionais e, por outro lado, adequar o regime às situações em que a garantia é concedida no contexto de iniciativas, programas ou outras medidas de apoio adoptadas no quadro da União Europeia, nomeadamente por instituições europeias, ou ao abrigo de instrumentos ou mecanismos europeus.

Estas alterações visam reforçar a capacidade do Estado no apoio ao sector da exportação e potenciar a utilização do quadro europeu de resposta à pandemia, nomeadamente através dos *SURE* (Comissão Europeia) e do instrumento do *EGF - pan-European Guarantee Fund* (BEI).



A revisão deste diploma considerou o actual enquadramento prudencial, o qual estabelece um entendimento harmonizado e coordenado, ao nível europeu, quanto aos riscos e desafios que o sistema bancário e financeiro actualmente enfrentam.

#### 3.1.9.2 Crédito ao consumidor (crédito pessoal, crédito automóvel, crédito de suporte a cartões de crédito)

O legislador entendeu não intervir neste domínio, tanto quanto se nos afigura de forma menos louvável, deixando ao livre alvedrio das entidades bancárias fazê-lo, com consequências decerto mais gravosas se acaso houvesse regulação, tanto através das instâncias legiferantes, como por meio do Banco Central.

Ora, a harmonização doutrinária e de disciplina mediante a intervenção graciosa da Associação Portuguesa de Bancos poderá atenuar assimetrias e recolocar, ao menos transitoriamente, o consumidor em posição de igualdade frente aos mais.

Mas a moratória de 6 meses que, ao que parece, se concedeu, não é isenta de encargos, o que para empréstimos medianos poderá acarretar, segundo um estudo que a lume veio recentemente acréscimos suplementares da ordem dos 900€ / 1 000€...

À semelhança do que correu na crise de pretérito, seria de bom tom que o legislador intervisse.

#### 3.1.10 Actividades lúdicas e de lazer

##### 3.1.10.1 Jogos de fortuna e azar: jogos e apostas presenciais

O Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março (diploma de execução da Declaração do Estado de Emergência e, aquando das prorrogações, o Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril e subsequentes):

- proibiu o funcionamento de espaços de jogos e apostas presenciais, conquanto
- houvesse incluído os “jogos sociais” entre os “bens de primeira necessidade ou outros bens considerados essenciais na presente conjuntura”.

##### 3.1.10.2 Espectáculos e festivais

###### 3.1.10.2.1 Medidas originais

No tocante aos espectáculos, breve referência ao Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de Março, que estabeleceu medidas excepcionais e temporárias no âmbito cultural e artístico, tendo por base os espectáculos não realizados: temporalmente definidos entre um *dies a quo* (28 de Fevereiro) e um “*dies ad quem*” (até 90 dias úteis após o termo do estado de emergência).

A regra geral estatuída é a do reagendamento do espectáculo.

O espectáculo terá de ocorrer no prazo máximo de um ano após a data inicialmente prevista, admitindo-se a mudança do local, da data (naturalmente, sendo tal alteração o pressuposto do regime) e da hora.

Estas normas foram, porém, suplantadas pelas que emergiram da Lei 17/2020, de 23 de Abril

### 3.1.10.2 Medidas subsequentes: medidas excepcionais e temporárias em matéria de espectáculos de natureza artística

#### *Objecto*

Espectáculos de natureza artística são as manifestações e actividades artísticas ligadas à criação, execução, exibição e interpretação de obras no domínio das artes do espectáculo e do audiovisual e outras execuções e exposições de natureza análoga que se realizem perante o público, excluindo a radiodifusão, ou que se destinem à transmissão ou gravação para difusão pública.

Medidas excepcionais se estatuem, em decorrência do surto pandémico, no âmbito cultural e artístico, visando em especial os espectáculos de natureza artística, promovidos por entidades privadas ou públicas, não realizados no local, data e hora previamente agendados.

#### *Objectivo*

Reagendamento ou cancelamento de espectáculos que não possam ser realizados entre os dias 28 de Fevereiro de 2020 e 30 de Setembro de 2020, inclusive.

Entende-se que o espectáculo *não pode ser realizado* sempre que  
o estiver abrangido por uma proibição ou interdição legal ou  
o as limitações impostas à sua realização por razões de saúde pública desvirtuem a sua natureza ou tornem economicamente inviável a realização.

#### *Implicações*

- Venda, substituição e restituição do preço dos bilhetes de ingresso daqueles espectáculos;
- Restituição dos valores pagos com as reservas das salas e recintos de tais espectáculos.

#### *Entidades visadas*

- Agentes culturais, nomeadamente, aos artistas, intérpretes e executantes, autores, produtores, promotores de espectáculos, agentes, doravante agentes culturais;
- Proprietários ou entidades exploradoras de instalações, estabelecimentos e recintos de espectáculos;
- Agências, postos de venda e plataformas de venda electrónica de bilhetes.

#### *Levantamento de restrições*

O Governo assegura, com periodicidade não superior a 30 dias, o anúncio do calendário do levantamento ou não das restrições à realização de espectáculos ao vivo, adequando-o à evolução das condições do combate à pandemia.

### *Actual situação subsumível no instituto da força maior*

*Cancelamento:* o cancelamento de espectáculos decorrente de interdições e limitações de funcionamento de actividades ou recintos de espectáculos é considerado como resultante de motivo de força maior

- para todos os efeitos legais e contratuais em relação a contratos e negócios jurídicos celebrados,
- bem como a outras obrigações e compromissos assumidos que tenham por causa a realização do espectáculo cancelado.

*Princípio da conservação dos contratos:* devem as partes, tanto quanto possível,

- manter os respectivos contratos,
- assegurar os seus objectos e objectivos, e
- cumprir as obrigações em relação à data em que se fixar o reagendamento e, em qualquer caso, procurar alcançar a repartição equitativa de custos e riscos contratuais,
- evitando prejuízos ou benefícios injustificados.

*Sorte dos espectáculos: seu reagendamento*

#### *Limites temporais*

- *Reagendamento:* os espectáculos devem, sempre que possível, ser reagendados até 30 de Setembro, sob pena de o adiamento ser havido, para todos os efeitos, como *cancelamento*.
- *Realização:* o espectáculo reagendado tem de ocorrer no prazo máximo de um ano após a data inicialmente prevista.
- 

#### *JUS VARIANDI: O QUE PODE IMPLICAR O REAGENDAMENTO*

- O reagendamento pode implicar, alternativa ou cumulativamente, a alteração de local, data e hora, mediante acordo entre os agentes culturais envolvidos e as entidades visadas
- A alteração do local do espectáculo fica limitada à cidade, área metropolitana ou a um raio de 50 km relativamente à localização inicialmente prevista.
- O reagendamento do espectáculo pode, se necessário, implicar a substituição dos bilhetes de ingresso já vendidos.
- A alteração do local, da data e/ou da hora da realização de espectáculos, e se aplicável, o local, físico e electrónico, o modo e o prazo de substituição dos bilhetes de ingresso já adquiridos devem ser devidamente publicitados pelos agentes culturais.
- Pela substituição do bilhete de ingresso não pode ser cobrado qualquer outro valor ou comissão.

- O reagendamento do espectáculo não dá lugar à restituição do preço do bilhete, nem pode implicar o aumento do respectivo custo para quem já fosse seu portador à data do reagendamento.

#### *Cancelamento de espectáculos*

*Cancelamento:* sempre que o reagendamento não seja objectivamente possível ou a sua impossibilidade insusceptível de ser assacada ao promotor.

*Impossibilidade objectiva:* celebração de festividades regionais ou locais ou de dias específicos não repetíveis dentro do lapso de 28 de Fevereiro a 30 de Setembro de 2020.

*Inimputabilidade ao promotor:* sempre que não haja nenhuma sala ou recinto com a lotação da inicialmente contratada, num raio de 50 Km. e no período enunciado.

*Publicidade:* do facto em si (e do local, físico e electrónico, modo e o prazo de restituição do preço dos bilhetes de ingresso) a cargo dos agentes culturais

*Reembolso do preço:* o facto obriga à restituição do preço dos bilhetes de ingresso.

*Período para a devolução do preço:* 60 dias úteis após o anúncio do cancelamento.

#### *Substituição bilhetes de ingresso*

*Substituição:* em alternativa ao reagendamento do espectáculo (que pode, se necessário, implicar a substituição dos bilhetes de ingresso) e ao cancelamento (que implica necessariamente, em 60 dias, a restituição do preço), e a pedido do portador do bilhete que não tenha sido reembolsado do correspondente valor, podem os agentes culturais proceder à substituição do bilhete do espectáculo por outro espectáculo diferente, ajustando-se o preço devido.

#### *Festivais e espectáculos de natureza análoga*

*Proibição:* a realização ao vivo em recintos cobertos ou ao ar livre de festivais e espectáculos de natureza análoga declarados como tais no acto de comunicação, de acordo com as normas regulamentares, até 30 de Setembro de 2020

*Atenuação/Agravamento:* pode o Governo, com fundamento em recomendação da Direcção-Geral da Saúde, antecipar o fim da proibição ou prorrogar a proibição mediante decreto-lei.

*Excepção:* com lugar marcado, em recinto coberto ou ao ar livre, após comunicação devida e no respeito pela lotação especificamente definida pela Direcção-Geral da Saúde em função das regras de distanciamento físico adequadas à evolução da pandemia em curso.

*Emissão de vale:* os portadores de bilhetes de ingresso dos espectáculos enunciados têm direito à emissão de um vale de igual valor ao preço pago.

*Características:* à ordem do portador do bilhete de ingresso, transmissível a terceiros por mera tradição

*Validade:* até 31 de Dezembro de 2021

*Elasticidade:* possibilidade para aquisição de bilhetes para o mesmo espectáculo a realizar em nova data ou para eventos outros levados a cabo pelo promotor;

*Seguro:* mantém-se o que tiver sido contratado no acto da aquisição do bilhete.

*Reembolso:* se não for utilizado até 31 de Dezembro de 2021, o portador tem direito ao reembolso do valor, no prazo de 14 dias úteis.

*Publicidade:* cabe aos agentes culturais publicitar, para além do mais:

- O cancelamento ou nova data para o espectáculo;
- O local, físico ou electrónico, o modo e o prazo para emissão de vale;
- Os espectáculos pelo agente promovidos, até 31 de Dezembro de 2021, para que valham os vales, e bem assim o local, físico e electrónico, o modo e o prazo para o efeito;
- A lista das agências, postos de venda e plataformas de venda electrónica de bilhetes para que serve vale ;
- O local, físico ou electrónico, o modo e o prazo de reembolso do vale não usado.

*Proibição de cobrança:*

- a emissão e utilização do vale bem como o reembolso não podem implicar a cobrança de qualquer outro valor ou comissão ao seu portador
- o reagendamento não pode implicar o aumento do custo do bilhete para aqueles que à data já fossem portadores dos títulos de ingresso

*Eventos de valor superior:* se o valor do bilhete de ingresso para outro evento realizado pelo mesmo promotor seja superior ao valor do vale, este poderá ser utilizado como princípio de pagamento de bilhetes de ingresso de valor superior, para outros eventos realizados pelo mesmo promotor.

*Compensação:* se o valor do bilhete para outro evento do promotor for inferior ao valor nominal do vale, pode o remanescente ser dirigido para a aquisição de bilhetes para outros eventos por ele levados a cabo.

*Comissões: relações entre agentes culturais e os mais*

As agências, os postos de venda e as plataformas de venda electrónica de bilhetes, bem como os proprietários ou entidades que explorem instalações, estabelecimentos e recintos de espectáculos com bilhética própria, não podem exigir aos agentes culturais a comissão devida



pelos espectáculos que se não realizem (ou se cancelem) porque atingidos por uma proibição ou interdição legal ou na sequência de limitações impostas por razões de saúde pública susceptíveis de desvirtuarem a sua natureza ou tornarem economicamente inviável a sua concretização.

### *Instalações e estabelecimentos de espectáculos*

*Proibições:* pelo reagendamento do espectáculo não podem os proprietários ou entidades que explorem tais instalações, estabelecimentos e recintos de espectáculos cobrar ao agente cultural qualquer valor suplementar.

*Reembolsos:* em caso de cancelamento do espectáculo, os proprietários ou entidades que explorem tais instalações, estabelecimentos e recintos de espectáculos devem proceder ao reembolso, ao agente cultural,

- do valor da reserva, no prazo de 90 dias úteis após o termo do estado de emergência ou,
- por acordo entre as partes, pode o valor pago pela sala ou recinto ser afectado à posterior realização de um outro espectáculo.

### *ESPECTÁCULOS PROMOVIDOS POR ENTIDADES PÚBLICAS*

*Cumprimento:* quer nos casos de cancelamento quer nos casos de reagendamento, quando os espectáculos, como tal considerados, forem promovidos por entidades adjudicantes, como as previstas no Código dos Contratos Públicos ou, independentemente da natureza pública ou privada do promotor, forem financiados maioritariamente por fundos públicos, deve o promotor, realizar os pagamentos nos termos contratualmente estipulados,

- e garantir que, o mais tardar, na data que se encontrava inicialmente agendado o espectáculo, é pago um montante mínimo equivalente a 50 % do preço contratual,
- sem prejuízo, nos casos de reagendamento, de nova calendarização do espectáculo e da realização dos demais pagamentos a que houver contratualmente lugar.

*Excesso:* se o preço das prestações contratuais já realizadas superar o preço a pagar nos termos precedentes, devem as entidades ali mencionadas pagar a diferença.

*Contratações complementares:* para integral cumprimento de tais disposições, as entidades adjudicantes podem, nos casos de reagendamento, contratar bens, serviços ou trabalhos complementares, ao abrigo do Código dos Contratos Públicos e bem assim aplicar, se for o caso, o regime da revisão de preços.

*Reagendamento de espectáculos:* as entidades adjudicantes podem reagendar os espectáculos de entrada livre até 18 meses após a cessação da vigência das medidas legislativas de proibição ou limitação de realização de espectáculos.

*Aplicação:* as obrigações aqui previstas aplicam-se, igualmente, aos casos em que ainda não tivesse sido ultimada a celebração do contrato à data da entrada em vigor da lei, desde que:

- o procedimento da respectiva formação já tivesse sido iniciado; ou

- a programação tivesse sido anunciada; ou
- as entidades promotoras tivessem comunicado por escrito ao agente cultural a confirmação da realização do espectáculo em causa, aceitando o preço e a data respectiva.

*Preliminares contratuais:* nas hipóteses precedentes, as entidades adjudicantes devem iniciar ou concluir os procedimentos de aprovação da despesa e de formação de contratos públicos necessários à celebração efectiva do contrato e à realização dos pagamentos a que haja lugar, quer nos casos de cancelamento quer nos casos de reagendamento, podendo, quer no caso de procedimentos a iniciar quer no caso de procedimentos já iniciados, adoptar as pertinentes normas do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, com as necessárias adaptações.

*Dever de comunicação:* caso a data inicial do espectáculo ocorra até 30 de Setembro, deve a entidade promotora informar o agente cultural, com pelo menos 30 dias de antecedência, se pretende manter a data inicial.

*Aplicabilidade:* As disposições precedentes aplicam-se, de análogo modo e com as necessárias adaptações, a eventos que se repetem anualmente, relativamente aos quais não tenha sido possível, seja qual for a razão, iniciar o procedimento de formação do respectivo contrato.

#### *Intermediários*

*Dever especial:* sempre que se efectuem pagamentos a agentes, produtores e companhias de espectáculo ou a quaisquer outros intermediários, devem estes, no prazo de 10 dias úteis, após receberem o pagamento da entidade contratante, proceder ao pagamento proporcional e equitativo aos trabalhadores envolvidos nos eventos respectivos, designadamente autores, artistas, técnicos e outros profissionais e empresas contratados para o espectáculo em questão, sem prejuízo da cobrança proporcional de comissões devidas.

*Reagendamento:* os pagamentos enunciados são havidos como sinal e princípio de pagamento da prestação a efectuar na data para a qual o espectáculo houver de ser reagendado.

#### **ACTIVIDADES INSPECTIVAS**

Compete à Inspeção-Geral das Actividades Culturais a fiscalização do cumprimento das regras enunciadas.

#### **SANÇÕES**

Pode, consoante os casos, haver responsabilidade penal e civil

Mais haverá, em dados casos, responsabilidade de mera ordenação social.

Se o agente cometer infracções, a saber:

- não efectuar, em caso de reagendamento ou cancelamento de espectáculos promovidos por entidades públicas ou financiadas na maior parte por fundos públicos, os pagamentos contratualmente estipulados;
- não assumir a diferença caso os preços das prestações já satisfeitas superarem os preços a pagar;

- se não proceder, no lapso de 10 dias, ao pagamento proporcional e equitativo aos trabalhadores envolvidos nos eventos respectivos, sempre que os pagamentos se efectuem a agentes, produtores e companhias de espectáculo ou a quaisquer outros intermediários, estará sujeito a sanções contra-ordenacionais
- Se pessoa singular (física) – de 250 a 2.500€
- Se pessoa colectiva (jurídica) – de 500 a 15 000€

A negligência é punível com montantes - mínimos e máximos - reduzidos a metade.

### 3.1.11 Deslocações por quaisquer meios de transporte e, em particular, por via aérea

#### 3.1.11.1 Bilhetes de deslocações canceladas

No que tange aos bilhetes de passagem, em particular por via aérea, como nos demais meios de transporte, mas ainda no que se reporta aos pacotes de viagens (*voyages à forfait*, *package travels*, viagens organizadas), importa salientar:

O Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março (ratificado pela Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março) interditou a realização de viagens de finalistas ou similares, determinando que as agências de viagens se obrigam ao seu reagendamento, salvo acordo das partes em contrário.

Contrariando a Directiva Europeia de Viagens Organizadas de 2015 ( 2302/ 2015, de 25 de Novembro) que obriga ao reembolso do preço sempre que por circunstâncias inevitáveis e excepcionais as viagens não se realizem.

Numa contemporização com as agências de viagens e outros operadores que sem prestarem o serviço podem protelá-lo para melhores dias, mas já sem o objecto conferido ao escopo das viagens (de finalistas que o não serão já e que nem sequer desfrutam, no futuro, decerto das condições que, ao tempo, eram as suas), o reagendamento é susceptível de não servir os interesses de quantos das viagens se privaram, não por propósito seu, mas em consequência das circunstâncias excepcionais que se lhes depararam.

No que tange às passagens aéreas, a Comissão Europeia, por intervenção a 18 de Março de 2020, em comunicado que difundiu, reiterou o direito ao reembolso, que não à remarcação ou reagendamento ou à atribuição de uma vale (um “voucher”) aos passageiros afectados, sempre e só, neste caso, com o assentimento expresso do consumidor..

Como no tocante às passagens emitidas nos mais meios de transporte.

Só a CP – Comboios de Portugal – reembolsou as passagens previamente adquiridas em mais de 1 milhão de euros, como oportunamente se noticiou.

#### 3.1.11.2 Contratos de viagens organizadas em particular

No que tange às “viagens organizadas” veio a lume em 23 de Abril em curso um diploma legal que tende a garantir o funcionamento das agências de viagens e turismo à conta dos esforços das famílias que haviam reservado viagens (dos conhecidos pacotes e ou outras), em claro desequilíbrio relacional e com afronta a instrumentos europeus a que o País deve necessariamente obediência.

Eis parcialmente as soluções vislumbradas:

As viagens organizadas por agências de viagens e turismo, cuja data de realização tenha lugar entre o período de 13 de Março de 2020 a 30 de

Setembro de 2020, que não sejam efectuadas ou que sejam canceladas por facto imputável ao surto da pandemia da doença COVID-19, conferem, excepcional e temporariamente, o direito aos viajantes de optar:

- Pela emissão de um vale de igual valor ao pagamento efectuado pelo viajante e válido até 31 de Dezembro de 2021; ou
- Pelo reagendamento da viagem até 31 de Dezembro de 2021.

O vale (voucher) é emitido à ordem do portador e é transmissível por mera tradição.

Se não for utilizado até 31 de Dezembro de 2021, o viajante tem direito ao reembolso a efectuar no prazo de 14 dias.”

Se, porém, o titular da reserva se achar desempregado o reembolso do preço pago será a solução vertida na lei.

Análogas soluções se ditaram em tema de cancelamento de reservas em empreendimentos turísticos e em estabelecimentos de “alojamento local”.

O que não prima patentemente pelo equilíbrio de posições e põe a cargo dos consumidores o financiamento das agências de viagens e turismo, sem que nada o justifique, retendo os valores em numerário até uma data dilatada, que pode nada querer dizer às famílias. Nem sequer se nos afigura que haja a ponderação de interesses e equilíbrio neste passo, numa medida tocada por manifesta injustiça em relação às famílias e aos consumidores singularmente considerados.

A situação criada por tais disposições excepcionais e temporários berra na paisagem legislativa da União Europeia.

A Comissão Europeia sempre afirmou que o reembolso em pecúnia teria de ocorrer no lapso de 14 dias após o efectivo cancelamento.

É o que decorre de uma Directiva do Parlamento Europeu editada em 25 de Novembro de 2015 (D 2015/2302), transposta, aliás, para o ordenamento jurídico pátrio em 8 de Março de 2018 por meio do Decreto-Lei n.º 17/2018.

E caso se opte pela emissão do vale, tal só se efectuará com o consentimento livre e esclarecido do consumidor.

Logo, as manobras envoltórias artificialmente desenvolvidas por um legislador mais preocupado em avantajar as empresas que em restituir o devido aos consumidores afectados também, em geral, na sua bolsa pelas consequências do curto pandémico, teriam de conhecer um termo.

Nós mesmos, em nome e em representação da apDC, sociedade científica de intervenção, pugnámos pelo retorno à legalidade. E conclamámos os consumidores a reagir, reivindicando direitos e enxameando os tribunais arbitrais institucionais de conflitos de consumo com as justíssimas pretensões que reclamavam.

O legislador veio, porém, em recuo manifesto de posições, após ludíbrios de ordem vária, reconhecer as razões bastantes dos consumidores e em suplemento do jornal oficial saído a 8 de Setembro, com data, porém, do anterior dia 3, veio a consagrar a *restitutio in integrum* aos consumidores que viram as suas viagens canceladas de molde a pôr termo ao dissídio subsistente com a União Europeia que ameaçara Portugal com um processo por infracção ao primado do direito por si segregado.

Claro que entendendo eufemisticamente que as situações se haviam alterado não se justificando as medidas gravosas decretadas a 23 de Abril.

De qualquer modo, o bom-senso retornou e os direitos violentados foram cerzidos em homenagem à Carta do Consumidor.

## 4 CONCLUSÃO

Conquanto se critique aqui e além, é notável o ingente esforço do legislador português ao produzir em tempos distintos, mas sob pressão dos acontecimentos, legislação tão profusa (que nem sequer houve a oportunidade de tratar exaustivamente ante o volume ora consubstanciado) e incidente nos mais ínfimos domínios da vida de relação.

Com um clamoroso deslize no que tange ao reembolso em numerário das viagens organizadas que, entretanto, foram canceladas por mor da pandemia, (ora corrigido sob pressão da apDC em cujo seio nos movemos e da própria Comissão Europeia, por nós alertada) as soluções em geral veiculadas são assisadas e consequentes.

Perante a intervenção pontual em domínios relevantes, os instrumentos normativos tendentes a regular cada uma das situações jurídicas em presença, à luz da teoria da imprevisão ou de Windscheid, deixam de ser necessários (modificação ou resolução dos contratos mercê de uma anormal alteração das circunstâncias) e, nessa medida, ao menos, não é previsível que os eventuais litígios decorrentes da aplicação das normas específicas enxameiem as instâncias e os tribunais superiores de uma litigância infrene, farfalhada e hirsuta.

E, ao cabo e ao resto, essa parece ser a via mais adequada, mediante provisões normativas, que não a da via jurisdicional para acicatar a litigiosidade, mormente a estéril, protraindo-se as decisões para as calendas e sem se tornar em tempo útil à tão reclamada *pax in aeternum*.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Susana. Viagens canceladas, soluções arbitradas. *As Beiras*, n.º 8184, 05 de Agosto de 2020, p.18.

FROTA, Mário. A “coxa” garantia do acesso aos serviços de interesse geral. *As Beiras*, n.º 8095, 22 de Abril de 2020, p.18.

FROTA, Mário. As repercussões da pandemia nos contratos de seguros. *As Beiras*, n.º 8130, 03 de Junho de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Comunicações electrónicas: repercussões da crise em domínio tão sensível. *As Beiras*, n.º 8106, 06 de Maio de 2020, p.16.

FROTA, Mário. Comunicações: Rei morto, Rei posto. *As Beiras*, n.º 8193, 22 de Agosto de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Contratos de comunicações Electrónicas: renovam-se ou caducam findo o prazo? *As Beiras*, n.º 8184, 12 de Agosto de 2020, p.18.

FROTA, Mário. Covid 19; redução do risco e segurança automóvel. *As Beiras*, n.º 8118, 20 de Maio de 2020, p.18.

FROTA, Mário. É de fugir delas, de situações como estas. *As Beiras*, n.º 8089, 15 de Abril de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Governo engana consumidores e Comissão Europeia. *As Beiras*, n.º 8154, 08 de Julho de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Internet: nem 8 nem 80 – operadoras discriminam zonas não urbanas. *As Beiras*, n.º 8136, 10 de Junho de 2020, p.18.

FROTA, Mário. O “corte dos serviços públicos essenciais. *As Beiras*, n.º 8148, 24 de Junho de 2020, p.17.



FROTA, Mário. Seguro automóvel: risco diminuído, risco reduzido. *As Beiras*, n.º 8101, 29 de Abril de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Seguros: à diminuição do risco corresponderá a redução do prémio? *As Beiras*, n.º 8148, 01 de Julho de 2020, p.16.

FROTA, Mário. Seguros: a redução do prémio é mera miragem ou algo de real? *As Beiras*, n.º 8178, 29 de Julho de 2020, p.17.

FROTA, Mário. SNS 24 – chamadas de valor acrescentado: viver ou morrer? *As Beiras*, n.º 8112, 13 de Maio de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Viagens canceladas: o que diz Vera non è vero. *As Beiras*, n.º 8172, 22 de Julho de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Viagens canceladas, restituições asseguradas. *As Beiras*, n.º ..., 18 de Março de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Viagens canceladas: restituições de valores asseguradas. *As Beiras*, n.º 8202, 02 de Setembro de 2020, p.17.

FROTA, Mário. Viagens: entre recomendações e vales. *As Beiras*, n.º 8124, 27 de Maio de 2020, p.16.

# EL CONSUMIDOR FRENTE AL DESAFÍO DE UNA VIDA DIGITAL

**Germán Esteban Müller**

Especialista en Derecho de la Empresa y los Negocios por la Universidad de Belgrano y en Derecho de Daños por la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor por la Universidad San Pablo T. Director y docente de la Diplomatura de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia de la Universidad San Pablo Tucumán. Presidente de la Asociación de Consumidores del NOA. Director del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados de Tucumán. Abogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução – crise no contexto social implantada pela ocorrência da pandemia e medidas para contingência; 2 Considerações essenciais sobre o Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais; 3 Medidas governamentais que afetaram a proteção de dados pessoais; 3.1 Medida Provisória Nº 954/2020; 3.2 Medida Provisória Nº 959/2020; 4 Dos acordos de cooperação técnica ocorridos no Estado de São Paulo – dados anonimizados de deslocamento coletados a partir dos telefones celulares; 5 Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUCCIÓN

La pandemia de COVID-19 y el temor a contagios masivos generó en todo el mundo el dictado de normas que restringieron el tránsito normal de la población<sup>1</sup>. La cuarentena modificó fuertemente la vida de la sociedad, obligándola al uso de medios electrónicos y nuevas tecnologías para las contrataciones. Llegó en un momento en que la tecnología, por medio de la *Big Data* y la *Inteligencia Artificial*, permite controles y ejerce influencias en nuestros comportamientos que la mayoría de la población ni siquiera sospecha<sup>2</sup>, generando la necesidad de una modernización de la legislación y de una mayor fiscalización por parte de los organismos que vigilan el cumplimiento de estas normas<sup>3</sup>.

Aunque para la mayoría de nosotros suena a ciencia ficción, desde hace años existen experimentos como el fallido *Google Flu Trends*<sup>4</sup>. La pesadilla del famoso “*Gran Hermano*” parece más cercana que nunca, en medio de manifestaciones discriminatorias y humillantes ante los contagiados e incluso ante el personal sanitario que combate la enfermedad.<sup>5</sup>

Como toda nueva tecnología, Internet<sup>6</sup> implica para la gran mayoría de los internautas utilizar un “servicio elaborado” y riesgoso<sup>7</sup>, cuyo diseño y funcionamiento no comprenden, y que de ningún modo pueden modificar.

El proceso no se generó con la pandemia, pero indiscutiblemente se aceleró más allá de lo previsto, aumentando exponencialmente el uso de la red e incorporando a millones de consumidores que se resistían al cambio, hasta que la nueva realidad no les dejó más alternativa que comenzar a utilizarla a diario para comprar, pagar las cuentas, estudiar, incursionar en el teletrabajo, entretenerse o contactarse con familiares o amigos, incluso para denunciar los incumplimientos de los proveedores<sup>8</sup>.

Por medio de este trabajo pretendemos enumerar algunos de los fenómenos que requieren una urgente discusión social y una pormenorizada legislación para generar un mundo tecnológico menos agresivo, en el que podamos vivir. Sin ánimo de rigurosidad, mencionaremos algunas de las normas sobre la materia, y en particular la ley 12.965, que establece el Marco Civil de Internet en Brasil y puede servir de ejemplo y modelo para la región y el mundo.

1 En Argentina se decretó el aislamiento social, preventivo y obligatorio desde el 20 de marzo, que se mantiene -con matices según el impacto en las diferentes zonas geográficas del país- hasta el momento de escribir estas líneas, en julio de 2020.

2 Aburrimiento y el amor son fenómenos biológicos, como la fiebre y la tos. La misma tecnología que identifica un estornudo puede identificar una sonrisa. Si los gobiernos y las corporaciones empiezan a acumular nuestros datos biométricos en masa, llegarán a conocernos mejor que nosotros mismos y podrán no sólo predecir nuestros sentimientos, sino también manipularlos y venderlos. (HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*, 20/03/2020. Disponible en: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>).

3 BOSSI, María Florencia, La crisis del nuevo coronavirus y la protección de datos personales, *Los desafíos de una pandemia en la era de las tecnologías de la información, RDCO*, mayo-junio 2020, p.234.

4 “*La gigantesca multinacional que (casi) todo lo sabe, podía cabalgar sobre millones de búsquedas relacionadas con la gripe —“síntomas gripe”, “virus gripe”, etcétera— para decirnos casi al instante si habría colas en las urgencias en determinado punto del país. Mientras, los sistemas predictivos de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de EEUU (CDC), necesitaban entre una o dos semanas para recoger la información necesaria*” (Disponible en: <https://elcomercio.pe/tecnologia/empresas/fallo-google-flu-trends-flaquezas-big-data-304885-noticia/>).

5 Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52319044>, <http://www.universidad.com.ar/coronavirus-crecen-la-denuncias-por-discriminacion-a-medicos-y-pacientes>, <https://www.pagina12.com.ar/258361-coronavirus-y-paranoia-la-enfermedad-como-excusa-para-la-hum>.

6 Según el art. 5 de la ley 12.965 de Brasil, Internet es el sistema que consiste en un conjunto de protocolos lógicos, estructurados a escala mundial para uso público y sin restricciones, con el propósito de permitir la comunicación de datos entre terminales a través de diferentes redes.

7 De hecho, muchas veces el problema de la inseguridad informática lo genera el propio usuario, que es quien coloca información sensible en manos de sitios que no conoce, quien permite que ingresen a sus computadoras virus o malwares, quien acepta condiciones de contratación online sin leer sus detalles, etc.

8 En Argentina, el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 274/2019 introdujo modificaciones a la Ley N° 26.993 (arts. 69 a 71), para establecer un sistema electrónico de resolución de conflictos. En el art. 11 de la Ley N° 26.993 se incorporó la posibilidad de la celebración de audiencias por medios electrónicos, que se implementaron con la Resolución SCI N° 137/2020 por medio del Sistema de Conciliación por Medios Electrónicos (SICOME).

## 2 EL USUARIO DE INTERNET Y EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Analizaremos los problemas que se desarrollan en este trabajo desde la visión del consumidor. Se trata de un usuario final de servicios *online* que acepta un contrato predispuesto para recibir un servicio “elaborado”, cuyo funcionamiento técnico no comprende, en el que debe someterse a las reglas del proveedor. Incluso, como veremos, el consumidor de servicios en la red puede considerarse hipervulnerable. En el estudio, incluimos algunos aspectos de los servicios de acceso a internet y de aquellos que se brindan por medio de la red. Con esos servicios *online* es posible provocar y sufrir daños, en muchos casos sin que sea posible determinar quién fue su autor.

El Marco Civil de Internet de Brasil, en sus art. 7 y 16, establece expresamente la aplicación de las normas de protección y defensa del consumidor a los usuarios de Internet, sean relaciones gratuitas u onerosas, lo que en Argentina surge del diálogo de los primeros tres artículos de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor<sup>9</sup>. En aquellas legislaciones que niegan la protección cuando los contratos sean gratuitos, habrá que tener en cuenta que las relaciones son siempre onerosas, incluso las que aparentan gratuidad, pues la contraprestación a cargo del consumidor existe: su información es un bien de cambio valioso<sup>10</sup>.

Más compleja es la situación cuando la víctima no es usuaria directa del servicio. En ese caso no existe contrato de consumo, pero sin dudas se tratará de un consumidor expuesto en los términos del art. 1096 del Código Civil y Comercial de Argentina: quien “*de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*”.<sup>11</sup>

No es el objeto de este trabajo profundizar al respecto, pero bastará con destacar que se impone al proveedor: i. El deber de informar y advertir al consumidor sobre el modo correcto y los riesgos de la utilización de los servicios digitales<sup>12</sup>, ii. El deber de seguridad, por el cual el servicio debe ser prestado de tal modo que no genere peligro alguno para los usuarios, norma que debe interpretarse en sentido amplio, como protectora de cualquier tipo de derechos<sup>13</sup>. De ese modo, el factor de atribución es objetivo basado en la garantía, en el riesgo creado y en el beneficio empresario, iii. El deber de confeccionar condiciones contractuales sin cláusulas abusivas o sorpresivas.

Está claro que se trata de un régimen jurídico difícil de aceptar sin adaptaciones a todas las hipótesis que abordaremos y que es imposible adoptar una postura definitiva sobre todas ellas. La discusión amerita enderezar los esfuerzos hacia una la búsqueda de una solución que aparece difícil y lejana, pero apremiante.

A modo de anticipo de muchos de los puntos a tratarse, servirá el listado de derechos que el Marco Civil de Internet de Brasil otorga a los usuarios de Internet: i. Inviolabilidad de la intimidad y la vida privada, su protección y compensación por daños materiales o morales resultantes de su violación; ii. Inviolabilidad y confidencialidad del flujo de sus comunicaciones a través de Internet; iii. No suspensión de la conexión a internet y mantenimiento de la calidad contratada de la conexión; iv. Información clara y completa contenida en los contratos de

---

9 SCOTTI, Luciana. *Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio*. Buenos Aires: Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2015, p.135.

10 VELENCOSO, Luz M. Martínez; LÓPEZ, Marina Sancho. *El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?*, Barcelona, 2018, Disponible em: <https://indret.com/el-nuevo-concepto-de-onerosidad-en-el-mercado-digital-realmente-es-gratis-la-app>.

11 RUSCONI, Dante. *La noción de “consumidor” en la nueva Ley de Defensa del Consumidor*, fuente JA 2008-II-1225 - SJA 28/5/2008, Citar Lexis Nº 0003/013843.

12 MERCOSUR/GMC/RES. Nº 21/04.

13 Ver WAJNTRAUB, Javier H.. *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p.79.

prestación de servicios; v. No proporcionar a terceros sus datos personales; vi. Información clara y completa sobre la recopilación, el uso, el almacenamiento, el tratamiento y la protección de sus datos personales; vii. Necesidad de un consentimiento expreso sobre la recopilación, uso, almacenamiento y tratamiento de datos personales, que debe ocurrir de manera destacada en las otras cláusulas contractuales; viii. Exclusión definitiva de los datos personales que ha proporcionado a una aplicación de Internet en particular, a petición suya, al final de la relación entre las partes; ix. Publicidad y claridad de cualquier política para el uso de proveedores de conexión a Internet y aplicaciones de Internet.

## 2.1 ¿Hay un nuevo tipo de consumidor?

Desde hace tiempo hay quienes sostienen que Internet empoderó a los consumidores, posibilitando que estén más informados y alertas<sup>14</sup>. Por el contrario, la mayoría de la doctrina entiende que los consumidores de servicios en Internet sufren una cada vez mayor vulnerabilidad<sup>15</sup>. El aumento significativo de las operaciones en entornos digitales obliga a acentuar la protección del consumidor se encuentra en una situación de especial debilidad con el fin de prevenir situaciones engañosas o fraudulentas y de combatir las cláusulas o prácticas abusivas que pueden existir en este sector de actividad<sup>16</sup>.

Frustagli<sup>17</sup> destaca que:

la compleja realidad social al hilo de la cual se desenvuelve el Derecho del consumo ha puesto en evidencia la existencia de grupos de consumidores que exhiben niveles de vulnerabilidad agravados por condiciones peculiares inherentes a la persona concreta o bien la especial situación en la cual se encuentran.

En la categoría de consumidores hipervulnerables<sup>18</sup> en general ingresan niños, adolescentes, ancianos, enfermos, personas con discapacidades, analfabetos o personas con escaso nivel cultural, inmigrantes, entre otros. No decimos que todo consumidor de servicios en Internet sea hipervulnerable. Pero ¿no lo son quienes no tienen conocimientos informáticos? Podrían caracterizarse como analfabetos digitales. Ya no se trata de no saber leer ni escribir, sino de carecer de las herramientas tecnológicas para poder realizar las tareas cotidianas<sup>19</sup>.

Italiano y Branciforte<sup>20</sup> sostienen que se trata de personas que tienen un perfil débil frente al acceso a los servicios de la informática y las comunicaciones y que como hipervulnerables que son, debiera dárseles una mayor protección en toda su relación con

---

14 Por ejemplo, los nuevos “consumidores 2021” (Cfr. ITALIANO, Matías A.. El “proveedor 2021” y la figura jurídica del “proveedor vulnerable”, *RDCO*, mayo-junio 2020, p.155).

15 El art. 72 del proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en trámite parlamentario en Argentina lo tiene en cuenta: “Información al consumidor. En las diferentes etapas de la contratación electrónica se exige que el consumidor sea informado con el estándar más elevado que sea posible, a fin de lograr que resulte plenamente consciente de sus derechos y de sus obligaciones. A estos fines, se ponderará el grado de vulnerabilidad del consumidor.”

16 BAROCELLI, Sebastián, *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*. Diario de Doctrina y Jurisprudencia, El Derecho, Buenos Aires, martes 14 de julio de 2020 • ISSN 1666-8987 • N° 14.888 • AÑO LVIII • ED 288.

17 FRUSTAGLI, Sandra A.. La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino. *Revista de Derecho del Consumidor*, Número 1, Noviembre 2016, Fecha: 30-11-2016, Cita: IJ-CCLI-396.

18 Incorporada en el derecho positivo argentino en la Resolución 2020-139-APN-SCI#MDP

19 El analfabetismo digital está presente en todos los estratos y segmentos etarios y es una limitante a la hora de buscar trabajo, tener una promoción o bien ser parte de un grupo social. (<https://www.infobae.com/tendencias/talento-y-liderazgo/2020/02/11/era-digital-quienes-son-los-analfabetos-del-siglo-xxi/>)

20 BRANCIFORTE, Fernando O.; ITALIANO, Matías A.. *La hipervulnerabilidad en tiempos de emergencia sanitaria: ¿El olvido del usuario cazarro?*, Suplemento Consumidores Hipervulnerables, TOMO LA LEY 2020-C, Buenos Aires



los proveedores. Si bien será complicado establecer qué consumidor ingresa o no en esa especial vulnerabilidad, también es cierto que muchas de las categorías de hipervulnerables son difíciles de aprehender en el caso concreto. En algunos casos será muy evidente, pero en otros, la línea divisoria será muy fina.

Tambussi<sup>21</sup> destaca que el sistema de comercio por medios electrónicos agrava la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan porque el uso de una tecnología exige un mayor conocimiento. La distancia económica y cognoscitiva que existe en el mundo real se profundiza en el mundo virtual. La tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Wajntraub<sup>22</sup> citando a Sahián<sup>23</sup>, así como Chamatropulos<sup>24</sup>, también estudian la inclusión de los consumidores electrónicos entre los hipervulnerables. La tutela de estos sectores se torna absolutamente necesaria<sup>25</sup>.

#### *A. Igualdad de acceso - La neutralidad de la red*

Una parte importante de la población de nuestros países no está en condiciones de afrontar los costos de una vida digital. El equipamiento y el servicio de acceso Internet pueden ser barreras insalvables para muchos. Según datos del INDEC<sup>26</sup> en el cuarto trimestre de 2019 solo el 60,9% de los hogares urbanos argentinos tenía acceso a una computadora y el 82,9% a Internet. Prueba de ello es el decreto 311/2020 que en Argentina procuró mitigar los efectos de la crisis económica, estableciendo cierta protección sobre este colectivo restringiendo la posibilidad de cortes de servicios por falta de pago.

Stiglitz y Sahián refieren que la Resolución del Parlamento europeo del 22 de mayo de 2012, referida a determinados “sectores especialmente problemáticos”, enumera como tales a los usuarios a los que no les sea posible acceder a Internet o hacer uso de la red, lo que implicaría encontrarse en una situación de fragilidad, ya que no podrían aprovechar las ventajas del comercio en línea y, por lo tanto, quedarían excluidos de una parte importante del mercado interior, teniendo que pagar más por los mismos productos o dependiendo de la ayuda de otras personas<sup>27</sup>.

Internet tiene una indiscutible importancia que obliga a los Estados a tomar medidas para garantizar el acceso y la neutralidad de la red. Una red es ‘neutral’ cuando logra evitar la introducción de distorsiones artificiales –como las del mercado o las empresas- en el tránsito de información<sup>28</sup>. Esto significa que los usuarios deben contar con libertad de elección, como una garantía para ejercer su libertad de expresión y el derecho a buscar, recibir y difundir información, consagrados en las legislaciones internacionales de derechos humanos y en el

---

21 TAMBUSI, Carlos E.. *Relación de consumo y responsabilidad objetiva entre los usuarios de plataformas de venta y el proveedor del servicio*. Publicado en: LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 2 - LA LEY 2018-C, 101 - RCyS2018-VII, 59, Cita Online: AR/DOC/789/2018.

22 WAJNTRAUB, Javier H.. *Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa*, TOMO LA LEY 2020-C, Buenos Aires.

23 SAHIÁN, José H.. *El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo*. SJA del 18/09/2019, cita online: AR/DOC/2635/2019.

24 CHAMATROPULOS, Demetrio A.. *Estatuto del Consumidor comentado*. 2ª edición. Buenos Aires: La Ley, 2019, tomo I, p.165.

25 ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M.. *Desafíos para el Derecho en general, y del consumo en particular. La construcción del nuevo “Derecho artificial” y la excusa para cambiar el rumbo de la Argentina*, Publicado en: RDCO 292, 01/11/2018, 119, Cita Online: AP/DOC/729/2018.

26 Disponible en: [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdepremsa/mautic\\_05\\_20A36AF16B31.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdepremsa/mautic_05_20A36AF16B31.pdf).

27 STIGLITZ, Gabriel A.; SAHIÁN, José H.. *Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas*. Publicación: *El Derecho - Colección de Ebooks - Prácticas Abusivas en el Derecho del Consumidor*, Fecha: 01-10-2018 Cita: IJ-DXLII-883.

28 ORNELA, Vanina Carboni; CECILIA, Labate. *América Latina por una red neutral: el principio de neutralidad in Chile y Brasil*. *Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia*, vol. 25, núm. 2, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.

marco legal argentino: si los servicios se vuelven caros o inaccesibles, se genera restricción de contenidos<sup>29</sup>.

La Ley General de Telecomunicaciones de Chile ha sido reconocida como la primera en garantizar la neutralidad de la red, al establecer que todos los habitantes tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones. Prohíbe a los proveedores de Internet la discriminación entre usuarios, la persecución de contenidos, páginas y programas y el bloqueo de acceso de particulares o empresas, sean cuales sean sus contenidos.

La ley 27.078 (conocida como “Argentina Digital”) declara de interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones, y sus recursos asociados, comenzado a recorrer el mismo camino<sup>30</sup>. Mientras que Brasil declaró la neutralidad de la red con la sanción del Marco Civil de Internet (Ley 12.965 y decreto N° 8.771). Establece que los modelos para obtener acceso a Internet deben preservar una Internet única, de naturaleza abierta, plural y diversa, entendida como un medio para la promoción del desarrollo humano, económico, social y cultural, contribuyendo a la construcción de una sociedad inclusiva y no discriminatoria. El dispositivo también prevé la posibilidad de limitar la neutralidad para priorizar servicios de emergencia, lo que indefectiblemente trae a la mente la situación actual.

### *B. Consumidores con discapacidad*

Existen ciertas barreras que impiden el acceso de personas con discapacidades a las plataformas digitales. La temática es tratada en el punto XII del art. 7 del Marco Civil de Internet, que establece a la accesibilidad como un derecho del consumidor, considerando las características físico-motoras, perceptivas, sensoriales, intelectuales y mentales del usuario.

La ley 26.653 en Argentina comenzó a exigir a determinadas entidades que respeten en los diseños de sus páginas web las normas y requisitos sobre accesibilidad de la información. Se trata de una regulación parcial, que requiere complementarse hasta lograr que todo el universo digital cumpla con ese requisito<sup>31</sup>.

En el Juzgado Contencioso Administrativo Federal<sup>32</sup> se ventila una acción colectiva en la que los actores (letrados matriculados ante el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal) persiguen de que el Portal Digital del Poder Judicial de la Nación sea totalmente accesible para los abogados con afectación de facultades visuales, conforme un modelo de Diseño Universal. El verdadero cambio debe provenir de todos los sectores.

## **2.2 Derecho a la privacidad**

Las plataformas, buscadores, redes sociales, *apps*, incluso el más pueril de los juegos, recogen información de los usuarios. Una de las aplicaciones más ubicuas de la inteligencia artificial en el ámbito del comercio electrónico lo constituyen los sistemas de

---

29 RODRÍGUEZ VILLAFANE, Miguel Julio. Disponible en: <http://www.infonews.com/nota/193925/boletas-recargadas-y-derechos-limitados-el-impacto-de-la-restriccion-a-internet-en-los-celulares>.

30 El art. 15 reconoce “el carácter de servicio público esencial y estratégico de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones, para y entre licenciatarios de Servicios de TIC”.

31 Así lo prevé el proyecto de Código de Defensa del Consumidor en trámite parlamentario en Argentina en su art. 13: “Modo de comunicar la información. La información deberá ser transmitida de conformidad a las siguientes reglas: 1. Debe ser proporcionada de manera fácilmente accesible para el consumidor, mediante mecanismos apropiados para su adecuada comprensión, especialmente en el caso de consumidores con vulnerabilidad agravada, cuando tal situación sea conocida o deba serlo por el proveedor, o resulte evidente en función de las circunstancias que conformen el contexto de la relación de consumo ...”

32 Causa Nro. 10.420/2020 “Barraza, Victor Javier Y Otro C/ En S/ Amparo Ley 16.986.

recomendación que comparan el perfil del usuario con algunas características de referencia, de modo de predecir la ponderación que este le daría a un ítem. Esos mecanismos permiten una personalización automatizada por parte de los sitios de comercio electrónico, lo que aumenta sus ventas y el número de sus potenciales clientes, apuntando a la fidelización. Todo ello montado sobre prácticas comerciales super dirigidas. De ese modo, se genera el gran comercio de la información privada<sup>33</sup>.

El derecho a la privacidad *online* incorpora al repertorio tradicional de protección un nuevo enfoque: a) privacidad de la personalidad (identidad, fotografía, etc.), b) privacidad de datos con respecto a una persona (hábitos de gasto, historia médica, afiliaciones políticas, asuntos de interés fiscal, etc.) y c) privacidad de las comunicaciones de una persona (contenido de mails, chats, etc.)<sup>34</sup>.

En la gran mayoría de los casos las empresas recopilan información que el usuario no está voluntariamente dispuesto a brindar, pero que le es exigida como contraprestación por los contenidos digitales que recibe. Incluso, muchas veces esos acuerdos para el procesamiento de sus datos personales son paradójicamente llamados “política de privacidad”, como síntoma de la falta de transparencia en este tipo de contratación. Aunque pueden no afectar la intimidad estricta de la persona (en el sentido doctrinal más tradicional y consolidado) tienen incidencia en una esfera menos íntima pero igualmente privada y, por ende, lesiva de determinados derechos y libertades<sup>35</sup>. La “libertad informática” es así el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático y comprende, entre otros aspectos, la oposición a que determinados datos personales sean utilizados para fines diferentes a aquellos que justificaron su obtención.

Los problemas son múltiples. La mayoría de nosotros no lee (y si lo hace no comprende) los términos de los servicios digitales. Por ello, cuanto menos debe exigirse a las empresas una información detallada y comprensible, así como asesoramiento para el uso adecuado de los servicios. Se impone dejar en claro que el consentimiento del usuario para el tratamiento de esa información debe ser prestado conscientemente en todo momento. Pero ello no será suficiente. Si bien en Argentina el derecho encuentra protección convencional (artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), constitucional (artículo 14, 16, 18, 19 de la Constitución Nacional), y legal (artículo 51, 52, 53 y 1770 del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 25326 de protección de datos personales)<sup>36</sup>, es necesaria legislación que regule el registro, el tratamiento y toda modalidad de uso posterior de esos datos, así como mecanismos que permitan a los ciudadanos ejercer sus derechos de acceso, rectificación y cancelación de su información personal. Todo ello, claro, con normas claras y protectorias para solucionar los problemas de jurisdicción y acceso a la justicia.

Nuevamente, el Marco Civil puede servir de ejemplo, tratando la cuestión en su sección II del capítulo III.

---

33 CHESÑÉVAR, Carlos; ESTÉVEZ, Elsa. El comercio electrónico en la era de los bots, I&C N°44, Año 22, Julio 2018, p.129.

34 MUÑOZ, Ricardo A. (h.), La IA ante un enfoque basado en derechos. Publicación: *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos*, Fecha: 29-05-2020 Cita: IJ-CMXVII-344.

35 VELENCOSO, Luz M. Martínez; LÓPEZ, Marina Sancho. El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?, Barcelona, 2018, Disponible en: <https://indret.com/el-nuevo-concepto-de-onerosidad-en-el-mercado-digital-realmente-es-gratis-la-app>.

36 MUÑOZ, Ricardo A. (h.), La IA ante un enfoque basado en derechos, *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos*, Fecha: 29-05-2020, Cita: IJ-CMXVII-344.

### A. La privacidad y los datos sobre la salud

El problema, insistimos, cobró nueva relevancia con la pandemia. Tanto, que la Agencia de Acceso a la Información Pública de Argentina<sup>37</sup> tuvo que recordar que el tratamiento de información referida a la salud es una actividad que debe llevarse adelante con especial cuidado, respetando la privacidad de las personas, de acuerdo con la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Y remarcó algunos de los principios fundamentales de la regulación vigente, en particular referidos a datos personales de salud. En el mismo sentido puede citarse el artículo 24, inc. t) de la Ley N° 27.275<sup>38</sup>, que pone en cabeza de esa agencia la misión de fiscalizar la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios, sean públicos o privados, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre.

El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que entró en vigor el 24 de mayo de 2016 (y cuyo cumplimiento es obligatorio desde el 25 de mayo de 2018), es reconocido a nivel mundial como una norma que otorga una férrea protección del derecho de privacidad de los ciudadanos de la Unión Europea, y que impone gravosas sanciones a las empresas incumplidoras. Por su parte, varios países europeos se han pronunciado sobre el tema. Por ejemplo, la Agencia de Protección de Datos española ha publicado un informe en el que analiza el tratamiento de datos personales en relación con la crisis epidemiológica y unas “Preguntas Frecuentes” sobre el Coronavirus, centradas en el tratamiento de datos en el ámbito laboral<sup>39</sup>.

### B. El mercado de la información

¿Quiénes tienen nuestra información y para qué la usan? Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia mediante la cual dejó sin efecto el *Privacy Shield* que permitía la transferencia de datos personales desde la Unión Europea a los Estados Unidos. Además, se había creado la figura del “mediador” o “Defensor del Pueblo”, para garantizar la protección de la información y resolver las quejas o solicitudes de los ciudadanos europeos. Pero el Tribunal de Justicia señaló que el *Privacy Shield* reconocía la primacía de las exigencias relativas a la seguridad nacional, el interés público y el cumplimiento de la ley estadounidense, posibilitando de este modo injerencias en los derechos fundamentales de las personas cuyos datos personales se transfiriesen a ese país. Destacó que las limitaciones de la protección de datos personales que se derivan de la normativa interna de Estados Unidos relativa al acceso y almacenamiento de la información no cumplen con el principio de proporcionalidad, en la medida en que los programas de vigilancia no se limitan a lo estrictamente necesario<sup>40</sup>.

Álvarez Larrondo<sup>41</sup> acierta al afirmar que se evidencia la violación constante que se produce en la red del derecho constitucional al trato equitativo y digno. Sin embargo, ¿es

---

37 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/tratamiento-de-datos-personales-ante-el-coronavirus>.

38 Inciso incorporado por art. 13 del Decreto N° 746/2017.

39 BOSSI, María Florencia. La crisis del nuevo coronavirus y la protección de datos personales, Los desafíos de una pandemia en la era de las tecnologías de la información, *RDCO*, mayo-junio 2020, p.235.

40 IANELLO, Romina. *El fin del Privacy Shield*. Disponible en: [https://abogados.com.ar/el-fin-del-privacy-shield/26365#\\_ftn2](https://abogados.com.ar/el-fin-del-privacy-shield/26365#_ftn2)

41 ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M.. Desafíos para el Derecho en general, y del consumo en particular. La construcción del nuevo “Derecho artificial” y la excusa para cambiar el rumbo de la Argentina, Publicado en: *RDCO* 292, 01/11/2018, 119, Cita Online: AP/DOC/729/2018.

posible pensar un mundo sin los avances tecnológicos que criticamos? Si no lo es, debemos al menos plantearnos seriamente el problema.

En ese sentido, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo Europeo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos establece, entre otras cosas, que deberán ser tratados de manera lícita, leal y transparente; recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos; ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados; impone adoptar todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen los datos inexactos; etc.

### C. El marketing agresivo

Enseña Belén Japaze<sup>42</sup> que desde hace décadas el proceso de inducción a la compra ha tomado sesgos particularmente invasivos para el consumidor a través de un fenómeno ecuménico conocido como ventas agresivas. Son operaciones compulsivas que se valen de métodos como el acoso comercial o la técnica de tentación para aprovechar el estado de inferioridad del consumidor. Tienen la particularidad de que irrumpen y sorprenden al consumidor; en muchos casos violentando su intimidad y privacidad; en otros, su libertad y autodeterminación; siempre, su dignidad personal.

Ya hace tiempo se identificó al *spamming* y la utilización de *cookies* como prácticas abusivas<sup>43</sup>. Por ello, continúa la autora, la preocupación por resguardar al consumidor de los efectos nocivos de tales prácticas empresariales ha motivado profundas reflexiones y una incesante búsqueda de soluciones, pues los instrumentos tradicionales de protección del consentimiento del consumidor no son suficientes.

Hoy, las posibilidades que brindan el *Big Data* y la *IA*, hacen que cada clic de los millones que hacemos en el día emita valiosísima información sobre nuestros gustos, necesidades, debilidades<sup>44</sup>.

### D. Discriminación

La recopilación de información de los usuarios permite a las empresas automatizar muchas de sus políticas, incluyendo, por ejemplo, a quién dar -o no- un crédito, a quién seleccionar -o no- para un empleo. En teoría, los algoritmos permiten evitar los sesgos cognitivos del ser humano, y deberían llevar a decisiones no viciadas por prejuicios. Sin embargo, los algoritmos son creados por seres humanos, quienes transfieren sus prejuicios y preferencias a la selección de datos<sup>45</sup>. En pocas palabras, los sesgos en los datos se traducen en discriminaciones en las decisiones que estos algoritmos toman<sup>46</sup> que pueden fácilmente multiplicarse.

---

42 JAPAZE, Belén. *Las prácticas empresariales y marketing agresivo*, en *Cuestiones de Derecho del Consumidor*. MÜLLER, Germán (Coord.), Bibliotex, Tucumán, 2015, p.150.

43 ARIAS, María Paula; TRIVISONNO, Julieta B. Las prácticas abusivas del art. 26 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*: homenaje a Rubén S. Stiglitz / compilado por Fulvio G. Santarelli; Demetrio A. Chamatropulos; 1a ed. facsímil. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019, p.310.

44 ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M.. Desafíos para el Derecho en general, y del consumo en particular. La construcción del nuevo "Derecho artificial" y la excusa para cambiar el rumbo de la Argentina, Publicado en: *RDCO* 292, 01/11/2018, 119, Cita Online: AP/DOC/729/2018.

45 ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M.. Desafíos para el Derecho en general, y del consumo en particular. La construcción del nuevo "Derecho artificial" y la excusa para cambiar el rumbo de la Argentina, Publicado en: *RDCO* 292, 01/11/2018, 119, Cita Online: AP/DOC/729/2018.

46 VELENCOSO, Luz M. Martínez; LÓPEZ, Marina Sancho. El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?, Barcelona, 2018, Disponible en: <https://indret.com/el-nuevo-concepto-de-onerosidad-en-el-mercado-digital-realmente-es-gratis-la-app/>.



En ese sentido, la automatización en las resoluciones judiciales y/o administrativas tiene una regulación concreta en el artículo 20 de la Ley N° 25.326 de “Protección de datos personales”, estableciéndose un límite claro ante esa situación, por cuanto aquellas no pueden tener como único fundamento los datos que surjan del tratamiento informatizado de la persona, esto es el “perfilamiento” artificial y muchas veces parcial, que las plataformas hacen de ella<sup>47</sup>.

A su vez, está claro que la situación encuadra plenamente en la protección contra el trato indigno, inequitativo o discriminatorio que otorga la Constitución Nacional Argentina (art. 42), el Código Civil y Comercial (art. 1097 y 1098) y la Ley de Defensa del Consumidor (art. 8 bis).

### **2.3 Derecho a la intimidad. El problema de la información dañosa (falsa, injuriante, discriminatoria, etc.) sobre particulares publicada en las redes sociales o indexada por buscadores**

La crisis de la intimidad en Internet tampoco apareció con la pandemia. La gravedad de los problemas que se generan a raíz de la posibilidad de crear contenido anónimamente en Internet se comprende a poco de analizar algunos de los múltiples casos difundidos diariamente en todo el mundo.

El *cyberbullying* o ciberacoso (el uso de los servicios existentes en Internet con la intención de difamar, amenazar, degradar, agredir, intimidar o amedrentar a una persona<sup>48</sup>) y la discriminación asumen nuevos ribetes<sup>49</sup>.

El problema de la protección de la intimidad y el choque con la libertad de expresión es materia de estudio desde hace siglos con relación a los medios de prensa. Pero Internet agrega ingredientes fundamentales a la cuestión, como el anonimato, que obligan a repensar cómo responde el autor de la página, el organizador del foro de discusión, el organizador del servicio de caching, el que reenvía un mensaje de correo electrónico sin saberlo<sup>50</sup>.

Hay aspectos que le confieren una enorme potencialidad dañosa a Internet: 1) El uso de buscadores y redes sociales es inconmensurablemente masivo: En enero de 2020 Facebook contó con cerca de 2.449 millones de usuarios activos en un mes<sup>51</sup>. 2) Existe la posibilidad de realizar publicaciones básicamente anónimas: No sabemos con certeza quién es la persona (o bot<sup>52</sup>) del otro lado, ya que los datos de registración son falsificables. Cualquiera puede crear una cuenta simulando ser otra persona. 3) No existe el olvido: en Internet la información permanece por siempre, sin posibilidades de retirarla ni borrarla.

Alejandro Sydiaha<sup>53</sup> distingue las páginas de información primaria (aluden en forma directa a la realidad, expresan opiniones, etc.) de aquellas de información secundaria (o de segundo grado, v.gr. los motores de búsqueda o buscadores). Las primeras son idénticas –en su función– a cualquier otro *mass media*: existe un autor identificable y un editor. Las

47 MUÑOZ, Ricardo A. (h.), La IA ante un enfoque basado en derechos, *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo* - Un enfoque basado en derechos, Fecha: 29-05-2020, Cita: IJ-CMXVII-344.

48 TOMELO, Fernando. *Cyberbullying y responsabilidad civil de los padres en la web 2.0*, RCyS3020-VIII, 46.

49 “Hace tiempo que los grupos de fanáticos del odio afloran como maleza en la Web 2.0. Así lo denuncia la Fundación Simon Wiesenthal, que calcula hay 10.000 sitios web que promueven el odio y el racismo, cuyo principal exponente es Facebook... “Odio a Las Religiones”, “Odio a los chinos”, “I Hate Emo”, “Yo también mataría a un villero si me dicen que nadie se entera”, “Para que los bolivianos se vuelvan a su país” son otros de los títulos que al día de cierre de la nota, gozaban de buena salud en Facebook” (Disponível em: <http://www.diarioz.com.ar/nota-homofobia-racismo-y-antisemitismo-en-facebook.html>).

50 LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. LexisNexis 2006, Citar: Lexis N° 7004/008228.

51 Según el estudio Digital 2020 Global Digital Overview realizado por las empresas We are Social y Hootsuite, <https://www.juanmejia.com/marketing-digital/estadisticas-de-redes-sociales-usuarios-de-facebook-instagram-linkedin-twitter-whatsapp-y-otros-infografia/>.

52 Un bot (aféresis de robot) es un software que sirve para comunicarse con el usuario, imitando un comportamiento humano.

53 Internet como medio de comunicación: Aplicación analógica de la jurisprudencia sobre libertad de expresión, Sup. Act. 22/10/2009, 22/10/2009, 1.

segundas se limitan a informar al usuario cuáles son las páginas en las que puede hallar información. Nos permitimos incluir un tercer tipo de páginas: las redes sociales, que mixturán las características de las anteriores. La relación de la página con la información no es tan mediata como la de los buscadores, ni tan inmediata como en un portal de noticias. Existe un vínculo previo (contractual) entre la red social y el creador de la opinión (el usuario), que antes de poder publicar debió suscribirse, aceptar los términos y condiciones y pasar a formar parte de las bases de datos de la página.

En el primer caso, los portales tienen plena potestad para decidir qué publican. En el segundo y el tercero, el buscador y la red social supuestamente no controlan a priori los resultados de las búsquedas, ni ejercen control sobre los perfiles o los comentarios, pero llegado el caso –previa denuncia– pueden eliminar el contenido dañoso. ¿Quién es el verdadero autor del daño que se causa con un comentario publicado en Facebook o con una página indexada en Google?

En atención al modo en que funcionan los buscadores y las redes sociales, se afirma que estos no generan el contenido y que les resultaría imposible conocer todos los comentarios que expresan sus usuarios. Básicamente, es el argumento de la teoría de imputación subjetiva, que sostiene que el deber de reparar sólo nacerá cuando el accionante alegue y pruebe que la red social actuó con culpa o dolo<sup>54</sup>. La Corte Suprema del Estado de Nueva York, en septiembre de 2009, rechazó la acción promovida contra Facebook por difamación considerando que no puede considerársela editora de la información “colgada” por sus usuarios<sup>55</sup>. De esas afirmaciones se extrae la conclusión de que no se puede imputar responsabilidad a la red social si no es autora ni editora del contenido dañoso<sup>56</sup>. Pero tampoco corresponde atribuírsela por su divulgación, ya que el contenido le era desconocido. Lo contrario implicaría obligar a las empresas a monitorear constantemente los miles de perfiles o comentarios que se suben cada minuto.

En opinión de Fernando Tomeo<sup>57</sup>, si bien la red social actúa como plataforma o soporte utilizado por un tercero para crear o “colgar” contenidos ilegales en modo alguno se le puede imputar responsabilidad objetiva, ya que no contribuye a la generación del daño ni como autor ni como editor del contenido. Por ello considera aplicable a las redes sociales responsabilidad subjetiva por contenidos ilegales creados, publicados o “colgados” por terceros solo cuando existe un obrar negligente de su parte, lo que se configuraría cuando se le comunicó (en forma fehaciente) la existencia de un contenido ilícito y la red social no tomó las medidas necesarias para eliminar o bloquear el mismo.

En el derecho comparado, la Communications Decency Act de Estados Unidos exime a los proveedores y usuarios de servicios informáticos de toda responsabilidad por contenidos publicados por terceros. Con la misma orientación, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo dispone que los prestadores de servicios online no serán responsables por contenidos subidos por terceros, ya que no se les impone un deber de vigilarlos. La ONU dictó una Declaración Conjunta (el 1º de junio de 2011) sobre Libertad de Expresión e Internet donde se dispuso que solo pueden aplicarse restricciones a la libertad de expresión cuando

---

54 En esa postura: TOMELO, Fernando. *Responsabilidad civil de buscadores de Internet*. La Ley 30/08/2010, comentario al fallo “Bandana”.

55 TOMELO, Fernando. *Cyberbullyng y responsabilidad civil de los padres en la web 2.0*, RCyS2010-VIII, 46.

56 La Dra. Barbieri (C. Nac. Civ., sala D), en el fallo D. C., V. v. Yahoo de Argentina S.R.L y otro, de fecha 10/08/2010, manifestó: “Entiendo que no resulta de aplicación a ellos la teoría del riesgo creado, pues si bien los buscadores actúan proporcionando una herramienta al usuario que utiliza la computadora (cosa riesgosa) para localizar los contenidos o la información por él definida, dichos contenidos o información no son creados o puestos en la red o editados por los buscadores.” Nótese que sí considera a la computadora una cosa riesgosa, pero no a la actividad de divulgación que realizan los buscadores.

57 Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil.

se cumplen los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).

En Argentina no se ha legislado sobre la cuestión, con excepción de la ley 26.032 que establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. En el fallo “*Rodriguez, María Belén c/ Google Inc. s/daños y perjuicios*” del 28/10/2014 (R. 522. XLIX), la Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió la postura de la responsabilidad subjetiva, estableciendo que los buscadores pueden llegar a responder por un contenido que le es ajeno, cuando a pesar del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web no procura el bloqueo del resultado. Es la solución adoptada también en el Marco Civil de Internet de Brasil (art. 18 y 19).

Frente a esta postura, es posible afirmar que, si bien es cierto que el comentario dañoso no es de autoría de la red social, no caben dudas de que su propagación sí lo es, y es allí precisamente donde radica la gravedad del problema. En esa tendencia se manifiesta la teoría de la imputación objetiva, que se basa en que el medio introdujo un producto potencialmente dañoso, y por ende debe responder. Existe una primera instancia del daño que se genera desde la misma emisión del comentario injurioso y que se limita a aquellas personas que puedan escucharlo o leerlo. La segunda instancia del daño comienza cuando el comentario se publica y ese comentario llega al conocimiento de millones de personas. El daño se multiplica y sin dudas muta. Podría ocurrir que un comentario -con sólo ser conocido por algunas personas- no genere daño; y que sí lo haga al ser masivamente conocido. Entonces, desde el punto de vista de la relación causal y aplicando la teoría de la causa adecuada, se nos impondría la conclusión de que dado el hecho antecedente (el contenido dañoso), el daño sólo ocurriría -de acuerdo con el acontecer normal o regular de las cosas- con su difusión mediante la red social. Sin ella el daño no ocurriría, o sería mucho menor.

O bien podríamos afirmar que existió co-causación o causación conjunta, pues el autor del contenido y el medio de propagación cooperaron para arribar al resultado dañoso: uno creándolo, el otro divulgándolo. La red social es el “material conductor” del daño; sin ella muchos de esos perjuicios serían mucho menores o sencillamente no existirían. Entonces, desde el punto de vista de la autoría la plataforma sería coautor, desde que su participación fue decisiva para generar el daño. Por otro lado, desde el punto de vista causal el daño no es ajeno a la red social, sino que necesita de su plataforma.

Se ha dicho que:

Facebook aloja más de 500 millones de perfiles de usuarios activos. Google Search rastrea millones de páginas, cuyas direcciones puede enlazar después de que un usuario opere una búsqueda. Cada minuto YouTube añade 24 nuevas horas de video a sus contenidos. Con toda seguridad, parte de estos contenidos y de muchos de los alojados en la red infringe derechos de terceros o vulnera alguna norma legal de forma más o menos crasa: tanto los responsables de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (en adelante, ISPs) como sus usuarios sabemos efectivamente que algunos de los contenidos disponibles en la red son injuriosos, que algunos otros vulneran derechos de propiedad intelectual, que otros suponen una intromisión en la intimidad ajena, que otros justifican el Holocausto o, incluso, que otros muestran imágenes de pornografía infantil. Lo saben. Lo sabemos.<sup>58</sup>

---

58 RUBÍ PUIG, Antoni. Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs. *Revista InDret* 4/2010.

Zavala de González refería que la actividad informática es riesgosa y que, en consecuencia, le resulta aplicable la responsabilidad objetiva referida al riesgo de la cosa. Ramón Pizarro<sup>59</sup> sostiene que no hay motivo para apartarse del derecho común y dejar de aplicar la responsabilidad objetiva por el riesgo creado pues de los textos constitucionales “ninguna situación de privilegio a favor de los medios de prensa es posible inferir, como no sea la que impide la censura previa. No hay privilegios posteriores a la publicación.”

Si omitimos por unos momentos considerar que puede estar en juego el derecho a la libertad de expresión, deberíamos considerar que: i. Los buscadores y las redes sociales han diseñado el software y los algoritmos, así como sus condiciones de funcionamiento. ii. Posibilitan la difusión de ideas que de otro modo serían totalmente desconocidas. iii. Son los que cuentan con los medios técnicos para prevenir la generación de daños. iv. Obtienen millonarias ganancias, por lo que deberían correr con el riesgo empresario. Entonces, ¿es descabellado pensar que las redes sociales generan un riesgo de daño que les es inmanente?

Una primera respuesta podría mencionar que esta forma de daño no existía antes de la creación de las redes sociales y por lo tanto es evidente que sin ellas éste no sería posible: entonces, las redes sociales han creado un nuevo riesgo.

La segunda veta del análisis nos coloca frente a una poderosa empresa que domina las tecnologías implicadas, que se reserva el ejercicio del poder de policía sobre los comentarios publicados, que si bien presta un servicio “gratuito” (¡a cambio de nuestra información!) obtiene ingentes ganancias, que podría instrumentar los medios para verificar la identidad de sus usuarios, que bien podría contratar un seguro...

En relación con este punto no puede escapar al lector la idea que, en materia de nuevas tecnologías (donde la seguridad de la información personal está en juego), debe regir un criterio de proporcionalidad: a mayor desarrollo de nuevas tecnologías, mayor deber de información y mayor obligación de seguridad. A partir de la publicación de un contenido dañoso, ¿por qué la red social no debería responder objetivamente? Se podría contestar -en defensa de la teoría subjetiva- que en todo caso se aplicaría la exclusión de responsabilidad porque el creador del contenido es un tercero por quien la plataforma no debe responder. Pero el argumento pierde peso si reiteramos que el creador empieza a generar el daño, pero éste no sería posible -al menos en esa magnitud- sin la red social, que se convierte en copartícipe fundamental en la creación o multiplicación del daño.

#### *A. Prevención del daño*

Las nuevas concepciones del derecho de daños están en la permanente búsqueda de sistemas que permitan prevenir o disminuir la dañosidad. De ese modo se beneficiará a toda la sociedad, pues reparar un daño no es hacerlo desaparecer, sino trasladarlo. Bastará con colocarnos en la piel de una víctima del mal uso de las redes sociales para concordar en que sería deseable algún modo de evitar el daño.

La primera cuestión por resolver es si existen medios técnicos para evitar el daño, lo que implica “descolgar” o eliminar el contenido dañoso antes de que surta sus efectos. En el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la causa L.S.N. C/ Yahoo de Argentina SRL y otro<sup>60</sup>, se destaca que el perito informático explicó que

---

59 La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso “Dora Gesualdi”, JA 1997-III-616, Citar Lexis Nº 0003/000933 ó 0003/000975.

60 Sala II, causa nº 7870/2007, septiembre de 2018.

quien decide qué información se incluye en los resultados de las búsquedas proporcionadas por los buscadores de Internet son las propias empresas, toda vez que los algoritmos de indexación son creados por éstas, por lo que los algoritmos podrían ser configurados por los buscadores previamente, a los efectos de evitar que determinada palabra aparezca vinculada con otras en determinado tipo de búsquedas.

Sin dudas las empresas están en condiciones técnicas de bloquear o eliminar indexaciones, grupos y perfiles<sup>61</sup>. De hecho, basta con que tomen la decisión de hacerlo, pues suelen reservarse ese derecho sin siquiera tener que notificar a los interesados.

La segunda cuestión, de delicada resolución, es si esos actos de prevención son legales. Es posible afirmar que existen algunos contenidos –aunque sean la minoría– que son lesivos más allá de toda duda: xenofobia, pornografía infantil, violencia de género<sup>62</sup> violan nuestro derecho positivo, y no pueden ser aceptados en defensa de la libertad de expresión<sup>63</sup>.

Pero esa afirmación nos obliga a ingresar en otras dos cuestiones: el cierre de sitios “inocentes” y –lo más importante– la posibilidad de ejercer la censura. Decidir qué páginas o comentarios son potenciales generadores de daños es una función delicada ya que implica cuestiones morales, éticas, religiosas, políticas, legales, etc. En este punto se impone una advertencia por hacer: “*Quis custodiet ipsos custodes*”, ¿Quién vigila a los vigilantes? ¿Quién se arrogará el derecho a decidir qué sí y qué no se publica?

Otorgar esa potestad implica la posibilidad de censurar contenidos, haciendo desaparecer la tan mentada panacea de la democracia que es Internet<sup>64</sup>. La censura no sólo operaría de modo directo mediante el control y cierre de grupos o eliminación de comentarios por terceras personas, sino que también generaría censura indirecta, o autocensura.<sup>65</sup>

La prohibición de censura previa que reina en los estados democráticos impide desde todo punto de vista intervenir de ese modo en Internet<sup>66</sup>. Por ese motivo, debemos pensar que

---

61 Ver, por ejemplo, [https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-estos-motivos-facebook-puede-expulsar-y-bloquear-publicacion-201804241457\\_noticia.html?ref=https://www.google.com](https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-estos-motivos-facebook-puede-expulsar-y-bloquear-publicacion-201804241457_noticia.html?ref=https://www.google.com)

62 En un fallo del 5 de mayo de 2020, en los autos caratulados “T, E R C/ FACEBOOK ARGENTINA SRL S/ MEDIDAS PREVENTIVAS URGENTES – VIOLENCIA DE GENERO” Expte N° 84/2020, el Juzgado Comunitario de las Pequeñas Causas de Granadero Baigorria resolvió ordenar a la empresa Facebook Argentina S.R.L. “la inmediata eliminación del usuario url “.”, mediante el cual se realizaran actos configurativos de violencia de género contra la actora. Previo a su eliminación deberá la empresa informar a todos los contactos (“amigos”) de dicha cuenta los motivos por los cuales se ha ordenado dicha eliminación, como, asimismo, que deberán ELIMINAR TODAS LAS PUBLICACIONES QUE HAYAN SIDO POSTEADAS POR EL USUARIO URL “.”, y las que hayan sido por ellos compartidas con sus “amigos”, que contengan imágenes y/o comentarios acosantes contra la actora “.”

63 “En casos en los cuales la intromisión es autoevidente, esperar a la existencia de una resolución administrativa o una decisión judicial firme agrava la posición del perjudicado, que ha de arrostrar con la persistencia de la difamación en la red hasta que la decisión gane firmeza y pueda ser comunicada al ISP que alberga los contenidos en cuestión. Esperar meses, o incluso años, para que el ISP esté obligado a retirar el contenido incrementa irrazonablemente los daños causados en supuestos de lesiones manifiestas del derecho al honor.” (RUBÍ PUIG, Antoni. Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs, *Revista InDret* 4/2010)

64 “La Declaración Conjunta del 2012 realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA; se advirtió que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión.” (Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 18 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fecha: 10/10/2014, Partes: Gil Domínguez Andrés Favio c. Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA s/ amparo. Publicado en: DJ22/04/2015, 71 - LA LEY 20/07/2015, 5, con nota de Fernando Tomeo; LA LEY 2015-D, 148, con nota de Fernando Tomeo; Cita Online: AR/JUR/50053/2014.

65 “El abuso en la adjudicación de responsabilidades ulteriores (a la publicación) implica una censura indirecta... Porque cuando se ejerce censura previa sobre cualquier información, y eso toma estado público, la ciudadanía advierte que hay algo que se quiere ocultar, y permanece atenta a ello. Pero cuando el periodista, o cualquier emisor de mensajes destinados a ser difundidos, teme por las injustas consecuencias que podría sufrir por publicar información verdadera y relevante y se autocensura, el tema censurado permanece en penumbras”. (RUSSO, Cristina, “La censura indirecta”, “Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del Derecho”, Eduardo Á. Russo (Dir.), LL 2002-353, anotando el fallo de la Corte Sup., 25/9/2001, “Menem, Carlos S. v. Editorial Perfil S.A. y otros).

66 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el referido caso Rodríguez, resolvió que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser interpretada en forma restrictiva de conformidad con el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad.



las posibilidades de prevención se corren un estadio: ya no se pretende evitar la generación del daño sino su propagación, lo cual en términos de Internet requiere actuar con la mayor celeridad posible. Conseguir que los sitios nocivos sean eliminados antes de que el daño exista, ante su mera posibilidad. Para son necesarios procedimientos sencillos y acotados, en el que todas las partes sean oídas (el creador del contenido, la víctima, la red social) y un Juez imparcial pueda resolver. En Brasil, el § 4 del art. 19 del Marco Civil de Internet autoriza al juez a anticipar, total o parcialmente, los efectos de la protección solicitada, siempre que haya una prueba inequívoca del hecho y el temor fundado de daños irreparables o difíciles de reparar, siempre teniendo en cuenta el interés de la comunidad.

La Corte Suprema de Justicia, en el citado fallo Rodríguez, aclaró que cuando el daño resulte manifiesto y grosero bastaría la simple notificación privada para que el buscador tenga que actuar.

En un interesante pleito<sup>67</sup> el actor solicitó que la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor (DGDyPC) del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establezca un Procedimiento o Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidación. Se buscaba un protocolo que no afecte la libertad de expresión ni implique censura directa o indirecta. La Cámara de Apelaciones rechazó el pedido.

Es decir que es posible pensar en herramientas adecuadas para prevenir daños por publicaciones en Internet, que no impliquen censura previa, a partir de construir procedimientos serios y democráticos para analizar los contenidos.

### *B. Derecho al olvido*

Se ha dicho que en Internet el tiempo es lineal: lo que se publica puede permanecer indefinidamente disponible. El “derecho al olvido” procura impedir la permanencia de información que no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia, o cuando es obsoleta, aunque la publicación original sea legítima. La Sala “H” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en los autos: “D., N. R. C/ Google Inc S/ Derechos Personalísimos: Acciones Relacionadas” (11/08/2020), así lo resolvió recientemente.

Se ha relacionado la figura con la función preventiva de la responsabilidad civil, incorporada en el Código Civil y Comercial argentino en los arts. 1710 y ss<sup>68</sup>. Aunque también se aclaró que aplicado con mucha laxitud puede implicar la pérdida de historia y cultura con efectos colaterales imprevisibles e incontenibles a nivel colectivo<sup>69</sup>.

En España, el artículo 17 del RGPD establece que el interesado podrá invocar su derecho a suprimir los datos personales -y el proveedor del servicio estará obligado a hacerlo- en los siguientes supuestos: i. cuando dichos datos ya no sean necesarios con respecto al fin para los que se recogieron o trataron; ii. cuando el interesado retire el consentimiento por el que se trataron sus datos; iii. cuando se oponga a su tratamiento; iv. cuando hayan sido recogidos con fines no lícitos, v. cuando deban suprimirse de acuerdo a una obligación legal dispuesta por el derecho comunitario o de los Estados miembros; vi. cuando se trate de datos

---

67 Juzgado en lo Contencioso-administrativo y Tributario Nro. 18 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fecha: 10/10/2014, Partes: Gil Domínguez Andrés Favio c. Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA s/ amparo. Publicado en: DJ22/04/2015, 71 - LA LEY 20/07/2015, 5.

68 NAVARRO, Gastón. El derecho al olvido como una manifestación de la acción preventiva de daños. Abordaje desde el caso “De Negri vs. Google Inc.”, *RCCyC 2020*, junio, 51; La Leyonline AR/DOC/1307/2020.

69 FALIERO, Johanna Caterina. Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural, LA LEY 28/04/2020.

de niños menores de 16 años y que se hayan recogido sin la autorización del titular de la patria potestad o tutela del niño en cuestión.

Dado que se repite el conflicto entre privacidad y libertad de expresión, el Tribunal de Justicia de la UE<sup>70</sup> determinó que el derecho al olvido sólo afecta a la indexación con el nombre de la persona y no implica que la página deba ser suprimida. El enlace que se muestra en el buscador sólo dejará de ser visible cuando la búsqueda se realice a través del nombre de la persona que ejerció su derecho, pero las fuentes permanecen inalteradas y el resultado se seguirá mostrando cuando la búsqueda se realice por cualquier otro parámetro.

## 2.4 El comercio electrónico

El comercio electrónico ha sido motivo de legislación protectoria específica incluyendo importantes normas, entre las que cabe destacar la regulación de las compras fuera del establecimiento comercial y en especial el derecho de arrepentimiento<sup>71</sup>.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección al Consumidor establecen que los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico mediante la formulación constante de políticas protectorias transparentes y eficaces, que no sean inferiores a las otorgadas en otras formas de comercio. Y deben, cuando proceda, examinar las políticas de cuidado del consumidor para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico y garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital<sup>72</sup>.

El “*Examen de la armonización de la ciberlegislación en América Latina*”<sup>73</sup> de la ONU destaca que a nivel del MERCOSUR, la Resolución N° 21/04 de “*Derecho a la Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales efectuadas a través de Internet*”, la Resolución del MERCOSUR N° 45/06 de “*Defensa del Consumidor - Publicidad Engañosa*” y el Decreto N° 10/96 (*Protocolo de Santa María MERCOSUR sobre Jurisdicción Internacional en materia de relaciones de consumo*) han regulado muchos de los aspectos conflictivos y han facilitado la armonización normativa sobre esos temas para Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Bolivia.

La Resolución GMC N° 21/2004, entre otros aspectos, establece que en las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet debe garantizarse a los consumidores el acceso a información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre: i. El proveedor; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a las transacciones electrónicas involucradas; ii. El nivel de seguridad utilizado para la protección permanente de los datos personales y la política de privacidad aplicable a los datos personales; iii. Los métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos; iv. Los medios técnicos para identificar y corregir errores de introducción de datos antes de efectuar la transacción y un mecanismo de confirmación expresa de la decisión de efectuar la transacción, a efectos de que el silencio del consumidor no sea considerado como consentimiento.

Pero hay muchas otras cuestiones que aun requieren un tratamiento específico. En tal sentido, citaremos a título de ejemplo:

---

70 13 de mayo de 2014, asunto C131/12, en el procedimiento entre Google Spain, S.L., Google Inc. Y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

71 En Argentina los art. 1104 y ss. y cs. del Código Civil y Comercial de la Nación.

72 [https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf).

73 [https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/dtlstict2015d4\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/dtlstict2015d4_es.pdf).

### *A. Responsabilidad de los portales por incumplimientos en el comercio electrónico*

La cuestión de la responsabilidad de los portales de comercio electrónico es una de las cuestiones arduamente debatidas. La extensión de este trabajo impide un análisis profundo, por lo que nos contentaremos con referir un reciente fallo del Tribunal Superior de Córdoba<sup>74</sup> que justificó la solución favorable a los consumidores. En el caso se aplicó una sanción al portal a partir de la denuncia de una consumidora por la falta de respuesta satisfactoria del proveedor cuando una usuaria adquirió por medio del sitio web un par de zapatillas nuevas y, sin embargo, la vendedora le envió un par de zapatillas usadas en una caja correspondiente a otra marca. Para confirmar la procedencia de la sanción, el Tribunal explicó que los portales no son meros intermediarios en la contratación: i. La comercialización a través de plataformas digitales involucra una operatoria ciertamente compleja cuyas modalidades generan relaciones jurídicas que, en ocasiones, resultan difíciles de encuadrar en los esquemas tradicionales y que todavía carecen de una regulación normativa específica; ii. La modalidad operativa importa la configuración de un supuesto de conexidad contractual (en base a tres negocios, dos de ellos iniciales celebrados entre los usuarios y la plataforma y, el tercero, celebrado entre los usuarios por el cual se adquieren los bienes y servicios): los contratos que habilitan el uso de la plataforma se realizan en miras de la adquisición de un bien o un servicio que luego se concreta con el negocio posterior; iii. La plataforma engasta en la figura de proveedor de servicios, pues se trata de una persona jurídica de carácter privado, que desarrolla de manera profesional la prestación de un servicio, consistente en la puesta a disposición de la plataforma destinada al comercio de bienes y servicios entre los usuarios; iv. Además de organizar la operatoria de la plataforma, desarrolla un rol activo tendiente al perfeccionamiento de los contratos entre los usuarios, sobre todo en los últimos tiempos en que ha ido incorporando herramientas y prestaciones adicionales (tales como sistemas de reputación o calificación de los usuarios, plataformas de pago, sistema propio de envíos, mecanismos de reclamos, etc.) que tienen como propósito generar confianza a los usuarios del sistema y, en definitiva, como objetivo final, atraer cada vez más usuarios; v. Tales premisas, sumadas al beneficio económico que obtienen y la confianza que generan en los usuarios, justifican que les sean aplicables las normas del derecho de consumo.

El proyecto de Código de Defensa del Consumidor de Argentina, en trámite parlamentario, regula la cuestión en el art. 73 estableciendo una responsabilidad objetiva del operador electrónico, que sólo se eximirá cuando concurren estos extremos: 1. No haber desempeñado un rol activo en la operación jurídica económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informando ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible; 2. No haber generado una particular confianza en el consumidor. Consideramos que es el camino correcto, aunque no ignoramos que existen discusiones sobre la cuestión<sup>75</sup>.

### *B. Atención personalizada*

La proliferación de nuevas tecnologías aplicadas a las relaciones de consumo ha generado también una crisis en la atención personalizada a los consumidores. Cada vez con

---

74 N° Resolución: 41, Año: 2020 Tomo: 1 Folio: 168-183, MERCADO LIBRE S.R.L. C/ DIRECCIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LEALTAD COMERCIAL. 75 TAMBUSSI, Carlos E.. *Relación de consumo y responsabilidad objetiva entre los usuarios de plataformas de venta y el proveedor del servicio*, Publicado en: LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 2 - LA LEY 2018-C, 101 - RCyS2018-VII, 59, Cita Online: AR/DOC/789/2018. ESTEVARENA, Emiliano; BAROCELLI, Sergio Sebastián. *La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico*, Publicado en: LA LEY 30/05/2018, 30/05/2018, 6, Fallo comentado: CNCCom., sala D ~ 22/03/2018 ~ Kosten, Esteban c. Mercado Libre S.R.L. s/ Ordinario. Cita Online: AR/DOC/870/2018.

más frecuencia el contacto del consumidor con el proveedor solo puede establecerse por medios a distancia, o peor aún, sin intervención humana: por medio de *chatbots*<sup>76</sup>.

La Ley de Defensa de los Consumidores argentina exige a las empresas prestadoras de servicios públicos que garanticen la atención personalizada a los usuarios. Ya en ocasión de discutirse esa inclusión, en el Senado de la Nación se dijo que:

muchas de las prestadoras de servicios, en honor y en aras de abaratar costos, habían cerrado sus oficinas de atención al público y el usuario del interior podía hacer los reclamos ante una cabina telefónica, que generalmente lo comunicaba con una máquina que no le daba ningún tipo de respuesta. Esto generó muchísimos reclamos. Entonces, en esta modificación el Senado incorpora la obligación de la creación de un registro de reclamos y la apertura de oficinas, que puede ser complementado con el sistema de atención telefónica, pero dicho sistema no puede reemplazar la atención personalizada en una oficina en donde el usuario tenga una justa atención por el servicio que paga, que a veces no está en sintonía con lo que le cuesta.<sup>77</sup>

La cuestión merece algunas consideraciones: i. Cuando se hace referencia a la atención personalizada, se exige la presencia de un ser humano para responder las inquietudes, no satisfaciendo la obligación la existencia de una vía de comunicación automatizada. Incluso, siempre que sea posible, se exigirá la posibilidad de ser atendido “cara a cara” en una sucursal<sup>78</sup>; ii. No hay motivos para limitar la exigencia a las prestadoras de servicios públicos. La dignidad humana del consumidor debe preservarse más allá de la índole de la relación de consumo en particular.

El proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en discusión en el Congreso de la Nación, incorpora el art. 23 para regular la atención al consumidor o usuario en el que establece que el proveedor debe disponer de los recursos y procedimientos suficientes a fin de recibir las consultas que pudieran formularse, escuchar, informar y aconsejar al consumidor, receptor sus reclamos y darle una respuesta adecuada y en tiempo razonable. De acuerdo con las circunstancias, el proveedor deberá habilitar centros de atención de acceso real y efectivo, contando para ello con personal capacitado e infraestructura adecuada. En comentario a esa norma proyectada se ha dicho:

Es decir, el proveedor puede organizar la atención al público por los distintos medios disponibles, pero el usuario debe contar en todos los casos con la posibilidad de una atención personalizada y en locales que cuenten con

---

76 Un chatbot es un software que utiliza mensajes estructurados para emitir respuestas desde una máquina hacia un interlocutor humano. Son capaces de sostener las conversaciones más comunes mediante respuestas “enlatadas” (<https://www.esic.edu/rethink/tecnologia/que-es-un-chatbot-y-para-que-sirve>).

77 Diario de Sesiones del Senado de la Nación, versión taquigráfica de la 21ª Reunión, 17ª Sesión ordinaria -19/12/2007-, intervención del senador Fernández, ps. 52 y ss.

78 “Diversos autores han sostenido que la atención “personalizada” no sólo exige que deba haber una persona atendiendo en lugar de una máquina, sino que además debería existir un lugar físico donde esta atención se lleve a cabo, en el cual el consumidor pueda interactuar con esa persona física. Sobre el particular, se dijo que “De tal modo se evita que los usuarios desistan del reclamo frente a computadoras telefónicas que ofrecen opciones inidóneas o complicadas, debiéndose garantizar la atención directa por personal especializado”. También se sostiene que “Lo que pretende la ley es, por un lado, facilitar el acceso a formular reclamos, evitando que el usuario además de no ver satisfecha su expectativa en cuanto a la correcta prestación del servicio, realice su reclamo sin trabas o mecanismos que menoscaben dicho derecho. Un ejemplo de ello es tener que llamar a un contact center u operadora que lo derive debiendo marcar innumerables veces opciones en el teclado para finalmente esperar en vano que una persona en vivo lo atienda. Es esta práctica la que llevó al legislador a exigirles a las empresas que además de todas estas opciones, garanticen que el usuario cuente en todos los casos con un mecanismo de atención personalizada para efectuar sus reclamos” (PÉREZ HAZAÑA, Alejandro; RUSCONI, Dante D., Consumidores y usuarios tienen derecho a verle la cara a las empresas Publicado: SJA 2014/08/13-6 ; JA 2014-III)

una estructura acorde con el servicio de que se trate, tema sobre el cual, el anteproyecto vuelve más adelante.<sup>79</sup>

Por su parte, el art. 101 del proyecto regula el supuesto de atención de reclamos por vía telefónica, electrónica o similar, en cuyo caso determina que la reglamentación establecerá: 1. Tiempos máximos para contacto directo con el operador; 2. La prohibición de condicionar la atención al suministro de datos; 3. La efectiva atención de los servicios telefónicos durante las 24 horas; 4. La accesibilidad del sistema de reclamos para personas con discapacidad; 5. La registración clasificada, histórica, verificable y accesible de todos los requerimientos y reclamos del consumidor y su reenvío por escrito al reclamante; 6. La prohibición de la difusión de mensajes publicitarios u ofertas con carácter previo a la atención o espera de la misma; 7. La conservación de las grabaciones de las llamadas por un tiempo prudencial y el acceso a su contenido por el consumidor en ese lapso.

Interpretando en diálogo ambas normas, consideramos que se proyecta permitir la atención “no presencial” en algunos casos, aunque siempre será exigible la atención “humana”.

### **3 A MODO DE PROVISORIA CONCLUSIÓN**

Los vertiginosos cambios que nos propone la tecnología se vieron acelerados aún más por la aparición de una pandemia que sin dudas cambiará para siempre muchos de nuestros hábitos. Una parte importante de la población se enfrenta a una nueva vulnerabilidad: el analfabetismo digital. La educación, la igualdad de acceso y la garantía de accesibilidad para todos debe ser una prioridad.

Internet ha demostrado nuevamente su invaluable utilidad. Pero también ha mostrado algunos de sus lados más oscuros. Las violaciones a la privacidad y la intimidad hicieron reverdecer viejas discusiones sobre la libertad de expresión. La enorme potencialidad dañosa de las redes exige pensar medidas preventivas que permitan equilibrar los derechos en pugna, so pena de llegar demasiado tarde.

El marketing agresivo y super dirigido plantea también nuevos retos. Los consumidores somos presa fácil de la permanente tentación de una sociedad de consumo omnipresente. El derecho de arrepentimiento es un reconocimiento legislativo de que muchas veces actuamos irreflexivamente. Pero también debe encender la alarma frente campañas que, basadas en la información personal que nosotros mismos brindamos, conocen nuestros puntos débiles. Nuevamente, prevenir (limitando el uso de esa información) será la clave.

En este nuevo mundo conectado e impersonal, resulta fundamental contar con asistencia y atención personalizada. Hasta hoy, la empatía y el asesoramiento que puede brindar un ser humano preparado para respetar a los consumidores no puede ser reemplazado. Es un hecho innegable que los consumidores digitales requieren de un amparo aun mayor y de bases sólidas que le permitan desenvolverse con seguridad por la red. La protección brindada a los consumidores y los principios que la sustentan serán de gran provecho y en muchos casos otorgarán respuestas satisfactorias a los problemas generados en Internet. Hay innegables avances protectorios en las legislaciones nacionales y en el *soft law*.

Pero la regulación de una vida permanentemente conectada requiere una seria y profunda discusión por parte de la sociedad global, de modo de sentar las nuevas bases de

---

<sup>79</sup> La atención al usuario en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz / compilado por Fulvio G. Santarelli; Demetrio A. Chamatropulos; 1a ed. facsímil. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019., p.300.



convivencia entre los avances tecnológicos y nuestros inderogables derechos. Mientras ello ocurre, no tendremos que olvidar que afrontamos uno de los principales retos de nuestros tiempos: organizar un mundo tecnológico en el que podamos vivir con dignidad.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M.. Desafíos para el Derecho en general, y del consumo en particular. La construcción del nuevo "Derecho artificial" y la excusa para cambiar el rumbo de la Argentina, Publicado en: *RDCO* 292, 01/11/2018, 119, Cita Online: AP/DOC/729/2018.

AMUNÁTEGUI, Carlos. Discriminación e Inteligencia Artificial. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2020/06/24/Discriminacion-e-Inteligencia-Artificial.aspx>.

ARIAS, María Paula; TRIVISONNO, Julieta B.. Las prácticas abusivas del art. 26 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. STIGLITZ / compilado por Fulvio G. SANTARELLI; Demetrio A. CHAMATROPULOS; 1a ed. facsímil.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.

BAROCELLI, Sebastián. La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19, *Diario de Doctrina y Jurisprudencia, El Derecho*, Buenos Aires, martes 14 de julio de 2020, ISSN 1666-8987, N° 14.888, AÑO LVIII, ED 288.

BECERRA, Martín. De la concentración a la convergencia. Paidós: Buenos Aires, 2014, p.166, cit. por Ornela Vanina CARBONI y Cecilia LABATE, América Latina por una red neutral: el principio de neutralidad in Chile y Brasil, *Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia*, vol. 25, núm. 2, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.

BOSSI, María Florencia. La crisis del nuevo coronavirus y la protección de datos personales, Los desafíos de una pandemia en la era de las tecnologías de la información, *RDCO*, mayo-junio 2020.

BRANCIFORTE, Fernando O.; ITALIANO Matías A.. La hipervulnerabilidad en tiempos de emergencia sanitaria: ¿El olvido del usuario cazarro?, *Suplemento Consumidores Hipervulnerables*, TOMO LA LEY 2020-C, Buenos Aires.

CHAMATROPULOS, Demetrio A.. *Estatuto del Consumidor comentado*, 2° edición. Buenos Aires: La Ley, 2019, tomo I.

CHESÑEVAR, Carlos; ESTÉVEZ, Elsa. El comercio electrónico en la era de los bots, *I&C* N°44, Año 22, Julio 2018.

Diario de Sesiones del Senado de la Nación, versión taquigráfica de la 21ª Reunión, 17ª Sesión ordinaria -19/12/2007-, intervención del senador Fernández.

FALIERO, Johanna Caterina. Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra conformación cultural, *LA LEY* 28/04/2020).

FRUSTAGLI, Sandra A.. La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino, *Revista de Derecho del Consumidor* - Número 1 - Noviembre 2016, Fecha: 30-11-2016, Cita: IJ-CCLI-396.

<http://www.ambito.com/noticia.asp?id=523506>.

<http://www.diarioz.com.ar/nota-homofobia-racismo-y-antisemitismo-en-facebook.html>

<http://www.universidad.com.ar/coronavirus-crecen-la-denuncias-por-discriminacion-a-medicos-y-pacientes>,

<https://www.pagina12.com.ar/258361-coronavirus-y-paranoia-la-enfermedad-como-excusa-para-la-hum>

<https://elcomercio.pe/tecnologia/empresas/fallo-google-flu-trends-flaquezas-big-data-304885-noticia/>

[https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf)

[https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/dtlstict2015d4\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/dtlstict2015d4_es.pdf)

[https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-estos-motivos-facebook-puede-expulsar-y-bloquear-publicacion-201804241457\\_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-estos-motivos-facebook-puede-expulsar-y-bloquear-publicacion-201804241457_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F)

<https://www.aconoa.org.ar>

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/tratamiento-de-datos-personales-ante-el-coronavirus>

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52319044>,

<https://www.esic.edu/rethink/tecnologia/que-es-un-chatbot-y-para-que-sirve>

[https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic\\_05\\_20A36AF16B31.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_20A36AF16B31.pdf)

<https://www.infobae.com/economia/2020/05/26/comercio-electronico-en-la-cuarentena-la-venta-online-crecio-un-84-pero-los-envios-demoran-hasta-10-dias/>

<https://www.infobae.com/sociedad/2020/05/30/atencion-padres-aumentaron-un-30-las-denuncias-de-grooming-durante-la-cuarentena-argentina/>

<https://www.infobae.com/tendencias/talento-y-liderazgo/2020/02/11/era-digital-quienes-son-los-analfabetos-del-siglo-xxi/>

<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>

<https://www.juancmejia.com/marketing-digital/estadisticas-de-redes-sociales-usuarios-de-facebook-instagram-linkedin-twitter-whatsapp-y-otros-infografia/>

IANELLO, Romina. El fin del Privacy Shield. Disponible en: [https://abogados.com.ar/el-fin-del-privacy-shield/26365#\\_ftn2](https://abogados.com.ar/el-fin-del-privacy-shield/26365#_ftn2).

ITALIANO, Matías A.. El “proveedor 2021” y la figura jurídica del “proveedor vulnerable”. *RDCO*, mayo-junio 2020.

JAPAZE, Belén. Las prácticas empresarias y marketing agresivo, en *Cuestiones de Derecho del Consumidor*. Germán Muler (Coord.), Bibliotex, Tucumán, 2015.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. Teoría General de la Responsabilidad Civil. *LexisNexis* 2006, Citar: Lexis N° 7004/008228.

MUÑOZ, Ricardo A. (h.), La IA ante un enfoque basado en derechos. Publicación: *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo* - Un enfoque basado en derechos, Fecha: 29-05-2020, Cita: IJ-CMXVII-344.

NAVARRO, Gastón. El derecho al olvido como una manifestación de la acción preventiva de daños. Abordaje desde el caso “De Negri vs. Google Inc.”, *RCCyC* 2020, junio, 51; *La Leyonline AR/DOC/1307/2020*.

ORNELA Vanina Carboni; CECILIA Labate. América Latina por una red neutral: el principio de neutralidad in Chile y Brasil, *Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia*, vol. 25, núm. 2, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.

PÉREZ HAZAÑA, Alejandro; RUSCONI, Dante D.. Consumidores y usuarios tienen derecho a verle la cara a las empresas.

PIZARRO, Ramón. La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso "Dora Gesualdi", JA 1997-III-616, Citar Lexis N° 0003/000933 ó 0003/000975.

RODRÍGUEZ VILLAFÁÑE, Miguel Julio. <http://www.infonews.com/nota/193925/boletas-recargadas-y-derechos-limitados-el-impacto-de-la-restriccion-a-internet-en-los-celulares>.

RUBÍ PUIG, Antoni, "Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs", *Revista InDret* 4/2010.

RUSCONI, Dante. *La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumidor*, fuente JA 2008-II-1225 - SJA 28/5/2008, Citar Lexis N° 0003/013843

RUSSO, Cristina. "La censura indirecta", "Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del Derecho", Eduardo Á. RUSSO (Dir.), LL 2002-353, anotando el fallo de la Corte Sup., 25/9/2001, "Menem, Carlos S. v. Editorial Perfil S.A. y otros"

SAHIÁN, José H.. "El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo", SJA del 18/09/2019, cita online: AR/DOC/2635/2019.

SCOTTI, Luciana. *Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio*. Buenos Aires: Ed. Thomson Reuters - La Ley, 2015.

STIGLITZ, Gabriel A.; SAHIÁN, José H.. Derecho fundamental a un trato equitativo y digno. Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas. Publicación: *El Derecho - Colección de Ebooks - Prácticas Abusivas en el Derecho del Consumidor*, Fecha: 01-10-2018, Cita: IJ-DXLII-883.

SYDIAHA, Alejandro. Internet como medio de comunicación: Aplicación analógica de la jurisprudencia sobre libertad de expresión, Sup. Act. 22/10/2009, 22/10/2009, 1.

TAMBUSSI, Carlos E., Relación de consumo y responsabilidad objetiva entre los usuarios de plataformas de venta y el proveedor del servicio, Publicado en: LA LEY 22/05/2018, 22/05/2018, 2 - LA LEY 2018-C, 101 - RCyS2018-VII, 59, Cita Online: AR/DOC/789/2018.

TOMEIO, Fernando. *Cyberbullyng y responsabilidad civil de los padres en la web 2.0*. RCyS3020-VIII, 46.

TOMEIO, Fernando. Nota a fallo Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 18 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fecha: 10/10/2014, Partes: Gil Domínguez Andrés Favio c. Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA s/ amparo. Publicado en: DJ22/04/2015, 71 - LA LEY 20/07/2015, 5; LA LEY 2015-D , 148, con nota de Fernando Tomeio; Cita Online: AR/JUR/50053/2014.

TOMEIO, Fernando. Responsabilidad civil de buscadores de Internet. La Ley 30/08/2010, comentario al fallo "Bandana".

VELENCOSO, Luz M. Martínez; LÓPEZ, Marina Sancho. El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?, Barcelona, 2018, <https://indret.com/el-nuevo-concepto-de-onerosidad-en-el-mercado-digital-realmente-es-gratis-la-app>.

WAJNTRAUB, Javier. *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2008.

WAJNTRAUB, Javier H.. Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa, TOMO LA LEY 2020-C, Buenos Aires.

# A CONFIANÇA NAS CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS E O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-19

**Antônio Carlos Efig**

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. Advogado.

**Bruno Fediuk de Castro**

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Os contratos de consumo e a teoria da confiança; 3 Os contratos eletrônicos de consumo; 4 O aumento do consumo no comércio eletrônico e o agravamento da vulnerabilidade do consumidor em razão da crise do Covid-19; 5 Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto dos contratos está intrinsecamente relacionado à formalização de negócio jurídico entre duas ou mais partes e, considerando a globalização e o avanço tecnológico, é possível afirmar que os contratos estão presentes no dia a dia da maioria da população. Este instituto é utilizado como uma espécie de garantia das condições do negócio, possuindo, além do aspecto formal, um aspecto moral, de conforto às partes envolvidas.

Sopesando estes aspectos, percebe-se que a relação contratual é firmada em pressupostos e, dentre estes, destaca-se a confiança de uma das partes para com a outra. O crescente aumento de oferta de produtos e serviços, fenômeno que está intimamente relacionado ao desenvolvimento da ciência, da tecnologia, e à tomada de decisões no processo de escolha por este ou aquele bem ou produto, impacta diretamente as relações de consumo.

A mudança de paradigma em curso a partir da Quarta Revolução Industrial é diferente de tudo já vivenciado pela humanidade. Estão sendo promovidas profundas alterações nos sistemas econômicos, sociais, políticos e culturais. Exemplo desta mudança foi o aumento do número de negócios celebrados por instrumentos eletrônicos, com uso da internet, acarretando uma mudança de hábitos e costumes que alteraram a forma de relacionamento entre as relações pessoas, as relações comerciais e as de consumo.

A evolução tecnológica e o dinamismo do mercado deixam ainda mais latente a vulnerabilidade do consumidor e reforçam a necessidade de tutela das legítimas expectativas deste nas relações de consumo. Essa tutela se faz por meio da proteção à lealdade, à boa-fé e, principalmente, à confiança depositada pelo consumidor na relação com o fornecedor.

A confiança, portanto, deve ser vista pelo fornecedor como elemento valorativo dentro da estrutura empresarial, ganhando força de verdadeiro instrumento preventivo da proteção ao consumidor na sociedade de risco.

No final do ano de 2019, a Organização Mundial da Saúde (“OMS”) começou a receber informações sobre casos de “pneumonia” provenientes da região de Wuhan, uma província de Hubei localizada na China. Era o início daquilo que viria a se tornar uma pandemia.

Já nos primeiros meses de 2020, os relatórios do vírus do COVID-19, também conhecido como Coronavírus, indicavam se tratar de um vírus de rápida propagação. A multiplicação de casos seguiu ao redor do mundo atingindo diversos países de todo o globo, afetando não apenas a saúde das pessoas, mas também os mercados, alterando a rotina de bilhões de pessoas.

No Brasil, em razão das medidas protetivas tomadas pelo Estado para conter os avanços da pandemia do COVID-19, em especial àquelas relacionadas à circulação de pessoas, o consumo via internet aumento consideravelmente, fazendo-se necessário destacar a importância dos aspectos protetivos ao consumidor nesta relação.

Justifica-se o presente estudo pela atualidade do tema, bem como pela importância de se analisar os aspectos relacionados aos negócios jurídicos que são afetados diretamente pela pandemia do COVID-19, com enfoque nas relações de consumo que ocorrem em meio digital no período pandêmico.

O problema que se pretende enfrentar é compreender de que maneira a vulnerabilidade do consumidor é agravada no comércio eletrônico se esta mesma vulnerabilidade acaba sendo super agravada em razão da pandemia.

Para a consecução do objetivo geral de verificar os contratos eletrônicos e os impactos no mercado de consumo digital em razão da pandemia do COVID-19, bem como dos objetivos



específicos de analisar a teoria da confiança e sua aplicação nas relações contratuais, com destaque para as relações de consumo, e de destacar o formato em que se operam as relações de consumo por meio dos contratos firmados eletronicamente, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, o procedimento de pesquisa monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O artigo está estruturado da seguinte forma: No capítulo 1 serão feitas considerações sobre a teoria da confiança e o instituto jurídico dos contratos, destacando-se a importância da confiança nos negócios jurídicos firmados diariamente, inclusive nas relações de consumo. No capítulo 2 será feita uma análise dos contratos eletrônicos, com ênfase naqueles formados nas relações de consumo. No capítulo 3, será feita uma contextualização entre a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo contratadas no ambiente virtual e o agravamento desta em razão das medidas tomadas para combater a proliferação da pandemia do COVID-19.

## **2 OS CONTRATOS DE CONSUMO E A TEORIA DA CONFIANÇA**

Partindo de uma concepção mais tradicional, pode-se dizer que a relação contratual seria o resultado de dois parceiros que, em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, discutiriam individual e livremente as cláusulas e condições de seu acordo de vontade. Ainda nesta linha de raciocínio, Enzo Roppo<sup>1</sup> define o contrato como a formalização jurídica de uma operação econômica, sendo que a sua formação consistiria em uma sequência de atos e comportamentos humanos que estariam coordenados entre si, segundo um modelo já não “natural” e “necessário”, mas sim pré-fixado e de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito.

Ao apresentar a sua definição de contrato, Arnaldo Rizzardo<sup>2</sup> faz a correlação com negócio jurídico e afirma que os contratos ocupam o primeiro lugar entre os negócios jurídicos, sendo o instrumento por meio do qual os homens combinam os seus interesses, o que possibilita constituir, modificar ou extinguir determinado vínculo jurídico.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>3</sup>, por sua vez, ao conceituar contrato, define-o como um acordo de vontades com objetivo de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir certos direitos, ou ainda, como um acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Os contratos de consumo, por sua vez, são os instrumentos que promovem a ligação jurídica entre um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços, oficializando assim uma relação de consumo, com o imperativo de ser regido pelo Código de Defesa de Consumidor.

Na sociedade de consumo, considerando o sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e atualmente os métodos de contratação em massa predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos denominados contratos de massa estão, por exemplo, os contratos de adesão.

Diante deste novo cenário, as inúmeras fórmulas contratuais resultantes da multiplicação das relações interpessoais e complexas acabam por superar o conceito individualista, assumindo relevância coletiva, considerando o aumento significativo na quantidade de bens à

---

1 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.85.

2 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Versão online.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975, vol. III, p.35.

disposição dos cidadãos, bem como as novas formas de prestação de serviços, acarretando, nesta realidade, novas formas de vínculos.<sup>4</sup>

Permanece, no entanto, a importância da autonomia da vontade das partes, considerando que a conexão contratual nasce da própria autonomia da vontade. Martins<sup>5</sup> destaca que as novas necessidades econômicas exigem a busca de formas contratuais distintas dos tipos legais.

Quando se discute um contrato, seja ele de consumo ou não, um dos aspectos que permeia todo o processo, desde a fase inicial das negociações até a fase de execução e cumprimento do contrato, é a confiança estabelecida entre as partes. A confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em um sentido mais amplo, é tida como a base da atuação organizada dos agentes<sup>6</sup>.

Nas relações consumeristas, pode-se dizer que o elemento da confiança está presente e se revela na expectativa do consumidor em relação ao outro contratante. Estão implícitas na relação a confiança e a boa-fé depositadas no contratante pelo consumidor.

Claudia Lima Marques<sup>7</sup> afirma que a teoria da confiança surge como consequência de uma nova teoria contratual, na qual os vícios de consentimento, embora ainda existentes, não mais terão o foco principal. Isto porque, na dúvida entre a vontade declarada e a vontade interna, a primeira prevalecerá. Para a autora, o princípio da confiança representa um marco na mudança do foco do indivíduo para os interesses sociais. Enquanto a teoria clássica da vontade estava voltada para a vontade errônea do indivíduo, isto é, quando da elaboração do contrato, a confiança visa, não apenas o indivíduo, mas também a proteção dos efeitos do próprio contrato<sup>8</sup>.

O Direito protege as situações de confiança por meio de disposições legais específicas, ou por institutos gerais. No direito brasileiro, por exemplo, podem ser vistos a partir das cláusulas gerais e seus conceitos indeterminados, como é o caso da boa-fé (artigos 113, 187 e 422 do Código Civil Brasileiro) e dos bons costumes (artigos 122 e 187 do Código Civil Brasileiro), os quais expressam valores fundamentais do direito privado contemporâneo<sup>9</sup>.

Nas relações consumeristas, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o princípio da confiança abrangeria dois aspectos principais. O primeiro, com objetivo de assegurar o equilíbrio do contrato de consumo, ou seja, o equilíbrio entre as obrigações e os deveres de cada parte, vetando o uso de cláusulas abusivas e de uma interpretação sempre pró-consumidor. O segundo busca garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços<sup>10</sup>.

A título de exemplo da aplicação do princípio da confiança, destaca-se o artigo 18, § 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, por meio do qual o legislador protege as expectativas

---

4 GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. *Revista Unicuitiba*, v.2, n.29, 2012, p.262. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i29.523>. Acesso em: 20 maio 2020.

5 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. Versão online.

6 LUHMANN, Nicklas *apud* MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? *Revista do Direito do Consumidor* n.57, São Paulo: Editora RT, 2006, p.31.

7 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.233.

8 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.233.

9 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012, v.I, p.970.

10 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.233.

legítimas que o consumidor teria, ainda que não se trate de qualidades essenciais do produto ou de características expressamente garantidas no contrato<sup>11</sup>.

No entanto, para proteção da confiança dos legítimos interesses não basta tão somente a intervenção do legislador. Os elementos sociais introduzidos na proteção pela teoria do direito exigem um estudo caso a caso a ser feito pelos defensores das partes e, ao final, pelo Poder Judiciário. Tal estudo vale dizer, é dirigido principalmente com base no princípio da boa-fé e nas condições que deram origem à relação contratual<sup>12</sup>.

Ainda, com relação ao princípio da boa-fé e da confiança, é imperativo fazer a distinção entre estes, pois como assevera Lisboa<sup>13</sup>, boa-fé e confiança não se confundem, complementam-se. Para referido autor, a boa-fé não se tutela, boa-fé se espera, bem como se revela na conduta pessoal. O que se tutela é a pessoa. Complementa, ainda, que quando se trata da proteção da confiança, o mais apropriado seria dizer “do confiante”<sup>14</sup>.

Percebe-se que a confiança está relacionada à segurança garantida às partes contratantes, principalmente ao consumidor, como parte hipossuficiente e vulnerável da relação, com objetivo de nortear todas as etapas do negócio jurídico, desde as negociações até o cumprimento do contrato firmado.

### **3 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO**

A revolução digital experimentada pela sociedade repercute diretamente na esfera civil, influenciando diversos segmentos, como por exemplo, o direito de propriedade, a responsabilidade civil e os contratos. Diante da sociedade da informação, podem ser apontadas como características do Direito Digital “a celeridade, o dinamismo, a autorregulamentação, a existência de poucas leis, uma base legal na prática costumeira, o uso da analogia e a busca da solução por meio da arbitragem”<sup>15</sup>

Desde a década de 90, há um espaço novo de comércio, que é a World Wide Web, popularmente conhecida como “Internet”. Este ambiente proporcionou o surgimento comércio eletrônico, aquele comércio entre fornecedores e consumidores realizado por meio de contratações que são conduzidas por mecanismos eletrônicos sem a necessidade da presença das duas partes em um mesmo ambiente físico.

A Internet possibilitou grandes modificações nas relações intersubjetivas das pessoas de direito, modificando o modo da vida cotidiana, tanto dos indivíduos quanto das empresas, permitindo uma representação eletrônica da realidade tangível, de onde alguns autores denominam de “universo virtual” ou “ciber espaço”<sup>16</sup>. No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, acarreta uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam e não estão no controle das transações.

Na sociedade contemporânea, não se pode ignorar que uma considerável parcela das relações entre pessoas e dos negócios são celebrados por instrumentos eletrônicos, com uso

---

11 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.234.

12 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.239.

13 LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo, Atlas, 2012, p.151.

14 LISBOA, Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo, Atlas, 2012, p.151.

15 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35.

16 ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. O site como estabelecimento virtual: novo meio de interação entre a empresa e o consumidor ou nova categoria jurídica? *Revista de Direito Privado*, ano 9, n.35, p.160-172, jul./set., 2008, p.166.

da internet. Diante desse novo cenário, fornecedores de produtos e serviços aproveitaram a possibilidade de expandir seu âmbito de atuação, aumentar a eficiência de suas atividades econômicas, bem como melhorar seu faturamento por meio das vendas *online*, dando origem ao e-commerce.

Em um cenário globalizado e digital, são realizadas compras, realizam-se contratações de assinaturas de revistas ou periódicos, reservam-se vagas em hotéis, contratam-se prestações de serviços, convencendo-se denominar esta forma de exteriorização dos atos de vontade pelo nome “contratos eletrônicos”. Estas contratações online são de fato verdadeiros e efetivos contratos, pois neles se encontram a oferta e a aceitação na aquisição de bens e na prestação de serviços e de informações<sup>17</sup>.

Érica Brandini Barbagalo<sup>18</sup>, ao definir contratos eletrônicos, faz distinção para os contratos tradicionais, afirmando que a diferença está “no meio utilizado para a manifestação das vontades e na instrumentalidade do contrato”. Para referida autora, contratos eletrônicos são acordos entre duas ou mais pessoas utilizados para que estas possam expressar suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si, no sentido de constituir, modificar ou extinguir um vínculo jurídico, de natureza patrimonial<sup>19</sup>.

No entanto, é importante frisar que a utilização do meio eletrônico, inobstante suas circunstâncias peculiares, a suscitar novos problemas, não afasta a incidência da mesma variedade de situações e eventos que podem vir a ocorrer na fase de formação dos contratos em geral, isto porque, conforme assevera Newton de Lucca<sup>20</sup>, “o comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que têm por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços”.

Percebe-se o consenso de que a especificidade dos contratos eletrônicos provém da circunstância destes serem concluídos por meio da transmissão de dados eletronicamente, o que para parte da doutrina significa dizer que não se constitui necessariamente em um novo tipo contratual ou categoria autônoma, mas apenas em nova técnica de formação contratual<sup>21</sup>.

Importante salientar que, aos contratos eletrônicos que sejam referente à relações de consumo, não há dúvidas quanto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, incluindo todos os seus aspectos e princípios, inclusive no que diz respeito à sua formação, nas suas seções relativas à oferta, à publicidade e às disposições gerais sobre a proteção contratual. Segundo Martins<sup>22</sup>, a edição do Decreto nº 7.962/2013, regulamentando o Código de Defesa do Consumidor notadamente quanto ao direito de arrependimento consagrado no seu art. 49, disciplina ou a matéria de comércio eletrônico no Brasil, afastou a sensação de vazio jurídico que permeava a matéria e suas inúmeras peculiaridades.

A celebração dos contratos via internet sujeita-se, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro. Tratando-se de contratos de consumo, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor<sup>23</sup>, sendo necessário dialogar as fontes. No mesmo entendimento, Lucca<sup>24</sup> assevera que a aplicação da legislação consumerista às

---

17 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Versão online.

18 BARBAGALO, Érica Brandini. *Contratos Eletrônicos*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 37.

19 BARBAGALO, Érica Brandini. *Contratos Eletrônicos*. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 37.

20 DE LUCCA, Newton. *Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.48.

21 Neste sentido, MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed., rev. atual., e ampl.. São Paulo: Atlas, 2016. Versão online.

22 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed., rev. atual., e ampl.. São Paulo: Atlas, 2016. Versão online.

23 CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos via internet*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p.60.

24 LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo, Saraiva, 2003, p.110.

relações jurídicas de consumo celebradas via internet é plena, mesmo que isso não signifique afirmar que seja ela suficiente.

Os contratos de consumo no comércio eletrônico possuem algumas características que geram algumas divisões entre eles. Segundo Marques<sup>25</sup>, é possível dividir os contratos de consumo do comércio eletrônico entre os que foram negociados via internet; aqueles concluídos via internet; e os que são executados via internet.

Ao tratar do fenômeno da contratação eletrônica, é preciso tratar da boa-fé e de confiança, pois no ambiente virtual, os contratos são, em sua maioria, por adesão. O consumidor confia nas informações do *website* que está visitando e age de boa-fé, cabendo ao fornecedor agir da mesma maneira.

Esta modalidade de contrato decorrente dos meios eletrônicos e utilizada em massa, com abrangência territorial ilimitada em razão da globalização, possibilitou o comércio eletrônico, ou seja, aquele que está fora do estabelecimento comercial do fornecedor físico, criando-se, assim, um estabelecimento comercial imaterial<sup>26</sup>.

Ao tratar das características do comércio eletrônico em contraposição ao comércio tradicional, Claudia Lima Marques<sup>27</sup> afirma que se trata do comércio “clássico” de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, mas que é realizado por meio de contratações conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagens de texto, etc.), na internet (em *websites*) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares, etc.). A principal diferença seria que estes negócios jurídicos eletrônicos são concluídos sem a presença simultânea dos dois contratantes no mesmo ambiente físico.

Na contratação eletrônica via internet, a confiança dos contratantes, que integra parte do conteúdo substancial da boa-fé, deve ser tutelada em face da especificidade do meio, garantindo uma expectativa legítima da parte sob o ponto de vista da segurança e informação.

A confiança seria um novo paradigma para a boa-fé quanto aos negócios eletrônicos, sendo que o direito privado deve evoluir para redescobrir o princípio da confiança, com o fim de proteger aquele que confia na aparência, na informação, na imagem, no som, na pessoa – seja ela física ou jurídica organizadora (da atividade), inclusive no computador interligado por rede de computadores. A meta é possibilitar a credibilidade no meio eletrônico, na contratação, na entrega, no armazenamento; enfim, no atendimento das legítimas expectativas do consumidor nas compras eletrônicas. O comércio eletrônico não pode ser um “lugar” sem lei, sem garantia para os leigos<sup>28</sup>.

O Direito pode – e deve - auxiliar no fortalecimento da confiança dos consumidores nas contratações eletrônicas, por exemplo, criando mecanismos para aumentar a transparência das partes, reduzir a assimetria informacional e melhorar a proteção com relação aos dados coletados. Justamente por isso, que a confiança é um paradigma necessário para adaptação plena do direito do consumidor ao comércio eletrônico<sup>29</sup>.

---

25 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.196.

26 FERNANDES, C. S. *A Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor nas Contratações Eletrônicas*. Barueri, SP: Editora Manole, 2015, p. 28.

27 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.35.

28 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p.47;50.

29 MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p.32-35.



#### **4 O AUMENTO DO CONSUMO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA CRISE DO COVID-19**

O comércio eletrônico ostenta grandes vantagens, tanto para o fornecedor, na medida em que aumenta seu faturamento e diminui seus custos de operação, quanto para o consumidor, uma vez que simplifica o processo de compra, permitindo que essa seja realizada do conforto de sua casa ou de seu trabalho, sem precisar se deslocar até outro ambiente físico.

A pandemia do COVID-19, tomou proporções globais e impactou diversos países, os quais passaram a sofrer os reflexos da propagação do vírus nos mais diversos setores, especialmente na área da saúde e da economia.

Na maioria dos países, inclusive no Brasil, com objetivo de diminuir o risco de contágio e tentar conter a proliferação desenfreada do Coronavírus, foram tomadas medidas sanitárias restritivas, incluindo o isolamento e distanciamento social e a paralização temporária de determinadas atividades não essenciais, o que afetou de forma considerável não apenas os comerciantes, mas a população em geral.

É preciso considerar que, além das implicações psicológicas relacionadas diretamente ao COVID-19, as medidas para contenção da pandemia também podem colocar em risco à saúde mental das pessoas<sup>30</sup>. Por certo que o isolamento social é uma ferramenta importante contra os avanços do contágio do vírus, no entanto, tanto o isolamento quanto o medo de se contrair uma enfermidade possuem potencial de impactar a saúde mental. Apesar dos benefícios que traz, o isolamento social propicia a vivência de situações desagradáveis que podem ocasionar impactos na saúde mental dos envolvidos<sup>31</sup>.

Durante uma crise como a vivenciada em razão do COVID-19, percebe-se que as pandemias não são apenas um fenômeno biológico, pois afetam indivíduos e a sociedade em vários níveis, causando diversas perturbações, medos e preocupações são agravados, afetando a mentalidade e a rotina das pessoas<sup>32</sup>.

Com o isolamento social e o aumento do período em casa devido às restrições governamentais, as compras online se tornaram um hábito de consumo, inclusive dos brasileiros. Segundo relatório produzido pela McKinsey<sup>33</sup>, o Brasil é um dos países com maior aumento de receita em e-commerce devido ao novo Coronavírus.

Neste mesmo sentido, um estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo<sup>34</sup> apontou que 92% (noventa e dois por cento) dos entrevistados já haviam realizado compras online, sendo que 8% (oito por cento) destes fizeram sua primeira compra via e-Commerce durante o período de isolamento. O estudo indicou também que 61% (sessenta e um por cento) dos que já compravam por meios digitais afirmaram ter aumentado suas compras online devido ao isolamento social. Segundo a pesquisa, esse aumento representa 50% (cinquenta por cento)

30 SCHMIDT, Beatriz *et al.* Saúde mental e intervenções psicológicas diante da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v.37, e200063, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2020000100501&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2020000100501&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 jun. 2020, p.3.

31 FARO, André *et al.* COVID-19 e saúde mental: a emergência do cuidado. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v.37, e200074, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2020000100507&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2020000100507&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 jun. 2020, p.4.

32 FARO, André *et al.* COVID-19 e saúde mental: a emergência do cuidado. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v.37, e200074, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2020000100507&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2020000100507&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 jun. 2020, p.8.

33 GAVIN, Ryan; PLOTKIN, Candace Lun; STANLEY, Jennifer; HARRISSON, Liz. *McKinsey&Company. Survey: Global B2B decision-maker response to COVID-19 crisis*. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/marketing-and-sales/our-insights/survey-global-b2b-decision-maker-response-to-covid-19-crisis>. Acesso em: 18 jun. 2020.

34 Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo. *Estudo novos hábitos digitais em tempos de Covid-19*. 2020. Disponível em: <http://sbvc.com.br/novos-habitos-digitais-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

a mais em compras online para 46% (quarenta e seis por cento) dos respondentes.

Com relação a satisfação com as compras online no período do isolamento, aproximadamente 80% (oitenta por cento) dos respondentes se mostraram satisfeitos e, um fator que demonstra uma possível mudança de hábito e nova tendência para o mercado, 70% (setenta por cento) afirmaram que pretendem comprar mais em sites ou aplicativos após o término do isolamento<sup>35</sup>.

Ainda que o nível de satisfação entre os fornecedores esteja aparentemente em alta e que a maioria dos comerciantes que adotaram mecanismos para vendas online afirmarem que observaram uma melhora da experiência do consumidor<sup>36</sup>, as medidas protetivas aos consumidores devem permanecer ativas com objetivo de afastar possíveis comportamentos oportunistas por parte de fornecedores.

Considerando que tanto a saúde física quanto a mental das pessoas podem ser afetadas durante uma crise na saúde como a vivenciada em razão da pandemia, é certo que a fragilidade do consumidor aumenta e é preciso um olhar mais zeloso e protetivo para evitar abusos e relacionamentos com obrigações desproporcionais.

Ademais, a proteção do consumidor em uma sociedade massificada, globalizada e com francas desigualdades tal qual a vivenciada atualmente, é um dos aspectos mais importantes da garantia do exercício da cidadania plena, principalmente considerando as circunstâncias de vulnerabilidade e hipossuficiência que permeiam as relações consumeristas<sup>37</sup>.

É preciso reconhecer que o consumidor é notadamente a parte vulnerável na relação de consumo, tendo esta vulnerabilidade sido expressamente reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso I. A principal preocupação é assegurar o equilíbrio das obrigações contratuais e das relações que possam ser consideradas de consumo, por meio de uma regulamentação específica, que busca antes de tudo a manutenção da boa-fé, não importando o meio que se formalizem<sup>38</sup>.

Salienta-se que o Código de Defesa do Consumidor baseia a proteção do consumidor, da parte vulnerável na relação contratual, na proteção à boa-fé, considerando a necessidade de informação adequada, a transparência, para que aquele sujeito exposto às práticas da sociedade massificada não venha a suportar com os riscos do negócio, sem direito de indenização em caso de danos e prejuízos. A legislação, ao tutelar a vulnerabilidade do consumidor, almeja também reforçar a confiança deste na relação pactuada, bem como nos interesses legítimos que estão sendo colocados em destaque durante a contratação<sup>39</sup>.

Cabe ressaltar que a insegurança jurídica no comércio eletrônico decorre em muito pelas marcantes características do ambiente eletrônico, como por exemplo, a imaterialidade e a ausência de fronteiras geográficas, aliadas à vulnerabilidade da arquitetura da rede pública de dados<sup>40</sup>.

---

35 Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo. *Estudo novos hábitos digitais em tempos de Covid-19*. 2020. Disponível em: <http://sbvc.com.br/novos-habitos-digitais-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

36 Segundo estudo realizado pela Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo, 86% dos varejistas entrevistados afirmaram que tiveram uma melhora da experiência do consumidor. Estudo disponível em: <http://sbvc.com.br/2a-edicao-estudo-transformacao-digital-no-varejo-brasileiro-sbvc-2020/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

37 FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.369, p.64-72, set./out. 2003, p.66.

38 BAGGIO, Andreza Cristina. A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 127-147, jan./jun. 2010, p.137.

39 BAGGIO, Andreza Cristina. A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 127-147, jan./jun. 2010, p.139.

40 FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.160-175, 2008, p.160.

Como fundamento basilar da vulnerabilidade, Claudia Lima Marques<sup>41</sup> destaca que a doutrina mundial é unânime em que a interpretação dos contratos do comércio eletrônico envolvendo consumidores deve ser diferenciada, sensível à proteção do contratante mais fraco e leigo, ao consumidor. Essa condição de fraco e leigo é inerente ao aspecto da vulnerabilidade.

Ainda que com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aja uma proteção legal ao consumidor nas contratações eletrônicas, é preciso destacar que as tecnologias da informação e comunicação, em razão de suas características intrínsecas de desmaterialização e desintermediação, acabam por agravar a posição de vulnerabilidade do consumidor, dificultando desta forma a efetividade das disposições regulamentadas para sua proteção<sup>42</sup>.

A vulnerabilidade do consumidor aponta para a imposição de boa-fé por parte do fornecedor, de modo que este compreenda o quão vulnerável aquele está, agindo com verdadeira lealdade, detalhando o produto da forma mais transparente possível e, principalmente, informando ao consumidor todas as condições do negócio, ainda que seja por meio eletrônico. Da mesma forma que o consumidor é obrigado a “clique” para aceitar as condições do contrato, ele também deve poder, por meio de um sistema informacional, ser compelido a “clique” sobre todos os detalhes do produto, aí presentes as vantagens e as desvantagens.<sup>43</sup>

Percebe-se que a vulnerabilidade do consumidor e confiança estão intimamente ligadas, de acordo com o sistema preventivo do Código de Defesa do Consumidor, que prevê punição para a inobservância ao direito de informação do consumidor, para as práticas pré-contratuais abusivas e, principalmente, para a violação à quebra da confiança, que ocorre quando as legítimas expectativas do consumidor deixam de ser atendidas pelo fornecedor<sup>44</sup>.

Justamente, em razão das condições impostas pelo período pandêmico, renova-se a necessidade de resgatar e dar a devida importância a prática da confiança, notadamente nos contratos eletrônicos que, por si só já gravam a vulnerabilidade do consumidor que não tem a oportunidade de estar fisicamente presente à contratação, submetendo-se integralmente à vontade dos fornecedores e dos seus produtos e serviços.

## 5 CONCLUSÕES

As medidas tomadas pelo governo brasileiro no intento de conter os avanços da pandemia do COVID-19 afetaram as rotinas da população, principalmente as medidas relacionadas à circulação de pessoas. Diante das restrições de circulação em áreas comuns e públicas, os consumidores modificaram os seus hábitos e o consumo via internet acabou sendo uma alternativa viável no período pandêmico e aumentou consideravelmente de volume tornando mais popular e cotidiano.

É certo que as relações de consumo são caracterizadas pela vulnerabilidade do consumidor. Além disso, nas relações negociais em geral, mas principalmente nas de consumo, o aspecto da confiança é fator importante, sendo muitas vezes determinante para escolha realizada e conclusão de determinado contrato.

---

41 MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.23, n.61, p.46-83, 2003, p.50.

42 FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.160-175, 2008, p.168.

43 FERNANDES, C. S. *A Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor nas Contratações Eletrônicas*. Barueri, SP: Editora Manole, 2015, p.58.

44 BAGGIO, Andreza Cristina. A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 127-147, jan./jun. 2010, p.145.

Nas relações contratadas eletronicamente, a confiança possui importância ainda maior, principalmente pelo fato de ser realizada em um ambiente pouco conhecido dos consumidores, no qual o contato com os fornecedores seus produtos e serviços acaba sendo mais distante e impessoal, situação que agrava a vulnerabilidade dos consumidores que se submete integralmente à vontade dos fornecedores, sua oferta, publicidade e sistema de marketing.

A vulnerabilidade, agravada pelas características próprias do comércio eletrônico, faz com que seja importante buscar uma melhor estrutura e aplicação dos aspectos protetivos ao consumidor nesta relação.

Em um ambiente onde a vulnerabilidade já é naturalmente agravada, ao sopesar os impactos decorrentes de uma pandemia na área da saúde, com potencial de afetar indiretamente tanto a saúde física quanto a mental das pessoas, é evidente que a fragilidade do consumidor aumenta e é preciso um olhar mais zeloso e protetivo para evitar abusos e obrigações contratuais desproporcionais.

Percebe-se que vulnerabilidade do consumidor acaba sendo agravada quando combinadas contratações eletrônicas e pandemia, a primeira pelo próprio ambiente de negociação e realização dos negócios e a segunda em razão das consequências trazidas pela pandemia, deixando os consumidores longe de seu estado natural de satisfação pessoal.

Conclui-se que a proteção do consumidor na sociedade contemporânea, massificada, globalizada e com francas desigualdades entre as partes que celebram contratos, é um dos aspectos essenciais para garantir o exercício da cidadania plena, principalmente ao considerar as circunstâncias de vulnerabilidade e, em muitos casos hipossuficiência, inerentes as relações consumeristas, assegurando o equilíbrio das obrigações contratuais que são fundadas na confiança entre as partes.

## REFERÊNCIAS

BAGGIO, Andreza Cristina. A sociedade de risco e a confiança nas relações de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 127-147, jan./jun. 2010.

BARBAGALO, Érica Brandini. *Contratos Eletrônicos*. Saraiva, São Paulo, 2001.

BROOKS, Samantha K.; WEBSTER, Rebecca K.; SMITH, Louise E.; WOODLAND, Lisa; WESSELY, Simon; GREENBERG, Neil; RUBIN, Gideon James (2020). *The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence*. *The Lancet*, 395(10227), p.912-920. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30460-8](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30460-8). Acesso em: 18 jun. 2020.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos via internet*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

COOTER, Robert D. SCHAFFER, Hans-Bernd. *O Nó de Salomão: Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações*. Trad. Magnum Eitz, CRV, 2017.

DE CASTRO, F. M. M. G. Sociedade de risco e o futuro do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 11, n. 44, p. 123-136, 2002.

DE LUCCA, Newton. *Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.369, p.64-72, set./out. 2003.

FARO, André *et al.* COVID-19 e saúde mental: a emergência do cuidado. *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v.37, e200074, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2020000100507&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2020000100507&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 jun. 2020.

FERNANDES, C. S. *A Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor nas Contratações Eletrônicas*. Barueri, SP: Editora Manole, 2015.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barreto de Castro. Proteção do consumidor no comércio eletrônico sob a ótica da teoria da confiança. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.160-175, 2008.

GAVIN, Ryan; PLOTKIN, Candace Lun; STANLEY, Jennifer; HARISSON, Liz. *McKinsey&Company. The B2B digital inflection point: How sales have changed during COVID-19*. Disponível em: [https://www.mckinsey.com/~/\\_/media/McKinsey/Business%20Functions/Marketing%20and%20Sales/Our%20Insights/The%20B2B%20digital%20inflection%20point/The-B2B-digital-inflection-point-How-sales-have-changed-during-COVID-19.pdf](https://www.mckinsey.com/~/_/media/McKinsey/Business%20Functions/Marketing%20and%20Sales/Our%20Insights/The%20B2B%20digital%20inflection%20point/The-B2B-digital-inflection-point-How-sales-have-changed-during-COVID-19.pdf). Acesso em: 18 jun. 2020.

GAVIN, Ryan. PLOTKIN, Candace Lun. STANLEY, Jennifer. HARISSON, Liz. *McKinsey&Company. Survey: Global B2B decision-maker response to COVID-19 crisis*. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/marketing-and-sales/our-insights/survey-global-b2b-decision-maker-response-to-covid-19-crisis>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. *Revista Unicuritiba*. v.2, n.29, 2012, p.262. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i29.523>. Acesso em: 18 jun. 2020.

LISBOA. Roberto Senise. *Confiança contratual*. São Paulo, Atlas, 2012.

LUCCA, Newton de. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo, Saraiva, 2003.

LUHMANN, Nicklas *apud* MARQUES. Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? *Revista do Direito do Consumidor nº 57*, São Paulo: Editora RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.23, n.61, p.46-83, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. Versão online.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012. v. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. III.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Versão online,

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Versão online.



ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHMIDT, Beatriz *et al.* Saúde mental e intervenções psicológicas diante da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). *Estud. psicol. (Campinas)*, Campinas, v.37, e200063, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-166X2020000100501&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2020000100501&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 jun. 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. *2ª edição – Estudo transformação digital no varejo brasileiro SBVC – 2020*. Disponível em: <http://sbvc.com.br/2a-edicao-estudo-transformacao-digital-no-varejo-brasileiro-sbvc-2020/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO. *Estudo novos hábitos digitais em tempos de Covid-19*. 2020. Disponível em: <http://sbvc.com.br/novos-habitos-digitais-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. *Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2015.

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo. O site como estabelecimento virtual: novo meio de interação entre a empresa e o consumidor ou nova categoria jurídica? *Revista de Direito Privado*, ano 9, n.35, p.160-172, jul./set. 2008.

# REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DO CORONAVÍRUS EM RELAÇÃO A INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS

**Plinio Lacerda Martins**

Doutor Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense, Brasil. Mestre em Direito pela UGF-RJ, Brasil. Professor de Direito do Consumidor da EMERJ e FGV-RJ, Brasil. Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense, Brasil. Professor do quadro permanente do Doutorado PPGDIN-UFF-RJ, Brasil. Promotor de Justiça aposentado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A reflexão na sociedade pandêmica; 3 A questão da interrupção dos serviços essenciais no exterior em decorrência da pandemia; 4 A questão da interrupção dos serviços essenciais no Brasil em decorrência da pandemia; 5 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando a pandemia declarada pela OMS, fez com que o Estado se preocupasse com as consequências econômicas e sociais trazidas pela COVID-19, visto que provocou significativas mudanças na vida de todos, impondo isolamento social as pessoas, restringido o comércio, perdas dos empregos das pessoas, com reflexo, inclusive, em relação ao adimplemento de suas obrigações perante ao fornecedor de produtos e serviços como no caso dos serviços essenciais.

Esse ensaio jurídico retrata a experiência dos países que enfrentam ainda hoje, os reflexos da pandemia e a questão da interrupção dos serviços essenciais para o consumidor em decorrência do inadimplemento, sem a pretensão de esgotar o tema, apenas despertando reflexões para as mesmas vicissitudes enfrentadas no Brasil, com destaque para a sociedade alemã.

Para a concepção dos objetivos propostos e abordagem da problemática, faz-se necessária a verificação das experiências comparadas com relação ao tema, assim quanto ao tratamento jurídico sobre a interrupção dos serviços essenciais. Neste passo, será utilizado método *law in context*, por meio da análise legislativo e doutrinária. Neste estudo, pretende-se refletir os desafios do direito do consumidor na pandemia em especial em relação aos serviços públicos essenciais e sua continuidade.

## 2 A REFLEXÃO NA SOCIEDADE PANDÊMICA

Nas lições de Antony Guides, na obra “Modernização Reflexiva”<sup>1</sup>, vivemos dias de mudanças significativas na nossa sociedade com a convivência das tecnologias disruptivas, com destaque para os produtos e serviços ofertados por aplicativos, reconhecidos na economia compartilhada como fornecedor fiduciário<sup>2</sup>, entre outros avanços por meio do uso de algoritmos. Porém, em 2020 surge um fato imprevisível<sup>3</sup> que não estávamos preparados para enfrentar, que é a pandemia em decorrência do COVID-19. A pandemia provocou significativas mudanças na vida de todos, impondo isolamento social as pessoas, restringido o comércio, perdas de empregos, com reflexo, inclusive, em relação ao adimplemento de suas obrigações perante os fornecedores de serviços como no caso dos serviços essenciais.

Ulrich Beck já lecionava que estamos vivenciando a sociedade de risco com a globalização, risco esse que é transnacional, ultrapassa as fronteiras, riscos como a pandemia na atualidade que estamos enfrentando. Assim expõe o Beck:

Al contrario que los riesgos empresariales y profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción y la reproducción y no respeta las fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva.<sup>4</sup>

Confirma-se assim, que com o advento da sociedade de risco, os conflitos da distribuição em relação aos bens como renda, empregos, etc... são conflitos da distribuição

---

1 GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

2 Nesse sentido recomendamos a leitura da obra de SCHWARTZ, Fabio. *A Economia Compartilhada e o Novo Conceito de Fornecedor Fiduciário nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2020.

3 MÁRTINS, Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 690, p.287-291, abr. 1993.

4 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo - Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós.

dos “malefícios” nas palavras de Beck<sup>5</sup>. Identifica-se assim a “globalização econômica e o pluralismo jurídico”, num autêntico cenário de reestruturação dos espaços políticos e de regimes normativos emanados de não apenas de instituições estatais, mas de também de agências internacionais de cooperação econômica, levando a um modelo de “direito negociado, flexível e híbrido”<sup>6</sup>

Na atual sociedade pandêmica, faz necessário a utilização de medidas de controle e contenção de riscos de danos a saúde, solidificado na “teoria do medo”, como ancora para os diversos aspectos enfrentados pelo cidadão, em razão do vírus denominado coronavirus.

O Covid-19 pode ser considerado como risco transnacional, que ultrapassou fronteiras parafraseando Beck, considerando que o vírus não tem nacionalidade, não sendo de exclusividade chinês, impondo o terror psíquico nas pessoas. Não são raros os casos em que indivíduos estão pensando inclusive em testamentos, para transferências de bens, na hipótese de falecimento por coronavírus, temendo o contágio em razão do risco criado.

A OMS em 30 de janeiro de 2020 reconheceu a Emergência em Saúde Pública decretando a pandemia em face da Covid-19 em 11 de março. No Brasil em 3 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria GM/MS 188/2020 para declarar a Emergência em Saúde Pública e Importância Nacional<sup>7</sup> e, em 6 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei da Covid-19 (Lei 13.979/2020) prevendo medidas destinadas ao enfrentamento da situação emergencial, como a quarentena e o isolamento social.

Em todo o mundo, foram editadas leis em caráter emergencial para adoção de medidas para conter e fazer o tratamento dos riscos e danos causados na sociedade, no qual o cidadão fica refém do vírus e das informações que circulam na sociedade pandêmica.

### **3 A QUESTÃO DA INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO EXTERIOR EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA**

Constata-se na maioria dos países da Europa, como na França, Itália e Portugal, a edição de atos normativos no sentido de suspender a cobrança das tarifas de serviços essenciais em decorrência da pandemia, inclusive impedindo a interrupção do serviço essencial.

Na França, foi suspensa a cobrança de contas de luz, água e gás e impôs a quarentena, o mesmo ocorreu em outros países. Esclarece Ana Cristina Aguilar Viana, que na França o estado de urgência da crise foi declarado legalmente no dia 23 de março com a publicação da Lei nº 2020-290, e que a lei acrescentou alterações ao Código Sanitário, sendo dispostas restrições cuja aplicação ficaria ao encargo do primeiro-ministro, a ser estabelecida de modo proporcional aos riscos (Artigo L. 3131-15)<sup>8</sup>.

Em Portugal, foi editada a Lei n.º 7/2020, referente a interrupção dos serviços essenciais decorrentes da pandemia, estabelecendo a não interrupção de serviços essenciais e a suspensão da cobrança de comissões nas operações de pagamento<sup>9</sup>. A lei lusitana não permite a suspensão do fornecimento dos serviços essenciais, previstos no n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 23/96, tais como: o serviço de fornecimento de água, serviço de fornecimento de energia elétrica, serviço de fornecimento de gás natural e serviço de comunicações eletrônicas durante a pandemia (art. 4, item 1).

5 GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p.19.

6 FARIA, Jose Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.101.

7 Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>.

8 VIANA, Ana Cristina Aguilar. *Combate à Covid-19: as sanções estabelecidas pelo governo francês*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/ana-cristina-viana-combate-covid-19-franca#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/ana-cristina-viana-combate-covid-19-franca#_ftn3). Acesso em: 10 out. 2020.

9 Art. 1, alíneas c e d da Lei 7/2020.

No Item 2 do art. 4 dispõe a lei emergencial Portuguesa:

A proibição de suspensão prevista no número anterior aplica-se quando motivada por situação de desemprego, quebra de rendimentos do agregado familiar igual ou superior a 20 %, ou por infeção por COVID-19. 3 - Até 30 de setembro de 2020, os consumidores que se encontrem em situação de desemprego ou com uma quebra de rendimentos do agregado familiar igual ou superior a 20 % face aos rendimentos do mês anterior podem requerer:

- a) A cessação unilateral de contratos de telecomunicações, sem lugar a compensação ao fornecedor;
- b) A suspensão temporária de contratos de telecomunicações, sem penalizações ou cláusulas adicionais para o consumidor

Talvez, a moratória exemplo para o Brasil envolvendo a COVID19 e a interrupção dos serviços essenciais, seja da Alemanha, que com o objetivo de mitigar as consequências da pandemia na sociedade, aprovou lei emergencial em caráter transitório<sup>10</sup>, com alterações nos contratos de grande duração. As medidas impostas pelo Estado para o combate da proliferação do COVID-19, ocorreram a paralização da atividade econômica e restrições na própria vida privada do cidadão, devido as medidas proibitivas de circulação.

Em relação a legislação alemã, Claudia Lima Marques<sup>11</sup> afirma que a norma jurídica foi aprovada em 25 de março de 2020, sendo projeto de origem da coalisão dos partidos CDU/CSU e SPD, que foi aceito em sua totalidade a denominada lei para minimizar os efeitos do COVID-19-Pandemia em Direito Civil, Falência e Superendividamento e em processo penal.<sup>12</sup>

Tais medidas fundamentam-se na perda de renda das empresas e dos cidadãos que tiveram as suas receitas prejudicadas, incapazes de arcar com suas responsabilidades, seja total, seja parcial. Com isso, o Estado implantou medidas de cunho social.

No Direito Civil alemão<sup>13</sup>, especificamente nos contratos, admitiu o não cumprimento pelo devedor, transitoriamente e excepcionalmente, o pagamento das parcelas em contrato de trato sucessivo. Além disso, proporcionou uma moratória quanto as reivindicações do cumprimento das obrigações contratuais ao longo prazo, assegurando que os consumidores e as pequenas empresas possam se beneficiar de serviços essenciais. Logo, não podendo haver a restrição do serviço essencial, visto que não podem cumprir com suas obrigações de pagamento devido as perdas imprevisíveis relacionadas pela crise, como estabelece a Lei:

Art. 5º § 1º Moratória

(1) Um consumidor tem direito de fornecer serviços para satisfação de uma reivindicação relacionada a um contrato de consumidor, que é uma obrigação permanente e foi fechado antes de 08 de março de 2020 recusaria até 30 de junho de 2020 se consumidor devido a circunstâncias relacionadas com a prorrogação de infecções por vírus SARS-CoV-2 (Pandemia de covid-19), a prestação do serviço sem comprometer seu sustento razoável ou

---

10 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht. Disponível em: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl\\_Corona-Pandemie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf?__blob=publicationFile&v=1). Acesso em: 19 jun. 2020.

11 MARQUES, Claudia Lima; LIMA Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. v.129, São Paulo, RT, Maio/Jun. /2020, p.12.

12 Deutscher Bundestag Drucksache 19/18110 19. Wahlperiode 24.03.2020, Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Disponível em: [<https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/19/181/1918110.pdf>]. Acesso em: 26 mar. 2020.

13 Foram introduzidos no ato introdutório ao Código Civil 240 regulamentos especiais que permitem aos devedores incapazes de cumprir suas obrigações contratuais devido a pandemia do covid-19. Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Disponível em [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Corona-Pandemie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Corona-Pandemie.pdf?__blob=publicationFile&v=3). Acesso em: 19 jun. 2020.



sustento justo de seus dependentes não seria possível. O direito de recusar o desempenho existe em relação a todas as obrigações permanentes significativas. Obrigações permanentes são aquelas que são necessários para a prestação de serviços adequados de interesse geral. (Alemanha, tradução nossa).<sup>14</sup>

Além disso, o pagamento de juros pelos consumidores poderá ser reduzido, bem como a concessão de garantia que seus contratos não serão cancelados.

Ponto interessante está na concessão da moratória pela Lei alemã, que permite a prorrogação por decreto até 30 de setembro de 2020, com a justificativa da continuidade da crise econômica-social em decorrência da COVID-19.

Em relação a moratória, que tem um caráter secundário, o devedor possui o prazo de três meses de suspiro perante a crise financeira. Porém, a moratória não será aplicada nos casos que põe em risco o próprio credor, podendo, dessa forma, resolver o contrato, como estabelece na lei:

Artigo 5º. § 1º (3). (...) não se aplica se o exercício do direito de recusar não é razoável para o credor, por que comprometeria a base econômica de seus negócios. (...). Se o direito de recusar o desempenho for excluído (..), o devedor tem o direito de rescindir o contrato. (tradução nossa)<sup>15</sup>

Portanto, havendo a concessão da moratória, com fundamento na autonomia da vontade, permite a norma jurídica que as partes da relação jurídica contratual negociem<sup>16</sup> uma solução para o cumprimento contratual, mas que não coloque o devedor em desvantagem conforme art. 5º § 1º (5).<sup>17</sup>

Relevante destacar, que na lei alemã o credor deve procurar o consumidor-devedor para conversar e oferecer novas condições para o crédito depois de 30 de junho de 2020. Em não havendo renegociação, fica o contrato prorrogado nas mesmas condições por mais três meses, de forma ao credor recuperar os três meses de moratória, sem cobrança de juros extras ou modificação, como se os três meses de moratória legal não tivessem existido. Isso ocorre em atenção à autonomia da vontade privada dos contratantes, na forma do art. 5 § 3, inc. 2 permitindo às partes renegociar o contrato e fazer uma repactuação da dívida ou disciplinar diferentemente a forma como se dará o pagamento das prestações mensais, juros e amortizações.

14 Art. 5º. § 1 Moratorium (1) Ein Verbraucher hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn dem Verbraucher infolge von Umständen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind. Disponível em: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl\\_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2_cid324?__blob=publicationFile&v=1). Acesso em: 19 jun. 2020.

15 Art. 5º. §1 (3) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger seinerseits unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung die wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden würde. Absatz 2 gilt nicht, wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung zu einer Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs führen würde. Wenn das Leistungsverweigerungsrecht nach Satz 1 oder 2 ausgeschlossen ist, steht dem Schuldner das Recht zur Kündigung zu. Disponível em: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl\\_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2_cid324?__blob=publicationFile&v=1). Acesso em: 19 jun. 2020.

16 Em Portugal foi idealizado o plano de pagamento, no caso de existirem valores em dívida relativos ao fornecimento dos serviços essenciais, sendo que plano de pagamento é definido por acordo entre o fornecedor e o cliente, com início a partir do segundo mês posterior ao término do prazo previsto no art. 4º da lei 7/2020, devendo demonstrar a quebra de rendimentos.

17 (5) Von den Absätzen 1 und 2 kann nicht zum Nachteil des Schuldners abgewichen werden. Disponível em: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl\\_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2_cid324?__blob=publicationFile&v=1). Acesso em: 19 jun. 2020.

Assim, verifica-se que em razão da moratória imposta pela lei alemã, que protege o consumidor na forma do conceito previsto no §14 do BGB, é irrazoável a interrupção dos serviços essenciais considerando o que extrapola os limites do razoável imposto pela boa fé objetiva<sup>18</sup>, em face da moratória que prorroga o contrato.

#### **4 A QUESTÃO DA INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO BRASIL EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA**

No Brasil, a possibilidade de interrupção dos serviços essenciais está regulada na Lei 8.987/95,<sup>19</sup> que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos no inciso II do § 3º do art. 6º, que assim consigna:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A expressão “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço”, contida no § 3º do artigo em comento, possivelmente é destacada em face do que dispõe o art. 22 da lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) que assevera:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, *quanto aos essenciais, contínuos. (grifo nosso)*

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Na legislação de Portugal, por exemplo, em relação a suspensão do fornecimento do serviço público essencial<sup>20</sup>, estabelece o art. 5 da Lei 23/96 a possibilidade de suspender, desde que seja feito aviso prévio. Entretanto, o ato normativo citado afirma que a prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma fatura. Dispõe o art. 5º, *in verbis*:

Artigo 5.º Suspensão do fornecimento do serviço público

1 - A prestação do serviço não pode ser suspensa sem pré-aviso adequado, salvo caso fortuito ou de força maior.

2 - Em caso de mora do utente que justifique a suspensão do serviço, esta só pode ocorrer após o utente ter sido advertido, por escrito, com a antecedência mínima de 20 dias relativamente à data em que ela venha a ter lugar.

18 MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

19 Nesse sentido recomendamos a leitura da Resolução nº 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. artigos 72 e 90, I, demonstrando que existe fundamento para a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

20 Em Portugal, a Lei n.º 23/96, criou no ordenamento jurídico português, alguns mecanismos destinados a proteger os usuários (utentes) de serviços públicos essenciais, descrevendo os serviços públicos essenciais abrangidos, tais como serviço de fornecimento de água, serviço de fornecimento de energia eléctrica, serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, serviço de comunicações electrónicas, serviços postais, serviço de recolha e tratamento de águas residuais, serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos e serviço de transporte de passageiros. Art. 1, item 2 alíneas a/h da Lei 23/96 editada em 26 de julho, contendo as alterações das Leis n.º 12/2008, de 26/02 e n.º 51/2019, de 29/07 Disponível em: [IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO: DIÁLOGOS, REFLEXÕES E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS - VOLUME II](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1436&tabela=leis#:~:text=%3A%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%2023%2F96%2C%20de%2026%20de%20Julho&text=1%20%2D%20A%20presente%20Lei%20consagra,seguintes%20os%20servi%C3%A7os%20p%C3%BAblicos%20abrangidos%3A&text=h)%20Servi%C3%A7o%20de%20transporte%20de%20passageiros. Acesso em: 09 ago. 2020.</a></p></div><div data-bbox=)

3 - A advertência a que se refere o número anterior, para além de justificar o motivo da suspensão, deve informar o utente dos meios que tem ao seu dispor para evitar a suspensão do serviço e, bem assim, para a retoma do mesmo, sem prejuízo de poder fazer valer os direitos que lhe assistam nos termos gerais.

4 - A prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma factura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis.

No Brasil, não obstante o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro estabelecer que os serviços essenciais são obrigados a serem prestados de forma contínua, prevalece na doutrina e jurisprudência a possibilidade de interrupção dos serviços essenciais por inadimplemento do usuário, “considerado o interesse da coletividade”, sendo certo que o princípio da continuidade do serviço público não é absoluto e sim relativo.

Em artigo publicado na Revista Emerj, este autor ousou discordar da possibilidade interrupção dos serviços essenciais por inadimplemento do usuário<sup>21</sup>, alegando o flagrante desrespeito ao princípio da proibição do retrocesso, considerando que o Código de Defesa do Consumidor tem previsão constitucional na defesa do consumidor no art. 5, XXXII, não podendo a Lei da Concessão do Serviço Público, norma posterior, revogar norma anterior do CDC, concedendo interpretação prejudicial ao consumidor, já que são direitos básicos do consumidor a “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6, X do CDC).

Contudo, esse entendimento é minoritário, considerando a jurisprudência do STJ, que consagra a possibilidade de suspensão de serviços essenciais<sup>22</sup>, ressaltando apenas em relação a débitos pretéritos, o que configura autotutela.

Em relação a interrupção do serviço essencial por inadimplemento em decorrência da Pandemia, ressalta período excepcional do ponto de vista socioeconômico, sendo editado a Lei Federal nº 13.979/2020, que estabeleceu medidas preventivas a serem adotadas pelo Poder Público.<sup>23</sup> Foram editados vários atos normativos temporários, em caráter de exceção, no sentido de evitar o corte dos serviços essenciais ao usuário do serviço público, considerando a impossibilidade do pagamento da tarifa.<sup>24</sup>

De acordo com a lei, o consumidor deve ser comunicado previamente sobre o desligamento em virtude de inadimplemento e sobre o dia a partir do qual será realizada a interrupção do serviço, necessariamente durante horário comercial. Caso o usuário não receba a notificação prévia, não será cobrada taxa de religação, e a concessionária responsável pelo fornecimento será multada

*A priori*, a Medida Provisória 950 isentava de pagamento a conta de energia elétrica para o usuário que possui consumo mensal de energia elétrica inferior ou igual a 220 quilowatts-

---

21 Nesse sentido, recomendamos a leitura do artigo publicado na revista da EMERJ: MARTINS, Plínio Lacerda. Interrupção do Fornecimento de Energia Elétrica por Falta de Pagamento. Uma Reflexão para o Direito do Consumidor. *Revista Emerj*, vol. 9, N.33, Rio de Janeiro, 2006.

22 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que é lícito a concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Resp nº 363943, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/11/2004 e Resp nº 623322, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30/09/2004). No julgamento do REsp 1.270.339, o STJ confirmou ser legítima a interrupção do fornecimento de energia elétrica por questões de ordem técnica, de segurança das instalações ou, ainda, em virtude da falta de pagamento por parte do usuário, desde que haja o devido aviso prévio pela concessionária sobre o possível corte. A Primeira Seção do STJ também ao julgar o Tema 699 dos recursos repetitivos (REsp 1.412.433), estabeleceu que, na hipótese de débito estrito de recuperação de consumo efetivo por fraude no medidor atribuída ao consumidor, desde que apurado em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é possível o corte administrativo do fornecimento de energia elétrica, mediante prévio aviso ao consumidor, pelo inadimplemento do consumo recuperado correspondente ao período de 90 dias anterior à constatação da fraude.

23 A Lei nº 13.979, foi regulamentada pelo 10.282, de 20 de Março de 2020.

24 Também foi editada a lei nº 14.015/2020, que proíbe a suspensão da prestação de serviços públicos, como água, gás e energia elétrica, nas sextas-feiras, sábados, domingos, feriados ou vésperas de feriado por inadimplência do usuário.

hora (kWh), no período de 1º de abril a 30 de junho de 2020, facilitando assim a vida dos consumidores de baixa renda, aos beneficiários da tarifa social. Todavia a Medida Provisória caducou<sup>25</sup>, cedendo para o Projeto de Lei 1.179/2020 que estabelece RJET (regime jurídico emergencial e transitório de direito privado) consolidado na Lei 14.010/2020, sancionada pelo Presidente da República.

A ANEEL, editou a Resolução Normativa nº. 878/2020, vedando a interrupção do serviço de energia elétrica para os usuários de baixa renda, até 30 de junho, postergando até o 30 de julho de 2020, entretanto, após o período os usuários deverão efetuar o pagamento da tarifa, na forma sugerida pela Resolução. Todavia, a Resolução prevê a incidência de juros de mora e a possibilidade de cobrança posterior.<sup>26</sup>

O governo estadual do Rio de Janeiro, promulgou a Lei Estadual n. 8.769 de 2020, proibindo a interrupção de serviços essenciais por falta de pagamento por concessionárias de serviços públicos, permitindo após a pandemia o parcelamento da tarifa sem a incidência de juros e multa. Assim verifica-se:

Art. 2º Fica vedada a interrupção de serviços essenciais por falta de pagamento, pelas concessionárias de serviços públicos.

§ 1º Entende-se como serviços essenciais para efeito do disposto no caput deste artigo, o fornecimento de água e tratamento de esgoto, gás e energia elétrica.

§ 2º Após o fim das restrições decorrentes do Plano de Contingência, as concessionárias de serviço público, antes de proceder a interrupção do serviço em razão da inadimplência anterior a março de 2020, deverão possibilitar o parcelamento do débito pelo consumidor.

§ 3º O débito consolidado durante as medidas restritivas não poderão ensejar a interrupção do serviço, devendo ser cobrado pelas vias próprias, sendo vedadas a cobrança de juros e multa.

§ 4º O disposto neste artigo é extensivo aos MEIs (Micro Empreendedores Individuais), às Micro e Pequenas Empresas, a aos optantes pelo regime de arrecadação de tributos denominado Simples Nacional (Lei Complementar Federal 123, de 14 de dezembro de 2006).

Art. 5º Ficam suspensos a incidência de multas e juros por atraso de pagamento das faturas de serviços públicos concedidos enquanto perdurar o Plano de Contingência da Secretaria de Estado de Saúde.<sup>27</sup>

25 A medida provisória 950, editada pelo governo para garantir isenção da tarifa de luz e criar a Conta-COVID, caducou vencido o prazo para aprovação.

26 A ANEEL aprovou a revisão da Resolução Normativa nº 878/2020, voltando a autorizar a suspensão do fornecimento por falta de pagamento a partir de 01/08/2020. (REN Nº 891, DE 21 DE JULHO DE 2020). Está mantido a proibição de cortes de energia por falta de pagamento para os consumidores classificados como Baixa Renda enquanto durar o estado de emergência da pandemia, contudo, volta a ser permitida a possibilidade de cortes de energia por falta de pagamento para consumidores residenciais e as relacionadas ao fornecimento de energia aos serviços e atividades considerados essenciais

27 No mesmo sentido, foi promulgada a Lei nº 6.551, de 22 de abril de 2020, no Distrito Federal dispendo:

Art. 1º Esta Lei cria, para o Distrito Federal, normas específicas sobre direito do consumidor usuário dos serviços públicos essenciais de água, luz, internet e gás canalizado, na vigência de situações de calamidade pública.

Art. 2º É direito do consumidor financeiramente hipossuficiente a adoção pelos órgãos e entidades competentes de medidas que assegurem a continuidade dos serviços públicos essenciais, independentemente de adimplemento das respectivas tarifas ou preços públicos, enquanto perdurar estado de calamidade formalmente decretado.

Art. 3º Fica vedada, na vigência do estado de calamidade, a interrupção dos serviços essenciais de que trata esta Lei, em face de inadimplência do consumidor financeiramente hipossuficiente.

§ 1º Considera-se consumidor hipossuficiente toda pessoa física:

I – beneficiária de programas de assistência social de renda mínima do governo federal ou distrital que não esteja isenta, por outra norma ou ato, do pagamento de tarifas;

II – cuja renda familiar não ultrapasse 3 salários mínimos e cujo somatório mensal das tarifas dos serviços seja inferior a 1/3 do salário mínimo vigente;

III – cuja saúde dependa de aparelhos elétricos e eletrônicos, assim como do uso de água e acesso à internet;

IV – cuja renda familiar seja inferior a 3 salários mínimos e tenha sofrido redução superior a 25% por conta de medidas legislativas que autorizem redução salarial do trabalhador.

§ 2º Os serviços de internet só são considerados essenciais, para os fins desta Lei, se forem necessários à saúde ou à educação do consumidor.

§ 3º A vedação de interrupção dos serviços a que se refere esta Lei não afasta, nos casos legalmente admitidos, a obrigação do usuário quanto ao adimplemento das tarifas nem afasta o direito do permissionário ou concessionário de buscar os meios legais de cobrança de seus créditos.

Art. 4º As disposições desta Lei não prejudicam programas governamentais de isenção de tarifas para usuários de baixa renda nem implicam isenção para aqueles que não tenham benefícios legalmente reconhecido

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar a lei estadual, sob o enfoque da competência do Estado para edição, reconheceu a sua competência legislativa e validou o ato normativo estatal. Todavia, a Lei Estadual está sendo questionada a respeito da sua constitucionalidade, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI- 6376).<sup>28</sup>

Entrementes, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 1.200/2020, de relatoria do Senador Rodrigo Cunha, que busca estender os mesmos benefícios da lei Alemã, aos usuários de serviços públicos no Brasil, qual seja: a possibilidade de instituir a moratória em contratos essenciais em favor dos consumidores afetados economicamente pela pandemia de corona vírus (COVID-19).

O PL 1200 estabelece uma moratória para os usuários dos serviços públicos sem a incidência de juros e cláusula penal, devendo a tarifa de consumo ser paga em até 12 meses. A moratória, a princípio, irá atender aos usuários que utilizam da tarifa social, assim definidos pela lei 12.212/10. No entanto, a moratória poderá também ser utilizada pelo usuário que teve a sua capacidade econômica comprometida, com a redução de salário ou mesmo desempregado.

Fato relevante a ser destacado no PL 1.200, é a vedação da interrupção do fornecimento dos serviços essenciais por inadimplemento para todos os consumidores residenciais, incluídos condomínios edilícios, independentemente da incidência de moratória sobre os contratos.

Registra-se ainda, que há no congresso nacional o Projeto de Lei 3.515/2015, denominado “PL do superendividado”, que estabelece mecanismos para o consumidor superendividado recuperar a pendência relativo as suas dívidas, promovendo mecanismos de tratamento global nas audiências conciliatórias com todos os credores para elaborar e aprovar planos de pagamento das dívidas dos consumidores superendividados.

Verifica-se hoje a preocupação com a empresa, existindo, inclusive a Recuperação judicial e extrajudicial, em atenção a função social da empresa na sociedade. Também, em relação ao consumidor, faz-se necessário à sua recuperação em atenção ao princípio da boa-fé e a dignidade humana, garantindo assim ao mínimo existencial.

O Projeto de Lei 3.515/2015, já foi aprovado por unanimidade no Senado Federal e já relatado em texto de consenso na Comissão Especial da Câmara de Deputados aguardando deliberação para ir ao plenário para votação e aprovação como lei do superendividamento do consumidor. “PL do superendividado” tem significado especial pois estabelece um mínimo existencial para o consumidor através de elaboração de um plano de pagamento das dívidas com medidas de dilação de prazos, redução dos encargos que permita o reembolso aos fornecedores.<sup>29</sup>

O projeto prevê a possibilidade de conciliação em bloco das dívidas, com previsão no art. 104-A do PL 3.515, que assim dispõe:

a requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

---

28 A Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee) questiona no Supremo Tribunal Federal dispositivos da Lei estadual 8.769/2020 do Rio de Janeiro que impedem a interrupção do serviço de distribuição de energia elétrica em razão da inadimplência durante o período de pandemia da Covid-19. A matéria é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6376, distribuída ao ministro Luiz Fux.

29 No Projeto são excluídas do plano de pagamento as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, bem como as dívidas provenientes dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural.



Também o projeto prevê no art. 104-c a possibilidade de a conciliação ser feita pelos PROCON'S, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que vêm realizando conciliações administrativas com êxito.

Claudia Lima Marques afirma que a aprovação do PL 3.515/2015, em meio à crise da COVID-19, permitirá a conciliação em bloco e não só em feirões de dívidas e em negociações individuais entre credores e consumidores, seja no consumidor.gov.br, sem o apoio do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, advogados e da magistratura. “Temos de aprender com as lições dos outros países e criar um sistema de solução para a insolvência individual dos consumidores, sem que seja a sua exclusão da vida econômica.”<sup>30</sup>

O “PL do superendividado” assegura assim o mínimo existencial dos consumidores através de instrumentos de dilação e renegociação através de planos de pagamento em bloco com todos os fornecedores, assim beneficiando a economia como um todo, possibilitando o planejamento de pagamento de dívidas, evitando assim a prática costumeira da interrupção de fornecimento de serviços essenciais por falta de pagamento.

## 5 CONCLUSÃO

Vários países como, na França, Itália Portugal e Alemanha editaram leis emergenciais no sentido de suspender a cobrança das tarifas de serviços essenciais em decorrência da pandemia, inclusive impedindo a interrupção do serviço essencial.

Em Portugal, por exemplo, a Lei n.º 7/2020 de 7 e abril, não permite a suspensão do fornecimento dos serviços essenciais como água; energia elétrica de gás natural e comunicações eletrônicas, sendo que a proibição de suspensão aplica-se quando motivada por situação de desemprego, quebra de rendimentos do agregado familiar igual ou superior a 20 %, ou por infecção por COVID-19.

Na Alemanha ao editar a lei para minimizar os efeitos do COVID-19- buscou prestigiar o princípio da boa-fé objetiva, eximindo a mora do consumidor ao prorrogar prazos do vencimento da obrigação relacionado aos serviços essenciais, evitando assim, o superendividamento do consumidor. Na Alemanha foi introduzida a moratória legal para os consumidores (e pequenas empresas) em razão da pandemia de COVID-19.

No Brasil, vários atos normativos foram editados com objetivo de impedir a suspensão e interrupção dos serviços essenciais durante a pandemia, com destaque para o Projeto de Lei 1.200, que também busca estender a moratória aos usuários do serviço público decorrentes da pandemia, a semelhança da lei alemã, assegurando ao usuário/consumidor o direito de composição da tarifa por inadimplemento.

Por fim, considerando a necessidade de estabelecer meios alternativos de composição de conflitos entre o fornecedor de serviços essenciais e o consumidor, a “justiça multiportas” mostra-se como mecanismo de harmonização extrajudicial, sendo necessário a aprovação do Projeto de Lei 3.515 (“PL. do superendividado”) de forma urgente, para que o consumidor possa recuperar do superendividamento pelo inadimplemento decorrente da COVID-19 e, assim, assegurar o mínimo existencial e a dignidade do consumidor.

Conforme retratado, “temos de aprender com as lições dos outros países e criar um sistema de solução para a insolvência individual dos consumidores, sem que seja a sua

---

30 MARQUES, Claudia Lima; LIMA Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. v.129, São Paulo, RT, Maio/Jun. /2020, p.11.

exclusão da vida econômica”, possibilitando assim o planejamento de pagamento de dívidas, evitando a prática costumeira da interrupção de fornecimento de serviços essenciais por falta de pagamento, em relação ao adimplemento de suas obrigações perante ao fornecedor de serviços que afeta a dignidade da pessoa humana do consumidor.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA, *Lei para amenização dos Efeitos da pandemia do COVID-19 no Direito Civil, Falimentar, insolvência e Processo Penal de 27 de março de 2020*. Disponível em: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl\\_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf;jsessionid=271831AE38655CC95A1D2F6CB6C78524.2_cid324?__blob=publicationFile&v=1). Acesso em: 19 jun. 2020.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial, casos concretos*. São Paulo: RT, 2015.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Superendividamento e dever de renegociação. In: *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo- Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudo de casos. *Revista de Direito do Consumidor*, n.71, p.106-141, 2009.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto Lei 2515 de 2015. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=55752\\_FCF7D18397EEDB3FC5A6BC96792.proposicoesWebExterno?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=55752_FCF7D18397EEDB3FC5A6BC96792.proposicoesWebExterno?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015). Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 19 de jun. 2020.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispões sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei nº 1200, de 2020. Institui a moratória em contratos essenciais bancários, securitários e educacionais em favor dos consumidores afetados economicamente pela pandemia de coronavírus (COVID-19). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8082607&ts=1594025355428&disposition=inline>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL, STF. Covid-19: contestada lei do RJ que impede corte de luz por inadimplência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441303>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – Resolução Normativa nº 878, de 24 e março de 2020. Dispõe sobre as medidas para preservação da prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica em decorrência da calamidade pública atinente à pandemia de coronavírus (COVID-19). Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2020878.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. 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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.412.433-RS. Ementa Fornecimento de energia elétrica. Débitos do consumidor. Fraude no medidor de consumo. Corte administrativo do serviço. Possibilidade. Critérios. Tema 699. Recorrente: Companhia de Energia Elétrica CEEED RS. Recorrido: Oady Chead Abrão. Relator: Herman Benjamin, Data do Julgamento: 25/04/2018, Primeira Seção, Data de Publicação: 28 de setembro de 2018. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0634.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0634.pdf). Acesso em: 19 de jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1270339 - SC. Ementa: Processo Civil e Administrativo. Energia Elétrica. Fornecimento. Interrupção por razões de ordem técnica. Comunicação por estações de rádio. Aviso prévio. Exigência legal de atendimento. Recorrente: Lycurgo Leite Neto e outros. Recorrido: J R S Editora Gráfica e Carimbos Ltda – Microempresa. Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar. Relator: Ministro Gurgel de Faria, Data do Julgamento: 15/12/2016, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: 17 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/432356336/recurso-especial-resp-1270339-sc-2011-0185090-0/inteiro-teor-432356346>. Acesso em: 19 de jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 363.943-MG. Ementa: Administrativo-Energia Elétrica – corte por falta de pagamento. Recorrente: Sebastiana Rodrigues da Costa. Recorrido: Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Data do Julgamento: 10/12/2003, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: 01 de março de 2004, p. 119. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7400042/recurso-especial-resp-363943-mg-2001-0121073-3-stj/relatorio-e-voto-13058216?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19 de jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 623.322 - PR. Ementa: Administrativo-Corte do Fornecimento de água. Inadimplência do consumidor – Legalidade. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar. Relator: Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 14/09/2004, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: 30 de setembro de 2004, p. 227. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19356524/recurso-especial-resp-623322-pr-2004-0007203-0/inteiro-teor-19356525>. Acesso em: 19 de jun. 2020.

FARIA, Jose Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich, LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 2012.

LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, RT, São Paulo, v.129, Maio/Jun., 2020.

MARQUES, Claudia Lima. (Org.). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela (Orgs.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela; LIMA, Clarissa Costa de Lima (Coords.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: RT, 2016.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Interrupção do Fornecimento de Energia Elétrica por Falta de Pagamento. Uma Reflexão para o Direito do Consumidor*. *Revista Emerj*, v.9, n.33, Rio de Janeiro, 2006.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.690, p.287-291, abr. 1993.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.1015, maio 2020.

OPITZ, Oswald. *Mora no Negócio Jurídico*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

PFEIFFER, Roberto C. Lei da Liberdade Econômica é bem-vinda, mas não aplicável às relações de consumo. In: *CONJUR* 2019 (30.12.2019). Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-30/direito-civil-atual-lei-liberdade-economica-bem-vinda]. Acesso em: 01 jan. 2020.

PORTUGAL, Lei nº 18 de 29 de maio de 2020. Prorroga os prazos das medidas de apoio às famílias no contexto da atual crise de saúde pública, procedendo à primeira alteração à lei nº 7/2020, de 10 de abril, que estabelece regimes excepcionais e temporários de resposta à epidemia SARS-CoV-2. Lisboa, Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/134762425>. Acesso em: 09 ago. 2020.

PORTUGAL, Lei nº 23 de 26 de julho de 1996. Cria o ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o usuário de serviços públicos essenciais. Lisboa, Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/408366>. Acesso em: 09 ago. 2020.

PORTUGAL, Lei nº 7 de 10 de abril de 2020. Estabelece regimes excepcionais e temporários de resposta à epidemia SARS-CoV-2, e procede à primeira alteração ao Decreto-Lei nº 10-I/2020, de 26 de março, e à quarta alteração à Lei nº 27/2007, de 30 de julho. Lisboa, Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/131338917>. Acesso em: 09 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 8769 de 23 de março de 2020. Dispõe sobre medidas de proteção à população fluminense durante o plano de continência do novo coronavírus da Secretaria de Estado de Saúde, Rio de Janeiro: Gabinete do Governador, 2020. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTAyMTU%2C>.

SCHWARTZ, Fabio. *A Economia Compartilhada e o Novo Conceito de Fornecedor Fiduciário nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2020.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. *Combate à Covid-19: as sanções estabelecidas pelo governo francês*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/ana-cristina-viana-combate-covid-19-franca#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/ana-cristina-viana-combate-covid-19-franca#_ftn3). Acesso em: 10 out. 2020.

ZANETTI, Cristiano S. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.942, abr. 2014.

# REFLEXÕES E DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS (COVID-19)

## **Cristiano Heineck Schmitt**

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-Ajuris. Professor da Faculdade de Direito da PUCRS. Professor de Cursos de Especialização em Direito. Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS. Membro do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor de Porto Alegre/RS. Diretor do Instituto Brasilcon. Advogado.

## **Camila Possan de Oliveira**

Mestre em Direito do Consumidor e da Concorrência pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Bancário, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil. Advogada.

---

**Sumário:** 1 Considerações iniciais; 2 Inadimplência de consumidores: força maior e superendividamento em decorrência da pandemia de Covid-19; 3 A inadimplência dos consumidores beneficiários de assistência privada à saúde; 3 A potencialização do comércio eletrônico e a proteção de dados do consumidor online e do consumidor inadimplente; 4 Considerações finais; Referências.



## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A partir do início do corrente ano, a sociedade global passou a ser assolada com a pandemia causada pelo Coronavírus, o chamado Covid-19. Tal situação, além de ser uma calamidade de saúde pública, também preocupa a economia por impactar em toda a cadeia de consumo.

Para combater a situação instaurada, a recomendação em grande parte dos países do mundo foi o isolamento social por parte daqueles que não trabalhem com serviços essenciais, ou trabalhando, que não sejam dos chamados grupos de risco. No Brasil, em linhas gerais, o isolamento tem sido seguido, em que pese algumas dificuldades e particularidades nas quais não se adentrará.

Esse cenário, portanto, ensejou a perda de trabalho de diversas pessoas e, com isso, suscitou diversos questionamentos quanto à inadimplência dos consumidores, pois muitos trabalhadores não podem mais sair às ruas para prestar seus serviços e, ainda, outros tantos sofreram demissão ou perda drástica da renda, perdendo a capacidade em honrar com as obrigações financeiras anteriormente assumidas.

Uma grande preocupação, dentro de todas as outras relacionadas com a inadimplência, é a que diz respeito aos consumidores da saúde suplementar, os chamados planos de saúde. Isso porque, à toda evidência, estes clientes também não poderão arcar com tal obrigação que, em muitos casos, representa o dispêndio mensal de quantias significativas.

O superendividamento do consumidor, potencializado pela pandemia, também suscita questões relativas à proteção de seus dados, já que o comércio passou a ser praticado, de forma impactante e potencializada, pelo meio eletrônico. Impende salientar que, nesse tipo de comércio, é possível que o consumidor venha a fazer compras de maneira mais impulsiva do que no meio físico.

Desse modo, o presente artigo pretende suscitar problemas bastante relevantes que afetam os consumidores em razão da pandemia de Covid-19, tentando também, na medida do possível, apresentar prospecções para o futuro.

## 2 INADIMPLÊNCIA DE CONSUMIDORES: FORÇA MAIOR E SUPERENDIVIDAMENTO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19

A já referida pandemia ocasionada pela disseminação do Covid-19 assusta a toda a sociedade mundial. Isso porque, ao que se tinha conhecimento, a sua letalidade poderia recair sobre determinados grupos de risco, tais como idosos e pessoas acometidas por doenças crônicas. No entanto, recentemente, percebeu-se que a doença também está sendo fatal para indivíduos não pertencentes a nenhum dos grupos de risco. Não há, ainda, medicamento específico e completamente eficaz para o tratamento, nem vacina com eficácia totalmente comprovada quanto à cura da doença e prevenção de contágio.

Desse modo, a recomendação de grande parte das autoridades mundiais é a de que a população total permaneça em quarenta, sempre que possível, em suas casas, de forma que se evite uma maior disseminação da doença e a sobrecarga dos sistemas de saúde, sejam eles privados ou públicos.

Tal recomendação, no Brasil, veio acompanhada de decretos das autoridades municipais e estaduais para restringir a circulação desnecessária de pessoas. Essas medidas, no entanto, ocasionaram, inevitavelmente, a demissão de diversos trabalhadores, muitos irregulares – que, nesse caso, ficam sem seguro desemprego –, o que já reflete efeitos econômicos negativos.

Dentro de tais efeitos negativos, evidentemente, encontra-se a impossibilidade de o consumidor em arcar com seus compromissos financeiros. Muitos, saliente-se, já se enquadravam como superendividados antes mesmo da instauração da presente crise.

Sobre tal situação, Claudia Lima Marques, Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Clarissa

Costa de Lima afirmam ser do tipo força maior “agravada ainda pelas medidas de ‘isolamento social’, com a parada do comércio, doença em massa e fragilidade dos empregos, especialmente, os informais, liberais e autônomos”<sup>1</sup>.

Há três regramentos constantes no diploma civil, essenciais para o enfrentamento desse momento de inadimplência. São eles os artigos 393, 394 e 395 que dispõem, *in verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.<sup>2</sup>

No início do mês de abril foi publicada a Medida Provisória 948, que dispõe acerca do cancelamento de “serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública”<sup>3</sup>. Tal medida definiu, em seu artigo 2<sup>o</sup><sup>4</sup>, que, na hipótese de cancelamento dos serviços, os empresários não ficam obrigados a reembolsar os valores pagos pelos consumidores. E, ainda, em seu artigo 5<sup>o</sup><sup>5</sup>, refere que as relações de consumo por si regidas, ou seja, shows, espetáculos etc. que sofreram cancelamento, caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior, além de caracterizar uma ou outra excludente, deixando o campo aberto pra tantas quantas possíveis as interpretações em desfavor do consumidor, grifa-se que não cabem danos morais, multa ou outras penalidades.

Em que pese tal medida demonstre parecer existir um esforço, por parte de algumas autoridades, em utilizar os dispositivos do Código Civil que tratam da força maior e do caso fortuito em desfavor do consumidor, os mesmos devem ser interpretados como pilares fundamentais para proteger o consumidor da mora a que não deu causa e, não para proteger grandes empresas com vistas a garantir seu lucro na época catastrófica em que se está vivendo.

Destaca-se também a Lei nº14.034, de 05.08.2020, que estabelece medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da Covid-19 na aviação civil brasileira.<sup>6</sup> A mesma refere, por exemplo, em seu artigo 3<sup>o</sup> que “o reembolso

1 MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v.129, Maio/Jun., 2020, DTR\2020\6377, online, p.2. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1039/908>. Acesso em: 06 abr. 2020.

2 BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. D.O.U. 11 de janeiro de 2002.

3 BRASIL. *Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020*. Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Brasília, 8 de abril de 2020. D.O.U. 8 de abril de 2020 - Edição extra.

4 Nesse sentido: “Art. 2º Na hipótese de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem: I - a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados; II - a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas; ou III - outro acordo a ser formalizado com o consumidor.” BRASIL. *Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020*. Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Brasília, 8 de abril de 2020. D.O.U. 8 de abril de 2020 - Edição extra.

5 Nesse sentido: “Art. 5º. As relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.” BRASIL. *Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020*. Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Brasília, 8 de abril de 2020. D.O.U. 8 de abril de 2020 - Edição extra.

6 BRASIL. *Lei nº14.034, de 5 de agosto de 2020. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis nos 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999*. Brasília, 8 de abril de 2020. D.O.U. 8 de abril de 2020 - Edição extra.

do valor da passagem aérea devido ao consumidor por cancelamento de voo no período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020 será realizado pelo transportador no prazo de 12 (doze) meses, contado da data do voo cancelado, observadas a atualização monetária calculada com base no INPC e, quando cabível, a prestação de assistência material, nos termos da regulamentação vigente. E ainda, no parágrafo §1º do referido artigo 3º, é dito que, “em substituição ao reembolso na forma prevista no caput deste artigo, poderá ser concedida ao consumidor a opção de receber crédito de valor maior ou igual ao da passagem aérea, a ser utilizado, em nome próprio ou de terceiro, para a aquisição de produtos ou serviços oferecidos pelo transportador, em até 18 (dezoito) meses, contados de seu recebimento”. Ou seja, observa-se um forte empenho do Poder Executivo e do Poder Legislativo brasileiros em reconhecer a força maior em prol de fornecedores do setor aéreo, turístico, de espetáculos entre outros, de forma que estes fiquem isentos de cobranças por desistências durante um período largo de tempo, podendo assim auferir prazo para retomarem, mesmo que isso seja prejudicial aos consumidores.

O entendimento de Priscilla Chater é de que “deve haver um impedimento real e comprovado que justifique a impossibilidade de cumprimento do dever contratualmente assumido”<sup>7</sup>. Essa é a exata situação do trabalhador que se encontra impossibilitado de auferir renda em razão do isolamento social que, na sua figura de consumidor, encontra uma impossibilidade justificada para o cumprimento do dever assumido de contraprestação de serviços.

Se setores da economia restam contemplados por verdadeiras moratórias legitimadas pelo Parlamento e Poder Executivo, essa mesma principiologia deve também beneficiar consumidores que estejam em manifesta dificuldade e de honrar compromissos em face ressaca econômica do isolamento imposto pelo Covid19. Deve-se registrar também que, se a reclusão social no Brasil, se fez necessária ante a falta de leitos, isso também é consequência de políticas irresponsáveis que não aplicaram recursos na área da saúde pública, o que vem ocorrendo há décadas.

### **3 A INADIMPLÊNCIA DOS CONSUMIDORES BENEFICIÁRIOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE**

Uma grande preocupação ensejada pelo quadro de inadimplência face à pandemia é a que concerne aos consumidores beneficiários de assistência privada à saúde. Isso porque, ao que se conhece, tais instituições são implacáveis quanto a atrasos nos pagamentos das mensalidades, ou qualquer descumprimento das cláusulas contratuais por parte dos consumidores.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor manifestou-se quanto aos consumidores inadimplentes junto aos seus planos de saúde, afirmando que não pode haver cancelamento ou suspensão do contrato e que tal ocorrência caracteriza prática abusiva.<sup>8</sup> Em que pese muitas entidades de proteção ao consumidor ainda não tenham se manifestado, especificamente, quanto à inadimplência do consumidor de planos de saúde, a posição esperada é a mesma ou similar à do IDEC.

Nesse descortinar de fatos, há dois projetos sob análise na Câmara dos Deputados. Tratam-se dos Projetos de Lei nº 1.070/20, da deputada Benedita da Silva, e nº 1117/20, do deputado Capitão Wagner.

---

7 CHATER, Priscilla. Coronavírus e força maior: o que diz o seu contrato? Opinião. *Revista Consultor Jurídico*. p.19, mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-19/priscilla-chater-coronavirus-forca-maior-contrato>. Acesso em: 06 abr. 2020.

8 INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Coronavírus: seus direitos com seu plano de saúde*. Publicado em 27/03/2020. Disponível em: <https://idec.org.br/dicas-e-direitos/coronavirus-seus-direitos-com-seu-plano-de-saude>. Acesso em: 07 abr. 2020.

O Projeto de Lei nº1.070 possui a seguinte ementa: “Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre a saúde suplementar, para proibir reajustes de planos de saúde durante epidemias de grande proporção”<sup>9</sup> e o PL 1117 está ementado da seguinte forma:

Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para estabelecer a vedação de reajuste das mensalidades dos Planos Privados de Assistência à Saúde, enquanto durarem os efeitos do Estado de Calamidade Pública, declarado pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020 decorrente da Pandemia do Coronavírus (Covid-19), e para determinar a vedação temporária da suspensão ou rescisão unilateral dos contratos dos Planos Privados de Assistência à Saúde, pelo prazo de 90 dias.<sup>10</sup>

Atualmente,<sup>11</sup> o Projeto de Lei nº1.070 aguarda despacho do presidente da Câmara dos Deputados e o Projeto de Lei nº1.070 foi apensado ao Projeto de Lei nº846/2020 do deputado Acácio Favacho que se encontra assim ementado:

Inclui, entre os direitos assegurados às pessoas afetadas por medidas adotadas no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (COVID19), a vedação à suspensão ou à rescisão unilateral do contrato individual de Plano Privado de Assistência à Saúde ou dos contratos de produtos de que trata o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.<sup>12</sup>

A expectativa é de que sejam aprovados imediatamente, de modo que os planos fiquem proibidos de suspender ou rescindir unilateralmente os contratos, bem como, reajustá-los.

O Projeto de Lei nº1117 pretende que as mensalidades atrasadas possam ser pagas pelos consumidores em até seis meses, sem encargos de mora, ou ainda, ser objeto de negociação entre as operadoras e clientes. A parte que pretende a autorização de pagamento dos atrasados em até seis parcelas, nos parece acertada e bastante coerente tendo em vista o cenário econômico e de saúde pública atual. Todavia, parece residir na negociação direta entre empresa e cliente o maior perigo, pois é possível que muitas abusividades sejam tentadas no futuro.

Merece registro também o Projeto de Lei nº1.200, de relatoria do Senador Rodrigo Cunha, que, se aprovado for, institui uma moratória em contratos essenciais, bancários, securitários e educacionais em favor de consumidor em razão da Pandemia do Covid19, concedendo-se um suspensão de até três meses, para que consumidores pessoas físicas, em especial, de baixa renda, que tiveram sua renda comprometida, pudessem reequilibrar seus orçamentos em razão dos impactos do estado de calamidade pública e isolamento

---

9 BRASIL. *Projeto de Lei 1.070/2020*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre a saúde suplementar, para proibir reajustes de planos de saúde durante epidemias de grande proporção. Brasília, 28 de março de 2020.

10 BRASIL. *Projeto de Lei 1.117/2020*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para estabelecer a vedação de reajuste das mensalidades dos Planos Privados de Assistência à Saúde, enquanto durarem os efeitos do Estado de Calamidade Pública, declarado pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020 decorrente da Pandemia do Coronavírus (Covid-19), e para determinar a vedação temporária da suspensão ou rescisão unilateral dos contratos dos Planos Privados de Assistência à Saúde, pelo prazo de 90 dias. Brasília, 26 de março de 2020.

11 Consulta efetuada em: 06 abr. 2020.

12 BRASIL. *Projeto de Lei nº846/2020*. Inclui, entre os direitos assegurados às pessoas afetadas por medidas adotadas no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (COVID19), a vedação à suspensão ou à rescisão unilateral do contrato individual de Plano Privado de Assistência à Saúde ou dos contratos de produtos de que trata o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Brasília, 23 de março de 2020.

social. Referida norma, como acentuam Marques e Pfeiffer, tem como base Lei alemã de 25 de março de 2020, e concederia um fôlego financeiro a quem foi afetado pelas medidas de isolamento pagar seus débitos com o recomeço das atividades normais.<sup>13</sup>

E, talvez o mais importante diploma legislativo, que aguarda aprovação desde o ano 2012, é o Projeto de Lei nº3515, atualmente em tramite na Câmara dos Deputados. A necessidade de transformação do mesmo em norma vigente se reforça diante do estado de calamidade instaurado em nível mundial, e bastante perceptível no Brasil. Concebido sob a inspiração de normas estrangeiras, algumas elaboradas para contornar os efeitos da grande crise econômica de 2008, chamada de crise do subprime, o mesmo mostrou-se de grande utilidade ao atual momento. No âmbito das referidas normas, são exigidos comportamentos preventivos por parte de instituições financeiras, na concessão de crédito em geral aos consumidores, evitando-se superendividamento dos cidadãos, bem como medidas de tratamento a esse cenário, caso já esteja instaurado sob o consumidor. Para tanto, existe mobilização de parte da sociedade junto aos seus deputados eleitos, para que aprovem a referida norma, a qual, em resumo, é um resgate da dignidade do consumidor tomador de crédito. Nesse sentido, vale ressaltar o grande esforço do Instituto Brasilcon, por meio de seus diretores, de seu Presidente, Diógenes Faria de Carvalho, e da jurista principal responsável pela confecção do indicado projeto, Claudia Lima Marques, no sentido de convocar a população a exigir a aprovação do PL 3515.<sup>14</sup>

Desse modo, caso os Projetos de Lei sejam aprovados na íntegra, os órgãos de proteção ao consumidor e as demais entidades civis, deverão agir incisivamente para que sejam afastadas possíveis abusividades. Ademais, no cenário atual, seria de extrema importância a vedação da possibilidade de rescisão pela falta de pagamento por parte do consumidor ou, ainda, a elevação das mensalidades.<sup>15</sup>

Essa linha de proteção dos consumidores, nesse momento tão delicado, parece já ter alcançado o Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, deferiu tutela provisória de urgência para determinar a manutenção do plano de saúde coletivo ao qual são vinculados os consumidores demandantes do caso objeto de julgamento, há mais de vinte e sete anos.

Tal plano de saúde é composto por apenas dois usuários e a sua manutenção provisória foi justificada pelo relator pelo fato de que está instituída uma situação de pandemia, causada pelo Covid-19 e, ainda, porque os requerentes são pessoas idosas. Observe-se o trecho da decisão monocrática em comento:

Observo, de outra parte, que a Organização Mundial de Saúde declarou a pandemia do Covid-19, o que ensejou edição de decreto de calamidade pública no Brasil desde o dia 20.3.2020, circunstância que também desaconselha a suspensão do contrato de plano de saúde dos requerentes no presente momento, especialmente em razão de contarem eles com mais

---

13 MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. Notas sobre o Projeto de Lei nº1.200/2020 que “institui a moratória de obrigações contratuais de consumidores afetados economicamente pela pandemia de Coronavírus (Covid-19)” e sobre o Projeto de Lei (PL) 1.179, de 2020, que dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). *Revista de Direito do Consumidor*, n.129, São Paulo, maio/jun. 2020, p.431.

14 CARVALHO, Diógenes Faria de. Campanha #aprova 3515: é preciso aprovar o PL 3115/2015, a sobrevida do homo economicus. *Revista de Direito do Consumidor*, n.130, São Paulo, jul./ago. 2020, p.461-464.

15 Cumpre referir a obrigação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no bojo do Agravo de Instrumento nº 5011218-32.2020.8.21.7000, considerando os efeitos econômicos do Coronavírus, que obrigou o Departamento Municipal de Águas e Esgotos – DMAE, de Porto Alegre/RS, a não cortar o fornecimento do serviço a consumidores inadimplentes enquanto perdurar a pandemia de Covid19. Vide <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/tjrs-mantem-proibicao-de-corte-no-fornecimento-de-agua-em-porto-alegre/>.



de 60 anos idade (fls. 18-19) e, portanto, estarem incluídos no grupo de risco em caso de serem infectados pelo vírus. Ressalto que, em decorrência dessa situação absolutamente peculiar vivenciada pela população brasileira (e do mundo), a Procuradoria-Geral da República consultou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS sobre as providências a serem adotadas para garantir “a continuidade da prestação de serviços aos segurados que, porventura, percam as condições de manter o pagamento de suas mensalidades em dia durante esse período de calamidade pública” (Ofício 43/2020/AC/3CCR, fls. 330-331). Diante disso, ao que tudo indica, a agência reguladora decidiu recomendar às operadores de plano de saúde que não suspendam ou rescindam os contratos de planos de saúde de usuários inadimplentes há mais 60 dias, conforme notícias veiculadas na imprensa (fls. 332-335). Dessa forma, com maior razão, deve ser mantido o contrato dos usuários que estão em dia com as mensalidades (hipótese dos autos).<sup>16</sup>

Claudia Lima Marques, Káren Rick Danilevicz Bertoncetto e Clarissa Costa de Lima afirmam a medida de exata justiça para a situação atual, à qual acrescentamos a continuidade dos serviços privados de assistência à saúde:

É preciso reafirmar que a pandemia de COVID-19, com o isolamento em que muitas pessoas se encontram, especialmente os doentes e os idosos, já seria suficiente para que a mora não ocorresse, quanto mais com o agravamento da crise e a impossibilidade de deslocar para pagamento e, no caso dos idosos e analfabetos, as dificuldades de comunicação, de receber cartas, de buscar ajuda e informações, isso enquanto não tivermos o esgotamento dos serviços de saúde. Os serviços públicos devem ser os primeiros a manter o fornecimento contínuo, assim como os serviços privatizados de comunicação.<sup>17</sup>

No entanto, ainda que as decisões atuais, os projetos de lei e todos os astros jurídicos estejam, aparentemente, alinhados em favor do consumidor nesse momento pandêmico, ainda restam muitas questões que só poderão ser respondidas ao final desse cenário. São questões tais como: as mensalidades objeto de inadimplência realmente serão objeto de acordo? O consumidor já terá se reestruturado financeiramente para realizar o pagamento dos atrasados? É possível que os planos de saúde passem a redigir contratos mais severos (em desfavor do consumidor) quanto à ocorrência de pandemias e epidemias e a possibilidade de inadimplência do aderente? Não será possível que a presente situação, na qual os planos entendem estar em desvantagem, em razão da flexibilização que estão sendo obrigados a conceder aos consumidores, refletirá em reajuste demasiado dos preços?

Recentemente, em 21.08.20, a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar, que já havia tentando estabelecer termo de acordo com as operadoras de saúde, objetivando, por exemplo, o não desligamento de consumidores inadimplentes, anunciou que estaria suspensa, por 120 dias, a aplicação de reajustes aos contratos de planos de saúde para todos os tipos de plano: individual/familiar e coletivos - por adesão e empresariais. Essa suspensão terá início em setembro de 2020 e será válida para reajustes anuais e por mudança de faixa etária dos planos de assistência médica e exclusivamente odontológica. Destaca-se, outrossim, que a ANS divulga entre os meses de maio e julho os índices de reajustes anuais

---

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *TutPrv no REsp nº1840428*. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. J.27, de março de 2020, p.31.

17 MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. v.129, 2020, Maio/Jun., DTR\2020\6377, online, p.6. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1039/908>. Acesso em: 06 abr. 2020.

máximos para planos individuais/familiares, não o tendo feito até o presente em 2020. Com esta medida obstativa de reajustes anuais, entende-se que poderá não haver autorização para este tipo de reajuste também no ano de 2020.<sup>18</sup> Quanto aos planos coletivos com menos de 30 beneficiários (empresarias e por adesão), e para aqueles com 30 ou mais beneficiários, em face da medida anunciada, estão suspensos os reajustes para essas carteiras no período de setembro a dezembro de 2020. Nesse sentido, mantida essa determinação, isso confere aos usuários, bem como o seu empregador, em caso de plano coletivo empresarial, poder voltar a gerir faturamento e com isso, colocar seus débitos em dia, inclusive o plano de saúde.

#### **4 A POTENCIALIZAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROTEÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR ONLINE E DO CONSUMIDOR INADIMPLENTE**

A presente situação de isolamento social, já referida, instaurada em razão da pandemia de Coronavírus, ensejou a potencialização do comércio eletrônico. Nesse sentido, apontam-se os dados do meio de comunicação de circulação em escala nacional, Estadão, que refere que as vendas online no Brasil “mais que dobraram (137,35%) em maio de 2020, em relação ao mesmo período do ano passado. O faturamento do setor registrou alta de 127,77%, conforme o índice MCC-ENET”<sup>19-20</sup>.

O aumento das vendas pela modalidade do e-commerce tem ocorrido porque, ao mesmo tempo em que os consumidores necessitam dos produtos e serviços, os fornecedores também precisam vendê-los, é a necessidade de que a economia continue funcionando, desde que observe a saúde e segurança da coletividade. Desse modo, a venda online tem sido uma alternativa para que esse quadro possa se concretizar.

No entanto, juntamente com o aumento das vendas, o que cresceu também foram as reclamações por parte dos consumidores. A título exemplificativo, pode-se citar os dados levantados pelo PROCON-SP: no primeiro semestre de 2020 o órgão “recebeu mais de 120 mil queixas sobre compras online - um crescimento de 260% na comparação com o primeiro semestre de 2019, que teve 33.628 reclamações.”<sup>21</sup> Ademais, a primeira quinzena do mês de julho contou com mais de 25 mil reclamações, totalizando, até então, 147 mil registros até a data de elaboração do presente artigo.<sup>22</sup>

A maior parte das reclamações se concentra em problemas com a entrega do produto (seja pelo atraso ou pela a sua incorrência) e com a cobrança.<sup>23</sup>

Os problemas com a cobrança também servem para fazer suscitar a preocupação com os dados do consumidor, uma vez que a transação de consumo efetuada pela Internet acaba por exigir dados sensíveis do consumidor que podem acabar sendo utilizados de forma indevida.

18 Vide <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5913-ans-determina-suspensao-de-reajustes-de-planos-de-saude-por-120-dias>

19 GUIMARAES, Fernanda. Estadão - Coluna do Broadcast. *Com quarentena, vendas online sobem 137% em maio*, publ. 30 jun. 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/coluna-do-broad/com-quarentena-vendas-online-sobem-137-em-maio/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

20 O MCC-ENET é uma plataforma que coleta dados a respeito das “vendas de bens de consumo e entretenimento, excluindo dados de MercadoLivre, viagens/turismo, anúncios (veículos, imóveis, etc.), e aplicativos de transportes e alimentação” no país, conforme informações disponibilizadas no próprio site. Os índices apresentados por esta plataforma são coletados diariamente, por meio de informações de vendas e pesquisa de satisfação de consumidores. Nesse sentido: MCC-ENET - *Indicador de Consumo*. Disponível em: <https://www.mccenet.com.br/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

21 PROCON-SP: *Problemas no comércio online*. Publicado em 24/07/2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/problemas-no-comercio-online/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

22 PROCON-SP: *Problemas no comércio online*. Publicado em 24/07/2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/problemas-no-comercio-online/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

23 PROCON-SP: *Problemas no comércio online*. Publicado em 24/07/2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/problemas-no-comercio-online/>. Acesso em: 27/07/2020.

Os dados, coletados dos consumidores, pelos sites de compras são armazenados em bancos de dados e/ou cadastros de consumo. A estruturação e funcionamento desses bancos de dados envolve a retransmissão, pelo arquivista, de informações pessoais concernentes ao risco econômico de consumidores em geral, dentre outras informações. Há limites normativos para tal atividade, bem como condições elencadas pela jurisprudência, as quais devem ser cumpridas, sob pena de tornar a prática ilegítima e redundar, se for o caso, em reparação dos danos gerados. Além disto, acrescenta-se o fato de que informações sensíveis, ou sem conotação a esta finalidade, não poderão ser compartilhadas por aquele que as detêm.

O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor trata dos bancos de dados e cadastros de consumo. É uma regra de extrema importância para a relação de consumo, envolvendo arquivos como cadastros, fichas, registros e dados pessoais contendo informações sobre consumidores. Os dados contidos nestes bancos devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão.

No que concerne às informações negativas, relativas a situações de inadimplência, estas não podem ser repassadas por período superior a cinco anos, o mesmo sendo aplicável a débitos já prescritos.

Os cadastros de consumo são de uso comum em lojas de departamento, se prestam a captar informações de clientes, mesmo daqueles que não estejam realizando compra a crédito. Neste sentido, permitem uma aproximação maior com a clientela, facilitando a remessa de informações sobre ofertas, promoções, liquidações, novos produtos, etc. Neste caso, a origem da informação é o próprio consumidor, sendo o destino, via de regra, a empresa receptora destes dados.<sup>24</sup>

Já os bancos de dados podem ser mais observados em sentido negativo ao consumidor, como ocorre com os cadastros de proteção ao crédito. Nessa situação, a informação coletada sobre o consumidor tem com fonte os fornecedores, sendo que o destino dela, mesmo estando depositada na entidade, é justamente os demais fornecedores associados à referida entidade. Ou seja, um fornecedor tem a possibilidade de, divulgando a uma entidade de proteção ao crédito, informar o restante dos fornecedores, concorrentes ou não, o comportamento comercial de determinado consumidor, apontando este como inadimplente, se assim for o caso. Estes órgãos de proteção ao crédito desenvolvem, portanto, atividades de coleta, armazenamento e transferências a terceiros de informações pessoais de consumidores que pretendam obter crédito na praça, seja através de contratos de mútuo financeiro, ou uso de cartão de crédito, cheques, etc.<sup>25</sup>

Caso haja a divulgação inverídica de dados do consumidor ao mercado, em especial, no âmbito do cadastro negativo, o responsável por esta conduta pode sofrer punições no âmbito penal, administrativo e civil.

Desse modo, portanto, nesse momento em que o comércio *online* se encontra potencializado em razão do fechamento de alguns estabelecimentos físicos, bem como, do isolamento social das pessoas que vêm a figurar como consumidoras, estas últimas ficam sujeitas tanto aos cadastros de consumo como aos cadastros de proteção ao crédito.

Os cadastros de consumo, de forma potencializada, pois em compras físicas, via de regra, são solicitados menos dados pessoais do consumidor ou, ainda que solicitados, o

---

24 MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.

25 MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.

consumidor consegue negar o seu fornecimento e prosseguir com a compra, coisa que o *e-commerce* não permite.

Somando-se ao sistema do registro negativo, no Brasil inseriu-se também uma ideia de cadastro positivo de crédito.<sup>26</sup> Uma primeira tentativa na disciplina deste mecanismo de aferição de crédito deu-se no ano de 2009, quando a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 836 de 2003 que regulamentava o tema. No entanto, referido projeto foi vetado pelo Presidente da República em razão de, entre outros motivos, não prever regras claras de funcionamento do banco de dados de informações positivas. Hoje, a ideia de um cadastro positivo de crédito vigora por meio da Lei nº 12.414/2011.

Se existem vantagens no uso do cadastro positivo pelos fornecedores em geral, com vistas a obter informações como rendimentos do consumidor, hábitos de consumo, etc., há que se questionar que ainda é bastante difícil vislumbrar as reais vantagens que seriam obtidas pelo cadastrado.

Tudo o que se tem, atualmente, são meras conjecturas de que podem haver benefícios tais como a redução da taxa de juros aos clientes, o que, até o momento, ainda não se vislumbrou ocorrer. Desse modo, o consumidor, mais uma vez tem seus dados pessoais coletados e armazenados, sempre sofrendo o risco do vazamento ou da exposição destes.

Não raro, os dados são vendidos, por meio de expedientes obscuros, para empresas de todas as modalidades possíveis. Assim, podem adquirir os dados do consumidor desde empresas que pretendem oferecer seus produtos, tais como linhas de crédito, até mesmo, criminosos para a realização de tentativa de estelionato ou extorsão.

A exemplo, pode-se citar o site “tudosobretodos.se” que em 2015 teve a derrubada ordenada pela Justiça Federal do Rio Grande do Norte e que hoje já se encontra, novamente, ativo.<sup>27</sup> Além da ordem de proibição de exposição de dados, também restou determinado o fornecimento de dados completos das pessoas físicas que criaram e mantém o site, incluindo números de IP, *logs* de acesso e endereço de e-mail.

Não pesam dúvidas sobre a forma ilegal com a qual opera o referido site, sem autorização dos titulares dos dados transmitidos, violando direitos fundamentais como proteção da privacidade e intimidade, conferindo extenso material para a atuação de fraudadores e para a exposição indevida da vida pessoal dos cidadãos. Não se pode, contudo, afirmar que a prática é nova, havendo atividades similares na Internet em relação a dezenas de sites, os quais, quando investigados, saem do ar.

De forma genérica, o tema “dados pessoais” é referido na Lei nº 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, que trata de princípios, garantias, direitos e deveres para uso da rede mundial de computadores. Em seu artigo 10, a mencionada norma dispõe que a guarda e a disponibilização de dados pessoais, entre outros fatores, deve atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes envolvidas direta ou indiretamente. No parágrafo primeiro do aludido artigo, consta que o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar registros associados a dados pessoais que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal mediante ordem judicial. Contudo, o conjunto de regras impondo sigilo de dados pessoais tem como destinatário o provedor de Internet, o que limita

---

26 Vale, também, fazer uma breve menção ao mecanismo do *Scoring* ou *Credit Score* que, por sua vez, consiste em um sistema de pontuação para averiguação de risco de determinada pessoa física ou jurídica, que almeja obter concessão de crédito.

27 BRASILIENSE, Correio. *Justiça determina que site tudo sobre todos seja retirado do ar*. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2015/07/30/internas\\_polbraeco,492637/justica-determina-que-site-tudo-sobre-todos-seja-retirado-do-ar.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2015/07/30/internas_polbraeco,492637/justica-determina-que-site-tudo-sobre-todos-seja-retirado-do-ar.shtml). Acesso em: 09 fev. 2020.

bastante o controle sobre a transmissão destas informações, já que outros, que não detêm este *status* específicos, têm o caminho livre, submetendo-se, se for o caso, a eventuais indenizações que não logram reproduzir minimamente o ganho com a venda de dados pessoais, sejam para campanhas de marketing e publicidade, ou outros institutos.

Na tentativa de se gerar limites a operações envolvendo dados pessoais, matéria que até então ainda não se encontrava normatizada especificamente no Brasil, foram propostos o Projeto de Lei nº 4.060/12<sup>28</sup> e o Projeto de Lei no Senado nº 181/14.<sup>29</sup>

Quanto ao primeiro Projeto, hoje encontra-se transformado na Lei Ordinária nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que conforme a mesma prevê em seu primeiro artigo:

Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.<sup>30</sup>

Quanto ao segundo Projeto, foi dado como prejudicado em virtude da deliberação do Projeto de Lei nº 53/2018, com o qual tramitava em conjunto. Grife-se que o PLC nº 53/2018 também convergiu para a promulgação da Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados terá no mês de agosto, do corrente ano, a sua entrada em vigor. A partir de então, passará a regulamentar o processamento e tratamento das informações pessoais no país. Essa lei é tida como a sucessora do Marco Civil da Internet e teve como modelo a *General Data Protection Regulation*<sup>31</sup>.

Ressalva necessária, porém, é a que faz Luciano Martins de que, apesar de parecer ser lógico que a LGPD tratará de dados processados e tratados digitalmente, a eles não se restringe, abarcando, também, todos os formatos de dados pessoais.<sup>32</sup>

No que concerne ao banco de dados de informações dos consumidores e a venda destas, a LGPD preceitua, em seu artigo 2º, que a disciplina da proteção de dados tem em seus fundamentos “o respeito à privacidade” (inciso I), “a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem” (inciso IV), “a defesa do consumidor” (inciso V) dentre outros.

Assim, já em um primeiro momento, fica evidente que há uma preocupação com a privacidade e a intimidade do consumidor e seus dados. A cártula também demonstra preocupação em delimitar conceitos, tais como o do banco de dados que passa a ser entendido como “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”<sup>33</sup>.

Outrossim, a legislação também arrola, no seu artigo 7º, as hipóteses em que os dados pessoais armazenados nos bancos de dados podem ser tratados. São elas:

---

28 CONGRESSO NACIONAL. *Projeto de lei nº 4.060, de 2012*. (Do Sr. Deputado MILTON MONTI). Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Vide: [http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DD521250B92EE56AEFA66E380FB5D7AD.proposicoesWeb2?codteor=1001750&filename=Tramitacao-PL+4060/2012](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DD521250B92EE56AEFA66E380FB5D7AD.proposicoesWeb2?codteor=1001750&filename=Tramitacao-PL+4060/2012). Acesso em: 09 fev. 2020.

29 Vide <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=150798&tp=1>. Acesso em: 09 fev. 2020.

30 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Brasília, 14 de agosto de 2018. DOU de 15.8.2018.

31 BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Brasília, 14 de agosto de 2018. DOU de 15.8.2018.

32 MARTINS, Luciano. *Tudo sobre a LGPD e os impactos na advocacia*. Migalhas. Migalhas de Peso. Disponível em: [migalhas.com.br/depeso/319949/tudo-sobre-a-igpd-e-os-impactos-na-advocacia](http://migalhas.com.br/depeso/319949/tudo-sobre-a-igpd-e-os-impactos-na-advocacia). Acesso em: 09 fev. 2020.

33 Inciso IV do artigo 5º da LGPD.



- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Estas hipóteses elencadas pela lei em que é possível o tratamento dos dados, ou seja, operação de coleta, utilização, reprodução etc., são fechadas, e nelas, por certo, não se inclui a venda de informação de consumidores sob qualquer justificativa.

Além do mais, o referido diploma faz menção do uso de dados sensíveis por parte das operadoras de saúde em seu § 5º do artigo 11. Tal dispositivo refere que é proibido que as operadoras de planos de saúde realizem o tratamento de dados relacionados com a saúde dos consumidores para selecionar os riscos no momento da contratação, ou até mesmo para excluir beneficiários.

Portanto, ainda que nesse momento a sociedade possa contar com a Lei Geral de Proteção de Dados para o resguardo de suas informações pessoais, ou informações sensíveis, deve-se ter em mente que o atual momento pandêmico em que se vive intensificou a coleta dos referidos dados, tanto pela esfera pública como pela particular.<sup>34</sup>

Adriana Espíndola Corrêa e Pedro Henrique Machado da Luz referem que a utilização dos dados pessoais é muito anterior à legislação que passa a vigorar, vindo a sua elaboração de forma tardia. Exemplificam o interesse da esfera pública pelos dados pessoais com o Recadastramento Biométrico do Tribunal Superior Eleitoral que ocorreu de forma exitosa e anterior à publicação da LGPD.<sup>35</sup> Nesse sentido:

O tratamento de dados biométricos pelo poder público no Brasil revela uma certa continuidade de práticas justificadas por um interesse público genérico e sem maiores cuidados, e observância ao direito à privacidade e ao direito à proteção de dados pessoais. Esse quadro tende, por óbvio, a agravar-se em um momento de excepcionalidade como de uma pandemia global, que nos atinge gravemente.<sup>36</sup>

---

34 CORRÊA, Adriana Espíndola; LUZ, Pedro Henrique Machado da. A exceção na proteção de dados pessoais durante a Covid-19 - parte 1. *Revista Consultor Jurídico*. 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/direito-civil-atual-excecao-protecao-dados-pessoais-durante-covid-19>. Acesso em: 06 ago. 2020.

35 CORRÊA, Adriana Espíndola; LUZ, Pedro Henrique Machado da. A exceção na proteção de dados pessoais durante a Covid-19 - parte 1. *Revista Consultor Jurídico*. 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/direito-civil-atual-excecao-protecao-dados-pessoais-durante-covid-19>. Acesso em: 06 ago. 2020.

36 CORRÊA, Adriana Espíndola; LUZ, Pedro Henrique Machado da. A exceção na proteção de dados pessoais durante a Covid-19 - parte 1. *Revista Consultor Jurídico*. 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/direito-civil-atual-excecao-protecao-dados-pessoais-durante-covid-19>. Acesso em: 06 ago. 2020.

Outro exemplo de coleta e uso de dados pessoais, nesse caso, dos consumidores pelos fornecedores de produtos e serviços com finalidade de repasse ao poder público foi o SIMI, Sistema de Monitoramento Inteligente, promovido pelo estado de São Paulo. Esse sistema foi instituído pelo Decreto nº 64.963, de 05 de maio de 2020 e é definido, no próprio site do estado de São Paulo como uma “parceria com as operadoras de telefonia Vivo, Claro, Oi e TIM usa dados digitais para medir a adesão à quarentena em todo o Estado e também envia mensagens de alerta para regiões com maior incidência da COVID-19.”<sup>37</sup>

Nesse sentido, a situação presente deixa em aberto uma série de perguntas, tais como: as empresas que coletaram, de forma mais intensa, dados dos consumidores durante a presente pandemia, tais como as operadoras telefônicas que realizaram acordo de monitoramento de pessoas com o estado de São Paulo, verdadeiramente, usarão os dados coletados apenas para o fim entabulado? Qual o limite do armazenamento de dados e até onde esses dados podem chegar? Será possível reverter uma exposição indevida de dados pessoais do consumidor? Um vazamento de dados pode ter reversão com possibilidade de retorno ao *status quo ante*?

A respeito dessas preocupações, a Associação de Pesquisa Data Privacy Brasil<sup>38</sup> publicou o relatório denominado de “Privacidade e Pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19” no qual delimita algumas diretrizes para o respeito dos direitos fundamentais na coleta de dados. Observe-se o trecho do sumário executivo do relatório, no qual é explicada a proposta do documento:

O objetivo do Relatório é informar processos decisórios atualmente em curso no Brasil, tanto no setor público quanto no setor privado, com vistas ao desenvolvimento de soluções inovadoras que se valem do uso de dados para auxiliar no combate a uma das maiores pandemias do último século.<sup>39</sup>

Assim, o referido relatório apresenta recomendações sobre como devem ser feitos os requerimentos de acesso aos dados pessoais, podendo ser aplicado a diversas atividades, mas tendo seu foco na “constituição de protocolos para o tratamento de dados, em especial o uso compartilhado para fins de combate à COVID-19.”<sup>40</sup>

Assim, quando da coleta, armazenamento e concessão ao acesso dos dados, devem estar presentes os seguintes princípios dos quais se destacam: motivação fundamentada; amparo em autorização legal; formalização em instrumento jurídico; definição de finalidade específica de forma expressa, sendo vedado o uso com finalidades lucrativas e discriminatórias

---

37 GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Governo de SP apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus*. Publicado em: 09 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contra-coronavirus/>. Acesso em: 06 ago. 2020.

38 GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Governo de SP apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus*. Publicado em: 09 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contra-coronavirus/>. Acesso em: 06 ago. 2020.

39 A Data Privacy Brasil, conforme informações disponibilizadas no próprio site da associação, “produz pesquisas e ações de incidência na intersecção entre tecnologias, uso de dados e direitos fundamentais. A partir de uma Política de Financiamento Ético e Transparência, a associação desenvolve projetos estratégicos de pesquisa em proteção de dados pessoais, mobilizando conhecimentos que podem ajudar reguladores, juízes e profissionais do direito a lidar com questões complexas que exigem conhecimento profundo sobre como os sistemas sócio técnicos afetam os direitos fundamentais. A associação é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos constituída em 2020.” (DATA PRIVACY BRASIL RESEARCH. *Apresentação - Um pouco sobre nós*. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/#apren> Acesso em: 06 jun. 2020).

40 BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020, p.5. Disponível em: [https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/04/relatorio\\_privacidade\\_e\\_pandemia\\_final.pdf](https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_privacidade_e_pandemia_final.pdf). Acesso em: 06 ago. 2020.

abusivas; limitação ao mínimo necessário; definição do ciclo de vida dos dados (limite temporal, exclusão posterior ao uso adequado e qualidade dos dados); (pseudo)anonimização de forma a garantir baixos riscos de reidentificação de pessoas (não repasse de dados e inclusão de terceiros confiáveis caso seja necessária a agregação de base de dados); garantia da segurança da informação e transparência ativa.<sup>41</sup>

Nesse atual momento, seria de extrema importância que as empresas que coletam dados dos consumidores respeitassem estas diretrizes sugeridas pela Data Privacy, o que faria com que algumas das perguntas que hoje assombram os ativistas da defesa do consumidor fossem respondidas, dando maior segurança e tranquilidade àqueles que forneceram seus dados em compras, pesquisas e outras tantas formas de coleta.

No entanto, desafortunadamente, as diretrizes do Data Privacy possuem o cunho tão somente sugestivo, não sendo obrigatório o seu cumprimento. Nesse momento, o que está vigendo é Lei Geral de Proteção de Dados, já explicada, mas que não abrange totalmente as necessidades de proteção e resguardo de informações sensíveis nesse momento pandêmico.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto ao longo do artigo, a partir do início do corrente ano a sociedade global passou a ser assobrada com o Coronavírus, o chamado Covid-19. Tal situação, tem impactado na saúde, na economia e em outras tantas esferas.

Para combater a situação instaurada, a recomendação tem sido o isolamento social. Esse cenário, portanto, ensejou a perda de trabalho de diversas pessoas e, com isso, suscitou diversos questionamentos quanto à inadimplência dos consumidores, pois muitos trabalhadores não podem mais sair às ruas para prestar seus serviços e, ainda, outros tantos, sofreram demissão ou perda drástica da renda, sem a capacidade em honrar com as obrigações financeiras anteriormente assumidas.

O presente estudo trouxe à discussão mais questionamentos e provocações para a reflexão, do que respostas, propriamente, pois o final da pandemia e as suas consequências ainda é algo que não se pode determinar nem mensurar com precisão.

Assim, em que pese estejam sendo elaborados Projetos de Lei, passado a vigor a Lei Geral de Proteção de Dados, há, ainda, muitos problemas que aguardam solução em um futuro próximo. Dentre esses problemas, é preocupante se os consumidores que expuseram e tiveram seus dados pessoais coletados com maior intensidade, principalmente em razão do aumento do *e-commerce*, terão seus dados resguardados.

E, quanto aos consumidores de saúde suplementar que, em face da pandemia, figuram como inadimplentes, o que devem aguardar para o futuro? As mensalidades objeto de inadimplência realmente serão objeto de acordo? Eles já terão reestruturado suas finanças para realizar o pagamento dos atrasados? É possível que os planos de saúde passem a redigir contratos mais severos (em desfavor do consumidor) quanto à ocorrência de pandemias e epidemias e a possibilidade de inadimplência do aderente? Não será possível que a presente situação, na qual os planos entendem estar em desvantagem em razão da flexibilização que estão sendo obrigados (seja por pressão moral, seja por força judicial) a conceder aos

---

41 BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020, p.5. Disponível em: [https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/04/relatorio\\_privacidade\\_e\\_pandemia\\_final.pdf](https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_privacidade_e_pandemia_final.pdf). Acesso em: 06 ago. 2020.

consumidores refletirá em reajuste demasiado dos preços?

Assim, vê-se que a quantidade de perguntas que se apresentam no momento é muito maior do que as respostas que estão ao alcance dos estudiosos das mais diversas áreas afetadas pelo Coronavírus. A certeza é apenas uma: a de que os consumidores possam contar com estatutos protetivos e precedentes jurisprudenciais cada vez mais fortes em favor da sua proteção para não ficarem desamparados.

## REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020. Disponível em: [https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/04/relatorio\\_privacidade\\_e\\_pandemia\\_final.pdf](https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_privacidade_e_pandemia_final.pdf). Acesso em: 06 ago. 2020.

CARVALHO, Diógenes Faria de. Campanha #aprova 3515: é preciso aprovar o PL 3115/2015, a sobrevida do homo economicus. *Revista de Direito do Consumidor*, n.130, São Paulo, jul./ago. 2020, p.461-464.

CHATER, Priscilla. Coronavírus e força maior: o que diz o seu contrato? Opinião. *Revista Consultor Jurídico*, publ. 19 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-19/priscilla-chater-coronavirus-forca-maior-contrato>. Acesso em: 06 abr. 2020.

CORRÊA, Adriana Espíndola; LUZ, Pedro Henrique Machado da. A exceção na proteção de dados pessoais durante a Covid-19 - parte 1. *Revista Consultor Jurídico*. 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/direito-civil-atual-excecao-protecao-dados-pessoais-durante-covid-19>. Acesso em: 06 ago. 2020.

DATA PRIVACY BRASIL RESEARCH. *Apresentação - Um pouco sobre nós*. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/#apren>. Acesso em: 06 jun. 2020.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Governo de SP apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus*. Publicado em: 09/04/2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contra-coronavirus>. Acesso em: 06 ago. 2020.

GUIMARAES, Fernanda. Estadão - Coluna do Broadcast. *Com quarentena, vendas online sobem 137% em maio*. P. 30/06/2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/coluna-do-broad/com-quarentena-vendas-online-sobem-137-em-maio/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Coronavírus: seus direitos com seu plano de saúde*. Publicado em 27/03/2020. Disponível em: <https://idec.org.br/dicas-e-direitos/coronavirus-seus-direitos-com-seu-plano-de-saude>. Acesso em: 07 abr. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v.129, Maio/Jun., 2020, DTR\2020\6377, online. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1039/908>. Acesso em: 06 abr. 2020.

MARQUES, Claudia Lima, Pfeiffer, Roberto Castellanos. Notas sobre o Projeto de Lei nº1.200/2020 que “institui a moratória de obrigações contratuais de consumidores afetados economicamente pela pandemia de Coronavírus (Covid-19)” e sobre o Projeto de Lei (PL) 1,179, DE 2020, que dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). *Revista de Direito do Consumidor*, n.129, São Paulo, maio/jun. 2020, p.431.

MARTINS, Luciano. *Tudo sobre a LGPD e os impactos na advocacia*. Migalhas. Migalhas de Peso. Disponível em: [migalhas.com.br/depeso/319949/tudo-sobre-a-lgpd-e-os-impactos-na-advocacia](https://migalhas.com.br/depeso/319949/tudo-sobre-a-lgpd-e-os-impactos-na-advocacia). Acesso em: 09 fev. 2020.

MCC-ENET - *Indicador de Consumo*. Disponível em: <https://www.mccenet.com.br/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

PROCON-SP. *Problemas no comércio online*. Publicado em 24 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/problemas-no-comercio-online/>. Acesso em: 27 jul. 2020.



# REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS JURÍDICOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

## **Adalberto de Souza Pasqualotto**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Consumidor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

## **Bernardo Franke Dahinten**

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Médico pela Escola Superior Verbo Jurídico. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Imobiliário, Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Os contratos de consumo e a teoria da confiança; 3 Os contratos eletrônicos de consumo; 4 O aumento do consumo no comércio eletrônico e o agravamento da vulnerabilidade do consumidor em razão da crise do Covid-19; 5 Conclusões; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Como poucos, o sistema de assistência privada à saúde é de aguçada sensibilidade social e jurídica. A cobertura populacional alcançada pelos planos de saúde é muito expressiva, aproximadamente 47 milhões de usuários, equivalente a um quarto da população do país. Como complementar ao sistema público de saúde, o sistema privado desafoga a rede do SUS, contribuindo para sua viabilidade. De outra parte, o contrato que estabelece o vínculo entre as empresas assistenciais e os beneficiários é do tipo existencial, o que significa que o seu objeto não é uma mera prestação de serviços material monetarizada, mas lida diretamente com o bem mais preciso da existência humana, que é a saúde.

A esse contexto agrega-se o crescente custo da medicina e serviços correlatos, atestando, por um lado, a evolução da ciência e da tecnologia na preservação da vida e da saúde, mas simultaneamente requerendo financiamento. No caso dos planos de saúde, o custo dos serviços precisa ser distribuído entre os beneficiários, haja vista a natureza empresarial das operadoras. O grande desafio do setor, por conseguinte, é encontrar um ponto de equilíbrio entre custo e qualidade dos serviços, assegurando os direitos dos usuários e simultaneamente mantendo a higidez econômico-financeira indispensável à realização da sua finalidade social. A complexidade desse quadro tornou-se maior com a pandemia do novo coronavírus.

Que a pandemia da Covid-19 trouxe e está trazendo consigo uma verdadeira transformação no mundo, ninguém duvida. Os impactos nas mais diversas áreas da economia e da sociedade são incontestáveis, sendo dignos e comparáveis a pouquíssimos eventos na história humana. E especialmente no Brasil, o setor da saúde suplementar e dos planos de saúde encontra-se entre os mais impactados.

Isto porque os planos de saúde congregam, dependem e relacionam-se diretamente com alguns dos itens mais centralmente envolvidos nesta verdadeira e multifacetada crise: assistência à saúde, prestadores e profissionais de saúde, empregos e contratos. Como decorrência disto, diversas foram, e ainda vêm sendo, as medidas adotadas, especificamente com relação a este mercado, para tentar mitigar os efeitos nefastos da pandemia.

Este texto, no limite dos seus objetivos, busca apontar e tecer algumas considerações sobre estes assuntos, abordando algumas das principais medidas político-legislativas, judiciais, regulatórias e assistenciais adotadas pelo ou para o sistema de saúde suplementar, frente aos impactos da pandemia.

## 2 RELACIONANDO A PANDEMIA DA COVID-19 E OS PLANOS DE SAÚDE

### 2.1 A Pandemia da Covid-19

O novo coronavírus (Sars-CoV-2) e a patologia que ele acarreta, a Covid-19, caracterizam-se certamente como um inimigo sem precedentes na história recente da humanidade, digno de cenários apocalípticos<sup>1</sup>, e que acarretou rupturas, crises e mudanças próprias de uma grande guerra mundial: milhões de infectados e de mortos<sup>2</sup>, hospitais lotados, profissionais

---

1 "The global impact of COVID-19 has been profound, and the public health threat it represents is the most serious seen in a respiratory virus since the 1918 H1N1 influenza pandemic" (FERGUSON, Neil M. et al. *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. Report 9. Imperial College COVID-19 Responde Team. March. 2020. Disponível em: <<https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>>. Acesso em: 15/06/2020).

2 Conforme dados de 12 de janeiro de 2021, no mundo já somavam 91.516.797 infectados e 1.957.907 mortos (WORLDOMETER. *COVID-19 CORONAVIRUS PANDEMIC*. Disponível em: <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>>. Acesso em: 12/01/2021).

da saúde morrendo, aeroportos e fronteiras fechadas, crises diplomáticas, economias total ou parcialmente paralisadas, inúmeras empresas e negócios fechando, demissões em massa<sup>3</sup>, escolas e universidades com suas atividades interrompidas, famílias separadas e populações inteiras em isolamento.

Formalmente reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma “emergência de saúde pública de importância internacional” (em janeiro de 2020) e como uma “pandemia” (em março de 2020), a Covid-19 rapidamente obrigou o planeta inteiro a se adaptar.<sup>4</sup> Como logo se descobriu que o vírus da doença - até hoje, janeiro de 2021, sem cura - se transmitia tão facilmente que poderia em um curto espaço de tempo colapsar sistemas e estruturas inteiras de saúde, as atividades presenciais viram-se forçadas a se transformar: tudo o que pôde passou a ser realizado virtualmente, a distância, especialmente através da *internet*.<sup>5</sup> Determinados tipos de serviços e formas de consumo, no entanto, tiveram que ser, alguns definitivamente, totalmente fechados e impedidos de funcionarem.

No Brasil, não foi diferente. A pandemia fez com que fosse declarada situação de “emergência em saúde pública de importância nacional” pelo Ministério da Saúde (Portaria nº. 188), e estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº. 06). Em pouco tempo, foi publicada, também, a Lei Federal nº. 13.979, dispondo sobre medidas para enfrentamento da situação, inclusive permitindo a adoção, por parte das autoridades, de medidas como determinação de isolamento social e quarentena, suspensão e restrição de atividades e a requisição de bens e serviços particulares, por exemplo.

Apesar da infindável quantidade de normas e medidas adotadas pelas autoridades e organismos, em praticamente todas as áreas e setores econômicos, no sentido de combater ou minimizar os efeitos da Covid-19, a pandemia trouxe consigo uma crise multifacetada: humanitária, sanitária, social, econômica e política.<sup>6</sup>

Embora os planos de saúde, enquanto serviços de assistência à saúde, dada a sua evidente essencialidade, tenham sido resguardados pelo Decreto nº. 10.282 (pelo que não foram obrigados a suspender suas atividades), os efeitos da pandemia junto ao sistema de saúde suplementar foram - e ainda são - especialmente impactantes.

## 2.2 O Mercado dos Planos de Saúde

O mercado dos planos de saúde configura-se como um sistema de saúde de matriz constitucional<sup>7</sup>, que integra o sistema nacional de saúde e contempla aproximadamente 25% da

3 Sobre os efeitos da Covid-19 nos empregos pelo mundo, ver WORLD ECONOMIC FORUM. *How coronavirus has hit employment in G7 economies*. May. 2020. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2020/05/coronavirus-unemployment-jobs-work-impact-g7-pandemic/>>. Acesso em: 25/07/2020.

4 “COVID-19 has turned the world upside down. Everything has been impacted. How we live and interact with each other, how we work and communicate, how we move around and travel. Every aspect of our lives has been affected” (COMMITTEE FOR THE COORDINATION OF STATISTICAL ACTIVITIES. *How COVID-19 is changing the world: a statistical perspective*. May. 2020. Disponível em: <<https://www.uneca.org/publications/how-covid-19-changing-world-statistical-perspective>>. Acesso em: 17/06/2020).

5 BAIG, Aamer *et al.* *The COVID-19 recovery will be digital: A plan for the first 90 days*. May. 2020. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/the-covid-19-recovery-will-be-digital-a-plan-for-the-first-90-days#>>. Acesso em: 05/06/2020.

6 LIMA, Nisia Trindade; BUSS, Paulo Marchiori; PAES-SOUZA, Rômulo. A Pandemia de Covid-19: uma crise sanitária e humanitária. *Caderno de Saúde Pública*. Vol. 36. N. 7. 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-07-e00177020.pdf>>. Acesso em: 01/08/2020; CONTI, Thomas V. *Crise Tripla do Covid-19: um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia*. Abril. 2020. Disponível em: <<http://thomasvconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06.-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o.-Vers%C3%A3o-1.1.pdf>>. Acesso em: 25/06/2020.

7 Sobre o art. 199, da Constituição Federal de 1988, ver SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Comentários ao art. 199. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.2024-2027.

população – cerca de 47 milhões de pessoas – do que já se denota a sua especial relevância.<sup>8</sup> Da totalidade da massa de beneficiários vinculados a planos de saúde em todo o Brasil, a grande maioria (cerca de 68%) possui tal condição por conta da relação de emprego.<sup>9</sup> Ou seja, através de empresas e empresários que contratam um plano de saúde coletivo empresarial em favor dos seus colaboradores.

Não é difícil encontrar, na literatura jurídica, autores defendendo e reconhecendo a essencialidade e a importância dos planos de saúde e do sistema de saúde suplementar como um todo, que notadamente frente às diversas dificuldades do sistema público de saúde é uma alternativa necessária para quem consegue arcar com seus custos.<sup>10</sup>

De fato, o próprio sistema único de saúde e o poder público dependem, em substancial parte, dos planos de saúde, pois esses não apenas desafogam cerca de 25% da demanda por serviços assistenciais, como ressarcem aquele sistema quando beneficiários utilizam a rede pública para serviços a que teriam direito, por força contratual, que fossem executados pelas operadoras.<sup>11</sup>

Os planos de saúde caracterizam-se, em resumo, como contratos de natureza securitária firmados junto a operadoras de planos de saúde, através dos quais os contratantes, ou os beneficiários por aqueles indicados, têm direito à cobertura financeira de serviços de saúde, prestados via rede de prestadores própria ou contratada, em contrapartida do pagamento de uma contraprestação mensal.<sup>12</sup>

Não obstante a extensa regulamentação que incide sobre os planos de saúde, especialmente (mas não apenas) pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e embora boa parte dos principais tópicos (como a amplitude das coberturas assistenciais obrigatórias) esteja amplamente normatizada, as relações estabelecidas no âmbito deste setor constituem-se através de instrumentos contratuais, por meio dos quais são estabelecidos direitos e obrigações das partes.

Através da sua receita, advinda do pagamento das mensalidades dos contratantes e beneficiários, as operadoras pagam os prestadores a ela vinculados, como hospitais, médicos e laboratórios, muitos dos quais dependem integralmente desta forma de faturamento. E, naturalmente, os prestadores prestam seus serviços aos beneficiários desde que as operadoras paguem pelos respectivos serviços.

O mercado e o sistema de saúde suplementar, portanto, pode ser caracterizado como um complexo motor, cujas engrenagens são interdependentes: o não funcionamento de

8 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados Consolidados Saúde Suplementar*. Atualizado em 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 12/01/2021.

9 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados Consolidados Saúde Suplementar*. Atualizado em 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 12/01/2021.

10 Diversos autores reconhecem a indispensabilidade dos planos de saúde, vide, por exemplo, OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado? *Revista de economia contemporânea*. V. 10, n.1, Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr., 2006, p.157-185; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. *Revista de Direito do Consumidor*. V.51, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2004, p.106.

11 Ademais, são diversos os autores que relacionam a interdependência entre a saúde pública e a saúde privada no Brasil. Apenas para exemplificar, citável SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.308; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.97; GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39; SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.22-24.

12 Sobre os efeitos da pandemia nas relações contratuais, inclusive da necessidade de verificar os efeitos concretos em cada caso, ver ALBIANI, Christiane Mattos. Os Impactos do Coronavírus nas Relações Contratuais. In: BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins (Coords.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. Segundo Volume. São Paulo: IASP, 2020, p.164-181.

uma compromete o das demais. Portanto, os planos de saúde estão intimamente vinculados e relacionados com o nível de intensidade das demandas assistenciais, com o nível de empregos, com o adimplemento das mensalidades por parte dos seus contratantes e com prestadores de serviços de saúde integrantes da sua rede assistencial.

Neste sentido, em um contexto de fechamento de estabelecimentos comerciais e empresas<sup>13</sup>, demissões em massa, queda geral de renda e poder de compra, impedimento de contatos físicos, lotação de hospitais, profissionais da saúde em risco, afastados e morrendo, os reflexos direta e indiretamente causados pela Covid-19 no mercado dos planos de saúde deu-se sob diversos aspectos e de maneira bastante nítida.<sup>14</sup> Nada mais natural, frente a este cenário, sobretudo considerando a relevância deste segmento econômico para o país, que as autoridades públicas buscassem – e busquem – adotar medidas voltadas à mitigação destes impactos.

### 3 REPERCUSSÕES DA COVID-19 NO SISTEMA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

#### 3.1 As Medidas Político-Legislativas

A despeito da vastidão de expedientes normativos publicados<sup>15</sup>, em praticamente todas as searas e setores, na tentativa de minimizar e enfrentar os efeitos da pandemia - alguns com amplo espectro de alcance, como a Lei Federal nº. 14.010<sup>16</sup> -, é especialmente espantosa a quantidade de medidas político-legislativas, aqui compreendidas como Leis e Projetos de Lei (PLs), que objetivam e objetivaram alterar questões relacionadas aos planos de saúde.

A partir de uma pesquisa junto ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados<sup>17</sup>, apenas entre os meses de março e julho de 2020, constata-se que foram apresentados mais de 50 PLs<sup>18</sup> relativos especificamente aos planos de saúde e tendo como contexto a pandemia, quase todos pretendendo alterar a Lei Federal nº. 9.656/98 (a Lei dos Planos de Saúde) e/ou a Lei Federal nº. 13.979/2020, e que se encontram, atualmente, em plena tramitação.

A grande maioria dos projetos busca ampliar direitos e garantias dos beneficiários, impedindo, por exemplo, as operadoras de reajustar mensalidades, de suspender atendimentos ou mesmo de rescindir contratos, ainda que frente a situações de inadimplemento.

---

13 A taxa de desocupação no Brasil alcançou 14,6% no final do terceiro trimestre de 2020, o que equivale a 14,1 milhões de pessoas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Continua*: desemprego chega a 14,6% no terceiro trimestre, com alta em 10 estados. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20chegou,14%2C1%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas>>. Acesso em: 12/01/2021).

14 Não obstante, ao contrário do que se poderia presumir, de acordo com os dados disponibilizados ao longo de 2020, pela ANS, através das edições do seu “Boletim Covid-19 – Saúde Suplementar”, o nível de inadimplência não destoou da média histórica, assim como não houve aumento dos níveis de sinistralidade (e por decorrência dos custos assistenciais das operadoras) em relação aos anos anteriores (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Coronavírus (Covid-19): monitoramento dos impactos da pandemia*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19>>. Acesso em: 12/01/2021).

15 Uma pesquisa realizada pela Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário, da Universidade de São Paulo, junto com a Conectas Direitos Humanos, contabilizou 1.236 normas jurídicas relacionadas à pandemia, elaboradas pela União, entre janeiro e maio de 2020 (CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO. *Direitos na Pandemia*: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil. Boletim n. 01. Disponível em: <<http://cepedisa.org.br/publicacoes/>>. Acesso em: 15/07/2020).

16 Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).

17 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>

18 O referido número desconsidera os PLs apresentados no período e que, apesar de tratar de planos de saúde, nenhuma relação tem com a pandemia da Covid-19, como por exemplo os PLs nº. 2.285/2020, que busca eliminar os prazos de carências dos planos de saúde, e nº. 3.453/2020, que busca proibir a “discriminação por gênero, raça e credo” quando da contratação de planos de saúde (ambos do deputado federal Alexandre Frota – PSDB/SP) e o PL nº. 3.441/2020, para incluir academias de ginástica e atividades físicas dentre as coberturas obrigatórias (do deputado federal Nereu Crispim – PSL/RS).



Seguindo esta trilha, citáveis, por exemplo, o PL nº. 846/2020, para vedar a suspensão ou rescisão unilateral dos planos de saúde das pessoas afetadas pelas medidas adotadas no enfrentamento da pandemia; o PL nº. 1.070/2020, para vedar o reajuste das mensalidades de planos de saúde em casos de epidemias de grande proporção; o PL nº. 1.443/2020, para vedar as operadoras de praticarem reajustes de mensalidade, bem como negar atendimento por motivo de inadimplência, durante o período da emergência sanitária decorrente da pandemia; o PL nº. 2.418/2020, para determinar que os valores das mensalidades de todos os contratos de planos de saúde sejam reduzidos em 30% durante a vigência do estado de calamidade pública decorrente da Covid-19; e o PL nº. 2.154/2020, para tornar obrigatória a cobertura para exames de agentes patogênicos causadores de epidemias e pandemias.<sup>19</sup>

Muitos projetos, por outro lado, buscam garantir que o sistema público de saúde e o Poder Público em geral possa utilizar (fila única<sup>20</sup>) ou requisitar<sup>21</sup> a rede de prestadores dos planos de saúde, especialmente os hospitais e leitos de UTI, de modo a ampliar o acesso aos pacientes sem planos. Citáveis, neste sentido, por exemplo, o PL nº. 1.254/2020, que cria uma fila única, por unidade federada, de todos os pacientes com indicação médica para internação hospitalar, para ocupação aos leitos hospitalares vagos, em instituições públicas e privadas, durante o período de emergência em saúde pública em função da Covid-19; o PL nº. 1.316/2020, para prever a possibilidade de não apenas leitos hospitalares, mas de alas e até hospitais inteiros serem requisitados pelo Poder Público; o PL nº. 2.301/2020, que garante o acesso dos pacientes diagnosticados com Covid-19 em estado grave a todos os leitos de UTI, seja em hospital público ou privado, de acordo com a gravidade e proximidade geográfica com a instituição, durante o período da emergência em saúde pública; e o PL nº. 3.143/2020, para permitir que operadoras de planos de saúde que tenham dívidas junto ao Fundo Nacional de Saúde, por conta do ressarcimento devido ao Sistema Único de Saúde, possam ser compensadas por meio da oferta de leitos de UTI da sua rede aos gestores do SUS, para atendimento exclusivo de usuários do sistema público.<sup>22</sup>

Alguns PLs também se destacam por buscarem garantir direitos especiais aos prestadores de serviços, como o PL nº. 1.712/2020, que propõe que durante o período da pandemia as operadoras de planos de saúde garantam o pagamento dos prestadores de serviço hospitalares com base na média do faturamento destes dos últimos 12 meses e o PL nº. 2.145/2020, para determinar que todos os profissionais de saúde tenham direito a desconto de 50% na contratação de plano de saúde, mesmo para aqueles contratos firmados anteriormente à vigência da lei, enquanto alguns (poucos, é verdade) dirigem-se a garantir

19 Entre outros que também tratam de questões semelhantes, citáveis os PLs nº. 955/2020, 1.117/2020, 1.288/2020, 1.318/2020, 1.317/2020, 1.493/2020, 1.474/2020, 1.636/2020, 1.763/2020, 1.892/2020, 1.859/2020, 1.907/2020, 1.944/2020, 2.012/2020, 2.230/2020, 2.250/2020, 2.286/2020, 3.117/2020, 1.542/2020, 3.219/2020, 3.240/2020, 3.504/2020, 3.821/2020, 3.854/2020, 3.846/2020, 3.870/2020 e 3.885/2020.

20 A criação de uma fila única (tanto a proposta de fila única geral, como de uma fila única parcial) de leitos hospitalares, especialmente de UTI, contemplando instituições públicas e privadas, leva em consideração diversos fatores, entre eles a desigualdade no número de leitos disponíveis ao Sistema Único de Saúde frente àqueles disponíveis aos beneficiários de planos de saúde. Sobre o tema, ver MARINHO, Alexandre. *A Proposta de Adoção de Fila Única nas Unidades de Terapia Intensiva e nas Demais Internações Hospitalares, durante a Pandemia de Covid-19 no Brasil: considerações teóricas do campo da economia da saúde sobre as alternativas disponíveis*. Nota Técnica n. 65. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10011/1/NT\\_65\\_Diset\\_%20Proposta%20de%20Adocao%20de%20Fila%20unica%20nas%20Unidades%20de%20Terapia%20Intensiva.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10011/1/NT_65_Diset_%20Proposta%20de%20Adocao%20de%20Fila%20unica%20nas%20Unidades%20de%20Terapia%20Intensiva.pdf)>. Acesso em: 28/06/2020.

21 Em linhas gerais, os alegados fundamentos jurídicos de tal requisição são a Constituição Federal (arts. 5º, inc. XXV e 196), a Lei Federal nº. 8.080/90 (art. 15, inc. XIII) e a Lei Federal nº. 13.979/20 (art. 3º, inc. VII). Citável, também, a Recomendação nº. 26/2020, do Conselho Nacional de Saúde, que “Recomenda aos gestores do SUS, em seu âmbito de competência, que requisitem leitos privados, quando necessário, e procedam à sua regulação única a fim de garantir atendimento igualitário durante a pandemia”.

22 Entre outros que também tratam de questões semelhantes, citáveis os PLs nº. 2.176/2020, 2.333/2020, 2.460/2020 e 2.548/2020.

algum benefício às operadoras, como o PL nº. 1.630/2020, para obrigar bancos públicos e privados a criarem linha de crédito especial para financiamento de folha de pagamento de hospitais, clínicas e operadoras de planos de saúde.

Chama atenção, entre os projetos encontrados, além da numerosidade, a má qualidade do conteúdo (muitos são contraditórios em si mesmos, além de possuírem rasíssima justificação), a má utilização da técnica jurídica nos textos sugeridos (um projeto, por exemplo, almeja tratar do reajuste de mensalidade de beneficiários, mas a alteração legal proposta diz respeito a normas de reajuste junto a prestadores de serviços), a repetição ou sobreposição de propostas e, inclusive, a total desnecessidade de algumas (que supostamente criam algo que na verdade já existe), o que revela que em muitos casos se está diante de nítido oportunismo político.<sup>23</sup>

Além dos projetos legislativos em nível federal, em alguns Estados também tramitam ou tramitaram propostas, nas suas respectivas Assembleias Legislativas, que igualmente objetivaram trazer normas excepcionais e temporárias aos planos de saúde. Destas, destacam-se, por exemplo, o PL nº. 162, no Estado do Maranhão, que proíbe a suspensão e o cancelamento dos planos de saúde, por falta de pagamento, durante a pandemia (que resultou na Lei Estadual nº. 11.281); o PL nº. 162, no Estado de São Paulo, que autoriza o Poder Executivo a intervir na rede privada de saúde para garantir atendimento a casos graves de Covid-19; o PL nº. 1.670, no Estado da Paraíba, que proíbe as operadoras de, durante a pandemia, promover reajuste de mensalidades e de interromper serviços mesmo em caso de inadimplemento (já convertido na Lei Estadual n. 11.735); e o PL nº. 2.171, no Estado do Rio de Janeiro, que autoriza o Poder Executivo a proibir os planos de saúde de suspender ou cancelar contratos durante a pandemia (que também já se tornou a Lei Estadual nº. 8.811).<sup>24</sup>

### 3.2 As Medidas Judiciais

Apesar das medidas (ou tentativas de medidas) jurídicas adotadas no âmbito da esfera legislativa serem, conforme se viu, numerosas, no âmbito judicial também é possível localizar diversos casos de pleitos relacionados aos planos de saúde durante o período pandêmico, não obstante ainda não se possa mensurar com precisão a quantidade de demandas (especialmente de natureza individual), haja vista não se encontrar, até o momento, um estudo que tenha tentado compilar e analisar tais dados.

De qualquer sorte, a mídia foi responsável por veicular e noticiar a existência de diversas demandas judiciais de natureza coletiva, propostas por entidades representativas e que objetivam assegurar direitos não previstos em lei ou em normas da ANS aos beneficiários de planos de saúde, sob a justificativa da atipicidade do momento.

Neste sentido, cabe citar, por exemplo, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Distrito Federal<sup>25</sup>, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do

23 Tecendo sólidas críticas à enxurrada de projetos e a sua sistemática desconsideração de elementos jurídicos e econômicos fundamentais dos planos de saúde, ver CARLINI, Angélica. *Planos de saúde: quando a ação do Estado pode ter efeitos piores que os da pandemia!* Junho. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/329337/planos-de-saude-quando-a-acao-do-estado-pode-ter-efeitos-piores-que-os-da-pandemia>>. Acesso em 25/06/2020.

24 A constitucionalidade de algumas destas leis está sendo contestada, junto ao Supremo Tribunal Federal, através de ações propostas por entidades como a União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde e a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada, Saúde Suplementar e Capitalização (ex: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6.441, 6.443, 6.486, 6.538 e 6.491). Sobre a inconstitucionalidade de normas desta natureza, citável reflexão feita por CONDE, Luiz Felipe; MATTOS, Nathalia Victorino. É inconstitucional a lei fluminense que proíbe a suspensão de planos de saúde. *Revista Consultor Jurídico*. 2 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/estado-nao-proibir-suspensao-plano-saude-pandemia>>. Acesso em: 29/06/2020.

25 Processo nº. 0709544-98.2020.8.07.0001, tramitando junto à 15ª Vara Cível de Brasília.

Estado de São Paulo<sup>26</sup>, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe<sup>27</sup>, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte<sup>28</sup> e uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul<sup>29</sup>, todas em face de diversas operadoras de planos de saúde. As quatro primeiras buscam especialmente a garantia dos atendimentos, sem necessidade de cumprimento de carência, aos beneficiários suspeitos ou diagnosticados com Covid-19 e a quinta a não interrupção dos serviços em razão de inadimplemento das mensalidades.

Cabe destacar a similitude do objeto e propósito entre as suprarreferidas demandas judiciais coletivas e a grande maioria dos Projetos de Lei apresentados no Congresso Nacional, qual seja, proteger e assegurar aos beneficiários, independentemente de previsões contratuais ou normativas, mais direitos e garantir contra possíveis cancelamentos contratuais decorrentes de inadimplemento, contra possíveis reajustes nos valores de mensalidades ou contra negativas de cobertura para procedimentos relacionados à Covid-19.

Foi noticiada na mídia, também, uma inusitada demanda trabalhista<sup>30</sup> através da qual empresas prestadoras de serviços para determinados estabelecimentos comerciais pretendiam que o plano de saúde fosse condenado a realizar, quinzenalmente, o teste para a Covid-19 dos seus empregados, independentemente da apresentação de sintomas ou de prescrição médica.

Em se tratando de ações judiciais, cabe referir, ainda, a existência de duas ações propostas pela Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde em face da ANS, uma pretendendo a alteração da RN nº. 453, para que os planos de saúde fossem obrigados a disponibilizar e custear os testes diagnósticos para a Covid-19, independentemente da existência de sintomas ou de requisição médica<sup>31</sup>; e outra buscando a obrigatoriedade de cobertura para o teste sorológico para a detecção do novo vírus<sup>32</sup>. Mencionável, por fim, uma demanda judicial proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), junto à Justiça Federal do Distrito Federal, buscando a ampliação dos efeitos da suspensão dos reajustes de mensalidades determinada pela ANS em agosto.

### 3.3 As Medidas Regulatórias da ANS

Para uma agência reguladora reconhecidamente muito ativa e atuante<sup>33</sup>, em um período de total atipicidade, a ANS não poderia deixar de capitanear diversas medidas junto ao mercado de saúde suplementar para tentar minimizar os efeitos da pandemia, buscando preservar os beneficiários, os contratantes e, também, as próprias operadoras de planos de saúde.

Ainda em janeiro/2020, quando sequer havia notícias de disseminação de casos em território brasileiro, a ANS já havia começado a publicar materiais informativos, dirigidos aos consumidores, sobre a doença, sintomas, formas de transmissão, tratamento, bem como orientações de cuidados para prevenir e evitar a sua propagação. E em março, quando os

26 Processo nº. 1029663-70.2020.8.26.0100, tramitando junto à 32ª Vara Cível de São Paulo.

27 Processo nº. 20201360079, tramitando junto à 6ª Vara Cível de Aracaju.

28 Processo nº. 0813982-53.2020.8.20.5001, tramitando junto à 4ª Vara Cível de Natal.

29 Processo nº. 5031637-21.2020.8.21.0001, tramitando junto à 15ª Vara Cível de Porto Alegre.

30 Processo nº. 0000496-12.2020.5.10.0006, tramitando junto à 6ª Vara de Trabalho de Brasília.

31 Processo nº. 0807782-77.2020.4.05.8300, tramitando junto à 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

32 Processo nº. 0810140-15.2020.4.05.8300, tramitando junto à 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

33 BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde - Princípios Básicos da Atividade - Suporte Jurídico-Legal e Constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

primeiros casos estavam sendo noticiados, a agência publicou material<sup>34</sup> orientando aos consumidores para que adiassem “consultas, exames e cirurgias que não se enquadrem em casos de urgência e emergência”.

A disseminação de informações e orientações adequadas e assertivas, aliás, pode ser referida como uma preocupação central da agência desde os primeiros momentos, podendo ser destacada, neste sentido, a publicação da “Nota Informativa nº. 1 sobre coronavírus – Covid-19<sup>35</sup>, um documento contendo informações e orientações sobre o novo vírus a serem repassadas, pelas operadoras, aos seus beneficiários e prestadores de serviços.

Além de ter sido protagonista quanto ao aspecto da prestação de informações, a ANS também pode ser reconhecida por outras medidas protetivas e que geraram substancial impacto e mudanças no mercado dos planos de saúde. Uma destas medidas foi a suspensão temporária das atividades presenciais: em 12 de março, foi decidido suspender o atendimento presencial feito ao público junto aos seus Núcleos, sendo mantido apenas atendimento telefônico e pela internet; na sequência, foram canceladas as reuniões técnicas e eventos presenciais; as reuniões ordinárias e extraordinárias da Diretoria Colegiada passaram a ser realizadas remotamente; e a própria regra, prevista na Resolução Normativa (RN/ANS) nº. 395/2016, que obriga as operadoras a garantirem atendimento presencial aos seus beneficiários, foi temporariamente suspensa.<sup>36</sup>

Outra medida importante que foi adotada, não apenas para preservar as operadoras e os beneficiários, mas também os prestadores de serviços, foi a suspensão de determinados prazos de garantia de atendimento previstos na RN/ANS nº. 295/2011 e a ampliação de outros<sup>37</sup>, inclusive como forma de permitir que fossem priorizados os recursos e os esforços para o atendimento dos beneficiários acometidos ou com suspeita de acometimento da nova doença, além de evitar sobrecarga dos sistemas de saúde e exposição desnecessária de beneficiários<sup>38</sup>. Tal medida perdurou até meados de junho, e, de acordo com a ANS, só foi revertida a partir de manifestações favoráveis de diversas entidades representativas que, em reunião extraordinária realizada em 03 de junho, no âmbito da Câmara de Saúde Suplementar, concordaram com a retomada dos prazos originais.<sup>39</sup>

Além disso, os prazos dos processos e de diversas obrigações administrativas foram excepcionalmente alterados: o prazo para solução de demanda junto ao beneficiário, no âmbito da NIP assistencial, por exemplo, foi ampliado de 5 para 10 dias úteis<sup>40</sup>, os prazos da NIP não assistencial e dos processos sancionadores foram interrompidos<sup>41</sup> e os prazos relacionados a obrigações envolvendo, entre outros, SIB, TISS, IDSS e aqueles relativos ao

34 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *ANS Orienta*: consultas, exames e cirurgias que não sejam urgentes devem ser adiados. Março. 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5426-ans-orienta-consultas-exames-e-cirurgias-que-nao-sejam-urgentes-devem-ser-adiados>>. Acesso em: 12/07/2020.

35 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Informativa da ANS* – Número 01 sobre coronavírus – Covid-19. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/comunicado01\\_coronavirus.pdf](http://www.ans.gov.br/images/comunicado01_coronavirus.pdf)>. Acesso em: 14/07/2020.

36 Esta foi a medida 1 proposta na Nota Técnica nº 6/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, e foi aprovada na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de março de 2020.

37 Os prazos previstos nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X e XI, do art. 3º, da RN nº. 259/2011 foram dobrados, os prazos previstos nos incisos XII e XIII foram suspensos, e apenas o prazo relativo aos atendimentos de urgência/emergência foi mantido. O detalhamento disto consta em AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Informativa da ANS* – Número 04 sobre coronavírus – Covid-19. Disponível em <[https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/comunicado04\\_coronavirus.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/comunicado04_coronavirus.pdf)>. Acesso em: 15/07/2020.

38 Tais medidas constaram na Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, e foram aprovadas na 4ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 25 de março de 2020.

39 Considerações sobre os fundamentos que conduziram à retomada dos prazos originais constam na Nota Técnica nº 10/2020/ASSNT-DIPRO/DIRAD-DIPRO/DIPRO.

40 Esta foi a medida 2 proposta na Nota Técnica nº 6/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, e foi aprovada na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de março de 2020.

41 Esta foi a medida 3 proposta na Nota Técnica nº 6/2020/DIRAD-DIFIS/DIFIS, e foi aprovada na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de março de 2020.

processo de ressarcimento ao SUS foram, todos, prorrogados.<sup>42</sup> A flexibilização de obrigações econômico-financeiras envolvendo provisões e capital regulatório, de modo a gerar maior liquidez das operadoras, foi outra medida adotada.<sup>43</sup>

Outra ação da Agência foi a criação, em abril de 2020, de um Termo de Compromisso para viabilizar a liberação de recursos de reservas técnicas, com o intuito de garantir maior liquidez para as operadoras para que pudessem arcar com seus compromissos, resguardando beneficiários e sua rede prestadora. Em contrapartida, as operadoras que assinassem deveriam comprometer-se a, até 30 de junho, manter os beneficiários vinculados a planos individuais ou familiares, coletivos por adesão e empresariais de até 29 vidas, inclusive possibilitando a renegociação dos contratos e de dívidas, bem como a pagar regularmente seus prestadores de serviço.<sup>44</sup>

Ainda que tenha havido críticas quanto à efetividade de todas essas medidas<sup>45</sup>, em nenhum momento, cabe destacar, houve a permissão ou o incentivo para que as operadoras não garantissem a continuidade dos serviços e coberturas contratualmente devidas: “[...] em hipótese alguma, as medidas aqui apresentadas têm o intuito de permitir que as operadoras de planos privados de assistências à saúde deixem de garantir os atendimentos médico-hospitalares contratados pelos beneficiários [...] tais garantias permanecem obrigatórias e devidas [...]”<sup>46</sup>.

As medidas mais impactantes e noticiadas foram acerca da ampliação das coberturas assistenciais obrigatórias. Os tratamentos, procedimentos e demais serviços relativos ao tratamento da Covid-19, não obstante esta se configurasse como uma nova doença, foram, desde logo, reconhecidos como dentro das coberturas obrigatórias. Para fulminar qualquer dúvida sobre o tema, aliás, em 12 de março, a ANS publicou uma notícia com perguntas e respostas sobre o tema, na qual afirmou que “Sim, os planos de saúde já têm cobertura obrigatória para consultas, internações, terapias e exames que podem ser empregados no tratamento de problemas causados pelo Coronavírus (Covid-19).”<sup>47</sup>

As principais discussões, entretanto, disseram respeito à cobertura para os testes e demais exames de diagnóstico. Como a amplitude das coberturas obrigatórias está adstrita aos procedimentos e serviços previstos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, os procedimentos de diagnóstico da Covid-19, por serem novos, não estavam previstos e, por decorrência, não estavam cobertos. Em razão disso, até por conta do apelo popular, a ANS publicou, em março/2020, a RN nº. 453, e posteriormente, em maio/2020, a RN nº. 457,

42 Estas medidas constaram na Nota Técnica nº 1/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, e foram aprovadas na 524ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 20 de março de 2020.

43 As medidas constaram na Nota Técnica nº 5/2020/DIOPE, e foram aprovadas na 6ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 31 de março de 2020.

44 A minuta do Termo de Compromisso foi aprovada na 7ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 17/04/2020, e teve como base a Nota Técnica nº 8/2020/DIOPE e a Nota Técnica nº 9/2020/DIOPE. A medida, todavia, não teve grande aceitação, pois o acordo foi assinado apenas por 9 operadoras em todo o Brasil.

45 Há quem defenda que tais medidas não foram positivas para a sociedade como um todo: “São medidas em geral pouco claras, isoladas e desconectadas dos esforços empreendidos pelo SUS. Tratam-se de normas por vezes dúbias, não concatenadas com o interesse público, e que explicitam posicionamentos da agência reguladora e do mercado de planos de saúde incompatíveis com a emergência sanitária e com a necessidade imediata de aumentar exponencialmente a assistência em saúde organizada pela hierarquização de serviços e pela gravidade de casos” (GEPS – GRUPO DE ESTUDOS SOBRE PLANOS DE SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO; GPDES – GRUPO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO SOBRE EMPRESARIAMENTO NA SAÚDE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *As Empresas de Planos de Saúde no Contexto da Pandemia do Coronavírus*: entre a omissão e o oportunismo. Nota Técnica. Abril. 2020. Disponível em: <<http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/documentos/noticias/coronavirus-planosdesaude-pdf/>>. Acesso em: 17/07/2020).

46 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO*. Disponível em: <[https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid\\_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf)>. Acesso: 04/07/2020.

47 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>>. Acesso em: 20/07/2020.



ambas com o intuito de atualizar o referido Rol, de forma a incluir e regulamentar a cobertura obrigatória de testes diagnósticos para infecção pelo coronavírus. Além disso, após grande debate e reviravoltas, foi publicada, em agosto/2020, a RN/ANS nº. 460, para regulamentar a obrigatoriedade de cobertura para os testes sorológicos.<sup>48</sup>

Importantíssimo referir, ainda, a medida anunciada pela Agência no final de agosto no sentido de determinar a suspensão da cobrança dos reajustes anuais e por faixa etária nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2020 em praticamente todos os tipos de planos, formalizada através da publicação do Comunicado nº. 85.<sup>49</sup> No final de novembro, através do Comunicado nº. 87, a ANS esclareceu a forma de recomposição dos efeitos da suspensão dos referidos reajustes, a qual se dará de forma parcelada, ao longo de todo o ano de 2021.

Por fim, uma última medida regulatória atribuível a ANS diz respeito aos estímulos para que as operadoras passassem a viabilizar o atendimento a distância dos seus beneficiários, através das suas redes de prestadores, por meio de tecnologias de informação e comunicação - “telemedicina”.<sup>50</sup> A agência expressamente manifestou-se no sentido de que “[...] esse meio de atendimento deve ser utilizado sempre que for possível, uma vez que um dos objetivos é evitar a circulação de pessoas expostas ao vírus. As operadoras de saúde devem, junto aos profissionais, envidar esforços para garantir condições adequadas para as consultas de telemedicina”<sup>51</sup>.

Sobre a telemedicina, ainda, a Agência explicitou seu entendimento de não ser necessária qualquer alteração no Rol de Procedimentos, em razão de os atendimentos realizados a distância não se configurarem como novos procedimentos, mas apenas como modalidades de procedimentos já previstos e cobertos, pelo que já seria de cobertura obrigatória.<sup>52</sup> O tópico, pela importância, e por transcender aspectos puramente regulatórios relacionados à ANS, merece ser comentado de forma apartada.

### 3.4 As Medidas Sanitárias e Assistenciais – a Telemedicina

Dentre as medidas de natureza sanitária que mais impacto tiveram junto aos planos de saúde destaca-se certamente a autorização normativa para o uso da telemedicina.<sup>53</sup> O tema foi abordado pela Portaria nº. 467, que, além de permitir a emissão de receitas e atestados médicos a distância, expressamente autorizou a utilização excepcional e temporária da telemedicina, bem como pela Lei Federal nº. 13.989.<sup>54</sup>

48 Sobre o tema, ver GREGORI, Maria Stella. Exames Obrigatórios para Identificar o Novo Coronavírus. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 132, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez., 2020, p.17-30.

49 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Suspensão de reajustes 2020*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5920-suspensao-de-reajustes-2020>>. Acesso em: 29/08/2020.

50 A questão constou na Nota Técnica nº 3/2020/DIRAD-DIDES/DIDES, na Nota Técnica nº 4/2020/DIRAD-DIDES/DIDES e na Nota Técnica nº 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO, aprovadas na 6ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, ocorrida em 31 de março de 2020.

51 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO*. Disponível em: <[https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid\\_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf)>. Acesso: 04/07/2020.

52 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica nº 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO*. Disponível em: <[https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid\\_19/Nota\\_Tecnica\\_n\\_7\\_2020\\_GGRAS\\_DIRAD-DIPRO\\_DIPRO.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/Nota_Tecnica_n_7_2020_GGRAS_DIRAD-DIPRO_DIPRO.pdf)>. Acesso em: 22/07/2020.

53 Sobre alguns desdobramentos da implantação de formas de assistência à saúde a distância, através de plataformas e recursos tecnológicos, no combate da Covid-19, ver CAETANO, Rosângela *et al.* Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 36, N. 5. 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-05-e00088920.pdf>>. Acesso em: 15/07/2020.

54 No mínimo 5 Projetos de Lei, apresentados entre 28/04 e 11/05, também tratam do assunto no contexto da pandemia: o PL nº. 2.271/2020, para garantir aos beneficiários de planos de saúde a cobertura de atendimento com o uso de telemedicina sempre que houver compatibilidade do serviço com essa modalidade de serviço; o PL nº. 2.395/2020, para autorizar que planos de saúde garantam cobertura para atendimentos na modalidade remota, ou teleatendimento, na vigência de pandemia declarada pelo Ministério da Saúde; o PL nº. 2.391/2020, para determinar a obrigatoriedade de as operadoras prestarem serviços psicológicos por meio de tecnologia de informação e comunicação; o PL nº. 2.472/2020, para determinar que as operadoras obrigatoriamente ofereçam atendimento remoto/telemedicina, em todas as áreas da saúde, sem possibilidade de cobrança adicional ou imposição de carências, durante o período da pandemia; e o PL nº. 2.541/2020, para determinar as operadoras a autorizarem a realização de teleconsultas e consultas online enquanto vigorar o estado de calamidade pública.

A telemedicina é um termo amplo e genérico que engloba diversos outros termos, como a teleconsulta, a teleorientação, o telemonitoramento e a telecirurgia, e diz respeito a formas de assistência e prestação de serviço médico<sup>55</sup> a distância, através de plataformas tecnológicas de informação e comunicação. Apesar de não constituir uma forma de assistência verdadeiramente nova<sup>56</sup> e já ser considerada, há algum tempo, como uma das potenciais formas de suprir deficiências nos serviços e sistemas de saúde<sup>57</sup>, a prestação de serviços de saúde a distância atrai debates éticos e jurídicos importantes, razão pela qual não foi, até hoje, largamente implantada<sup>58</sup>.

Diversas formas de teleassistência já são previstas e regulamentadas no Brasil, como, por exemplo, a telepatologia (Resolução CFM nº. 2.264/2019), as consultas médicas em domicílio por aplicativo (Resolução CFM nº. 2.178/2017) e a telerradiologia (Resolução CFM nº. 2.107/2014), tudo isso sem contar outras normas que abordam assuntos adjacentes ao tema, como a Resolução CFM nº. 1.821/2007<sup>59</sup>, que trata do prontuário eletrônico/digitalizado e do registro eletrônico em saúde, e as Resoluções CFM nº. 1.983/2012 e nº. 2.233/2019, que normatizam a CRM Digital.

No âmbito normativo, a própria telemedicina, aliás, está prevista no mínimo desde 2012, quando a Resolução CFM nº. 1.643/2002<sup>60</sup> definiu e disciplinou a matéria, além de estar referida, também, no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº. 2.217/2018)<sup>61</sup>. No entanto, especialmente a consulta típica (teleconsulta), incluindo a formação de diagnóstico e a prescrição a distância, salvo situação de urgência ou emergência, não são eticamente admitidas pelo Conselho Federal de Medicina, seja por não permitir o exame direto do paciente<sup>62</sup>, seja por não haver, ainda, regulamentação expressa sobre tais práticas<sup>63</sup>.

55 A telemedicina, por sua vez, deve ser compreendida como uma espécie do gênero teleassistência ou telessaúde, o qual abrange atividades e serviços da saúde que não necessariamente médicos, mas de outros profissionais da saúde, como fonoaudiólogos, nutricionistas, cirurgiões-dentistas, enfermeiros, entre outros). Alguns conselhos profissionais, como o dos psicólogos, por exemplo, já regulamentaram tal prática há alguns anos, conforme a Resolução CFP nº. 11/2018, enquanto outros, como o dos nutricionistas, através da Resolução CFN nº. 646/2020, por exemplo, autorizou-a provisoriamente durante a pandemia.

56 Acerca do histórico da telemedicina, cujos relatos iniciais remontam ao século XIX, ver HAZZHEIM, Erno *et al.* *Guia de Avaliação, Implantação e Monitoramento de Programas e Serviços em Telemedicina e Telessaúde*. Documento produzido em parceria por profissionais do Hospital Alemão Oswaldo Cruz e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Agosto. 2019. Disponível em: <[https://rebrats.saude.gov.br/images/MenuPrincipal/Guia\\_Avaliacao\\_telessaude\\_telemedicina.pdf](https://rebrats.saude.gov.br/images/MenuPrincipal/Guia_Avaliacao_telessaude_telemedicina.pdf)>. Acesso em 20/07/2020.

57 Sobre o tema, inclusive com referência à utilização da telemedicina em outros países, ver SILVA, Amanda Reis Almeida. *A Telemedicina traz benefícios ao sistema de saúde? Evidências Internacionais das experiências e impactos*. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. 2019. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/cms/rep/td-74-telemedicina.pdf>>. Acesso em: 13/07/2020; sobre os desafios e os possíveis benefícios da utilização da telemedicina, especialmente em um país continental como o Brasil, ver MALDONADO, José Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. *Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil*. *Caderno de Saúde Pública*. Vol. 32, Suplemento 2, 2016. Disponível em: <[https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt\\_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf](https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf)>. Acesso em: 28/07/2020.

58 Os elementos basilares e fundamentais acerca da telemedicina podem ser resumidamente verificados na Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidades e Normas éticas na Utilização da Telemedicina, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em 1999, e rescindida em 2006, disponível em <<https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-accountability-responsibilities-and-ethical-guidelines-in-the-practice-of-telemedicine/>>.

59 A Resolução CFM nº. 1.638/2002, que define o prontuário médico, já trazia referência à possibilidade de o prontuário ser elaborado em meio eletrônico (art. 5º, inc. I).

60 Apenas para referir, no âmbito do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, já havia a Resolução nº. 97/2001, que regravava questões sobre esta temática.

61 Conforme a Resolução CFM nº. 2.217/2018, art. 37, §1º: “O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina”.

62 Conforme a Resolução CFM nº. 2.217/2018, art. 37, *caput*: “É vedado ao médico: [...] Prescrever tratamento e outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente depois de cessado o impedimento, assim como consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa”.

63 Cabe referir que em 2018, o CFM editou a Resolução CFM nº. 2.227/2018 que, enfim, passou a formalmente admitir e definir diversas formas de assistência médica a distância, inclusive a teleconsulta, a teleinterconsulta, o telediagnóstico, a telecirurgia, a teletriagem e o telemonitoramento. No entanto, frente às diversas manifestações contrárias por parte de médicos em todo o país, poucos dias depois o próprio CFM publicou a Resolução nº. 2.228/2019, revogando a norma anterior.

Com efeito, com fundamento nos diplomas normativos acima citados, e desde que atendidos determinados pressupostos (como a utilização de tecnologia que assegure a integridade, segurança e o sigilo das informações trocadas), a utilização de telemedicina foi formalmente autorizada, ainda que em caráter excepcional e provisório, durante a pandemia<sup>64</sup>.

Apesar de dizer respeito a todo o sistema de saúde brasileiro, e não apenas ao âmbito da saúde suplementar, a autorização para a utilização da telemedicina pode ser caracterizada como um dos mais importantes impactos jurídicos decorrentes da pandemia da Covid-19 junto aos planos de saúde, o que se confirma pelas próprias manifestações da ANS acima comentadas, bem como pelos posicionamentos de Conselhos de Medicina<sup>65</sup> que se sucederam sobre a questão. Cabe referir que já existe, atualmente, tramitando no Congresso Nacional, no mínimo um Projeto de Lei<sup>66</sup> que pretende autorizar a prática da telemedicina de forma permanente, ou seja, inclusive após o período da pandemia.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos foram os impactos e medidas jurídico-normativas decorrentes da pandemia da Covid-19 no mercado dos planos de saúde: desde algumas Leis federais e estaduais a inúmeros projetos legislativos; demandas judiciais em face de operadoras, especialmente ações civis públicas buscando ampliação de direitos e garantias em prol de beneficiários; diversas medidas regulatórias propostas pela ANS, com suspensão, prorrogação e ampliação de obrigações previstas na regulamentação; e a liberação legal, ainda que provisória, da utilização da telemedicina.

É certo, outrossim, que os exemplos e as referências trazidas neste artigo são apenas uma pequena parcela dos impactos neste mercado e que, ademais, continuam a ocorrer, ainda sem data para terminarem. Apesar de a vacinação da população já ter iniciado em diversos países, no Brasil ainda não há definição e certeza de quando e como isso ocorrerá; paralelamente, os números de infectados e de mortos, especialmente a partir da segunda quinzena de dezembro continuam crescendo.

E mesmo com a vacinação e a redução do número de infectados, o que se espera ocorra com brevidade, as repercussões jurídicas sobre os planos de saúde, direta e indiretamente decorrentes da pandemia, certamente serão percebidas ainda por muito tempo. A própria recomposição dos reajustes suspensos, a elevação de índices inflacionários (vide, apenas para citar, a variação acumulada do IGP-M/FGV em 2020, superior a 23%) e a substancial retomada da utilização dos serviços assistenciais (com a diluição da “demanda reprimida”), por exemplo, tendem a gerar ainda novas dificuldades para todas as partes.

Neste contexto, para muito além de criticar esta ou aquela medida, o presente artigo buscou, de forma concisa, sistemática e objetiva, apenas apontar alguns dos principais

64 Uma das grandes problemáticas que a implantação da tecnologia na prestação de serviços médicos acarreta diz respeito à segurança e à proteção de dados pessoais sensíveis dos pacientes, haja vista as repercussões jurídicas advindas de potenciais violações (e vazamentos) de tais dados, mormente após o início da vigência da Lei Federal nº. 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Sobre o tema, ver FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Raíaela; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e Proteção de Dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais*, V. 1016, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2020, p.327-362.

65 No âmbito do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, por exemplo, foi emitida uma nota oficial acerca da importância utilização da telemedicina no combate da pandemia (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO GRANDE DO SUL. *Nota sobre o Coronavírus e Telemedicina*. 19 de março de 2020. Disponível em: <<https://cremers.org.br/wp-content/uploads/2020/03/19.03.2020-Nota-Cremers-Telemedicina.pdf>>. Acesso em: 17/07/2020).

66 Refere-se ao PL nº. 1.998/2020, de autoria da deputada federal Adriana Ventura (NOVO/SP) e do deputado federal Marcel Van Hattem (NOVO/RS), apresentado em 17/04/2020. Entre as justificadas explicitadas no documento estão ampliar o acesso, aumentar a qualidade e reduzir os custos dos serviços de saúde no Brasil.

impactos ocorridos no setor e cujos efeitos e desdobramentos em muitos casos sequer são ainda mensuráveis.

Em um mercado já amplamente controverso, líder em reclamações e com elevadíssimo nível de litigiosidade judicial, era de se esperar que a pandemia, e todos os seus reflexos, acarretassem diversas implicações neste setor, ainda mais se considerada a proximidade, sob múltiplos aspectos, dos planos de saúde com algumas das mais evidentes consequências da crise.

Se as medidas e alterações propostas efetivamente geraram (ou gerarão) benefício, estabilidade e sustentabilidade ao setor, ou se foram (ou serão) suficientes, pertinentes, necessárias e adequadas, apenas os próximos meses permitirão saber.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no Rol de Procedimentos obrigatórios*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>>. Acesso em: 20/07/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Coronavírus (Covid-19): monitoramento dos impactos da pandemia*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19>>. Acesso em: 12/01/2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *ANS Orienta: consultas, exames e cirurgias que não sejam urgentes devem ser adiados*. Março. 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5426-ans-orienta-consultas-exames-e-cirurgias-que-nao-sejam-urgentes-devem-ser-adiados>>. Acesso em: 12/07/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados Consolidados Saúde Suplementar*. Atualizado em 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 12/01/2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Informativa da ANS – Número 01 sobre coronavírus – Covid-19*. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/comunicado01\\_coronavirus.pdf](http://www.ans.gov.br/images/comunicado01_coronavirus.pdf)>. Acesso em: 14/07/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Informativa da ANS – Número 04 sobre coronavírus – Covid-19*. Disponível em <[https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/comunicado04\\_coronavirus.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/comunicado04_coronavirus.pdf)>. Acesso em: 15/07/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica nº 4/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO*. Disponível em: <[https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid\\_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/nota-tecnica-4-2020-ggras-dirad-dipro-dipro.pdf)>. Acesso: 04/07/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Nota Técnica nº 7/2020/GGRAS/DIRAD-DIPRO/DIPRO*. Disponível em: <[https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid\\_19/Nota\\_Tecnica\\_n\\_7\\_2020\\_GGRAS\\_DIRAD-DIPRO\\_DIPRO.pdf](https://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/covid_19/Nota_Tecnica_n_7_2020_GGRAS_DIRAD-DIPRO_DIPRO.pdf)>. Acesso em: 22/07/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Suspensão de reajustes 2020*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5920-suspensao-de-reajustes-2020>>. Acesso em: 29/08/2020.

ALBIANI, Christiane Mattos. Os Impactos do Coronavírus nas Relações Contratuais. In: BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins (Coords. e Orgs.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus*. Segundo Volume. São Paulo: IASP, 2020, p.164-181.



BAIG, Aamer *et al.* *The COVID-19 recovery will be digital*. Aplan for the first 90 days, May 2020. Disponível em: >[mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/the-covid-19-recovery-will-be-digital-a-plan-for-the-first-90days#](https://mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/the-covid-19-recovery-will-be-digital-a-plan-for-the-first-90days#)>. Acesso em: 05/06/2020

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde - Princípios Básicos da Atividade - Suporte Jurídico-Legal e Constitucional. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (Org. e Coord.). *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

CAETANO, Rosângela. *et al.* Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 36, N. 5, 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-05-e00088920.pdf>>. Acesso em: 15/07/2020.

CARLINI, Angélica. *Planos de saúde: quando a ação do Estado pode ter efeitos piores que os da pandemia!* Junho. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/329337/planos-de-saude-quando-a-acao-do-estado-pode-ter-efeitos-piores-que-os-da-pandemia>>. Acesso em: 25/06/2020.

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS DE DIREITO SANITÁRIO. *Direitos na Pandemia: mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil*. Boletim n. 01. Disponível em: <<http://cepedisa.org.br/publicacoes/>>. Acesso em: 15/07/2020.

COMMITTEE FOR THE COORDINATION OF STATISTICAL ACTIVITIES. *How COVID-19 is changing the world: a statistical perspective*. May. 2020. Disponível em: <<https://www.uneca.org/publications/how-covid-19-changing-world-statistical-perspective>>. Acesso em: 17/06/2020.

CONDE, Luiz Felipe; MATTOS, Nathalia Victorino. É inconstitucional a lei fluminense que proíbe a suspensão de planos de saúde. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/estado-nao-proibir-suspensao-plano-saude-pandemia>>. Acesso em: 29/06/2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO GRANDE DO SUL. *Nota sobre o Coronavírus e Telemedicina*. 19 de março de 2020. Disponível em: <<https://cremers.org.br/wp-content/uploads/2020/03/19.03.2020-Nota-Cremers-Telemedicina.pdf>>. Acesso em: 17/07/2020.

CONTI, Thomas V. Crise Tripla do Covid-19. um olhar econômico sobre políticas públicas de combate à pandemia. Abril. 2020. Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o-1.1.pdf>>. Acesso em: 25/06/2020.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e Proteção de Dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. *Revista dos Tribunais*, V. 1016, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2020, p.327-362.

FERGUSON, Neil M. *et al.* *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. Report 9. Imperial College COVID-19 Responde Team. March. 2020. Disponível em: <<https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>>. Acesso em: 15/06/2020.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

GEPS – GRUPO DE ESTUDOS SOBRE PLANOS DE SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO; GPDES – GRUPO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO SOBRE EMPRESARIAMENTO NA SAÚDE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *As Empresas de Planos de Saúde no Contexto da Pandemia do Coronavírus: entre a omissão e o oportunismo*. Nota Técnica. Abril. 2020. Disponível em: <<http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/documentos/noticias/coronavirus-planosdesaude-pdf/>>. Acesso em: 17/07/2020.



GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GREGORI, Maria Stella. Exames Obrigatórios para Identificar o Novo Coronavírus. *Revista de Direito do Consumidor*, V.132, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez., 2020, p.17-30.

HARZHEIM, Erno *et al.* *Guia de Avaliação, Implantação e Monitoramento de Programas e Serviços em Telemedicina e Telessaúde*. Documento produzido em parceria por profissionais do Hospital Alemão Oswaldo Cruz e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Agosto. 2019. Disponível em: <[https://rebrats.saude.gov.br/images/MenuPrincipal/Guia\\_Avaliacao\\_telessaude\\_telemedicina.pdf](https://rebrats.saude.gov.br/images/MenuPrincipal/Guia_Avaliacao_telessaude_telemedicina.pdf)>. Acesso em 20/07/2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua*: desemprego chega a 14,6% no terceiro trimestre, com alta em 10 estados. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29520-desemprego-chega-a-14-6-no-terceiro-trimestre-com-alta-em-10-estados#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20chegou,14%2C1%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas>>. Acesso em: 12/01/2021.

LIMA, Nísia Trindade; BUSS, Paulo Marchiori; PAES-SOUZA, Rômulo. A Pandemia de Covid-19: uma crise sanitária e humanitária. *Caderno de Saúde Pública*, Vol. 36, N. 7, 2020. Disponível em: <<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/static/arquivo/1678-4464-csp-36-07-e00177020.pdf>>. Acesso em: 01/08/2020.

MALDONADO, José Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Vol. 32, Suplemento 2, 2016. Disponível em: <[https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt\\_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf](https://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00155615.pdf)>. Acesso em: 28/07/2020.

MARINHO, Alexandre. *A Proposta de Adoção de Fila Única nas Unidades de Terapia Intensiva e nas Demais Internações Hospitalares, durante a Pandemia de Covid-19 no Brasil*: considerações teóricas do campo da economia da saúde sobre as alternativas disponíveis. Nota Técnica nº. 65. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10011/1/NT\\_65\\_Diset\\_%20Proposta%20de%20Adocao%20de%20Fila%20unica%20nas%20Unidades%20de%20Terapia%20Intensiva.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10011/1/NT_65_Diset_%20Proposta%20de%20Adocao%20de%20Fila%20unica%20nas%20Unidades%20de%20Terapia%20Intensiva.pdf)>. Acesso em: 28/06/2020.

OCKE-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O Mercado de Saúde no Brasil: uma criação do Estado? *Revista de economia contemporânea*, V. 10, N. 1. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, jan./abr., 2006, p.157-185.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos Planos de Saúde e Proteção da Pessoa Humana. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2004, p.101-111.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Comentários ao art. 199. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à Saúde no Âmbito Privado*: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHULMAN, Gabriel. *Planos de Saúde: saúde e contrato na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, Amanda Reis Almeida. *A Telemedicina traz benefícios ao sistema de saúde? Evidências Internacionais das experiências e impactos*. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. 2019. Disponível em: <<https://www.iess.org.br/cms/rep/td-74-telemedicina.pdf>>. Acesso em: 13/07/2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. *How coronavirus has hit employment in G7 economies*. May, 2020. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2020/05/coronavirus-unemployment-jobs-work-impact-g7-pandemic/>>. Acesso em: 25/07/2020.

WORLDOMETER. *COVID-19 CORONAVIRUS PANDEMIC*. Disponível em: <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>>. Acesso em: 12/01/2021.

# A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR E A LEI N° 14.046/2020

## **Marcos Ehrhardt Júnior**

Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor do Centro Universitário CESMAC. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Privado e Contemporaneidade da Universidade Federal de Alagoas. Editor da Revista Fórum de Direito Civil. Diretor Nordeste do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Advogado.

## **Eduardo Henrique Costa**

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito do Consumidor do Centro Universitário CESMAC. Advogado.

## **Natália Tenório Fireman Camelo**

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professora do Centro Universitário Mario Pontes Jucá. Advogada.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A pandemia do coronavírus e a normalidade da exceção; 3 As disposições da Lei nº 14.046/2020; 4 Pluralidade de fontes e interpretação do direito do consumidor; 5 Repercussões contratuais da Lei nº 14.046/2020; 6 A tutela da personalidade e a impossibilidade de restrição de danos extrapatrimoniais; 7 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Os impactos da pandemia do coronavírus repercutiram em todas as atividades econômicas, com maior ou menor abrangência de acordo com as peculiaridades na sua execução ou fornecimento. A indústria do turismo e a do entretenimento figuram entre aquelas mais afetadas, pelo caráter presencial e pela atual impossibilidade de aglomerações, que mesmo diante das medidas de relaxamento do isolamento social, ainda são amplamente recomendadas pelos especialistas em saúde pública.

Diante da emergencialidade do momento e da constatação de que essas serão atividades econômicas que tardarão a retomar o seu funcionamento pleno, foi publicada a Lei nº 14.046/2020<sup>1</sup>, em 25 de agosto de 2020, a fim de regular o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura. A norma busca reequilibrar tais relações assim como ocorreu com o setor de aviação civil por meio da Lei nº 14.034/2020.

As medidas que visam proteger as empresas contrabalanceando as normas de proteção ao consumidor têm sido objeto de severas críticas pela modificação substancial encetada pelo regime especial instituído em relação ao regramento ordinário de tais relações negociais. A Lei nº 14.046/2020 altera significativamente as relações contratuais de consumo diante da previsão de dispensa de reembolso em caso de prestação posterior do serviço ou da conversão em crédito para o consumidor, além de criar regra excepcional, de redação bastante trincada, que parece indicar a impossibilidade de reparação civil decorrente da não prestação de serviços no período pandêmico.

A partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema, o artigo investiga se as disposições da Lei nº 14.046/2020 flexibilizam os direitos dos consumidores a ponto de manter o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade necessários aos contratos de consumo. A investigação prossegue avaliando se diante da pluralidade de fontes normativas e do necessário diálogo das fontes, há compatibilidade desse regramento com a defesa do consumidor.

## 2 A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A NORMALIDADE DA EXCEÇÃO

Em 20 de março de 2020 foi declarado estado de calamidade pública no Brasil por meio da edição do Decreto Legislativo nº 6, em consonância com a Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde, reconhecendo a pandemia decorrente da infecção humana pelo novo coronavírus como uma emergência de saúde pública de importância internacional<sup>2</sup>. A necessária agilidade para contenção da doença exigiu a adoção de ações urgentes por parte dos governos; já no âmbito do Poder Executivo, enxergou-se a emergência sanitária como hipótese de relevância e urgência nacional, admitida pelo art. 62 da Constituição Federal, que autoriza a edição de medidas provisórias.

Nesse contexto, em abril de 2020, 26 desses instrumentos excepcionais dotados de força imediata de lei foram editados, entre eles a MPV nº 948/2020, que dispôs sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura, com o evidente propósito de regular de forma transitória os contratos de consumo advindos desses

---

1 O tema foi tratado inicialmente pela Medida Provisória (MPV) nº 948/2020 editada em 08 de abril de 2020, e a partir do dia 25 de agosto de 2020 passou a ser objeto da Lei nº 14.046/2020, cuja edição converteu em lei a aludida medida provisória.

2 Neste sentido, a Lei nº 14.010/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19), prescreve em seu art. 1º que se considera 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19) em nosso país.

setores, que tiveram suas atividades abruptamente interrompidas pelos efeitos da pandemia. Posteriormente, a aludida medida provisória foi objeto de conversão legal com a publicação da Lei nº 14.046/2020, sob a qual se debruça a presente análise.

A legitimidade e a adequação das regulações excepcionais têm sido questionadas, pois na pretensão de controlar o caos econômico provocado pelos efeitos da pandemia, assumem a indisfarçável opção política de proteger o mercado, em completo detrimento dos mais vulneráveis, que o texto constitucional sempre primou por proteger.

Seria o argumento da imprevisibilidade da pandemia suficiente como fator justificador para a adoção de medidas excepcionais que violem garantias constitucionais e causem um retrocesso às árduas conquistas do sistema jurídico brasileiro?

Neste particular, é oportuno reproduzir o questionamento de Rodotá: “pode sobreviver o direito em um mundo que parece dominado pelas leis férreas da economia e pela potência cega da técnica, em que a lógica da força quer cancelar as regras jurídicas e as grandes constituições da modernidade jurídica?”.<sup>3</sup>

Tal qual a pandemia da cegueira branca na obra ensaio sobre a cegueira de José Saramago, a transparência da pandemia pelo coronavírus criou uma claridade que cega, que impede de enxergar com exatidão que, não obstante a urgência das dificuldades apresentadas, não se deve perder de vista a evidência de que as respostas para lidar com essa crise sanitária estão no próprio ordenamento, na dignidade humana, na natureza normativa da Constituição e na dogmática jurídica, como adiante será observado.

### **3 AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 14.046/2020**

A Lei nº 14.046/2020 disciplina os contratos de consumo vinculados à indústria do turismo e do entretenimento. Em linhas gerais, o referido diploma legislativo limita de forma genérica a autodeterminação contratual dos consumidores e preestabelece um modelo de responsabilidade civil que contraria o direito à reparação integral, por retirar da apreciação do magistrado a possibilidade de indenização por dano extrapatrimonial.

Segundo a citada norma, serão regidas as relações travadas com prestadores de serviços turísticos e sociedades empresárias elencadas no art. 21 da lei nº 11.771/08, tais como meios de hospedagem, agências de turismo, transportadoras turísticas, organizadoras de eventos, parques temáticos e acampamentos turísticos, bem como cinemas, teatros e plataformas digitais de vendas de ingressos pela internet.

Note-se que não está abrangendo o transporte aéreo, regido pela Lei nº 14.034/2020; tampouco há encaixe interpretativo que regule os *sites* que agregam em sua plataforma um combo de serviços (pacote aéreo, reserva de hotel e ingressos). Esta grave lacuna também não restou preenchida pelo diploma legal afeto ao transporte aéreo.

Reza o seu art. 2º que na hipótese de adiamento ou cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o fornecedor do serviço não terá o dever de reembolso ao consumidor desde que: 1) seja assegurado o direito de remarcação, com respeito aos valores e as condições dos serviços originalmente contratados, a fim de evitar a locupletação do consumidor em condições superiores às adquiridas, a ser fruída no prazo de 18 (dezoito) meses após a cessação do estado de calamidade pública gerado pela pandemia; e, 2) a disponibilização de crédito ou abatimento na compra de outros serviços,

---

3 RODOTÁ, Stefano. Quale diritto per il nuovo mondo. In: *Estudios de derecho civil*. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, III, 2003.



cujas fruições ficam limitadas a 12 (doze) meses após o fim da pandemia.

A norma do art. 2º ainda determina que o referido direito de escolha do consumidor seja exercido prontamente a partir do dia 1º de janeiro de 2020 até o prazo de: i) 120 (cento e vinte) dias, que será contado da comunicação do adiamento ou do cancelamento dos serviços; ou, ii) 30 (trinta) dias antes da realização do evento, o que acontecer primeiro, sem a incidência de qualquer encargo ou acréscimo decorrente dessa operação. Se não houver manifestação do consumidor, o referido prazo de escolha poderá ser excepcionalmente restituído em caso de internação do consumidor, aos seus herdeiros ou sucessores em caso de falecimento, ou ainda em virtude de hipótese de força maior.

Decorrido o prazo de escolha, a norma não veda a exigibilidade de cobrança de taxa ou multa pela escolha intempestiva, nem menciona pormenores sobre a liberdade contratual para a aplicação eventual de tais encargos. Todavia, o referido prazo de escolha poderá ser excepcionalmente restituído em caso em que não houver a manifestação do consumidor em razão de sua internação, de transmissão de direito aos seus herdeiros ou sucessores em caso de falecimento, ou ainda em virtude de hipótese de força maior.

Importante notar que a possibilidade de restituição foi abordada no texto legal no art. 2º, §6º, mas de forma restrita, isto é, somente se as opções previstas não forem passíveis de cumprimento, é que o fornecedor terá a obrigação de reembolsar a quantia paga pelo consumidor, com correção monetária aferida pelo índice do IPCA, no prazo de 12 meses, contados da superação oficial da pandemia pelo Estado. O legislador fez um importante acréscimo no texto original da medida provisória 948/2020, ao prever a dedução de eventuais valores que se refiram a serviços já prestados de agenciamento ou de intermediação, a exemplo da taxa de conveniência e/ou de entrega, tanto para uso ou abatimento na compra de novos serviços, quanto na hipótese de restituição.

Em razão da incerteza quanto à cessação dos efeitos da emergência de saúde pública, nos casos de escolha pela remarcação, as disposições já vistas se aplicam, inclusive, às hipóteses em que o serviço, a reserva ou o evento adiado necessitar de novo adiamento. Bem assim, tal previsão também se aplicará aos novos eventos lançados no decorrer do período de emergência em saúde pública, e que não puderem ser realizados por este motivo.

Por fim, o art. 5º cuida da responsabilidade civil dos casos regidos pela lei com uma redação, no mínimo, confusa. A norma preconiza que todas as relações de consumo por ela tuteladas são hipóteses de caso fortuito ou força maior e não autorizam a reparação indenizatória por danos morais, nem a aplicação de multas ou outras penalidades aplicáveis pelo Estado na esfera administrativa. Ressalvam-se desta regra geral os casos de dedução dos valores referentes a serviços de agenciamento ou de intermediação, contanto que caracterizada a má-fé do prestador de serviço ou da sociedade empresária<sup>4</sup>.

#### **4 PLURALIDADE DE FONTES E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

A excepcionalidade ocasionada pela Covid-19 demanda a adoção de algumas medidas, inclusive no âmbito jurídico, que se afastam do cenário de normalidade das relações entre particulares. Não se perca de vista que a proteção ao consumidor não é diretriz isolada, pois como a Constituição assenta em seu art. 170 que a ordem econômica deve ser articulada a

---

4 Eis a íntegra do referido dispositivo: "Art. 5º. Eventuais cancelamentos ou adiamentos dos contratos de natureza consumerista regidos por esta Lei caracterizam hipótese de caso fortuito ou de força maior, e não são cabíveis reparação por danos morais, aplicação de multas ou imposição das penalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ressalvadas as situações previstas no § 7º do art. 2º e no § 1º do art. 4º desta Lei, desde que caracterizada má-fé do prestador de serviço ou da sociedade empresária."

partir de diversos princípios, como a proteção à livre concorrência, a defesa do consumidor, a valorização do trabalho humano, entre outros vetores. Sem uma hierarquia previamente definida, tais princípios devem ser conjugados de acordo com os objetivos constitucionais, que são consubstanciados na própria finalidade da ordem econômica, a saber, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>5</sup>.

Nesse sentido, Eros Grau<sup>6</sup> sustenta que a Constituição não se interpreta em pedaços, de modo que qualquer texto normativo impõe ao intérprete o percurso que se projeta a partir do texto constitucional. Com efeito, uma das formas de efetivamente proteger o consumidor é justamente lhe assegurar um mercado diversificado e não concentrado, afinal a livre concorrência preconizada na Constituição federal de 1988 é um processo comportamental competitivo, que também é forma de tutela do consumidor, porquanto a competitividade induz uma distribuição de recursos a mais baixo preço<sup>7</sup>.

Miragem aduz que o conceito de bem-estar do consumidor está relacionado a vantagens obtidas, como: 1) melhores preços, 2) melhor qualidade, 3) maior diversidade de oferta. Para ele, “é a compatibilização de interesses legítimos de consumidores entre si e dos fornecedores e demais agentes econômicos que permitem identificar *in concreto* o bem-estar do consumidor”<sup>8</sup>.

A necessidade de contraponto entre os interesses de consumidores e fornecedores foi positivada como um dos vetores da Política Nacional das Relações de Consumo, tendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) previsto expressamente o dever de harmonização e compatibilização dos interesses dos participantes das relações de consumo a partir da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual.

O tratamento conferido pela Lei nº 14.046/2020 buscando proteger o mercado de eventos e de atividades turísticas novamente lança luzes em um dos problemas do direito privado na contemporaneidade, que é a pluralidade de fontes normativas e a necessidade de coexistência sistemática entre elas, no que a doutrina pátria convencionou denominar de diálogo de fontes.

A edição de leis emergentes para dirimir conflitos nos contratos privados em virtude da pandemia é medida bem-vinda, dada a agudeza da emergência sanitária e do colapso iminente da economia, mas, ao mesmo tempo, reforça a discussão sobre o alcance de suas disposições em relação ao núcleo normativo da proteção ao consumidor. Dito de outro modo: estaria a lei em análise no mesmo diapasão de todo o sistema jurídico protetivo das relações de consumo, que tem como marco zero os valores assegurados na Constituição Federal?

Na perspectiva do Superior Tribunal de Justiça, a tutela prioritária da pessoa humana nas relações de consumo e a necessária compatibilização da pluralidade de fontes normativas advém da legalidade constitucional, como fundamento de unidade do ordenamento. Essa tutela prioritária e a obrigatória compatibilização das fontes se origina na proteção da dignidade humana, especialmente quando em situação particular de vulnerabilidade, e privilegiando valores não patrimoniais<sup>9</sup>.

Para a unificação do sistema jurídico pela Constituição Federal a metodologia da constitucionalização das relações privadas foi desenvolvida com a finalidade de que todo o

---

5 CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. Salvador: Juspodium, 2020, p.1.269.

6 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.161.

7 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de São Paulo*, 4 jun. 1989.

8 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p.101.

9 OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil*. Teoria Geral do Direito Civil. v.1. Grupo GEN, 2020, p.49.

Direito, inclusive o privado, seja interpretado à luz da Constituição. Imprescindível, portanto, “que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e princípios fundantes da ordem pública”<sup>10</sup>. Este processo hermenêutico busca assegurar que “cada interpretação é um microcosmo da imensa tarefa de realização de uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>11</sup>

Logo, a divisão estanque entre direito público e direito privado, em que o Código Civil atuava como diploma legal de vértice, foi suplantada pela necessidade de uma interpretação atenta à unidade da Constituição e, em consequência, do próprio ordenamento jurídico que dela colhe o seu substrato de validade.

Não fosse isso o bastante, a produção legislativa tem se tornado cada vez mais setorial e especializada em razão da complexidade que as relações sociais têm assumido, privilegiando a criação de pequenos estatutos temáticos. Há quem anote, como Natalino Irti<sup>12</sup>, que o Código Civil sofre uma inversão de função, passando de lei geral para lei residual, já que a eclosão de leis especiais passa a assumir classes inteiras de relacionamentos, conferindo tratamento jurídico próprio e provocando o surgimento de novos princípios em leis especiais.

A proteção ao consumidor no Brasil é direito humano social e econômico positivado na Constituição Brasileira, que assegura tutela especial enquanto agente econômico mais vulnerável no mercado globalizado<sup>13</sup>. E o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC), que é a materialização desse substrato constitucional, admite de modo expresso em seu art. 7º a pluralidade de fontes para a regência dos interesses dos consumidores.

No entanto, importante anotar que a existência de fontes normativas específicas sobre determinada matéria de consumo não afasta por si só a incidência do CDC, pois, enquanto microsistema, conforma toda a produção normativa de consumo, de modo que as normas especiais sobre relações de consumo não devem ferir o núcleo do Código de Defesa do Consumidor. É sob esta ótica que deve ser analisada a intensidade da intervenção do Estado nos contratos de consumo por meio da Lei nº 14.046/2020.

## **5 REPERCUSSÕES CONTRATUAIS DA LEI Nº 14.046/2020**

O Código de Defesa do Consumidor estabelece um claro diálogo de fontes com o Código Civil no campo contratual, mas possui pressupostos interpretativos próprios, adaptados à sua finalidade de reger relações essencialmente díspares, marcadas pelo traço da vulnerabilidade.

Ao estabelecer a morfologia dos contratos de consumo em busca de um equilíbrio efetivo, o CDC proíbe a existência de cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga (art. 51, II); que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV); que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (art. 51, IX); que autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (art. 51, XI); ou que simplesmente estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV).

Se os contratos de consumo não podem ser concebidos em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, tampouco o poderá a produção legislativa, dada

---

10 OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil*. Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. Grupo GEN, 2020, p.52.

11 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.59.

12 IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999, p.40.

13 MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Sergipe, n. 7, p.17, 2004.

a recondução axiológica da proteção ao consumidor à Constituição Federal, como já delineado no tópico antecedente.

É fato que o modelo vigente de revisão dos contratos de consumo sempre foi concebido a partir de uma presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor. Todavia, o cenário atípico gerado pela pandemia fragilizou ambos os polos da relação jurídica.

Segundo Mucelin e D'Aquino, na esteira da Covid-19, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou uma previsão de prejuízo de US\$ 50 bilhões para a indústria do turismo. No início de março de 2020, a Associação Internacional do Setor Aéreo calculava uma perda de receita de até US\$ 113 bilhões em razão da pandemia, número que deve crescer depois da divulgação das medidas proibitivas pelo governo norte-americano<sup>14</sup>.

Como destaca Schreiber<sup>15</sup>, cabe ao Direito fornecer à sociedade instrumentos jurídicos “que preservem, tanto quanto possível, os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros e as bases econômicas necessárias para que esses direitos sejam exercidos em sua máxima intensidade”, a fim de evitar a utilização oportunista dos instrumentos contratuais. As relações contratuais devem ser reavaliadas à luz da boa-fé e do equilíbrio, que são vetores de mão dupla, servindo tanto para aferir concretamente a posição de consumidores quanto de fornecedores, como alinhavado na política nacional de defesa do consumidor.

Essa constatação, mais uma vez, remete ao paradoxo do liberalismo: necessitar da intervenção do Estado Social. Em momentos de estabilidade, o livre mercado (e o seu eficientismo) busca afastar tanto quanto possível a intervenção do Estado na atividade econômica, mas se socorre justamente da tutela estatal, seja pela instituição de auxílios econômicos, seja pela adoção de medidas legislativas que regulam favoravelmente seus interesses.

O *New Deal*, plano de recuperação econômica operado pelo governo Roosevelt nos Estados Unidos na década de 30, após a crise de 1929, e as medidas adotadas em escala global diante da crise de 2008, cujo epicentro foi o colapso de crédito do sistema imobiliário americano, retratam com clareza esse movimento. Com ou sem culpa, o mercado socorre-se do Estado para equilibrar sua situação diante de uma imprevisão ou de um problema incontornável. O reflexo dessas injunções na esfera contratual pode ser assim demonstrado:

No campo dos contratos, entretanto, um novo debate vem aflorando. Atualmente podemos claramente definir duas concepções opostas sobre este instituto: uma tradicional, focada no liberalismo econômico, que o enxerga como compromisso de interesses divergentes (antagônicos), e outra mais inclinada a entendê-lo como um ato de auxílio mútuo (colaboração) a partir de uma perspectiva solidarística.<sup>16</sup>

Na quadra atual, há de se destacar o solidarismo contratual que, no dizer de Daniel Sarmiento<sup>17</sup>, “implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irreduzível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum”.

---

14 D'AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, a. 29, p.9, maio-jun./2020.

15 SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. *Migalhas*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 20 jun. 2020.

16 EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Revisão Contratual: a busca pelo equilíbrio durante da mudança de circunstâncias*. Salvador: Juspodium, 2008, p.73.

17 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.338.

O solidarismo não ignora as posições e interesses contrapostos das partes, mas corresponde a uma busca pela superação de modelo adversarial, pois o contrato implica efeitos existenciais e econômicos para todos os envolvidos e deve ser compreendido como “a obrigação imposta aos contratantes de colaboração mútua, sobretudo para melhor deslinde de relações cada vez mais complexas entre as pessoas”<sup>18</sup>.

Mas qual seria o limite da solidariedade contratual em tempos de pandemia?

Embora a complexidade do tema não permita uma resposta singela e objetiva, Tartuce<sup>19</sup> defende enfaticamente a adoção de três vetores para a superação das dificuldades contratuais: bom senso, boa-fé e solidariedade.

Chegou o momento de as partes contratuais no Brasil deixarem de se tratar como adversários e passarem a se comportar como parceiros de verdade. Ao invés do confronto, é preciso agir com solidariedade. De nada adiantará uma disputa judicial por décadas, com contratos desfeitos e relações jurídicas extintas de forma definitiva. Bom senso, boa-fé e solidariedade.

Pelas linhas transcritas acima, parece adequada a adoção de mecanismos que privilegiem o diálogo e a adaptação dos contratos à realidade singular das partes de um contrato. No entanto, pela assimetria típica dos contratos de consumo, tal orientação não teria o condão de evitar a judicialização maciça das relações negociais efetivadas antes da pandemia.

Buscando reduzir a insegurança jurídica sobre o tema enquanto o Poder Judiciário não estabelecesse seus *standards* interpretativos, veio a lume o diploma legal em comento para regular os setores abrangidos; a generalização de suas disposições suscita o questionamento inicial: há equilíbrio, boa-fé e solidariedade nas suas disposições em defesa do consumidor?

A variedade e a complexidade de serviços absolutamente distintos, mas tutelados identicamente pela Lei n 14.046/2020, trazem à tona a primeira crítica entre as muitas possíveis sobre os anacronismos e omissões nela presentes: tratar desiguais como iguais.

As soluções contidas no art. 2º do texto legal, já comentadas em tópico anterior, resolvem uniformemente relações singulares e de complexidade e execução diferenciadas. O consumidor que adquiriu ingressos para uma sessão de cinema tem uma situação complementamente distinta de quem adquiriu um pacote de viagem para o exterior e por qualquer razão de foro íntimo não possui mais interesse na continuidade do negócio. Mas o tratamento dispensado na norma, repita-se, é o mesmo.

De acordo com o referido dispositivo, em suma: o fornecedor deve oferecer duas opções ao consumidor, que consistem: 1) no direito de remarcação; e, 2) na conversão em crédito ou abatimento no preço na contratação de outros serviços. A escolha do consumidor deve ser exercida sem nenhum encargo entre o dia 1º de janeiro de 2020 até o prazo de 120 (cento e vinte) dias, que será contado da comunicação do adiamento ou do cancelamento dos serviços, ou até o prazo de 30 (trinta) dias antes da realização do evento, o que ocorrer primeiro. Em caso de internação ou de força maior, o prazo de 120 (cento e vinte) dias é devolvido em favor do consumidor, ou de seus herdeiros ou sucessores, por motivo de falecimento. Oferecida prestação futura do serviço, não haverá direito de reembolso, e quando existir, ficará condicionado ao prazo de até 12 meses após a cessação da pandemia.

---

18 EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Revisão Contratual: a busca pelo equilíbrio durante da mudança de circunstâncias*. Salvador: Juspodium, 2008, p.74.

19 TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. *Professor Flávio Tartuce*, 2020. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/>. Acesso em: 20 jun. 2020.



A proteção ao livre mercado é medida salutar para os interesses dos próprios consumidores, mas a lei extravagante não pondera adequadamente os interesses, conforme analisado a seguir.

*Ausência de unidade no tratamento legislativo.* A Lei Federal nº 14.010/20, que trata do regime Jurídico Especial Transitório, mais conhecido como RJET, estabelece normas de regência das relações privadas em razão dos precalços gerados pela Covid-19. Malgrado as disposições sobre contratos do referido diploma legal tenham sido vetadas pela Presidência da República<sup>20</sup>, o seu texto original continha previsão expressa de que os contratos de consumo não sofreriam nenhuma restrição para a sua revisão em decorrência da pandemia. É dizer, mesmo reconhecida a excepcionalidade do momento, a vulnerabilidade do consumidor não poderia ser agravada pelo Estado justamente porque sua missão é o oposto disso.

É oportuno destacar que a Lei Federal nº 14.010/20 nasceu do regular processo legislativo, com o auxílio de renomados especialistas em Direito Privado na elaboração de seu texto, enquanto a Lei nº 14.046/2020, aqui em análise, decorreu da conversão da Medida Provisória nº 948/2020, e inobstante algumas inclusões das casas legislativas, é inegável que adveio de iniciativa do Poder Executivo. A diferença apontada no nível de intervenção estatal nos contratos de consumo em ambos os diplomas somente ressalta a vulnerabilidade política do consumidor, defendida por Paulo Dal Pai Moraes<sup>21</sup>, que aduz:

Cada vez mais as discussões, principalmente as jurídicas, pendem para a proteção dos valores econômicos ao invés dos valores sociais, estabelecendo odiável hierarquia e aumentando a vulnerabilidade política que macula os consumidores, quando, em realidade, deveriam estar os sistemas mesclados para o atendimento das necessidades de todos os homens, e não somente de alguns.

*Escasso prazo para o exercício do direito de escolha.* O objetivo da norma é possibilitar aos empreendedores tempo adequado para reorganizar suas operações e assim futuramente cumprir com as obrigações contratuais. Todavia, a Lei nº 14.046/2020 determina que o consumidor opte pela remarcação ou conversão em crédito entre o dia 1º de janeiro de 2020 e o prazo de 120 (cento e vinte) dias, que será contado da comunicação do adiamento ou do cancelamento dos serviços; ou até o prazo de 30 (trinta) dias antes da realização do evento, o que ocorrer primeiro. A norma autoriza que a escolha seja realizada posteriormente, mas com a incidência de encargos para a remarcação.

Diversamente da técnica adotada no RJET, que condiciona os prazos para o período após a cessação da pandemia, a referida lei impele o consumidor a exercer o direito de escolha prematuramente, mesmo que não se possa atualmente antever o futuro, vale dizer, a extensão da pandemia e os seus impactos econômicos na vida pessoal de cada um, como eventual desemprego, perda de renda ou excessiva desvalorização cambial.

*Limitação substancial do direito de escolha do consumidor e o desestímulo à adoção de soluções negociadas entre as partes.* A norma do artigo 2º da Lei nº 14.046/2020 parece ser inspirada na mesma técnica legislativa utilizada pelos art. 18 (direito de escolha pela não sanção do vício do produto no prazo) e art. 35 (descumprimento da oferta) do CDC, que

---

20 No momento em que este artigo foi redigido, o veto presidencial ainda se encontrava sujeito à derrubada pelo Congresso Nacional, o que tornaria válidas as normas previstas no RJET sobre contratos civis, interempresariais e de consumo.

21 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.164.

lhe oferece um direito postetativo a ser exercido soberanamente entre as duas opções legais respectivamente apresentadas.

Não se observa no mencionado art. 2º um direito de escolha entre obrigações proporcionalmente satisfatórias para a tutela dos interesses do consumidor; este se vê compelido a prosseguir no contrato mesmo sem desejar a fruição futura do serviço. A norma confere como opções o reagendamento do serviço e a sua conversão em crédito, cuja fruição poderá ocorrer no prazo de 18 (dezoito) meses em caso de remarcação, ou de 12 (doze) meses para a disponibilização do crédito ou abatimento do seu valor para outro contrato com a mesma empresa, após a cessação da pandemia; limitando o direito ao reembolso à não execução futura do serviço. Portanto, diante da promessa de prestação do fornecedor, o consumidor não tem autonomia de vontade apta a discutir outra solução que lhe seja substancialmente satisfatória, o que, em parte, esvazia o dever de renegociar, imposto pelo solidarismo contratual.

Assim, não é exagero concluir que a preocupação com o fluxo de caixa das empresas e com o ambiente econômico em geral ignora a situação econômica dos consumidores, circunstância que antecede o desarranjo provocado pela pandemia, afinal empresas superendividadas contam com um regime legal de recuperação judicial, enquanto consumidores, na mesma situação, carecem de instrumentos normativos nesse sentido, malgrado as proposições legislativas em trâmite no Brasil.

*Ônus adicional decorrente da escolha de conversão em crédito.* A redação da medida provisória 948/2020 assegurava ao consumidor a escolha dentre o direito de reembolso, à remarcação do serviço ou outra solução negociada sem qualquer ônus adicional, exceto pela possibilidade de cobrança de multa pelo exercício de escolha fora do prazo legal. Ao se debruçar sobre o texto da M.P., o Congresso Nacional acrescentou mais um encargo a ser suportado pelo consumidor, que é o dever de dedução sobre o crédito de valores referentes a serviços de agenciamento e de intermediação já prestados, tais como taxa de conveniência e/ou de entrega.

A medida contida no §7º do art. 2º representa um agravamento na condição contratual do consumidor ao impor uma diferenciação substancial entre as opções legais, induzindo o contratante vulnerável a preferir o reagendamento à conversão em crédito, dadas as consequências apresentadas. Além disso, a legalização da incidência da taxa de conveniência está na contramão dos parâmetros adotados recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do Recurso Especial nº 1.737.428/RS, realizado em 12/03/2019 considerou abusiva a cobrança de taxa de conveniência na venda de ingressos em meio virtual (internet). Nesse sentido, explicam Ehrhardt e Costa que:

a taxa de conveniência é uma prática abusiva pela violação sistemática de princípios e cláusulas abertas que regem a aplicação do direito privado na contemporaneidade. Na concepção do STJ, o desenho do negócio jurídico das empresas de bilheteria digital viola os padrões negociais da boa-fé objetiva<sup>22</sup>.

Com efeito, a opção legislativa poderá sofrer contestação no Poder Judiciário, ocasionando desnecessária insegurança jurídica. A norma determina o oposto da *ratio decidendi* do precedente citado, que foi construído a partir de uma interpretação sistemática

---

22 EHRHARDT JUNIOR, Marcos; COSTA, Eduardo Henrique. A ilegalidade na cobrança de taxa de conveniência por ingressos vendidos na internet: Análise do REsp Nº 1.737.428/RS. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 130, a, 29, p.515-532, jul.-ago., 2020.

dos interesses envolvidos. Mas seu principal efeito é gerar um desequilíbrio qualitativo e quantitativo nas opções postas para a escolha do consumidor, pois não há de fato um direito potestativo de escolha diante de opções assimétricas, que apelam em uma direção.

*Ampliação excessiva do prazo de reembolso.* A Lei nº 14.046/2020, além de condicionar o reembolso à escolha do fornecedor em não prestar o serviço contratado, concede-lhe um prazo de 12 meses após o fim da pandemia para reembolsar os valores pagos pelos consumidores, acrescidos de correção monetária. A necessidade de reorganização das empresas não pode importar em um grave desequilíbrio que beneficie apenas um dos sujeitos da relação de consumo, e justamente o polo mais forte.

A respeito desse prazo de reembolso igualmente previsto na Lei nº 14.034/2020 (que regula o transporte aéreo), comenta Tartuce<sup>23</sup>:

De todo modo, não se pode admitir, com essa solução, uma proteção exagerada de qualquer uma das partes para que, por exemplo, os valores sejam devolvidos somente após um longo período de tempo, fora da esperada razoabilidade. Assim, um prazo de doze meses para a devolução dos valores relativos às passagens áreas me parece algo excessivo.

Além de vedar a responsabilização dos fornecedores - tema tratado a seguir -, a proteção conferida pela Lei nº 14.046/2020 aos fornecedores não se coaduna com o sistema de proteção ao consumidor vigente. Normas tão assimétricas com a tutela do consumidor que, em vez de equilibrar as relações, de acordo com as injunções sociais, em verdade aprofundam a disparidade existente e desestimulam o diálogo entre as partes na construção de soluções consensuais, especialmente quando adotadas sem a realização de nenhum estudo técnico ou a demonstração de critérios objetivos para a fixação de tal prazo.

## **6 A TUTELA DA PERSONALIDADE E A IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS**

Como demonstrado nos itens anteriores, *não se pode abandonar os valores* supremos que estão na base da Constituição, irradiados em todo o ordenamento, em prol de um esforço para salvaguardar o capital, que subverte a ordem social a fim de proteger o livre mercado. É preciso reconhecer na própria legislação, a ordem legal que emergiu espontaneamente como consenso moral da comunidade, como a única arma disponível para lidar com situações emergenciais ou em condições de evidente desequilíbrio<sup>24</sup>.

O empenho para garantir a sustentabilidade do setor econômico não pode refletir um pensamento utilitarista, implicando um volver para a tradição patrimonialista, trajetória incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana. A “restauração da primazia da pessoa humana nas relações civis é condição primeira da adequação do direito aos fundamentos e valores constitucionais”<sup>25</sup>

É fundamental sublinhar o entendimento de Rodotá<sup>26</sup>, para quem a repersonalização das relações civis se desenvolve na constitucionalização da pessoa, que é o produto de uma marcha antropológica que parte do sujeito como proprietário e contratante, na direção do seu reconhecimento como pessoa, como indivíduo, lastreado na humanidade e na dignidade social, que não se submetem à lógica do mercado ou à razão pública.

---

23 TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. *Professor Flávio Tartuce*, 2020. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

24 SCRUTON, Roger. *Como ser um conservador*. Tradução: Bruno Garschagen; Márcia Xavier de Brito. Rio de Janeiro: Record, 2015, p.88-89.

25 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.64.

26 RODOTÁ, Stefano. *Il diritto de avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p.10.

Como exemplo de valores que não podem ser menosprezados, a defesa do consumidor expressa uma das garantias fundamentais previstas no art. 5º, XXXII, da CF, e como já visto, prestigiada mais de uma vez no texto da Magna Carta, em seu art. 170, V, constitui um princípio geral da atividade econômica.

Atendendo ao comando constitucional previsto no art. 48 do ADCT, a promulgação do Código do Consumidor objetivou reger o fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, priorizando a proteção contratual do consumidor e a responsabilidade do fornecedor dos produtos e do prestador dos serviços ofertados.<sup>27</sup>

A defesa do consumidor sempre teve como função “reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas do mercado”<sup>28</sup>. *Não por acaso, os contratos de consumo, embora não se desvinculem dos valores adotados para os contratos de direito privado em geral, diferenciam-se destes por buscar evitar os abusos provocados pelo fornecedor do bem ou pelo executor do serviço, entendidos como estamentos econômicos mais fortes*<sup>29</sup>.

Dito de outro modo, nas relações de consumo, há uma clara assimetria que advém da posição de preponderância exercida pelo fornecedor, com mais poder nas decisões afetas ao curso ou cumprimento do contrato, e acaba desempenhando um papel dominante. Em razão deste desequilíbrio, a proteção dos interesses do consumidor vulnerável é *medida que se impõe para limitar o poder do fornecedor mediante uma política de prevenção de danos, que somente é possível graças à intervenção legislativa do CDC na autonomia contratual privada*<sup>30</sup>, alcançada ao assegurar um “direito de danos voltado ao consumidor, vedando práticas que tragam prejuízo (tanto patrimonial quanto extrapatrimonial) ao vulnerável”<sup>31</sup>.

Esta proteção do consumidor se relaciona com a proteção da dignidade da pessoa humana e, como tal, insere-se no estudo da tutela da personalidade. Schreiber<sup>32</sup>, ao interpretar a proteção da personalidade e os direitos fundamentais com base na metodologia da constitucionalização das relações privadas, pontua que:

A maior parte dos direitos da personalidade mencionados no Código Civil brasileiro (imagem, honra, privacidade) encontra previsão expressa no art. 5º do texto constitucional. Mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais.

No caso de ofensa à dimensão subjetiva da dignidade humana do consumidor, é cabível a reparação por danos morais. Maria Celina Bodin de Moraes<sup>33</sup> enxerga nesse raciocínio a evidência da tutela da personalidade, ao ponderar que “eis aí as razões pelas quais as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana”.

Ocorre que, em sentido oposto ao ora apresentado, a Lei nº 14.046/2020, na pretensão

---

27 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.25.

28 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

29 DELGADO, José Augusto. O contrato no Código Civil e a sua função social. *Revista Jurídica*, v. 47, n. 263, p.56, set., 1999.

30 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p.114.

31 D'AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, a. 29, p.38-39, maio-jun./2020.

32 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.15.

33 MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.127.

de regular de forma transitória as relações de consumo e no intuito de evitar um colapso do setor do turismo e da cultura, praticamente eliminou a possibilidade de danos morais (art. 5º), enquadrando as relações de consumo por ela tuteladas como hipóteses de caso fortuito e força maior em patente violação do princípio constitucional da reparação integral dos danos.

O caso fortuito e a força maior estão regulados pelo art. 393 do Código Civil, no capítulo que trata sobre o inadimplemento das obrigações, com a seguinte redação:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

A norma extravagante enquadra os cancelamentos e adiamentos dos seus vínculos de consumo, de forma categórica, como situações que não ensejam a responsabilização do fornecedor, pois o “caso fortuito ou de força maior terá o condão de afastar o nexo de causalidade, liberando o indigitado responsável de qualquer tipo de dever indenizatório”<sup>34</sup>. É preciso ressaltar que nem todas as impossibilidades imputáveis ao devedor se exoneram por conexão direta com o caso fortuito ou de força maior, mas, ao revés, são inclusive elas a causa do dever de indenizar eventuais danos que o credor sofra<sup>35</sup>.

Ao se afastar de forma peremptória, e quase que completamente, a possibilidade de se pleitear dano moral, incorre-se em grave erro, uma vez que o texto legal em análise parte de uma vedação *a priori*, deixando de excepcionar as hipóteses que envolvam eventuais comportamentos oportunistas e mercenários de fornecedores e prestadores, em prejuízo dos direitos de personalidade dos consumidores. Essa leniência no tratamento de fornecedores de um setor específico, sem justificativa alguma, certamente ressoará como um estímulo à adoção de comportamentos abusivos vedados pelo artigo 187 do Código Civil, que prestigia a observância da função social e da boa-fé nas relações entre particulares.

Até mesmo a ressalva prevista pela norma, ao excepcionar desta vedação os casos de má fé quanto à dedução dos valores referentes a serviços de agenciamento ou de intermediação pelos prestadores de serviço ou sociedade empresária, reforça a ofensa ao sistema protetivo tão caro ao Código de Defesa do Consumidor de forma agravada por advir do próprio legislador, pois limitar a possibilidade de aferição de comportamento desleal, contrário a boa-fé contratual esperada, “um dos fins perseguidos pelo sistema, que é a lealdade, a honestidade, a probidade, a cooperação, a proteção da confiança nas relações de consumo”<sup>36</sup> potencializa a fragilidade do consumidor ainda mais vulnerável com os efeitos da pandemia.

Para garantir a legalidade constitucional, os conflitos decorrentes das relações tuteladas pela Lei nº 14.046/2020 necessitam ser resolvidos pelo intérprete, pois na contemporaneidade, o panorama brasileiro impõe que cabe a ele a integração do sistema jurídico<sup>37</sup>. E nesse exercício integrativo, é imperioso reconhecer que a vedação do dano moral, salvo restrita

---

34 SILVA, Rafael Peteffi da. Caso fortuito ou de força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do coronavírus. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p.222, maio/ago., 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/121/95>. Acesso em: 07 ago. 2020.

35 SILVA, Rafael Peteffi da. Caso fortuito ou de força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do coronavírus. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p.236-237, maio/ago., 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/121/95>. Acesso em: 07 ago. 2020.

36 ZANELLATO, Marco Antonio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, a. 24, p. 142, jul.-ago., 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/29/19>. Acesso em: 07 out. 2020.

37 OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 15-33, abr./jun., 2018.



exceção, ofende a dignidade humana do consumidor, cuja vulnerabilidade já inflamada pelo fenômeno pandêmico, cresceu ainda mais, colimada pela intervenção estatal indevida.

Portanto, como principal intérprete, caberá ao Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade da vedação de se buscar reparação por danos morais, atualmente descrita no diploma legal em comento, que flagrantemente viola o princípio da isonomia, por criar hipótese de exclusão sem nenhum elemento necessário ou adequado que corrobore a necessidade de tratamento distinto aos envolvidos, não havendo respaldo para se blindar da apreciação do Judiciário ofensas à esfera jurídica extrapatrimonial de quem se relaciona no campo dos serviços culturais em nosso país.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo buscou revelar pontos de inadequação e não conformidade constitucional observados na Lei nº 14.046/2020 com o sistema legal vigente. Procurou-se demonstrar que regulações excepcionais e transitórias não devem ser consideradas legítimas quando retiram garantias historicamente asseguradas a sujeitos vulneráveis, ofendendo os valores constitucionais e aumentando o abismo entre os atores das relações de consumo nos contratos de turismo e cultura.

Reconhece-se que algumas medidas excepcionais podem ser tomadas, mas não pela forma e extensão eleita na Lei nº 14.046/2020, porquanto na pretensão de proteger o mercado de um colapso econômico, preterem-se os direitos do consumidor naquilo que não tem preço: sua dignidade.

Além de causar embaraços para a restituição dos valores pagos pelos serviços contratados, impondo prazos descabidos para acelerar uma eventual composição – que é apenas conveniente aos fornecedores e prestadores – enquanto os consumidores amargam seus próprios colapsos financeiros pela redução de salários e até pela perda de empregos, o texto legal analisado vulnera a dignidade do consumidor ao impossibilitar a reparação por dano moral em qualquer hipótese.

A existência de fontes normativas específicas sobre determinada matéria de consumo não afasta a incidência do CDC. A proteção ao livre mercado é medida salutar para os interesses dos próprios consumidores, entretanto a Lei nº 14.046/2020 não pondera adequadamente os interesses contrapostos, realçando a posição de vulnerabilidade do consumidor de tais serviços a partir da limitação excessiva na autonomia de vontade deste. Tudo isso em um claro paradoxo: a medida nasce de uma perspectiva de solidarismo contratual, mas concretamente só cuida da mitigação dos prejuízos do lado dominante na relação negocial.

## **REFERÊNCIAS**

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

DELGADO, José Augusto. O contrato no Código Civil e a sua função social. *Revista Jurídica*, v. 47, n. 263, p. 52-77, set., 1999.

D'AQUINO, Lúcia Souza; MUCELIN, Guilherme. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129, a. 29, p.17-46, maio-jun./2020.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Revisão Contratual: a busca pelo equilíbrio durante da mudança de circunstâncias*. Salvador: Juspodium, 2008.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; COSTA, Eduardo Henrique. A ilegalidade na cobrança de taxa de conveniência por ingressos vendidos na internet: Análise do REsp Nº 1.737.428/RS. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 130, a, 29, p.515-532, jul.-ago., 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. *O Estado de São Paulo*, 4 jun. 1989.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Parte Geral*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. v. 2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Sergipe, n. 7, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

OLIVA, Milena Donato. Desafios contemporâneos da proteção do consumidor: codificação e pluralidade de fontes normativas. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 15-33, abr./jun., 2018.

RODOTÁ, Stefano. *Il diritto de avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012.

RODOTÁ, Stefano. Quale diritto per il nuovo mondo. In: *Estudios de derecho civil*. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, III, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. *Migalhas*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SCRUTON, Roger. *Como ser um conservador*. Tradução: Bruno Garschagen; Márcia Xavier de Brito. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. Caso fortuito ou de força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do coronavírus. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p.220-240, maio/ago., 2020. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/121/95>. Acesso em: 07 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. *Professor Flávio Tartuce*, 2020. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil*. Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. Grupo GEN, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZANELATO, Marco Antonio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 100, a. 24, p. 141-194, jul.-ago., 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/29/19>. Acesso em: 07 out. 2020.

# O ACESSO A INTERNET COMO SERVIÇO ESSENCIAL PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

**Oscar Ivan Prux**

Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Teoria Econômica pela Fundação Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar. Mediador judicial.

---

**Sumário:** 1 Considerações introdutórias; 2 Serviços públicos e serviços essenciais: conceituações, elementos e características; 3 Principais normas relacionadas aos serviços essenciais; 4 A força dos fatos e a participação estatal; 5 O acesso a internet como direito fundamental e da personalidade; 6 Conclusão; Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Desde que ao Estado passaram a ser atribuídas determinadas funções direcionadas para a satisfação de necessidades humanas, percebeu-se que o fornecimento de alguns serviços que em certos casos suprem carência individual, também pode gerar efeitos benéficos sob o aspecto coletivo. E nesse sentido, o ano de 2020 veio a ser momento de transformação. O mundo passou a enfrentar os efeitos da pandemia provocada pelo vírus covid-19 e o Brasil não ficou ao largo dos inúmeros problemas que surgiram nas áreas da saúde<sup>1</sup>, economia e convivência social. Tornou-se mais destacada a importância do acesso a serviços públicos de qualidade, sejam os fornecidos por empresas estatais, sejam os entregues para a iniciativa privada mediante concessão, permissão ou autorização, muitos caracterizados como relações de consumo com todos os deveres inerentes para os fornecedores.

Ficou patente, então, que apesar da dimensão do setor de serviços na composição do Produto Interno Bruto brasileiro (em torno  $\frac{3}{4}$  do total<sup>2</sup>) nem todos as áreas nele incluídas estavam recebendo a devida atenção. No caso dos serviços públicos, independente de tratar-se daqueles de fornecimento *uti universi* (custeados com recursos públicos) ou *uti singuli* (pagos pelo utilizador), ficaram demonstradas falhas na regulação realizada por Agências e, principalmente, as graves carências no tocante aos classificados como essenciais.

Tem-se consciência de que abordar com um mínimo de profundidade as questões relacionadas aos serviços públicos em geral, demandaria um tratado, de modo que este será apenas o ponto de partida para se alcançar o foco central desse artigo, que é o fornecimento de internet considerada a sua essencialidade. Tal opção encontra razão nos graves efeitos causados pelo atual cenário de crise sanitária. Antes da pandemia, muitos já utilizavam a internet ocasional ou intermitentemente para se comunicar, para desfrutar de facilidades proporcionadas por aplicativos e mesmo para lazer. Outros o faziam de forma mais intensa para atividades profissionais ou para negócios online, dentre outros objetivos envolvidos com demandas decorrentes da vida urbanizada. A partir da pandemia, entretanto, perdeu generalidade a condição da internet poder ser somente uma opção. Esta passou a ser uma necessidade para todos, pois na quase totalidade dos casos, transformou-se no principal meio, muitas vezes a única forma de atendimento por órgãos públicos e/ou empresas privadas, bem como, de exercício laboral ou educação formal. Essa conjuntura mudou de patamar a condição do fornecimento desse serviço essencial, tal como vamos analisar em nova perspectiva.

Começar-se-á por adentrar a problemática relacionada às características e elementos a serem considerados nos serviços essenciais, bem como, ao elenco deles, destacando aqueles cuja importância ficou ressaltada em razão da conjuntura que se instaurou em nosso país. Nessa análise, será importante atentar para aspectos fáticos e legais envolvidos nessa conjuntura, pois no cotidiano das pessoas, a concretização do princípio fundamental da dignidade humana (Constituição Federal, art. 1º, III) depende em muito do acesso e prestação com qualidade, do fornecimento de serviços como, dentre outros, água, energia elétrica, gás

---

1 MINISTÉRIO DA SAÚDE. São 168.613 óbitos por covid-19 e 6.020.164 infectados no Brasil, número que não cessa de aumentar e sem previsão de data em que deixará de crescer por já haver controle da pandemia. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

2 (IBGE). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em números do segundo trimestre de 2020, mesmo com as alterações provocada pelas restrições ao funcionamento em decorrência da pandemia, ainda assim o setor de serviços como um todo correspondeu a 72,05% do Produto Interno Bruto do Brasil. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/1846#/n1/all/v/all/p/1/c11255/90687,90691,90696,90705,90706,90707,93404,93405,93406,93407,93408,102880/l/v,,c11255+t+p/resultado>.



e, para nosso estudo, também de internet. Por inúmeras razões, as verdades incontestáveis sobre a necessidade de fornecimento de serviços essenciais, ganharam uma nova magnitude a partir do momento em que a infecção de milhões de pessoas em decorrência do vírus (covid 19), passou a provocar milhares de mortes prematuras. E o enfrentamento dessa questão de saúde pública gerou uma série de recomendações e imposições legais para a população, as quais foram voltadas a impor ou induzir providências relacionadas a higiene e, com destaque, medidas como o fechamento temporário de estabelecimentos e a quarentena ou o isolamento social. Essas circunstâncias alteraram hábitos individuais e práticas sociais, sendo que o *home office* tornou-se comum para o exercício de atividades laborais/profissionais, o comércio eletrônico cresceu exponencialmente<sup>3</sup> como meio muitas vezes indispensável (até, por conta de, em certos casos, ser o único praticável) para acesso a determinados produtos e serviços (inclusive para os que fazem parte da garantia do mínimo existencial). Como notório, não apenas o funcionamento de indústrias, comércio e setor de serviços foram atingidos, mas todo o cotidiano da vida em sociedade, inclusive as atividades escolares que passaram a ser à distância. Por exemplo, para as pessoas em situação de vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade conseguirem receber auxílio emergencial, serem atendidas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social ou se comunicarem com seu plano de saúde, a internet passou a ser imprescindível. E mesmo para casos de atendimento presencial, normalmente o agendamento por internet tornou-se um pré-requisito inarredável. Emergiu para imensa parcela da população, a importância de contar com aparelhos eletrônicos dotados de internet e aplicativos, tudo com qualidade.

Anteriormente, diante do exponencial crescimento do número de pessoas com possibilidade de acesso à internet, as principais preocupações miravam nos desvios de conduta quando das utilizações (principalmente, quanto a aspectos relacionados a nomofobia, a participação das crianças<sup>4</sup>, *fake news*, proteção da privacidade, etc.). Atualmente, a pandemia desnudou outras facetas. Utilizar para lazer, ocasionalmente ou por motivos superáveis difere de fazê-lo por absoluta necessidade. E quando a necessidade premiu as pessoas, ficaram explícitas não apenas as deficiências da infraestrutura brasileira, mas também as mazelas substancialmente atreladas ao nível de desigualdade na nossa sociedade. As estatísticas antes celebradas de ampliação desse serviço, passaram a indicar que nestes tempos de crise, quando eles se mostraram realmente essenciais para as necessidades da população, o país ainda está muito aquém do que é razoável.

No cenário de 2020, não contar com recursos digitais viabilizados com auxílio de internet de qualidade, passou a significar exclusão social e se transformou em risco ou grave afetação à vários direitos humanos, fundamentais e da personalidade, tais como a saúde, a vida, a educação, etc. Portanto, o respeito ao direito de acesso e qualidade no fornecimento de internet restou demonstrado como imprescindível diante dessa alteração na forma de viver e conviver das pessoas. E mostrou que esses motivos justificam ação de parte dos três Poderes do Estado, no sentido de que se estabeleça um tratamento jurídico diferenciado diante dessas novas circunstâncias, bem como, uma melhora na atuação da Agência

---

3 VALOR ECONÔMICO. Levantamento estatístico indicam que apenas nos primeiros noventa dias da pandemia, com o isolamento social e fechamento de estabelecimentos físicos, o comércio eletrônico cresceu 71%. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/06/11/comercio-eletronico-cresce-71percent-em-90-dias-de-pandemia-segundo-levantamento.ghtml>. Acesso em: 07 set. 2020.

4 AGÊNCIA BRASIL. Segundo pesquisa, da Agência Brasil, 82% das crianças, são usuárias da internet no Brasil. Fonte: CRUZ, Elaine. Brasil tem 24,3 milhões de crianças e adolescentes que usam internet. Brasília, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/brasil-tem-243-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-utilizandointernet#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20pesquisa,dessa%20faixa%20et%C3%A1ria%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 11 set. 2020.

Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que não está sendo efetiva na sua obrigação de eficientemente regular esse mercado, como demonstra o fato de que 2019, na própria agência foram contabilizadas 2.978.758 reclamações<sup>5</sup> de consumidores.

No direito brasileiro, observe-se que quando se trata de serviços essenciais, remanesce a questão quanto a existência de um elenco taxativo espraiado na legislação, ou se cabe à jurisprudência apontar quais deles devem ser considerados como tendo essa condição. Aliás, quanto a esse último aspecto, basta voltar o olhar para a história e ver-se-á que o rol deles foi, ao longo dos séculos, diferindo conforme o tempo e o lugar considerados<sup>6</sup>. Aquilo que na antiguidade era essencial, pode não mais ser e o que nem se imaginava, pode acabar sendo tal como ocorre com o universo online. As situações mudam e devido a pandemia que gerou este ano atípico de 2020 (e que poderá prosseguir no que estão a denominar de “novo normal”), deixou mais evidente, o quão importante é haver uma visão consentânea com essa nova realidade, pois o direito é disposto não apenas para ordenação social enquanto contenção, mas principalmente para a oportuna proteção dos seres humanos que são a razão e finalidade para a existência da organização estatal. Ao falar da importância do legislador em dirigir o desenvolvimento social, Alf Ross, mencionou a diferença entre o direito teórico (ou dos livros) e o direito “vivo” (isto é, o direito tal como se desenvolve na vida da comunidade), bem como referiu às forças que realmente motivam a aplicação do direito<sup>7</sup>. Os fatos, à evidência, estão a demonstrar que para essa área relacionada aos referidos, é urgente fazer avançar o desenvolvimento social, e isso passa obrigatoriamente pelo enfrentamento da crise indo além da limitada e pouco adequada legislação existente. As concepções conceituais, os direitos e deveres atribuídos aos envolvidos nessas relações de fornecimento são, portanto, questões que merecem receber uma nova leitura e interpretações mais adequadas para enfrentamento desse momento de excepcionalidades e mesmo para estarem formatadas em consonância com a pós-modernidade.

É com essa perspectiva que utilizando o método hipotético dedutivo, o presente artigo tem como objetivo, após breves considerações a respeito dos serviços públicos como categoria geral (em si considerados e suas imbricações), incidir na análise nos serviços essenciais, laborando com a relação deles e culminando por focar especificamente no fornecimento de internet. Conforme se buscará demonstrar, esse serviço que muitas vezes foi considerado apenas como mera utilidade, inclusive para fins não importantes, atualmente deve ser considerado essencial, com todas as consequências que dessa concepção decorrem. Perceba-se que, principalmente em tempos de crise, dele dependem, em muitos casos, a viabilização da subsistência e da qualidade de vida compatível com a dignidade humana<sup>8</sup>. Essas concepções são pressupostos vitais para entender o quanto o serviço de internet adquiriu caráter exponencial, seja em situações de normalidade, seja quando crises fazem sobressair demandas que reclamam radicais providências para o correto enfrentamento de seus flagelos (e a pandemia do covid-19 é um exemplo). E o direito não pode ficar alheio, conforme na sequência se buscará demonstrar.

---

5 ANATEL. Serviço de Reclamação Anatel. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2>. Acesso em: 11 set. 2020.

6 Referindo a história, Alexandre Santos de Aragão refere que: “Assim, por exemplo, na Idade Média, os serviços religiosos, e, na antiga Atenas, os banhos públicos e ginásios, não o saneamento básico ou a educação, eram considerados como serviços essenciais para o bem-estar dos membros da coletividade”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.2).

7 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, tradução Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: Edipro, 2000, p.26.

8 Nota: e mesmo para o cumprimento do art. 170, da Constituição Federal, quanto ao direito à livre iniciativa e à valorização do trabalho humano, tudo conforme os ditames da justiça social.

## 2 SERVIÇOS PÚBLICOS E SERVIÇOS ESSENCIAIS: CONCEITUAÇÕES, ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS

Por um traço cultural, a tradição brasileira nestes mais de cinco séculos de existência, tem sido marcada pela intensa presença direta do Estado na economia; e frequentemente com as empresas públicas ou de economia mista sendo cooptadas pelos agentes políticos voltados ao objetivo de manterem influência visando seus interesses e mesmo privilégios. E há muitos segmentos que relutam em mudar essa conjuntura.

Essa característica notoriamente é desconforme com o previsto no art. 173, da Constituição Federal, sendo que para a intervenção do Estado, na prática os requisitos representados por conceitos subjetivos de “segurança nacional” e de “relevante interesse coletivo”, historicamente têm sido manuseados conforme conveniências dos detentores do poder (elite dominante). Essas circunstâncias costumam provocar com que exista uma certa confusão com referência ao que seja serviço público (expressão que não tem significado unívoco<sup>9</sup>) e o que deve ser considerado serviço essencial (na prática, um conceito aberto em razão da indeterminação legislativa). Também contribui nesse sentido, a carência na doutrina brasileira, bem como, de descrições técnicas (e mesmo de rol que seja mais preciso) dispostas na legislação com sentido de aclarar/precisar o que genuinamente seja serviço essencial; quiçá, existência de norma específica que pudesse dar melhor tratamento ao tema.

A doutrina refere que a nomenclatura europeia se vale do conceito de serviços de interesse econômico geral, mas que estes não se confundem com os serviços públicos ou com os serviços essenciais. Como em círculos concêntricos, ao serviço de interesse econômico geral é atribuída maior amplitude (serviço universal incluindo esferas social, econômica, cultural, etc.), abarcando os serviços públicos que são de âmbito mais restrito (e ainda, em menor dimensão, os essenciais neles incluídos). A expressão “serviços públicos” têm sido utilizada, então, em seus sentidos: - subjetivo, constituído por atividades prestadas pelo Estado ou seus concessionários; - e, objetivo, designando os princípios de serviço universal<sup>10</sup>.

No direito brasileiro, a expressão serviços de interesse econômico geral não encontrou acolhida significativa, ficando a questão, restrita em estabelecer efetivamente o que são serviços públicos e serviços essenciais.

Ao conceituar serviço público, Marçal Justen Filho diz ser “[...] uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”.<sup>11</sup>

Essa conceituação mostra que se trata de um gênero de serviços que o Estado retém, seja para exercício direto por empresas públicas ou de economia mista, seja delegando para a iniciativa privada, mas sempre mantendo controle conforme os limites legais. O que se observa é que conforme a doutrina que se consulte, diferem as visões sobre a diferença entre serviços públicos, serviços de interesse econômico geral e serviços essenciais. No direito português, por exemplo, a jurista Elionora Cardoso<sup>12</sup> mantendo essa mesma ordem dos conceitos, afirma:

9 Nota: pode inclusive, isoladamente servir para identificar o trabalho que fazem os servidores públicos.

10 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.110

11 MARTINS, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Atlas, 2011, p.370.

12 CARDOSO, Elionora. *Os serviços públicos essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.52.

Este conceito tem um sentido subjetivo, pelas atividades prestadas pelo Estado, e um sentido objetivo quando designa princípios de serviço universal. Além disso o termo serviço público consagra atividades prestadas pelo Estado/organismos públicos, o que não se enquadra com a constante privatização da maioria dos serviços que estamos a estudar. Não coincide este conceito com o de serviços de interesse geral, uma vez que estes não correspondem a uma tarefa cujo exercício seja da responsabilidade da administração, podendo ser prestado entidades privadas. Desta feita parece-nos claro que os serviços públicos essenciais, conforme reporta Rodrigo Gouveia, são também atividades de interesse geral, uma vez que revestem o carácter de essencialidade para os cidadãos, mas podem ser executados pelo Estado, por poderes públicos ou mesmo por entidades privadas. Foi mesmo para preencher essa situação, pode-se dizer, que a noção de serviços de interesse geral foi criada. Não podemos deixar de considerar os serviços públicos, serviços com carácter de interesse geral, pois tem essencialidade para os cidadãos, não sendo este o aspecto determinante para sua distinção. Assim, a consagração de uma expressão de serviços públicos essenciais denota a intenção do legislador em estabelecer um regime específico de proteção dos utentes de alguns serviços, que são essenciais para a vida, a saúde, ou para a participação e integração social, e que são portanto serviços de interesse geral, sendo que a distinção entre estes dois conceitos é meramente formal. Isto é, no fundo podemos concluir que os serviços públicos essenciais são os serviços de interesse geral que se encontram expressamente consagrados na Lei nº 93/96.

A expressa menção a Lei dos Serviços Públicos Essenciais portuguesa (Lei nº 23/96, de 25 de julho) aponta o nível de preocupação que fez com esse tipo de serviço fosse objeto de uma norma específica, o que não ocorre no direito brasileiro. Em tese, essa falta deveria redundar, no direito brasileiro, em que a conceituação do que seja serviço essencial restasse ao encargo da jurisprudência, quando da análise de casos concretos. Entretanto, nas decisões judiciais não se observa uma preocupação em contribuir com doutrina jurídica, pois em sua maioria, estas limitam-se a abranger principalmente questões como a manutenção dos serviços durante greves, conflitos relacionados a cobranças de utilização e situações envolvendo a suspensão do fornecimento em caso de inadimplemento. Inclusive, no enfrentamento do problema da pandemia, o Decreto nº 10.282 de 20 de março de 2020, instituído para regulamentar a Lei nº 13.979/20, muito embora mencione seu objetivo de “definir” os serviços públicos e atividades essenciais, objetivamente apenas indica quais se incluem nessa condição, e ainda o faz mediante rol exemplificativo dotado de certa imprecisão. Ou seja, em mais uma oportunidade perdida, na prática apenas criou, de forma emergencial, uma espécie de nova categoria, porém sem elucidar definições ou conceituações jurídicas.

Rizzato Nunes, após pontuar que existem serviços burocráticos auxiliares que servem basicamente para que “máquina” estatal funcione (exemplo: fornecimento de certidões que não demandam celeridade), coloca como aspecto preponderante para um serviço público ser considerado essencial, a perspectiva real e concreta de urgência na prestação.<sup>13</sup>

Entendemos, porém que se deve ir além no detalhamento, de modo que, objetivamente, concebemos que serviços essenciais são aqueles dispostos para satisfazer necessidades vitais para a população e para o bom funcionamento social. Contam em sua caracterização com a marca indelével da *imprescindibilidade*, *inadiabilidade* e mesmo, da *indispensabilidade*

---

13 NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. Posição 3202 de 19553.

que apresentam para significativa parte ou totalidade da população no desenvolvimento de suas atividades e convivência social. Sua falta, além do risco inerente à direitos e surgimento de danos decorrentes, por si só, representa dificultar imensamente e, muitas vezes, até inviabilizar, a qualidade de vida das pessoas que são seus usuários e/ou consumidores, o que, naturalmente repercute direta ou indiretamente na coletividade. Imagine-se a falta de serviços ligados a higiene, principalmente em tempos de pandemia. Certo é, portanto, que a deficiente qualidade ou a ausência de fornecimento desses serviços, se constitui em enorme prejuízo para o bom desenrolar da vida daqueles que deles necessitam.<sup>14</sup>

Considerada uma visão de economia liberal, o ideal é que o Estado somente se envolvesse em serviços realmente essenciais, deixando os demais para a atuação pela iniciativa privada. O foco do ente estatal estaria assim, naqueles que são mais importantes para a população, justificando melhor o direcionamento de gastos públicos. Esta relevância é justamente atribuída pelo fato de que esses serviços especialmente distinguidos, ou fazem parte do suprimento das necessidades essenciais (muitas vezes, até para o mínimo existencial) ou, considerados todos os imperativos contemporâneos, são a condição e “porta de entrada” (como no caso do fornecimento de internet) para o alcance a outros bens indispensáveis para uma vida digna. Tal condição ficou indubitável a partir do início da pandemia quando para evitar o contágio pelo covid-19, com superlotação de hospitais e milhares de mortes, o Poder Público acabou determinando medidas extremas, tais como, restringir a circulação de pessoas em determinados locais, proibir atividades que implicassem em aglomerações mesmo quando em espaços privados e impor o fechamento temporário de determinados estabelecimentos. E acrescentou, além de cautelas relacionadas à higiene (usar máscara, álcool gel, etc.), também recomendações de quarentena e isolamento social.<sup>15</sup> Ao natural, essas providências redundaram em uma severa crise econômica e social, na qual ficar sem serviços essenciais se tornou um autêntico martírio para as pessoas. Transpareceu nitidamente a dificuldade ou impossibilidade de viver normalmente sem essa espécie de serviço de substancial importância no cotidiano.

Portanto, sob essa perspectiva e enquadramento, devem advir as naturais consequências jurídicas específicas estabelecidas com a finalidade de que ocorra o adequado regramento e tratamento na lei e na jurisprudência relacionada com as situações que envolvem esses fornecimentos. Afinal, vazios e imprecisões não contribuem para serviços normalmente insubstituíveis em razão de integrarem o atendimento de necessidades básicas para as pessoas.

### **3 PRINCIPAIS NORMAS RELACIONADAS AOS SERVIÇOS ESSENCIAIS**

Em termos de serviços essenciais, cada país legisla ao seu estilo, tal como se constata em direito comparado. Mantendo referência a Portugal, observamos a opção de inserir em norma específica (Lei nº 23/1.996) a relação dos serviços considerados essenciais, inicialmente composta por fornecimento de água, energia elétrica, gás e telefone. Posteriormente, com as modificações trazidas pela Lei nº 12/2.008, foi ampliada a abrangência, passando a detalhar o fornecimento de gás (natural e liquefeito canalizado) e incluir os serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos, recolha e tratamento de águas residuais, serviços postais e comunicações

---

14 PRUX, Oscar Ivan. Contribuições ao estudo do dever de continuidade nos principais serviços essenciais. *Revista Jurídica Cesumar*, v.5, n.1, p.134-135.

15 GOOGLE. *A partir do início da pandemia, em torno de 65% passaram a ficar em casa, segundo levantamento de Insights & Analytics de Integrate Brasil do Google, divulgado com o título de “Coronavírus: o mundo nunca mais será o mesmo”*. Disponível em: <https://www.google.com.br/analytics>. Acesso em: 16 set. 2020.



eletrônicas, rol que provocou polêmicas quanto a ser ou não taxativo. Nessa estratégia típica da cultura portuguesa, ficou explícita a permanente preocupação com a segurança jurídica, demonstrada com a previsão expressa a respeito de quais serviços se aplica. No dizer de Fernando Dias Simões e Mariana Pinheiro Almeida:

Em nosso entender o legislador foi bem claro na opção pelo carácter taxativo do nº 2 do art. 1º da LSPE, pelo que não devem ser admitidas soluções fundadas na analogia ou na pretensa essencialidade de outros serviços próximos. Lembrando PINTO MONTEIRO, o legislador entendeu “prevenir as dúvidas e discussões indetermináveis que de outro modo haveria sobre o âmbito de aplicação da lei, no que concerne à determinação de quais os serviços que têm a natureza de serviços públicos e, de entre eles, quais os que são essenciais”.<sup>16</sup>

Esse sentido de evitar a indeterminação não se constata no Brasil. Não há lei específica para os serviços essenciais e as prescrições estão espalhadas em várias normas, sem que formem um todo coerente e elucidativo. Não se trata de resultado advindo de alguma técnica específica, pois em momento algum esse cenário foi produto de um processo lógico que fosse arquitetado para construir um arcabouço legal mais aperfeiçoado, tanto é que não se consegue encontrar nem mesmo uma definição ou um conceito do que sejam serviços essenciais.

A Lei nº 8.078/90 (CDC) limitou-se a prescrever como direito básico do consumidor, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, X), acrescentando em seu art. 22, que os órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, *quanto aos essenciais, contínuos*.<sup>17</sup>

Essas prescrições versando sobre a aplicação do dispositivo aos serviços públicos não deixaram de ser objeto de discussões na doutrina e na jurisprudência, convindo citar o que, com elevada racionalidade jurídica, Bruno Miragem<sup>18</sup> concluiu:

Por fim, é necessário observar que a Constituição da República, em seu artigo 175, parágrafo único, II, determina que a lei deverá dispor sobre os direitos dos usuários. Esta disposição constitucional situada no capítulo da ordem econômica, não deve ser interpretada de modo isolado, a pretexto de excluir-se a aplicação das normas de proteção do consumidor. Ao contrário, é imperiosa a interpretação sistemática da norma em face, também, do direito fundamental de defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII). Ao conferir ao legislador a determinação de legislar estabelecendo direitos subjetivos do usuário, estabelece regra geral, pertinente a todos os usuários de serviços públicos. Todavia, quando se tratar de relação de consumo, ou seja, quando diz respeito a certos e determinados serviços públicos (serviços públicos *uti singuli*), quem usufrui do serviço como destinatário final dos mesmos terá, ao lado das normas integrantes do regime jurídico administrativo de prestação do serviço, a proteção das normas estabelecidas pelo CDC, como resultado do próprio direito fundamental de defesa do consumidor.

Essa abordagem de englobar os serviços públicos em geral e, desta forma, positivamente se aproximar das especificidades daqueles que são essenciais, comunga posicionamento

---

16 SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro. *Lei dos serviços essenciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p.22.

17 O itálico é proposital para chamar à atenção para o ponto objeto de maior número de polêmicas, principalmente considerando este momento de crise em 2020.

18 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.197.

adotado no objeto deste trabalho, em especial quanto ao fornecimento de internet<sup>19</sup>, que por suas particularidades merece um tratamento mais detalhado e ainda ausente do direito nacional. Veja-se que até o começo de 2020, apenas a Lei nº 7.783/89 (lei de greve) era explícita em apresentar em seu art. 10, um rol dos serviços (e atividades) que referia terem essa característica (essencialidade). Entretanto, essa prescrição legal se limita ao objetivo de impor que em relação as atividades constantes do rol, não possa acontecer total interrupção durante greve (mesmo que em nível básico, precisam ter continuidade). Outro detalhe: a alusão feita a telecomunicações (inciso VII) é genérica (e isso lhe retira especificidade) por referir a gênero que inclui televisão, telefonia fixa e móvel, comunicação por satélite, radiofrequência, internet, etc. Mas não há qualquer detalhamento do que significa a essencialidade desses serviços e, principalmente com relação à internet, tacitamente a questão se mantém idêntica a outros serviços comercializados no mercado. Ou seja, simplesmente dispostos para quem tenha condições de adquirir, não havendo qualquer especificidade de tratamento em razão de ser serviço essencial.

De forma similar e não justificável uma vez considerada a época de sua aprovação, o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020 (art. 3º, VI), depois alterado pelo Decreto nº 10.329, de 28 de abril de 2020, coloca na relação de atividades e serviços considerados essenciais, as telecomunicações e internet. Entretanto, novamente essa inclusão mostrou limitações, na medida em que se centrou na questão de que a oferta desses serviços não pode ser inviabilizada por restrições advindas da aplicação da Lei nº 13.979/20 que dá poderes para, no enfrentamento da crise, autoridades adotarem providências como isolamento, quarentena, restrições de locomoção e outras mais.

Esse vácuo legislativo representa menosprezar a importância desses serviços para as pessoas, pois novamente – agora em decorrência da pandemia – normas foram inseridas no sistema no sistema jurídico sem constituírem um real aperfeiçoamento<sup>20</sup>. Foi mantida a imprecisão geradora de consequências que não beneficiam ao enfrentamento da crise e nem constroem para o futuro<sup>21</sup>, apenas servindo para sinalizar a falta de percepção e sensibilidade de parte de nossos legisladores.

Em 1885, ao comentar uma palestra de John Robert Seeley em Cambridge, Jeremy Waldron já afirmava em seu clássico “A dignidade da legislação”:

Podemos estar comprometidos, em princípio, com a economia do *laissez-faire* e do livre comércio, ele disse, podemos aceitar o princípio de liberdade de Mill, na medida em que diga respeito à interferência da sociedade na vida privada do indivíduo, mas não inferimos disso nenhum princípio ou exigência moral de inatividade governamental. Pelo contrário, todos os dias surge outra exigência de nova legislação para lidar com alguma dificuldade

19 Nota: em relação à internet, apenas indiretamente, também o inciso IX, do artigo 10 da mencionada lei, insere como essencial os serviços de processamento de dados, mas com um sentido diferente do de acesso por usuários no cotidiano (seja para compras online, aulas, etc.).

20 Nota: ao editar Medidas Provisórias surgiu a chance para aperfeiçoar a legislação quanto as matérias versadas, mas isso não aconteceu. Assim, endossamos as críticas de Marcos Catalan que, com base em doutrina de Rui de Alarcão, assinala existir no direito, notória inflação e/ou defeituosa de legislação e, nesse sentido, por oportuno, apropriamos a expressão “Menos leis, melhores leis”, que representa o que o país precisa na área de serviços essenciais. (“Menos leis, melhores leis: brevíssimas digressões acerca da Medida Provisória 925/2020 e como ela despoticamente provoca desproteção dos consumidores no Brasil”. *Revista do IBERC*, v.3, n.2, maio/ago. 2020, p.23).

21 Nota: qualquer indefinição gera espaço para incertezas. Ora podem ocorrer desvantagens provocadas por inadequadas interpretações eivadas de subjetividade, ora as vantagens de permitir adequação pela jurisprudência quando de circunstâncias novas decorrentes da evolução social e, principalmente, diante de eventuais circunstâncias surgidas em tempos de crise. Mas a insegurança jurídica fica patente e pode provocar custos de transação e seleção adversa nos investimentos e nas contratações, fenômenos negativos comumente constatados nessas circunstâncias quando se trata de economias de mercado.

ou reorganizar algum aspecto dos assuntos sociais, sejam estes a educação, a higiene pública ou a reforma do serviço público.<sup>22</sup>

O surgimento da pandemia era valioso momento para aprimorar a legislação com vistas a induzir que os serviços essenciais<sup>23</sup> se tornassem mais acessíveis e adequados para a generalidade da população que passou a estar sujeita as medidas restritivas e a severos efeitos econômicos e sociais. Em específico quanto a questão da internet, ter o serviço simplesmente ofertado no mercado na forma estabelecida pelo fornecedor (incluindo quanto ao acesso e valor), realmente não basta. Isso já era previsto mesmo em tempos de normalidade e tacitamente se aceitava como um “preço” a suportar; no caso, ter uma legião de excluídos do serviço e outra legião de insatisfeitos com ele (vide o já citado número de reclamações na Anatel). Antes, contando com atividades presenciais, muito embora as críticas quanto a eficiência da regulação por Agências, esses aspectos passavam ao largo de discussões mais aprofundadas. Vigorava até um certo conformismo em considerar como suficiente que um serviço fosse considerado adequado desde que se limitasse a satisfizer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 1º). A falta de acesso, seja por inexistência de oferta em determinado lugar, seja devido ao elevado custo para o usuário, era tacitamente relevada. Atualmente, o momento de crise destacou essa patente inocuidade da legislação para estabelecer qualquer melhora no setor. Uma grande oportunidade de evolução foi desperdiçada exatamente no momento em cabendo Medida Provisória (justificada pela relevância e urgência, conforme o art. 62, da Constituição Federal), era possível e recomendável prescrever a respeito do fornecimento de serviço de internet para a população terrivelmente afetada pelos efeitos da diminuição do número de empregos (e para se recolocar a entrevista passou a ser virtual), da redução de renda daqueles que eram informais e não mais podiam circular precisando de meio virtual para seguir atuando, dos impedimentos para locomoção e dificuldades de acesso a produtos e serviços de comprovada indispensabilidade.

Neste caso, vale atentar para a importância de que, “discriminar” é preciso quando existe um *discrímen* cuja diferença justifica tal; e isso somente é viável com medidas diferenciadas inseridas a partir da legislação. Senão de pouco vale - não passando de falácia ou mera retórica - estar esse serviço formalmente incluído na legislação como um daqueles que deve ser distinguido, sendo que na realidade nada de mais efetivo lhe é atribuído por sua característica de essencialidade.

Assim, valendo pelo menos para durante a crise, mas também com visão de médio e longo prazo, tem-se como oportuno que aconteça o surgimento de norma específica para essa área, incluindo em especial formas de dar acesso generalizado e com qualidade, ao serviço de internet para população. A noção de serviço adequado deve atender também a essas condições, pois o país não pode seguir com tantos tacitamente excluídos pela desigualdade social e serviços aquém de nível compatível. A finalidade primordial do Estado é de amparo ao ser humano para atendimento das legítimas demandas individuais e ao interesse social, o que se concretiza no correto enfrentamento de questões pormenorizadas como o fornecimento

---

22 WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, tradução Luís Carlos Borges, revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.7-8.

23 SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro. *Lei dos serviços essenciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p.22.

de serviços essenciais que são indispensáveis para poder acontecer o exercício de direitos fundamentais e a própria cidadania.

#### 4 A FORÇA DOS FATOS E A PARTICIPAÇÃO ESTATAL

Desde a última década do Século XX, na sociedade brasileira era dado destaque ao aumento da abrangência e utilização de recursos online. Noticiava-se, por exemplo, que no quarto trimestre de 2018, o percentual de domicílios que utilizavam a internet havia subido para 79,1%, sendo que deste total 99,2% era pelo celular<sup>24</sup>. Em 2019, segundo a 30ª Pesquisa de Administração e Uso de Tecnologia da Informação nas Empresas realizada pela Fundação Getúlio Vargas, incluindo smartphones, computadores e tablets, o país já somava 420 milhões de aparelhos, naturalmente com internet.<sup>25</sup>

Por diversos detalhes esses números enganavam e não justificavam o ufanismo. Como dizia Darrel Heff: “Muitas estatísticas se mostram falsas logo de cara. Só passam porque a magia dos números provoca uma suspensão do bom senso”.<sup>26</sup>

Ocorre que a existência de aparelhos não significa acesso para cada um dos habitantes brasileiros. Há pessoas jurídicas proprietárias e pessoas como vários aparelhos, bem como, domicílios sem ou nos quais existe apenas um dispositivo (com frequência, apenas o celular), sendo que pais precisam para trabalhar, filhos para assistir aulas, etc.

A pesquisa TIC Domicílios com base em dados coletados pelo CETIC.BR em 2019, muito embora tendo encontrado pequena diferença de números comparada com a outra pesquisa que recém-mencionamos (possivelmente pela data em que foi realizada), apurou que no Brasil, em torno de 46 milhões de pessoas não têm acesso à internet, sendo que 45% destes deram como motivo o fato do serviço ser muito caro e 37% justificaram ser devido à falta de aparelhos para utilização. Outro detalhe: uma em cada cinco pessoas afirmou que só conseguia acessar a internet através da rede emprestada pelo vizinho. E sublinhando os efeitos da desigualdade, a pesquisa apurou ainda que dentre os analfabetos ou que frequentam ensino infantil (básico), apenas 23% tinha acesso à internet.<sup>27</sup>

Esses números mostram que o desmesurado otimismo com o processo de popularização da internet, na verdade vinham mascarando uma realidade trágica, pois quando a população precisou dela de forma inevitável para suprir necessidades, ficaram evidentes as carências do setor quanto ao acesso efetivo a esse serviço, bem como, os nefastos efeitos provocados pela desigualdade social que aflige o país.

É, portanto, um problema que atinge a esfera individual dessas pessoas, mas também é uma questão de interesse público por afetar a coletividade no bom desenrolar da vida em sociedade, inclusive por conta de que, atualmente, já são digitais um total de 55% dos 3,3 mil serviços prestados pelo governo brasileiro.<sup>28</sup> Então, o fornecimento de internet transcende ao interesse individual e abrange interesse coletivo (público) deveras relevante.

24 IBGE. IBGE: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país, mas só 48% tem computador. 2020. Disponível em: <https://porvir.org/ibge-internet-chega-a-791-dos-domicilios-do-pais-mas-so-48-tem-computador/>. Acesso em: 12 set. 2020.

25 NEGÓCIOS, E. Brasil tem 230 milhões de smartphones em uso. 2020. Disponível em: [https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/brasil-tem-230-milhoes-de-smartphones-em-uso.html#:~:text=Em%202019%2C%20o%20Pa%C3%ADs%20ter%C3%A1,%20DSP\)%20e%20divulgada%20ontem](https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/brasil-tem-230-milhoes-de-smartphones-em-uso.html#:~:text=Em%202019%2C%20o%20Pa%C3%ADs%20ter%C3%A1,%20DSP)%20e%20divulgada%20ontem). Acesso em: 09 de set. 2020.

26 HEFF, Darrell. *Como mentir com estatística*. Editora Intrínseca. Edição do Kindle. Posição 1353 de 1420.

27 FATO, BRASIL. Quem são as pessoas que não têm acesso à internet no Brasil? 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/10/quem-sao-as-pessoas-que-nao-tem-acesso-a-internet-no-brasil>. Acesso em: 14 set. 2020.

28 GOVERNO FEDERAL. Plataforma já oferece mais de 800 serviços gratuitos ou liberados em caráter emergencial. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/05/plataforma-ja-oferece-mais-de-800-servicos-gratuitos-ou-liberados-em-carater-emergencial>. Acesso em: 14 set. 2020.

Nesse sentido, ao tratar do reconhecimento da supremacia do interesse público – que neste caso se mostra evidente –, os juristas Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem concordam com os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>29</sup> e advogam pela existência no direito brasileiro, de uma concepção social que é igualmente referendada na doutrina estrangeira, como se pode constatar:

Essa noção social do interesse público, voltada a realização dos fins coletivos ligados ao bem-estar geral, é também acolhida no Direito argentino, como evidenciam Rafael Bielsa e Héctor Jorge Escola. Na mesma trilha caminha Jorge Luis Salomoni, ao identificar como consequência do conceito de interesse público a “obrigação constitucional do Estado de promover o bem-estar geral e a prosperidade do país e das províncias”. É de se notar, ainda, que é de autoria desse jurista platino uma interessante concepção de interesse público fundada na realização dos direitos fundamentais e, muito especialmente, dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais. Para o autor, a finalidade do conceito de interesse público reside na “proteção dos direitos essenciais do homem, e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritualmente e alcançar a felicidade”.<sup>30</sup>

Estão presentes, então, tanto os interesses das pessoas no sentido de serem mitigados os problemas advindos da crise causada pela pandemia, quanto relevantes interesses coletivos. Esse contexto aponta para a importância da participação ativa do Estado, visto que os serviços essenciais se caracterizam por serem aqueles que, na maioria dos casos, implicam em insuperável dificuldade para serem supridos apenas com esforço individual. Não se está a propugnar para a economia brasileira e para esse mercado que ocorra uma adesão qualquer modelo estritamente keynesiano que contrarie o previsto no art. 173, da Constituição Federal. Ocorre que nos exatos termos estabelecidos pelo referido dispositivo, se fazem presentes os imperativos de relevante interesse coletivo pelo qual devem existir medidas para que o adequado fornecimento de internet realmente possa alcançar a todos, trazendo eficácia para medidas de enfrentamento da crise causada pela pandemia. Prioritariamente, com foco no fornecimento *uti singuli*, encetando-se providências para que assim como existem programas sociais em outras áreas, nesta também surjam incentivos que viabilizem para a iniciativa privada, oferecer o serviço em condições que as pessoas possam adquirir e desfrutar com a qualidade adequada para os fins a que se destina; tudo conforme o preconizado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. E quando tal não acontece, que o Estado faça sua parte, seja fiscalizando, seja fornecendo por empresa pública ou de economia mista. Vale lembrar que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo (CDC, art. 40), que no mercado exista ação governamental no sentido de proteger efetivamente aos consumidores. E sem haver acesso, essa proteção nunca alcançará o ideal.

Assim, percebendo-se que o fornecimento de internet na modalidade *uti singuli* não está preenchendo suas finalidades e deixa lacunas enquanto serviço essencial, tendo em vista a situação emergencial (e, no curto ou médio prazo, a falta de perspectiva de melhora

---

29 Os referidos autores citam texto de Maria Sylvia Zanella Di Pietro com o seguinte teor: “neste tipo de concepção [própria do Estado Social], o interesse público identifica-se com a ideia de bem-comum e reveste-se mais uma vez, de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.36-37).

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.37.



na desigualdade e distribuição de renda da população) se considere a necessidade de fornecimento desse serviço como *uti universi*, inclusive para se tornar permanente, mesmo que com fatores moderadores para evitar desperdício. Esse fornecimento, refira-se, pode inclusive, ser sem custo ou fortemente subsidiado para a pessoa física utilizadora, afinal, uma quantidade enorme de dinheiro público será despendida para amainar os efeitos da pandemia e depois criar o ambiente adequado para a recuperação da economia. Outro detalhe: cabe, inclusive, o lançamento de programas governamentais que facilitem a aquisição de aparelhos condizentes com o funcionamento que se espera desses meios digitais<sup>31</sup>. Comparando com os valores que deverão ser esses gastos, disponibilizar internet gratuita ou em valores simbólicos, poderia ser encartado nesse conjunto de medidas que superam o simples objetivo das normas que passaram a permitir postergação de pagamentos na área dos serviços essenciais. E mais, o fornecimento de serviços pelo Estado em condições especiais não seria novidade, pois de longa data são disponibilizados gratuitamente, atendimentos como, por exemplo, de saúde (SUS), educação em escolas públicas e até assistência jurídica para os necessitados.

Há que se atentar apenas para uma cautela que precisa ser tomada: no caso, não se permitir (e isso cabe para regulação pela ANATEL) que diferença substancial em termos de qualidade acabe distinguindo o fornecimento pela iniciativa privada, do fornecimento pelo Poder Público. O serviço tem de realmente servir para as suas finalidades, sendo irrelevante para esse aspecto, a questão de remuneração ser direta ou indireta. Ou seja, a distinção entre *uti singuli* e *uti universo* deve ser apenas terminológica, pois como afirma Claudia Lima Marques, as designações “usuário” e “consumidor” precisam ser interpretadas a luz do princípio da vulnerabilidade. Dessa forma, em razão dessa condição de fragilidade, cabe uma conciliação para que as pessoas, a par de poderem contar com as imposições do direito constitucional, também sejam protegidas pelo previsto no CDC e, concomitantemente, com as normas da esfera do direito administrativo, tudo, ressalte-se, sendo operada uma interpretação sistemática que em *diálogo das fontes*, aponte a melhor solução para amparar todo aquele em situação de vulnerabilidade (que é presumida para os destinatários finais dos produtos e serviços).<sup>32</sup> Ressalte-se que, se no modelo atual a carência remanesce insuperável, pelo menos durante a crise, a internet deve ser estendida para a totalidade da população, seja por razões de saúde pública, seja em prol da uma melhora social e econômica até que possamos voltar a viver em um padrão mínimo de normalidade.<sup>33</sup> Não se trata de abandono ao sistema democrático liberal, mas de dar solução para um problema antigo que prejudica a sociedade brasileira.

Como Flávio Galdino<sup>34</sup> muito bem refere: “o Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente eficientes”.

31 Com desoneração de tributos reduzindo o preço para as pessoas de baixa renda, estratégia que não seria novidade, pois existe, por exemplo, para veículos de portadores de deficiências físicas (e até para aquisição por taxistas).

32 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.644-645.

33 Note-se, inclusive, que essa modalidade acrescenta ainda, a vantagem de eliminar a polêmica existente na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de, em caso de inadimplemento, acontecer a interrupção do fornecimento de serviços essenciais (permitida pelo STJ, mas objeto de restrições para situações que envolvem a manutenção da saúde/vida como no caso de hospitais, e por várias normas, a exemplo da Lei nº 14.040/2003 do Paraná e da Lei Federal nº 14.05/2020, que proíbem a suspensão/corte do fornecimento aos finais de semana). Em sendo *uti universi*, fará por inserir, na prática, as razões que ao comentar o dever de continuidade dos serviços essenciais (art. 22, do CDC), Sérgio Cavalieri Filho assim descreve: “Corrente prestigiada sustenta que, se a continuidade dos serviços essenciais (luz, água, telefone etc.) é mandamento legal, que se impõe até a luz do princípio legal da dignidade humana, o fornecimento desses serviços não pode ser interrompido mesmo no caso de inadimplemento. Há inúmeros julgados nesse sentido”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.81).

34 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.346.

O indispensável, portanto, é abandonar o imobilismo retrógrado que deixa o país paralisado no passado. Na legislação inexpressiva que temos em termos de serviços essenciais, o fornecimento de internet não pode seguir sendo considerado apenas um mero apêndice da palavra “telecomunicações”, simplesmente por conta de que integra esse setor sem possibilidade de desvinculação. Está evidente que, tal como nas leis que já mencionamos nesse estudo (com destaque para a injustificável omissão nos Decretos nº 10.282/2020 e nº 10.329/2020 editados já durante a pandemia e quando os problemas maiores já tinham se manifestado), não traz qualquer efeito valioso simplesmente rotular esse serviço como essencial, sem lhe conferir a correspondente distinção afirmada em prescrições efetivas que realmente possam servir para a implantação de melhoras no setor.

Países de regime democrático liberal (e até mesmo países socialistas<sup>35</sup> que não se destacam pela vanguarda no desenvolvimento) mostram a atenção dada para que exista a propagação desse serviço entre sua população, e isso não apenas pelos benefícios individuais, mas igualmente por sua importância para o progresso nacional. Aonde a internet é realmente disseminada (e não restrita a segmentos com melhores condições econômico-financeiras) o desenvolvimento avança em índices superiores ao das nações atrasadas nessa área, e exemplos são notórios, sem despreciando enumerá-los.

Assim, é basilar que o ente estatal assuma seu dever de zelar por esse interesse público, posto que os aliados desse serviço (internet) padecem a margem sociedade, privados de condições mínimas para exercício de sua cidadania, quando não, da própria sobrevivência em condições dignas, o que não corresponde com nossos princípios constitucionais.

## 5 O ACESSO A INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DA PERSONALIDADE

Os direitos fundamentais e os direitos da personalidade possuem destaque no sistema jurídico brasileiro, sendo que se aplicam às relações públicas e privadas. A doutrina majoritária indica que as concepções conceituais e as características desses direitos são distintas. Contudo, quando se avança para especificá-los, são inevitáveis as coincidências. Como exemplo, podemos mencionar o direito a saúde, a vida, a dignidade humana, a educação e mesmo o livre desenvolvimento da personalidade, conforme também abordado na obra de Martin Perius Haeberlin.<sup>36</sup>

Reconhecer esses direitos fundamentais e implementá-los gera impacto social, segundo a concepção de Luigi Ferrajoli:

*En efecto, cualquiera que sea el ordenamiento que se tome en consideración, a partir de él, son derechos fundamentales - según los casos, humanos, públicos, civiles y políticos – todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinados por la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar.*<sup>37 38</sup>

Essa visão um tanto diferenciada e que pode parecer por demais ampla em seu desiderato de englobar um contingente maior de pessoas, todavia, não é incompatível com

35 Tanto em países democráticos liberais, quanto em países socialistas (a exemplo de Cuba), este autor encontrou e utilizou em lugares públicos, acesso gratuito à internet.

36 HAEBERLIN, Martin; PREVIDELLI, José; BITENCOURT, Daniella. Ensino jurídico e tecnologia: uma reflexão sobre o papel do professor da ciência do direito na era da revolução 4.0. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.38, Belo Horizonte, p.50.

37 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.40-41.

38 Em tradução livre: “Com efeito, qualquer que seja o ordenamento jurídico que se tome em consideração, a partir dele, são direitos fundamentais - conforme os casos, humanos, públicos, civis y políticos – todos e só aqueles que resultem atribuídos universalmente a classes de sujeitos determinados pela identidade de pessoa, cidadão o capaz de trabalhar”.

a que estamos há desenvolver neste estudo. Vale referir a raridade das situações em que se pode dispensar por completo os serviços públicos. E mais, todos somos consumidores, independente de sermos usuários. Deste modo, no tocante ao acesso e qualidade dos serviços essenciais (e, neste caso, focando no fornecimento da internet) temos que, direta ou indiretamente, estes demonstram enorme potencial para nos impactar enquanto pessoas. Observe-se que a pandemia do covid-19 colocou todos nós em condição de vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade (ou posição análoga a tal). Naturalmente, alguns foram atingidos mais gravosamente (principalmente os mais pobres), mas ninguém ficou totalmente indene de consequências que fizeram por alterar as práticas direcionadas para a concretização de direitos fundamentais.

Sob esse viés, Cristiano Heineck Schmitt<sup>39</sup>, identifica os direitos fundamentais e sua intensa relação com a conjuntura social e assim doutrina:

Sob esse aspecto, os direitos fundamentais formam um subsistema, que ocupa uma posição hierárquica extremamente relevante do ordenamento jurídico e que transborda seus próprios limites, passando a influenciar todos os demais subsistemas e normas do ordenamento jurídico, sendo que, ao mesmo tempo, mantêm contato direto com a realidade social, com os interesses, fins e valores definidos no seu âmbito, bem como com a reflexão moral, um dos aspectos essenciais de um sistema cultural. Por isso mesmo, o subsistema de direitos fundamentais é aberto e expansivo, infiltrando-se em todos os demais e influenciando sobre eles, sendo ativo nas tarefas de realizar o direito, na aplicação e interpretação dos demais subsistemas do ordenamento jurídico, formando parte da norma básica de identificação de normas.

Projetando essas concepções para a realidade que vivenciamos, tem-se que, se o serviço de internet é imprescindível para exercício pleno de qualquer dos direitos fundamentais, a estes deve ser integrado para fins de proteção. Oportunas as palavras de Luís Roberto Barroso quando, após propor a centralidade dos direitos fundamentais, os identifica como forma de aproximar o direito e a ética e nesse sentido refere: “A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva que permita a superação da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo”.<sup>40</sup>

Nessas circunstâncias, o reconhecimento meramente formal que tradicionalmente já vinha acontecendo em relação a tratar-se de serviço essencial, precisa se transformar em um reconhecimento real e efetivo. A pandemia demonstrou que, muito embora o fato de que em várias situações a internet podia ser associada a mero instrumento de lazer ou facilidade, atualmente ela deixou de ser mera opção (para comércio online, por exemplo) e adquiriu a condição de ser a indispensável “porta de entrada” para acesso ao atendimento por órgãos públicos dos três Poderes da República (a exemplo da Receita Federal, do INSS, dos Detrans, dentre outros), para atendimentos ligados à saúde, para participação em programas sociais, etc.

Andrew Sullivan, que também considera o acesso à internet como um direito fundamental, se vale de dados obtidos pela TIC Domicílios do Comitê Gestor da Internet no Brasil e refere que apenas 48% das pessoas das classes D e E possuem esse tipo de serviço, o que demonstra tratar-se de fator que contribui para o aumento da desigualdade social.

---

39 SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.10-11.

40 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 183.

Nesse contexto, veja-se em específico os direitos da personalidade<sup>41</sup> e, dentre estes, à guisa de exemplo, centremos nossa atenção à educação.<sup>42</sup> Com as escolas fechadas<sup>43</sup> em razão do isolamento social provocado pela pandemia, as aulas passaram a depender da utilização imprescindível de internet. Entretanto, levantamentos indicam que apenas 75% dos domicílios da área urbana e 51% dos da área rural contam com esse tipo de serviço, sendo que considerada a renda, essa conjuntura agrava a desigualdade que é flagrante quando observada a divisão por classes sociais (A com 99%, B com 95%, C com 80% e, lamentavelmente, D e E com somente 50%)<sup>44</sup>. E o que é pior, como menos da metade dos domicílios conta com computador de mesa, além das dificuldades para aulas considerando o tamanho da tela e a qualidade da internet em aparelho celular (98,7% dos acessos são por este tipo de aparelho), há que se atentar para o fato de que, por exemplo, para uma família constituída pelos pais (sendo que pelo menos um trabalha e normalmente precisa utilizar esse instrumento) e dois filhos podem estar cursando séries diferentes, torna-se impraticável compatibilizar, concomitantemente, a atividade profissional do(s) adulto(s) e o estudo dos jovens.

Todos esses elementos corroboram a argumentação desenvolvida e sinalizam que o fornecimento desse serviço essencial (internet) pode ser decisivo para o respeito e a concretização de direitos humanos, fundamentais e da personalidade, atributos indispensáveis para uma sociedade livre, solidária e, sobretudo, justa.

## 6 CONCLUSÃO

O aparecimento do vírus covid-19 expôs a fragilidade do ser humano no âmbito individual e na esfera coletiva. Nossas estruturas sociais se demonstraram inaptas para proteger condizentemente as pessoas quando do enfrentamento da pandemia. Com a crise sanitária, sobressaíram os problemas mais graves da sociedade brasileira – dentre estes a falta de infraestrutura e a desigualdade de renda. Reitere-se, que a partir desse momento, ficou mais explícita a necessidade dos serviços essenciais. E não apenas os relacionados à higiene e atendimento à saúde, mas igualmente, serviços como o fornecimento de internet, especificamente uma importante via de acesso para vários dos demais. A internet, antes era vista como uma modernidade que se popularizava de forma aceitavelmente seletiva, de modo

41 “Em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)”. (CARLOS ALBERTO BITTAR. *Os Direitos da Personalidade* (Locais do Kindle 494-497). Saraiva. Edição do Kindle).

42 A educação constitui um direito fundamental e da personalidade, não podendo somente ser considerado como um direito social, de segunda dimensão, cujas normas são programáticas, aquelas que dependem de leis regulamentadoras, de eficácia contida ou limitada ou de viabilidade econômica para se concretizar. Muito pelo contrário, é um direito que requer urgência, plenamente exercitável e eficaz. (SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Inclusão social, direitos da personalidade e o acesso à justiça: reflexões acerca da democratização da justiça* (Coleção Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade Livro 2). Editora Boreal. Edição do Kindle. (posição 1421 de 2948).

43 E esse descaso com o referido serviço essencial ocorria mesmo quando as escolas estavam abertas, pois nunca se realizou a contento o fornecimento de internet, apesar do denominado “Programa Banda Larga nas Escolas”, lançado pelo Governo Federal em 2008 (<http://portal.mec.gov.br/par/193-secretarias-112877938/seed-educacao-a-distancia-96734370/15808-programa-banda-larga-nas-escolas>), bem como, o programa “Política de Educação Conectada”, de 2017 ([http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=77131-conceito-documento-educacao-conectada-revisto-22-novembro-def-pdf&category\\_slug=novembro-2017-pdf&Itemid=30192#:~:text=A%20Pol%C3%ADtica%20de%20Inova%C3%A7%C3%A3o%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Conectada%20est%C3%A1%20planejada%20para%20ser,%3A%20Indu%C3%A7%C3%A3o%2C%20Expans%C3%A3o%20e%20Sustentabilidade](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=77131-conceito-documento-educacao-conectada-revisto-22-novembro-def-pdf&category_slug=novembro-2017-pdf&Itemid=30192#:~:text=A%20Pol%C3%ADtica%20de%20Inova%C3%A7%C3%A3o%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Conectada%20est%C3%A1%20planejada%20para%20ser,%3A%20Indu%C3%A7%C3%A3o%2C%20Expans%C3%A3o%20e%20Sustentabilidade)). E isso, inclusive por conta de que a maior parte dos alunos não conseguia acesso ao serviço no ambiente escolar como noticiou a BBC em reportagem intitulada “Sem wi-fi: pandemia cria novo símbolo de desigualdade na educação” Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54380828>. Acesso em: 21 de nov. 2020.

44 TIC DOMICÍLIOS. Relatório de domicílios no Brasil com acesso à internet, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/domicilios/A4/>. Acesso em: 14 de set. 2020.

que em certas situações, a inexistência do fornecimento era tida como normal, seja pela localização do usuário, seja por questões contratuais (incluindo as financeiras) envolvidas nos fornecimentos pela iniciativa privada. Contudo, diante da vedação de muitas atividades presenciais, o meio digital se tornou indispensável para a pessoa poder utilizar a maior parte dos serviços públicos, bem como, ter acesso a bens (produtos e serviços) importantes para a manutenção de uma vida digna (incluindo, mínimo existencial). Tornou-se sem sentido falar em humanismo<sup>45</sup> e de proteção a direitos como, por exemplo, à vida<sup>46</sup>, à saúde (integridade física e psíquica) e à educação, sendo que, na prática, estes passaram a ser, direta ou indiretamente, dependentes de meios digitais (em específico neste caso, da internet) cujo acesso em condições adequadas, não se realiza convenientemente para significativa parte da população. O conjunto de atividades necessárias, por evidente, deve integrar o direito que se deseja proteger, sob pena de, faltando a condição indispensável para sua consecução, este venha a perecer. Não é aceitável que a sociedade brasileira siga convivendo com uma realidade na qual, devido a inércia em relação a questões básicas como essa, tantos direitos sociais prossigam sendo sonogados de parcela enorme da população, pois isso é desumano, principalmente com os mais carentes.<sup>47</sup>

Independente de que o serviço de internet seja fornecido pela iniciativa privada ou pelo Poder Público, será permanentemente importante haver eficaz intervenção estatal direcionada a fazer evoluir a atual conjuntura. Está evidente a necessidade de acontecer uma mudança de mentalidade que leve a reconfiguração do conceito (inexistente na legislação e parco e vacilante na doutrina e jurisprudência) de serviço essencial e do que nestes constitui real adequação. E mais, com base nos critérios da essencialidade, indispensabilidade e inadiabilidade, atualizar seu elenco para, de forma mais específica e melhor discriminada, inserir o acesso à internet de qualidade aos direitos de todas as pessoas. Combater e superar a crise é tão necessário como preparar o país para a pós-modernidade.<sup>48</sup>

Fundamental trazer esses direitos para a realidade cotidiana das pessoas.

São sábias as palavras de Amartya Sen<sup>49</sup>, quando afirma que eles não podem se restringir a meras letras “mortas”, pois:

A “existência” desses direitos não se compara à simples “existência” de legislação, sendo que as proclamações deles, em verdade, são declarações éticas fortes sobre o que deve ser feito, ou seja, indicando que é preciso realizar ações para que realmente aconteça sua concretização.

45 Carlos Ayres Britto, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, destaca a mensagem de Protágoras: “o homem é a medida de todas as coisas”, o que caracteriza a existência de um humanismo como categoria constitucional. (BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.20).

46 No Brasil em razão da politização desse problema de saúde pública (pandemia), restaram sob questionamento dos fatos, as características que Napoleão Casado Filho apontou para o direito à vida, no caso: a universalidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, a indivisibilidade, a interdependência, a complementaridade, a historicidade e proibição de retrocesso, a aplicabilidade imediata e o caráter declaratório. (CASADO FILHO, Napoleão; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Gomes (Coords.). *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Saberes do Direito, 57), p.17-20).

47 David M. Beatty justificou os direitos sociais, dizendo que: “O objetivo deles é proteger as pessoas não apenas contra o que se faz a elas, mas também contra o que lhes acontece sem a intervenção de mais ninguém”. (BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014, p.221).

48 Boaventura de Souza Santos, ao referir para a disfuncionalidade do sistema capitalista vale-se de um debate comum nas ciências sociais sobre ser possível melhor conhecer a verdade a qualidade das instituições de dada sociedade em situações de normalidade, de funcionamento corrente, ou em situações excepcionais, de crise? E responde: talvez os dois tipos de situação sejam igualmente indutores para esse conhecimento, mas nos permitem conhecer e ressaltar coisas diferentes. Nesse contexto podemos concluir que com as carências que o Brasil apresenta, a pandemia pode ser classificada como a “normalidade da exceção”, pois apenas agravou o que antes havia. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus (Pandemia Capital)*, p.4. Boitempo Editorial. Edição do Kindle. (posição 11 de 546)).

49 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.392-393



Para o nosso país, essa transformação, a par do cumprimento dos princípios constitucionais gerais, dos direitos fundamentais e dos subprincípios da ordem econômica, irá propiciar maior justiça nessas relações sociais atualmente tão aflitivas, sendo que desta forma contribuirá no sentido da sociedade brasileira evoluir não apenas em termos de desenvolvimento, mas substancialmente em seu processo civilizatório.

## REFERÊNCIAS

(IBGE). *Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em números do segundo trimestre de 2020, mesmo com as alterações provocada pelas restrições ao funcionamento em decorrência da pandemia, ainda assim o setor de serviços como um todo correspondeu a 72,05% do Produto Interno Bruto do Brasil.* Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/1846#/n1/all/v/all/p/-1/c11255/90687,90691,90696,90705,90706,90707,93404,93405,93406,93407,93408,102880/l/v,,c11255+t+p/resultado>>.

AGÊNCIA BRASIL. *Segundo pesquisa, da Agência Brasil, 82% das crianças, são usuárias da internet no Brasil.*

ANATEL. *Serviço de Reclamação Anatel.* Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2>. Acesso em: 11 de set. 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil,* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito.* São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARDOSO, Elionora. *Os serviços públicos essenciais: a sua problemática no ordenamento jurídico português.* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CASADO FILHO, Napoleão; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Gomes (Coords.). *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2012, (Saberes do Direito, 57), p.17-20.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor,* 3. ed. São Paulo: 2011.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *“Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo”.* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

FATO, BRASIL. *Quem são as pessoas que não têm acesso à internet no Brasil.* 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/08/10/quem-sao-as-pessoas-que-nao-tem-acesso-a-internet-no-brasil>. Acesso em: 14 set. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *“Derechos y garantías. La Ley del más débil”.* 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.40-41.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOOGLE BRASIL. *A partir do início da pandemia, em torno de 65% passaram a ficar em casa, segundo levantamento de Insights & Analytics de Integrate Brasil do Google, divulgado com o título de “Coronavírus: o mundo nunca mais será o mesmo”.* Disponível em: <https://www.google.com.br/analytics>. Acesso em: 16 set. 2020.

GOVERNO FEDERAL. *Plataforma já oferece mais de 800 serviços gratuitos ou liberados em caráter emergencial*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/05/plataforma-ja-oferece-mais-de-800-servicos-gratuitos-ou-liberados-em-carater-emergencial>. Acesso em: 14 set. 2020.

HAEBERLIN, Martin; PREVIDELLI, José; BITENCOURT, Daniella. Ensino jurídico e tecnologia: uma reflexão sobre o papel do professor da ciência do direito na era da revolução 4.0. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.38, Belo Horizonte.

HEFF, Darrell. *Como mentir com estatística*. Editora Intrínseca. Edição do Kindle. Posição 1353 de 1420.

IBGE. *(IBGE): Internet chega a 79,1% dos domicílios do país, mas só 48% tem computador*. 2020. Disponível em: <https://porvir.org/ibge-internet-chega-a-791-dos-domicilios-do-pais-mas-so-48-tem-computador/>. Acesso em: 12 set. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Atlas, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *São 131.210 óbitos por covid-19 e 4.315.687 infectados no Brasil*. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 12 set. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEGÓCIOS, E. *Brasil tem 230 milhões de smartphones em uso*. 2020. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/brasil-tem-230-milhoes-de-smartphones-em-uso.html#:~:text=Em%202019%2C%20o%20Pa%C3%ADs%20ter%C3%A1,%2D20e%20divulgada%20ontem>. Acesso em: 09 set. 2020.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. Editora Saraiva. Edição do Kindle. Posição 3202 de 19553.

PRUX, Oscar Ivan. Contribuições ao estudo do dever de continuidade nos principais serviços essenciais. *Revista Jurídica Cesumar*, v.5, n.1.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, tradução Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: Edipro, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus (Pandemia Capital)*. Boitempo Editorial. Edição do Kindle. (posição 11 de 546).

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*, São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SEN, Amartya. *"A ideia de justiça"*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIMÕES, Fernando Dias; ALMEIDA, Mariana Pinheiro. *Lei dos serviços essenciais*. Coimbra: Almedina, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Inclusão social, direitos da personalidade e o acesso à justiça: reflexões acerca da democratização da justiça* (Coleção Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade Livro 2). Editora Boreal. Edição do Kindle. (posição 1421 de 2948).

TIC DOMICÍLIOS. *Relatório de domicílios no Brasil com acesso à internet*, 2019. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2019/domicilios/A4/>. Acesso em: 14 de set. 2020.

VALOR ECONÔMICO. *Levantamento estatístico indicam que apenas nos primeiros noventa dias da pandemia, com o isolamento social e fechamento de estabelecimentos físicos, o comércio eletrônico cresceu 71%*. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/06/11/comercio-eletronico-cresce-71percent-em-90-dias-de-pandemia-segundo-levantamento.ghtml>. Acesso em: 07 set. 2020 as 16:08hs.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, tradução Luís Carlos Borges, revisão da tradução Marina Appenzeller, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

# REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E O SUPERENDIVIDAMENTO DE MULHERES NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

## **Carolina Silvino de Sá Palmeira**

Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela UFRJ. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Advogada.

## **Fabiana Rodrigues Barletta**

Pós-Doutora em Direito Público e Filosofia do Direito/Direito do Consumidor pela UFRGS. Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora Associada III da UFRJ na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Um breve passeio pelo século XX; 3 Mudar tudo; 4 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como *problema* dar efetividade aos direitos humanos, notadamente de mulheres, já superendividadas ou a se tornar superendividadas na pandemia do coronavírus, por conta não só, mas também, desse motivo de força maior e de seus efeitos econômicos.

Elegeu-se como *hipótese* a teoria de Herrera Flores sobre os direitos humanos os quais não bastam em si, conforme colocados na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e que precisam ser reinventados, ou colocados em prática, desde que se lute por eles. Leve-se em conta que a luta pelos direitos humanos visa ao alcance da vida em dignidade, tomando-se como ponto de partida a sociedade neoliberal capitalista, que possui clara divisão social, sexual, étnica e territorial, de acordo com a posição ocupada pelas pessoas no mundo. A *hipótese* constitui também a tentativa de superar o patriarcalismo, que afeta não apenas o coletivo de mulheres, mas atinge gênero, sexo, etnias, classe social e a dimensão pública de poder e de exploração da qual esses grupos padecem por opressões de toda ordem.

O *objeto* do artigo é, sobretudo, com base nas teorias desenvolvidas nos itens 1 e 2, tratar do fenômeno do superendividamento que assola consumidores e que é um dos maiores males enfrentados pelo Direito do Consumidor nos dias hodiernos. Durante a pandemia, o superendividamento se agrava e atinge vários tipos de pessoas, especialmente mulheres que se endividam ativamente, mas, muito mais, passivamente.

A *metodologia* utilizada é a da resenha bibliográfica por meio do método hipotético, baseado na teoria crítica dos direitos fundamentais de Herrera Flores. Daí parte-se para a dedução que critica à maior suscetibilidade da mulher para a situação de superendividamento.

## 2 DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE LUTAS PELA DIGNIDADE EM SITUAÇÕES DE DESIGUALDADE

As mulheres não compõem grupos vulneráveis apenas quando são assoladas pelo superendividamento. Herrera-Flores questiona o que pode ser feito com os anúncios de igualdade formal quando a realidade mostra a mulher, no ambiente de trabalho, em posição social inferior ao homem, assim como também em face das instituições.<sup>1</sup> Uma teoria tradicional dos direitos humanos, considera os direitos humanos próprios da essência humana, “que os ostenta pelo mero fato de existir”<sup>2</sup>

Propõe-se que, em vez de direitos, sejam implementados compromissos de acesso igualitário aos bens necessários para a vida, que surgem das lutas pela dignidade.<sup>3</sup>

Nas declarações de direitos humanos o que se observou foi o “direito de ter direitos”, mas não foram alcançados os “bens” que tais direitos deveriam garantir e as condições materiais para pô-los em prática, exigindo-os.<sup>4</sup>

O que se propõe é que os direitos humanos venham depois das lutas de acesso a bens necessários para se viver com dignidade como, entre outros, moradia, trabalho, alimentação

1 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 21.

2 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 21.

3 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 21.

4 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 27.



sadia, tempo para o lazer e formação.<sup>5</sup>

É importante também que se pergunte “para quê” os direitos. Eles não podem ser apenas para sobrevivência, mas para a criação de condições materiais que proporcionem uma satisfação digna, por meio dos bens necessários.<sup>6</sup>

Compreende-se que os direitos humanos são provisórios, provenientes das lutas sociais pela dignidade, por um acesso igualitário aos bens sem situações dicotômicas de privilégios e opressões ou subordinações.<sup>7</sup> Mas a igualdade não é algo “dado de antemão”.<sup>8</sup>

Um exemplo de desigualdade é o trabalho doméstico no âmbito privado, que é tratado como uma “obrigação familiar que corresponde sobretudo às mulheres” que trabalham apenas em casa ou também fora de casa. O trabalho doméstico da mulher não é considerado “como atividade criadora de valor social.”<sup>9</sup>

O acesso aos bens faz com que algumas pessoas os obtenham com facilidade e, outras, com dificuldades; ou sequer os obtenham, de acordo com o processo de divisão social (sexual, étnica, territorial), segundo a posição ocupada nesses marcos de divisão do fazer humano.<sup>10</sup>

O direito não diz ser o que é. No direito encontramos o “dever ser”.<sup>11</sup> Na linguagem do direito partimos do que “devemos ter”.

Retomando ao trabalho doméstico, será que enxergamos direito no âmbito privado ou é necessário atuar em todos os sentidos para que, na prática, tais direitos existam, considerando, inclusive, a brutalidade do machismo em certos lugares?

Há uma série de obstáculos, dentro da ótica do Estado Social para grupo de pessoas, inclusive de mulheres, que encontram dificuldades no acesso às garantias jurídicas necessárias para seu acesso aos bens.<sup>12</sup>

Os direitos humanos não são neutros. Eles “fazem parte de uma forma de cultura, estão situados em um contexto em um sistema de valores a partir do qual será mais difícil ou mais fácil sua implementação na prática”. E deve ser levada em conta a realidade para se investigar os direitos humanos.<sup>13</sup>

É imperioso reconhecer que bens são os *meios* e os *recursos* “que realmente necessitamos e desejamos para viver dignamente.”<sup>14</sup>

Para que haja direitos humanos as pessoas precisam ocupar situações de igualdade

5 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 28.

6 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 30.

7 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 31.

8 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 38.

9 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 38.

10 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 30.

11 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 38.

12 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 41.

13 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 45.

14 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 53.

no “acesso aos bens necessários para uma vida digna.”<sup>15</sup>

Deve haver o reconhecimento de que todos podemos agir culturalmente diante das situações que vivemos. Deve haver também o respeito para com o reconhecimento, como umas das condições necessárias na prática das lutas pela dignidade. Deve haver reciprocidade. Deve haver responsabilidade pelas práticas coloniais daqueles que cometeram o saqueio e a destruição de vidas dos demais.<sup>16</sup> Há que se proceder a uma redistribuição para satisfazer necessidades vitais primárias e irrenunciáveis.

Faz-se necessária a abertura política, criando condições institucionais que aprofundem o conceito de democracia por meio de garantias não só formais, mas sociais, econômicas e culturais, em que haja decisões populares com voz e voto.<sup>17</sup>

A dignidade é o objeto das lutas e o direito é um dos meios pelos quais se luta pela dignidade.

Os direitos têm que ser vistos como parte da luta pela emancipação humana, por meio de práticas sociais e não de apenas por meio de normas jurídicas que trazem o seu reconhecimento. As práticas sociais podem ser iniciativas de grupos minoritários como o dos indígenas ou não, como o das mulheres, mas também por meio de ONGs, associações, movimentos sindicais, movimentos sociais, movimentos de partidos políticos, iniciativas cidadãs.<sup>18</sup> “Contextualizar os direitos como práticas sociais concretas nos permite ir contra a homogeneização, a invisibilização, a centralização, e a hierarquização das práticas institucionais tradicionais.”<sup>19</sup>

A possibilidade de antagonismos dentro das cidades é tarefa também da teoria crítica dos direitos humanos, pois a ação política conduz às práticas democráticas jungidas à ação social, logo, há que se recuperar a ação política.<sup>20</sup> Os direitos humanos são criados enquanto se constrói a realidade.

Há uma interação sistêmica entre o político capitalista e a economia capitalista. Ambos são necessários para cessar as injustiças e as explorações do acúmulo de capital.<sup>21</sup> Do mesmo modo, conhecer as raízes históricas é importante para que compreendamos o estado das coisas como estão. Ao historicizar está se humanizando diante de quatro perspectivas. A primeira delas é que todo fenômeno tem a sua causa e nada é causa de si mesmo. A segunda é que causas são históricas.<sup>22</sup> Em terceiro lugar deve ser observado que os espaços são a “construção simbólica” de teorias, normas e crenças. Em quarto, que em todo momento o direito não é neutro.

Há que se observar onde está o poder de acordo com quem edifica a realidade, pois

---

15 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 61.

16 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 61.

17 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 63.

18 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 71.

19 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 71.

20 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 72.

21 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 128.

22 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 131.

assim vão ser as instituições. A dignidade não pode ser vista de uma maneira universalista, logo, não há um conteúdo abstrato de dignidade e do que ela se compõe. Ela depende de “valores”, depende de preferências sociais, do entendimento de quais são os bens necessários para se viver dignamente.<sup>23</sup>

As ditaduras paternalistas nos mostram que podem dar ensejo a uma sociedade consumista. Há que se levar em conta que não se pode falar em direitos humanos sem desenvolvimento.<sup>24</sup> Entendamos que para Herrera Flores direitos humanos significam “condições econômicas, sociais, culturais, e políticas que permitam um desenvolvimento integral, equitativo, planejado e qualitativo das *atitudes e aptidões* humanas na hora de lutar por sua dignidade.”<sup>25</sup> Para tratar dos direitos humanos atualmente há que se enfrentar desafios, pois o Estado de bem-estar tem como característica a inclusão, com bases keynesianas, já que, o que ocorre hoje, é uma geopolítica baseada na exclusão, também chamada de neoliberalismo<sup>26</sup>.

Na época em que o Herrera Flores escreveu “A Reinvenção dos Direitos Humanos” relatou que quatro quintos dos habitantes do mundo sobreviviam à beira da miséria, que a pobreza aumentava em 400 milhões de pessoas ao ano segundo informava o Banco Mundial de 1988, o que gerava 30 por cento da população mundial vivendo com menos de um dólar por dia, situação que atingia especialmente as mulheres,<sup>27</sup> como atinge até hoje, no que diz respeito ao superendividamento. As pessoas não contam, o que conta é a rentabilidade. Para o autor, as periferias existem e importam mais do que o incluído pois “não há nada puro, tudo está relacionado”, afinal “somos o entorno” e o que está abandonado à marginalidade é a periferia, o entorno não é o centro.<sup>28</sup> No centro há dominação e violência em sua homogeneidade, enquanto as periferias dialogam em sua pluralidade.<sup>29</sup> Mas a realidade se rege pelo mercado, que possui a mão invisível e, nesse viés, o direito acaba garantindo liberdades e direitos necessários para o Estado e não para os cidadãos.<sup>30</sup> Abstratamente, há um universalismo *a priori* para os direitos humanos, mas a prática mostra que isso não acontece.<sup>31</sup> Algumas identidades, como a da negritude ou a do feminino, por exemplo, devem ser levadas em conta.<sup>32</sup>

A racionalidade consiste em não negar as lutas pelo “reconhecimento de diferenças

23 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 135.

24 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 136.

25 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 136.

26 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 145.

27 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 146.

28 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 151.

29 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 151.

30 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 154.

31 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 155.

32 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 156.

étnicas ou de gênero”.<sup>33</sup> Para Herrera-Flores a racionalidade é de resistência e só é possível chegar ao universal depois de um processo de luta discursivo, com o entrecruzamento de propostas e não de superposição. O universalismo abstrato padroniza o ético e o político.<sup>34</sup> A perspectiva é de se encontrar com os outros e com suas pretensões de reconhecimento e respeito<sup>35</sup> numa perspectiva intercultural.<sup>36</sup>

Segundo Herrera-Flores “os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, nos permitindo abrir espaços de luta e de reivindicação.”<sup>37</sup> Esses espaços são de luta pela dignidade humana.<sup>38</sup> A hegemonia tira as possibilidades dos excluídos, logo, é preciso lhes dar poder.<sup>39</sup>

Precisam existir condições sociais, econômicas, políticas e culturais que permitam aos menos favorecidos lutar contra os processos que os impedem de ter acesso igualitário aos bens materiais e imateriais. Há que se conquistar mais espaços sociais democráticos para que sejam expostas as formas de exploração e as relações que existem entre liberdade e igualdade.<sup>40</sup> Os excluídos devem ser chamados aos processos decisórios e a ocupar espaços institucionais, bem como não se contentar com a representação parlamentar, pois, segundo Rosa de Luxemburgo, democracia não é um valor universal baseado no consenso da maioria.<sup>41</sup>

Há tarefas que devem ser inventadas e uma delas é construir o espaço público, desde uma concepção participativa de democracia, pois a democracia representativa é a mínima expressão da democracia e da construção de uma cidadania que conceba o político como atitude partilhada.<sup>42</sup>

A outra tarefa a se inventar é a reapropriação ou a apropriação do “centro de gravidade” da ação política.<sup>43</sup> O liberalismo tem como objetivo a subsunção do trabalho e da vida cotidiana como objetivo.<sup>44</sup> O mercado absorve as culturas que resistem a ele e desagrega todo tipo de ação organizativa que não possa ser consumida.<sup>45</sup> Posturas elitistas costumam se apoiar na

33 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 157.

34 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 158.

35 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 158.

36 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 160.

37 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 163.

38 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 163.

39 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 164.

40 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 188.

41 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 189.

42 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 190.

43 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 191.

44 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 192.

45 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 192.



ideia de que as pessoas não possuem formação para participar e decidir em política, de modo que o liberalismo cria obstáculos à ação social. Para romper com esse padrão é necessário “irromper intempestivamente no real” compreendendo que “a exploração do humano pelo capital se confunde com atividade social.”<sup>46</sup> Causas devem ser tratadas como “causas”, o que significa não naturalizar fenômenos e silenciar a verdadeira causa que produz os efeitos da hegemonia capitalista desmedida.<sup>47</sup> Deve-se “adotar o ponto de vista do fazer humano” por meio de mediações reais<sup>48</sup> bem como “fazer a história criando um imaginário social instituinte” por meio da luta pela dignidade, que é histórica.<sup>49</sup> Para compreender que “ao mundo se chega”, é necessário, pois, entender que o mundo é construído depois do labor feito para a compreensão do que somos para procurarmos “espaços de encontros” tanto sociais, quanto psíquicos, quanto naturais.<sup>50</sup> Ninguém pode dizer peremptoriamente como o mundo é, num processo de coisificação, pois é preciso que sejam construídos os próprios caminhos.<sup>51</sup>

Somos o entorno, numa perspectiva de ter mais vidas num sistema maior. Isso tem a ver com o quanto podemos preservá-las.<sup>52</sup> É necessário que haja propostas de três denúncias. Uma delas é a de que “leis” surgem de uma reflexão ativa das sociedades., postas em risco pelo “contexto socioeconômico da globalização neoliberal,”<sup>53</sup> que devem ser denunciadas, pois se baseiam na imperfeição. Há um domínio econômico pelas chamadas entidades “ademocráticas” que usam, por exemplo, das altas taxas de juros, como que “jogando num cassino”, ao manejar grande quantidade de dinheiro, que é aplicado sem que se queira saber das consequências sociais desse agir. Nesse ponto é importante legislar efetivamente para a eficácia dos direitos humanos, como faz o Projeto de Lei 3.515, que cuida do superendividamento, em tramitação com caráter de urgência no Congresso brasileiro. Ele prevê a prevenção e o tratamento do superendividamento das pessoas, muitas delas mulheres, que se sobreendemidam por conta dos altos juros bancários que existem no Brasil toda vez que precisam de um empréstimo por meio de um contrato *standard*, mais presente na cidade *standard* do que em centros menores. Essa urgência na tramitação muito decorreu das necessidades evidentes, diante dos casos de superendividamento, por conta da própria pandemia do coronavírus e de seus reflexos econômicos e sociais.

Há que se denunciar ademais o que as “leis” de mercado impõem aos países em desenvolvimento, como a lei a do livre comércio.<sup>54</sup> Há que se conseguir a coincidência

46 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 198.

47 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 199.

48 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 200.

49 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 201.

50 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 204.

51 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 204.

52 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 204.

53 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 205.

54 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 206.



da teoria com a vida, num compromisso com nossa verdade, que consiste na luta contra o patriarcalismo.<sup>55</sup> O compromisso dos direitos humanos é “criar condições e possibilidades sociais, econômicas, culturais e políticas de ter, exigir e garantir as responsabilidades que assumimos.”<sup>56</sup> A vida deve ser liberta, o desejo deve ser liberto como modo de libertar a vida porque vive-se em enclausuramento, sem tempo para que sejam desenvolvidas capacidade e potencialidades com fins de evitar “ a organização autônoma”<sup>57</sup>. Há necessidade de se “okupar” nosso mundo “*libertando a vida* do domínio do competitivo e *libertando o desejo* do produto a ser consumido, construindo um mundo desejável.”<sup>58</sup>

### 3 NOVAS PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO AMBIENTE DA CIDADE

As cidades são formadas também por grupos vulneráveis. Questiona-se a quem interessa o modelo de planejamento urbano hegemônico das grandes cidades do Ocidente, como o Rio de Janeiro, onde a vida de certas pessoas é precarizada e, nesse contexto, fala-se em desenvolvimento urbano. O patriarcalismo, mais abrangente que o patriarcado (que afeta apenas o coletivo de mulheres) atinge gênero, sexo, etnias, classe social e a dimensão pública de poder e de exploração, em que os grupos citados sofrem opressões.<sup>59</sup>

Os iguais perante a lei podem ser vistos, enquanto os diferentes são invisíveis.

Baseando-se em marcos, não só teóricos, pode se afirmar que o urbanismo pode ser visto como uma fala de poder e de regulação.<sup>60</sup> Estudam-se as contribuições de mulheres subordinadas, de pessoas negras e pobres, que não tiveram acesso ao estudo formal, mas que expressam sua sabedoria por meio das artes, do relato de histórias, de expressões peculiares. Procura-se evidenciar por que razão alguns planejamentos urbanos são feitos para manter a subordinação de mulheres e de grupos explorados.

A chamada cidade *standard* (padrão) não conhece a história dos moradores e há, hoje em dia nas cidades, um processo de “standardização” com a esperança de apagar a cidade “no sentido de inventar tradições” que não correspondem a verdade.<sup>61</sup> Há uma dissociação das partes com o todo e as várias partes da cidade passam a ser tratadas de forma autônoma.<sup>62</sup> O Estado é comprometido com a ideologia liberal. Por isso, as classes menos favorecidas têm que ser proativas em seu próprio benefício, buscando alternativas para sua sobrevivência e os movimentos sociais não podem perder a marca da heterogeneidade.<sup>63</sup> Afirma-se que no processo contemporâneo da globalização as cidades são formatadas de modo que se engessam tanto o espaço urbano quanto as relações sociais aos moldes do mercado,

55 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 207.

56 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 208-209.

57 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 209.

58 HERRERA FLORES. Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER. Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 209- 210. [grifos do autor]

59 BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 8, n. 4. 2016, p. 1.870.

60 BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 8, n. 4. 2016, p. 1.871.

61 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; BERTOLDO, Flávio Soares. Desafios da cidade standard. In: Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). Rio de Janeiro: PROURB, 2018, p. 89.

62 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; BERTOLDO, Flávio Soares. Desafios da cidade standard. In: Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). Rio de Janeiro: PROURB, 2018, p. 98.

63 BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 8, n. 4. 2016, p. 1.872.

padronizando as cidades.<sup>64</sup>

Deve-se observar que, em vários países, a memória coletiva dos lugares é promovida por se escutarem pessoas que fazem parte do local e que possuem experiências nele, pois, a partir daí, pode-se fazer um mapeamento cultural antes de se elaborar os planos urbanísticos.<sup>65</sup> “Os mapas culturais são denunciadores de mapas linguísticos identificadores dos traços individuais e coletivos de um local”.<sup>66</sup> É preciso compreender os traços de identidade que existem na linguagem para se reconhecer os discursos das cidades. Para tanto, é necessária a educação dos interlocutores que devem se responsabilizar por promover os valores culturais dos espaços urbanos que são diferenciados.<sup>67</sup>

As teorias descoloniais visam a colocar em contexto as situações dos colonizados, que não possuem a feição das circunstâncias dos colonizadores. Visa-se a perceber as complexidades para não se incorrer no erro que seria encarar tudo sob um olhar hegemônico, dando crédito às políticas para práticas diárias, porque classes excluídas vivem subalternamente. Logo, os movimentos sociais são importantes para mobilizar a sociedade para as diferenças e requerer uma mudança na cultura. Há, nesse propósito, que se olhar para as mulheres, pois, tradicionalmente, elas não participaram do ensino formal universitário e sofrem violências como a desvalorização do seu trabalho em casa ou na rua, em face do trabalho dos homens. Muitas vezes mulheres são assediadas, ainda que moralmente, inclusive por não se portarem como os homens.<sup>68</sup> Às mulheres cabe resistir, embora não estejam no poder e, apesar da pobreza, se relacionar intimamente com a questão do feminino e com a questão racial.<sup>69</sup> O trabalho remunerado nem sempre está ao alcance das mulheres, embora sejam elas as reprodutoras, as cuidadoras das casas, dos filhos, dos idosos, ou seja, que constituam a base para que a esfera pública funcione.<sup>70</sup> Quando as mulheres possuem renda, mais são pobres, correm risco maior se superendividarem, pelo maior comprometimento com a família.

Assim, as classes populares necessitam se organizar coletivamente para terem acesso aos aparatos estatais, o que não ocorre com empresários e grupos dominantes, que já possuem o aporte do Estado.<sup>71</sup>

#### **4 SOBRE O SUPERENDIVIDAMENTO EM GERAL E SEU REALCE PELA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS, NOTADAMENTE PARA AS MULHERES**

O superendividamento, na atualidade, é tido como fator de estrangulamento das finanças domésticas<sup>72</sup>. O fenômeno ocorre quando o indivíduo possui dívidas que superam a sua capacidade financeira e comprometem o mínimo existencial, que compõe a dignidade da

64 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; BERTOLDO, Flávio Soares. Desafios da cidade standard. In: Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). Rio de Janeiro: PROURB, 2018, p. 90.

65 SOUSA, Alcina; MARÇALO, Maria João. O discurso das/nas cidades: reflexões interdisciplinares. In: Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). Rio de Janeiro: PROURB, 2018, p.119.

66 SOUSA, Alcina; MARÇALO, Maria João. O discurso das/nas cidades: reflexões interdisciplinares. In: Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). Rio de Janeiro: PROURB, 2018, p.119.

67 SOUSA, Alcina; MARÇALO, Maria João. O discurso das/nas cidades: reflexões interdisciplinares. In: Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). Rio de Janeiro: PROURB, 2018, p. 129.

68 BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 8, n. 4. 2016, p. 1.875.

69 BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 8, n. 4. 2016, p. 1.876.

70 BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 8, n. 4. 2016, p. 1.878.

71 BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 8, n. 4. 2016, p. 1887.

72 LIMA, Clarissa Costa de. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 27-28.

pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República<sup>73</sup>.

A defesa do consumidor figura como princípio da atividade econômica, nos termos do artigo 170, inciso VI, da Constituição. Por sua vez, a promoção da defesa do consumidor é norma cogente para o Estado, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXII, do mesmo diploma legal<sup>74</sup>. Imbuído de tal espírito de tutela desses vulneráveis, o Congresso Nacional editou em 12 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Apesar dos avanços trazidos pela referida legislação, seguida pelo Código Civil, promulgado em 2002, os esforços foram insuficientes para regular o fenômeno que se seguiu, movido pelas facilidades de acesso ao mercado de crédito<sup>75</sup>.

Impulsionado pela publicidade abusiva direcionada a oferta de crédito “fácil”, “sem burocracia” e “sem consulta SPC/ Serasa” e pela ausente transparência no dever de informação<sup>76</sup>, o consumidor, na maioria dos casos, não consegue cumprir o pacto contratual, antes submetido aos clássicos princípios do direito civil<sup>77</sup> e reforça a imprescindibilidade de renegociação das dívidas.

A doutrina classifica o superendividamento em duas espécies: ativo e passivo.<sup>78</sup> O superendividamento ativo é aquele em que o sujeito, negligente ou imprudentemente, contrai dívidas em excesso, que superam a sua capacidade financeira e, como consequência, arruína o patrimônio construído até então<sup>79</sup>. Por outra via, o superendividamento passivo é aquele no qual o sujeito contrai dívidas em decorrência de acidentes da vida, como, por exemplo, a perda do emprego, divórcio, morte do arrimo de família, acidentes<sup>80</sup>. Embora seja comum o superendividamento ativo, é certo que predomina o superendividamento passivo nas famílias brasileiras, conforme já se apontou em estudo sobre o tema<sup>81</sup>. Trata-se de condição que atinge a todas as classes sociais, sem distinção de gênero, raça, cor e orientação sexual.

O Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, se mostram ineficazes na proteção desse grupo mais vulnerável, que, diante de tal catástrofe financeira, beira à miserabilidade e, como consequência, se torna invisível para o mercado.<sup>82</sup> Diante desse cenário, surge o projeto de lei n. 3.515, que trata do superendividamento e que objetiva, na medida do possível, conferir a esse sujeito o direito de recomeçar<sup>83</sup>. De início, o projeto teve origem no Senado Federal, sob o PL 283 de 2012, de autoria de José Sarney<sup>84</sup>. Inspirado nas alterações promovidas no *Code de la Consommation*, de origem francesa<sup>85</sup>, o referido projeto de lei objetiva a modificação de dispositivos do Código de

73 LIMA, Clarissa Costa de. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.104-105.

74 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 11 ago. 2020.

75 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 150.

76 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 26, v.100, jun./ago. 2015, p.428-429.

77 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 116.

78 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.48-49.

79 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.34.

80 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.34.

81 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 198-199.

82 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.74-75.

83 BUCAR, Daniel. *Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.171.

84 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.12-13.

85 BERTONCELLO, Kären Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial/casos concretos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

Defesa do Consumidor, com destaque para a inserção do mínimo existencial como direito básico do consumidor<sup>86</sup>. Aprovado no Senado Federal, o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados e se tornou o projeto de lei n. 3.515 que previu, ainda, a vedação do assédio ao consumidor, no que tange à oferta de crédito<sup>87</sup>.

Com o avanço da pandemia do coronavírus no Brasil, e o conseqüente isolamento social imposto, avançam também os casos de inadimplência pelos problemas na economia e pelo desemprego<sup>88</sup>. Em 2018, o Instituto de Defesa do Consumidor indicava 30 milhões de superendividados no Brasil<sup>89</sup>, o que correspondia a 14,4% da população. Por sua vez, a Confederação Nacional do Comércio (CNC), em pesquisa realizada em abril de 2020, calculou que 28,5% das famílias que recebem menos de dez salários-mínimos estão com contas em atraso<sup>90</sup>. É certo que 11,7% não terão condições de adimplir as dívidas contraídas<sup>91</sup>. Em comparação a abril de 2019, o índice de endividamento subiu 2,6% dentro do grupo de superendividados<sup>92</sup>, ao passo que 49,4% das famílias que auferem até 10 salários-mínimos, comprometeram, em abril de 2020, de 11 a 50% da renda com dívidas no mesmo mês<sup>93</sup>. Nota-se, então, que o superendividamento é a principal marca de uma sociedade de consumo<sup>94</sup>. Trata-se de circunstância que decorre, ainda que parcialmente, de um maciço trabalho de publicidade, que se distingue, atualmente, em sua forma e meio<sup>95</sup>. Se, outrora, a publicidade envolvia os meios de comunicação tradicionais, a exemplo da televisão e dos jornais, custeada pelos anunciantes, atualmente as estratégias de marketing se tornaram mais complexas e mais invasivas<sup>96</sup>. Embora o ordenamento jurídico brasileiro trate da publicidade entre os artigos 36 e 38 do Código de Defesa do Consumidor e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o apelo ao consumidor se tem consolidado por outros meios, mais contundentes e acessíveis<sup>97</sup>.

Em decorrência de tal estado de coisas, há um aumento diretamente proporcional de pressão de corpo de juristas para a aprovação do referido projeto de lei n. 3.515, na esperança de conceder um direito ao recomeço a consumidores vulneráveis<sup>98</sup>, cujas dívidas superam a sua capacidade patrimonial.

86 BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial/casos concretos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.83.

87 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n. 3515 de 2015. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=32E7EC4A53024EC1AAE9CF2DA55ABD8D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408277&filename=Tramitacao-PL+3515/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32E7EC4A53024EC1AAE9CF2DA55ABD8D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408277&filename=Tramitacao-PL+3515/2015). Acesso em: 18 ago. 2020.

88 Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Superendividados: 30 milhões já não podem mais pagar suas dívidas. Idec na Mídia. Publicação: 06/11/2018. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/superendividados-30-milhoes-ja-nao-podem-mais-pagar-suas-dividas>. Acesso em: 18 ago. 2020.

89 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE divulga as Estimativas de População dos municípios para 2018. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para2018#:~:text=0%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,da%20Popula%C3%A7%C3%A3o%20\(Revis%C3%A3o%202018\)](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para2018#:~:text=0%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,da%20Popula%C3%A7%C3%A3o%20(Revis%C3%A3o%202018)). Acesso em: 18 ago. 2020.

90 Confederação Nacional do Comércio. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. p.6. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-abril-de>. Acesso em: 18 ago. 2020.

91 Confederação Nacional do Comércio. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. p.8. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-abril-de>. Acesso em: 18 ago. 2020.

92 Confederação Nacional do Comércio. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. p.9. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-abril-de>. Acesso em: 18 ago. 2020.

93 Confederação Nacional do Comércio. Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. p.12. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-abril-de>. Acesso em: 18 ago. 2020.

94 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

95 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.138-139.

96 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.146-147.

97 Exemplo de tal feito se verificou no conteúdo da Representação n. 211 apresentada ao CONAR em 2015. (SKOL ULTRA GABRIELA PUGLIESI. Mês/Ano Julgamento: Fevereiro/2016, Representação nº211/15 Autor(a): Grupo de consumidores. Anunciante: Tips4life e Ambev Relator(a): Paulo Celso Lui. Segunda e Quarta Câmaras. Decisão: Alteração e advertência. Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 10, 28, 30 e 50, letras “a” e “b” do Código e seu Anexo P). Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>. Acesso em: 18 ago. 2020.

98 MARQUES, Claudia Lima. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.104-106.



Percebe-se, contudo, que, dentre os superendividados passivos, aparecem, com predominância, as mulheres<sup>99</sup>. Ao contrário do que se imagina, não se trata de representação da simbólica vaidade feminina<sup>100</sup>. A mulher brasileira é, atualmente, uma das fontes de sustento de lares em famílias monoparentais, quando não a única, onde, com frequência, está ausente a figura do companheiro ou marido<sup>101</sup>. Em decorrência de tais fatores, somada a facilidade de acesso ao crédito, apontou-se que mais de 60% dos assistidos pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro são mulheres idosas, com mais de 70 anos<sup>102</sup>. Nesse grupo, estão majoritariamente mulheres que auferem renda de até 10 (dez) salários-mínimos<sup>103</sup>. O mesmo estudo confirma, ainda, que 67% dos consumidores atendidos pelo Núcleo são os únicos provedores da família.

Nesse cenário, em que a mulher figura como principal superendividada no mercado de consumo, os olhos devem se voltar à discussão de gênero, no que tange à análise do superendividamento como fenômeno que se correlaciona com o feminismo. A mulher pobre, principal vítima do superendividamento, sem condições de arcar com os débitos assumidos, não raro necessita arcar com múltiplas jornadas de trabalho, para fazer frente aos gastos domésticos que normalmente são comprometidos pelas dívidas não profissionais<sup>104</sup>.

A justificativa para tal recorte remonta a origem do movimento feminista, de caráter emancipatório, que, em determinado momento, foi o responsável pelo ingresso das mulheres no mercado de trabalho. Segundo dados da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios, realizada em 2019, as mulheres correspondem a 51,8% do total da população<sup>105</sup>. Quase a metade dos lares brasileiros são chefiados por mulheres, segundo o IBGE, sendo certo que, entre 2001 e 2015, o número de famílias chefiadas por mulheres aumentou 105%, chegando a 28,9 milhões em 2015. Em 2018, o número de lares chefiados por mulheres ultrapassou 30 milhões<sup>106</sup>. É certo ainda que, apesar da recente conquista do mercado de trabalho, muitas mulheres ainda enfrentam a jornada do trabalho doméstico, sem qualquer apoio. Desse modo, imperiosa se faz a análise da relação entre o superendividamento e o feminismo.

Trata-se o feminismo de movimento político destinado a promover a igualdade entre homens e mulheres, com o objetivo de libertação da mulher do jugo opressor da figura masculina. A trajetória da luta pela emancipação feminina remonta ao século XIX, quando as mulheres se organizam pelo direito ao voto, até então interdito às mulheres<sup>107</sup>. Trata-se da chamada primeira onda feminista, representada pela conquista de direitos políticos, pela melhoria das condições de trabalho, pela redução de jornadas e aumento de salários<sup>108</sup>. A

99 MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015, p.393-399.

100 DA SILVA, Joseane Suzart Lopes. Superendividamento dos consumidores brasileiros e a imprescindível aprovação do projeto de lei 283/2012. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 26, v.100, jul./ago. 2015, p.364-265.

101 MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015, p. 395.

102 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/superendividamento.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

103 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/superendividamento.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020, p.2.

104 MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015, p.396-398.

105 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Quantidade de homens e mulheres. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 25 ago. 2020.

106 ESTADO DE MINAS. Quase metade dos lares brasileiros são sustentados por mulheres. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas\\_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml). Acesso em: 25 ago. 2020.

107 PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n.36, jun. 2010, p. 15.

108 MARTINS, Ana Paula Antunes. O Sujeito “nas ondas” do Feminismo e o lugar do corpo na contemporaneidade. *Revista Café com Sociologia*, v.4, n.1, abr./2015, p.232.



segunda onda se caracteriza pelo questionamento dos padrões sociais, dos papéis atribuídos a homens e mulheres, o que estaria na raiz das desigualdades entre os sexos<sup>109</sup>. Por fim, a terceira onda se caracteriza por uma desconstrução, que surge a partir da década de 80 do século XX, que questiona a existência de um feminismo igualitário, em detrimento de feminismos plurais, que destacam as individualidades das mulheres. É necessário, portanto, discutir a mulher como sujeito e as relações de gênero.

Embora tenha angariado alguns avanços, sobretudo no que tange à conquista da independência financeira pela mulher, o feminismo igualitário, por sua vez, não esteve liberto de críticas. Na visão de parte dos estudiosos, o feminismo, na sua perspectiva clássica, não liberta a mulher da opressão masculina, porque não se opõe, de modo contundente, às distinções de gênero criadas pelo Ocidente. A crítica diz respeito ao fato de que não houve rejeição ao pensamento tradicional e massificado a respeito das marcas culturais de outras nações, o que demonstra se tratar de um feminismo profundamente enraizado na perspectiva do colonizador<sup>110</sup>. Vale dizer que a cirurgia plástica, por exemplo, é procedimento que busca se adequar a padrões estéticos da classe dominante, qual seja, aqueles ditados pelo colonizador, de modo a se preencher a necessidade perene de adequação a que a mulher se submete dia após dia, fenômeno com o qual o feminismo liberal não conseguiu romper<sup>111</sup>.

Assim, o modelo de superendividamento construído nos países desenvolvidos, possivelmente, não será o mais adequado para combater o assédio de consumo praticado pelo mercado, com foco, principalmente, na mulher<sup>112</sup>, haja vista a carência na análise de gênero. Percebe-se que tais políticas podem se revelar ineficazes quando se desconhece, *a priori*, as tradições existentes em todas as culturas e quais conceitos são determinantes<sup>113</sup>, no que tange às práticas perpetradas pelo mercado de consumo que, não raro, visam a penetrar no inconsciente humano, com o fim de manutenção do *status quo* do modelo capitalista<sup>114</sup>. A construção de um ideal de feminino, em cada sociedade, portanto, é determinante para a lógica do mercado de consumo<sup>115</sup>. Isso, por sua vez, deve fornecer uma base sólida para definir qual política de tratamento ao superendividamento feminino mais se adequa, com base nas práticas simbólicas de cada meio social<sup>116</sup>. Nesse contexto, motivado por publicidade acessível e de menor custo, e de insuficientes avanços nos estudos clássicos feministas, o superendividamento se consolidou como um trágico fenômeno, sobretudo entre as mulheres<sup>117</sup>. No mesmo sentido, o acesso fácil a linhas de crédito, concedidas por instituições não bancárias, se destacou como importante aliado e, conseqüentemente, transformou o consumo em relevante instrumento de inclusão social, sem levar em consideração a sustentabilidade dessa prática a longo prazo<sup>118</sup>.

109 MARTINS, Ana Paula Antunes. Sujeito “nas ondas” do Feminismo e o lugar do corpo na contemporaneidade. *Revista Café com Sociologia*, v.4, n.1, abr./2015, p. 234.

110 MARTINS, Catarina. Desalinhar abismos no reverso do moderno: perspectivas feministas pós-coloniais para um “pensamento alternativo das alternativas”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena Martins (Orgs.). *O pluriverso dos direitos humanos*. A diversidade das lutas pela dignidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019, p.840.

111 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.130-131.

112 MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015, p. 395-397.

113 MARTINS, Catarina. Desalinhar abismos no reverso do moderno: perspectivas feministas pós-coloniais para um “pensamento alternativo das alternativas”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena Martins (Orgs.). *O pluriverso dos direitos humanos*. A diversidade das lutas pela dignidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019, p.843.

114 WOLF, Naomi. *O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018, p. 12-13.

115 WOLF, Naomi. *O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018, p. 77.

116 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2 ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014, p.138-139.

117 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015, p.430.

118 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.35-37.

A população feminina convive, ainda, com a violência simbólica, perpetrada pelo mercado de consumo, que estabeleceu um mito de perfeição<sup>119</sup> tão somente alcançável por meio de um dispêndio financeiro sem limites, do qual a própria mulher se torna vítima. Se por um lado, algumas mulheres são arrimos solitárias de família e, por esta razão, ficam inadimplentes, com o objetivo de manter um padrão de vida minimamente razoável, há outras que, dotadas ou não de alto poder aquisitivo, buscam atingir um padrão de beleza<sup>120</sup> impulsionado pelo mercado de cosméticos e cirurgias plásticas<sup>121</sup>, de modo a manter sólido o propósito de perfeição estética, imposto pela publicidade<sup>122</sup>.

Pode-se concluir, diante do exposto, que, embora o feminismo busque na sua essência combater a opressão masculina em todas as frentes, é certo que, apesar dos muitos avanços ocorridos, o feminismo clássico não soube combater o ideal de feminino propagado pelas mídias digitais<sup>123</sup>, pois ignora, no seu âmago, as perspectivas de gênero inseridas em cada sociedade, quando não reforça os preconceitos coloniais do patriarcado branco<sup>124</sup>. Em suma, o que se está a dizer é que, na perspectiva do feminismo clássico, nenhuma mulher está de fato a salvo do fenômeno do superendividamento, pois sua emancipação ainda não se perfectibilizou na sociedade pós-moderna.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O superendividamento, como fenômeno da contemporaneidade, é objeto de preocupação global, e, por isto, envolve diversas áreas de estudo, dentre as quais, a Psicologia, a Sociologia e o Direito. Embora o projeto de lei n. 3.515 almeje corrigir as distorções e omissões presentes no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor, a solução do problema perpassa por uma modificação no olhar homogêneo promovido pela perspectiva colonial. Como já se observou, as práticas coloniais tratam a mulher ocidental como aquela que conquistou a plena emancipação e que, por ora, não necessita de tutela, ao contrário de suas “iguais”, que residem no Oriente Médio ou na África. Tal pensamento se tornou um obstáculo ao combate ao superendividamento feminino, que é visto como mero capricho de mulheres que conquistaram o mercado de trabalho e que, por isso, gastam mais. A assertiva não é verdadeira e se observou que durante a pandemia do coronavírus o superendividamento de mulheres aumentou.

Para que a pessoa humana seja promovida ao seu mais alto grau de dignidade, faz-se necessária uma política que leve em consideração as desigualdades existentes entre as sociedades, sem, com isso, rejeitar as individualidades presentes no corpo social. É o que almejam os estudos sobre superendividamento, corporificados no referido projeto de lei 3.515, que visam cumprir os objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º da Constituição, sem desprezar a heterogeneidade que caracteriza a identidade nacional.

119 WOLF, Naomi. *O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018, p. 13-15.

120 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014, p. 139-141.

121 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.124.

122 DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. São Paulo: Planeta do Brasil. s.d, p.158-243, *passim*.

123 MARTINS, Catarina. Desalinhar abismos no reverso do moderno: perspectivas feministas pós-coloniais para um “pensamento alternativo das alternativas”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena Martins (Orgs.). *O pluriverso dos direitos humanos*. A diversidade das lutas pela dignidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019, p.1018. A autora destaca que uma das armadilhas do feminismo clássico é a ideia de “universalidade das opressões patriarcais”. Nesse contexto, é comum, na visão da autora, que o patriarcado branco se utilize de representações que reforçam o discurso de superioridade do Ocidente, que neutraliza, por sua vez, as lutas feministas e suavizam o discurso hetero-opressor dos países ocidentais e a violência simbólica que se consolida nesses mesmos países.

124 MARTINS, Catarina. Desalinhar abismos no reverso do moderno: perspectivas feministas pós-coloniais para um “pensamento alternativo das alternativas”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena Martins (Orgs.). *O pluriverso dos direitos humanos*. A diversidade das lutas pela dignidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019, p.1.019.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BERNER, Vanessa Oliveira Batista; MELINO, Heloisa. Perspectivas Feministas e movimentos sociais: uma abordagem fundamental para o planejamento urbano. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4. 2016.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial/casos concretos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BUCAR, Daniel. *Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n. 3515 de 2015. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=32E7EC4A53024EC1AAE9CF2DA55ABD8D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408277&filename=Tramitacao-PL+3515/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32E7EC4A53024EC1AAE9CF2DA55ABD8D.proposicoesWebExterno2?codteor=1408277&filename=Tramitacao-PL+3515/2015). Acesso em: 18 ago. 2020.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; BERTOLDO, Flávio Soares. Desafios da cidade standard. In: Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). Rio de Janeiro: PROURB, 2018.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Confiança no futuro: desconstruindo quatro mitos no tratamento do superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015, p.428-429.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor*. p.6. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-abril-de>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. CONAR. Representação n. 211/2015. Julgamento: FEVEREIRO/2016. Autor: Grupo de consumidores. Anunciante: Tips4life e Ambev. Relator: Paulo Celso Lui. Segunda e Quarta Câmaras. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- DA SILVA, Joseane Suzart Lopes. Superendividamento dos consumidores brasileiros e a imprescindível aprovação do projeto de lei 283/2012. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 26, v.100, jul./ago. 2015, p.364-265.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/superendividamento.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008, s.d.
- ESTADO DE MINAS. *Quase metade dos lares brasileiros são sustentados por mulheres*. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas\\_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml). Acesso em: 25 ago. 2020.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Superendividados: 30 milhões já não podem mais pagar suas dívidas*. Idec na Mídia. Publicação: 06/11/2018. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/superendividados-30-milhoes-ja-nao-podem-mais-pagar-suas-dividas>. Acesso em: 18 ago. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *IBGE divulga as Estimativas de População dos municípios para 2018*. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-denoticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para2018#:~:text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,da%20Popula%C3%A7%C3%A3o%20\(Revis%C3%A3o%202018](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-denoticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para2018#:~:text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,da%20Popula%C3%A7%C3%A3o%20(Revis%C3%A3o%202018). Acesso em: 18 ago. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Quantidade de homens e mulheres*. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 25 ago. 2020.

LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Clarissa Costa de. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015.

MARTINS, Ana Paula Antunes. O Sujeito “nas ondas” do Feminismo e o lugar do corpo na Contemporaneidade. *Revista Café com Sociologia*, v.4, n.1, abr./2015.

MARTINS, Catarina. Desalinhar abismos no reverso do moderno: perspectivas feministas pós-coloniais para um “pensamento alternativo das alternativas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena Martins (Orgs.). *O pluriverso dos direitos humanos. A diversidade das lutas pela dignidade*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, jun. 2010.

RUFINO, Wagner Barboza. *Uma cidade só/cidades sós*. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). *Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades*. Rio de Janeiro: PROURB, 2018.

SOUSA, Alcina; MARÇALO, Maria João. O discurso das/nas cidades: reflexões interdisciplinares. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela (Orgs.). *Cidade Standard e Novas Vulnerabilidades*. Rio de Janeiro: PROURB, 2018.

WOLF, Naomi. *O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

# SEÇÃO VII

## PERSPECTIVAS DOS DIREITOS REAIS FRENTE AO CORONAVÍRUS



# OS DIREITOS REAIS EM MOVIMENTO: A TIPICIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A PANDEMIA

**Eroulths Cortiano Junior**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós doutor em Direito pela Università degli studi di Torino. Professor Associado da Universidade Federal do Paraná. E-mail: ecortiano@cpc.adv.br

**Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto**

Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: izabellamedeiros@hotmail.com

---

**Sumário:** 1 Os direitos reais e o princípio da tipicidade; 2 O exercício dos poderes proprietários em época de crise pandêmica; 3 A regulação: Lei e Judiciário interferindo no Direito de Propriedade; 3.1 O Regime Jurídico Transitório das relações privadas; 3.2. A Propriedade Condominial em Tempos de Pandemia: Análise das decisões dos tribunais; 4 Fecho; Referências

## 1 OS DIREITOS REAIS E O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

Por meio de uma refinada construção, o direito de propriedade moderno edificou-se numa perspectiva estática e imutável: ao proprietário, independentemente do título de aquisição (compra e venda, doação, herança, usucapião etc) eram atribuídos os *poderes proprietários* de usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa. Mas a completa superação das estruturas feudais de utilização da terra (em termos culturais, a superação da medievalidade pela modernidade) exigia uma elaboração teórica mais ampla, de maneira a garantir a segurança – necessária na economia de trocas em nascimento – por intermédio de um novo discurso proprietário.

Nesse caminho, a construção teórica da propriedade moderna recebe o aporte savignyano de duas classificações dos direitos subjetivos. Em primeiro lugar, esses direitos podem ser de três classes (direitos de família, direitos reais e direitos obrigacionais); por outro prisma, eles se dividem em direitos a respeito de todos os homens (como os direitos reais e os de sucessão) e os direitos a respeito de determinadas pessoas (como os direitos de família e de obrigações). Estavam lançadas as bases para a *summa divisio* dos direitos em absolutos e relativos<sup>1</sup>. Nessa construção, a necessidade de atribuição de segurança aos direitos absolutos afastou a autonomia privada do âmbito dos direitos reais, culminando nos princípios do *numerus clausus* (somente a lei pode criar direitos reais) e da *tipicidade* (é a lei que dá o conteúdo dos direitos reais)<sup>2</sup>. Dizer diferente acarretaria insegurança, já que a autonomia privada de uns repercutiria em situações jurídicas reais que devem ser obedecidas por todos<sup>3</sup>.

O princípio da *tipicidade* acompanha o *numerus clausus* (a tal ponto que há quem confunda os dois, que, no entanto, são ontologicamente distintos: um diz respeito à criação de um direito, outro ao conteúdo desse direito). De qualquer modo, os dois estão irmanados na função de eliminar a autonomia da vontade na criação e conteudização de direitos reais, absolutos que esses são.

Vingou, na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais (aparentemente, apenas a Espanha e os países escandinavos trabalham com perspectiva diversa), a impossibilidade de os direitos reais serem criados ou conteudizados pelos particulares, justamente por conta de sua oponibilidade *erga omnes*. É dizer: venceram os princípios do *numerus clausus* e da tipicidade. *Rectius*: venceu a imutabilidade do conteúdo dos direitos reais, imunes à força da autonomia privada criadora de institutos jurídicos.

Mas justamente por serem uma criação técnica, entremeada por uma certa e determinada ideologia proprietária, os princípios do *numerus clausus* e da *tipicidade* são colocados à prova. A pergunta que se fez, e que se deve ainda fazer é: ainda se justifica a

1 Ver, por todos, GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *El derecho real*. Elementos para una teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

2 A rigor, é possível enxergar uma limitação nos modelos proprietários e uma certa tipicidade na propriedade feudal, mas essa clausulação e essa tipicidade têm sua origem no costume, e não na lei, como acontece com a propriedade moderna (ainda que nem sempre a lei formal o diga). De importante, o fato de que essa tipicidade legal da modernidade tem a ver com o modo de produção capitalista e com a liberdade individual: “Apesar dessa tendência verificada na experiência francesa, ocorreu, no final do século XIX, em grande parte das legislações ocidentais, a consolidação definitiva do princípio do *numerus clausus*. Prevaleceu, para tanto, o argumento de que a criação de novos direitos reais era prejudicial ao sistema econômico, face à eficácia *erga omnes* que as relações assim criadas acabam por adquirir. A existência de uma vicissitude convencional, oponível *erga omnes*, incidindo sobre um determinado bem, representaria uma diminuição no seu valor negocial, o que seria contrário aos interesses capitalistas”. (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade*: o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27-28).

3 A chave dessa distinção parece estar no fato de que os direitos reais envolvem tema de atribuição de bens, enquanto os direitos obrigacionais pautam-se pela colaboração dos envolvidos: “El derecho real y el derecho de obligación difieren porque resuelven un juego de intereses diversos: mientras el derecho real se ocupa de un problema de atribución, los derechos de obligación resolverán necesidades de cooperación con los demás” (GARCIA, Antonio Roman. *La tipicidade em los derechos reales*. Madrid: Montecorvo, 1994).

*exclusão da autonomia privada do âmbito dos direitos reais*<sup>4</sup>?

A rigor, o princípio da tipicidade não é tão forte como o discurso dogmático clássico o elaborou. Na verdade, os direitos reais se constituem por intermédio de tipos abertos, em que há algum espaço – ainda que mínimo – para a autonomia privada. Os tipos abertos consistem “na descrição essencial de uma situação a qual é outorgada um regime legal, mas sem impedir que outros elementos não previstos na descrição legislativa venham a integrar aquele estatuto jurídico, conquanto respeitem os limites fundamentais ali fixados”<sup>5</sup>.

Que os direitos reais são tipos abertos (ainda que limitadamente abertos) provam as figuras da servidão (elas podem ter diversas finalidades, que serão indicadas no ato constitutivo) e do usufruto (o instituidor pode limitar os frutos e utilidades usufruídas).

Outro exemplo fundamental está na multipropriedade, em virtude da história de sua apreensão pelo direito brasileiro: endossada pela doutrina, e antes do advento da Lei nº 13.777/2018, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp nº 1.546.165, decidiu<sup>6</sup>:

(...)

2. Extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de *numerus clausus*.

3. No contexto do Código Civil de 2002, não há óbice a se dotar o instituto da multipropriedade imobiliária de caráter real, especialmente sob a ótica da taxatividade e imutabilidade dos direitos reais inscritos no art. 1.225.

(...)

No corpo do acórdão constou:

Nada obstante a inexistência, em relação ao contrato de multipropriedade imobiliária, de específico tratamento normativo e, até mesmo, a intensa divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica, o desfecho dado à presente causa é necessário porquanto a questão sobre ser possível ou não a criação de novo instituto de direitos reais – levando-se em conta a tipicidade e o sistema de *numerus clausus* –, em circunstâncias como a dos autos, nas quais se verifica a superação da legislação em vigor pelos fatos sociais, não pode inibir o julgador de, adequando sua interpretação a recentes e mutantes relações jurídicas, prestar a requerida tutela jurisdicional a que a parte interessada faz jus.

Outro exemplo da abertura dos tipos dos direitos reais está no condomínio edilício: a convenção condominial, com objetivo de harmonizar a convivência e bem regular o uso do prédio, interfere no exercício dos poderes proprietários mesmo no interno das partes exclusivas. Os direitos reais então, não estão infensos à autonomia privada. Essa mitigação da tipicidade evidenciou-se na pandemia do COVID-19, como passaremos a analisar.

4 Trata-se da mesma pergunta feita por Oliveira Ascensão em obra seminal sobre o tema: “Em primeiro lugar, deve perguntar-se se a autonomia privada está em absoluto excluída da criação e modelação de direitos reais...” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968).

5 GONDINHO. André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 86.

6 STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.546.165, relator para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julg. 26/04/2016.

## 2. O EXERCÍCIO DOS PODERES PROPRIETÁRIOS EM ÉPOCA DE CRISE PANDÊMICA

A pandemia do COVID-19 transformou nossas vidas em um roteiro de filme de ficção científica. Seria inimaginável, há um ano, que estaríamos submetidos às condições atuais: sem contato físico entre as pessoas, sem reuniões ou aglomerações (limitadas apenas ao meio virtual), reclusos em nossas casas para proteger a todos e a cada um de nós de um inimigo invisível. O vírus mudou completamente a nossa maneira de viver e de se relacionar. Máscaras, luvas e álcool gel passaram a ser itens obrigatórios de uso diário, e não mais equipamentos de uso hospitalar. A casa, asilo inviolável do indivíduo, passa a ser o ambiente mais seguro e protegido do vírus – desde que tudo e todos que nela ingressem sejam submetidos a rigorosos procedimentos de higiene e desinfecção. Escolas fechadas obrigam crianças e adolescentes – e, por conseguinte, seus respectivos cuidadores – a ficarem em casa. Lojas, *shoppings centers*, academias e salões de beleza são fechados; serviços públicos são prestados de maneira remota. O *home office* passa a ser a regra e não a exceção, para as atividades que podem ser desenvolvidas desta forma.

O ambiente doméstico assume um protagonismo nunca antes imaginado, pois uma das poucas certezas da comunidade científica a respeito do novo coronavírus é que o isolamento social é o principal meio para conter sua propagação. Antes destinado primordialmente ao descanso e ao lazer, pelo menos para grande parte da população, o ambiente doméstico passa a ser o lugar onde a vida se desenvolve: trabalho, estudo e todas as outras atividades do indivíduo precisam se integrar ao lar, cada uma à sua maneira.

Esta época de crise pandêmica, agravada pela crise econômica e pelas incertezas sobre o futuro, propicia o surgimento de conflitos de toda sorte. A permanência em nossas casas, embora salutar e recomendável para a preservação da saúde pública, favorece o surgimento de desavenças familiares ou divergências entre vizinhos, potencializados pelo *stress* causado pelo próprio confinamento.

No caso dos condomínios edilícios, esses conflitos podem ser experimentados de maneira ainda mais marcante, já que os proprietários se veem privados de parte dos seus direitos – de usar, gozar e fruir da coisa própria – em nome da coletividade. O isolamento social impôs restrições ao uso de áreas comuns dos condomínios destinadas ao lazer e à prática de atividades físicas, como piscinas, academias, parquinhos, brinquedotecas e salões de festas. Mas veremos adiante que as restrições ao exercício dos poderes proprietários não se limitaram ao uso das áreas comuns, sendo também afetadas as próprias unidades residenciais autônomas, o que levou inúmeras demandas ao Poder Judiciário. Ao posicionar o interesse coletivo acima dos interesses individuais, a pandemia trouxe maior regulação para o uso das unidades autônomas, que também deve se coadunar com as medidas sanitárias.

Nesse contexto, destaca-se a importância da convenção condominial, instrumento que, a nosso ver, pode melhor atender aos interesses dos titulares e compatibilizá-los com as orientações de combate à pandemia. A convenção possui o papel de conciliar os interesses conflitantes da vida em comum dos condôminos (art. 1.332, inciso III e 1.334, incisos II e V do Código Civil), podendo dispor sobre questões relacionadas aos direitos de vizinhança e estabelecer medidas que possam assegurar a utilização das unidades sem prejudicar o sossego, a salubridade e a segurança dos possuidores, bem como os bons costumes (art. 1.336, IV do Código Civil). No ambiente comunitário dos condomínios edilícios, o interesse individual do proprietário cede espaço aos interesses da coletividade, mas ambos devem coexistir de maneira harmônica, de modo que não haja a aniquilação ou anulação de qualquer dos interesses. É esse equilíbrio que a convenção condominial deve buscar.

Para Marcos de Souza Paula, “é imperioso reconhecer na convenção um instrumento de autonomia privada” dos condôminos, pois no condomínio edilício a vontade dos proprietários exerce tanto o papel de complementar as disposições legais, quanto de conformar o direito de cada coproprietário<sup>7</sup>. Os princípios da boa-fé objetiva e da função social da propriedade devem estar presentes no momento da elaboração da convenção<sup>8</sup>, de modo a compatibilizar os interesses conflitantes. A convenção não pode, no entanto, vulnerar o conteúdo do direito de propriedade ou afetar a normalidade do seu exercício, devendo ser construída à luz do ordenamento jurídico e dos princípios constitucionais incidentes sobre o instituto do condomínio<sup>9</sup>. Necessário ainda ter em mente que, no condomínio, há a coexistência de múltiplas propriedades, algo que a teoria da pluralidade dos direitos reais limitados, de origem italiana, procura explicar “a partir da relação entre propriedades que se limitam reciprocamente, o que tornaria possível a coexistência de direitos sobre a mesma coisa”<sup>10</sup>.

É essa multiplicidade de direitos existentes no condomínio que torna ainda maior o desafio de compatibilizar os interesses da coletividade com os interesses individuais. E o momento atual da pandemia nos convida a refletir sobre as possíveis soluções, que perpassam sobre a permanência da tipicidade dos direitos reais na época contemporânea e pelo reconhecimento da autonomia da vontade como elemento conformador desses direitos.

Vejamos, a seguir, as tentativas legais e jurisprudenciais de regulação da propriedade condominial em tempos de pandemia, que vão ao encontro do que foi exposto até o momento.

### **3. A REGULAÇÃO: LEI E JUDICIÁRIO INTERFERINDO NO DIREITO DE PROPRIEDADE**

#### **3.1. O Regime Jurídico Transitório das Relações Privadas**

O Projeto de Lei nº 1.179/2020 teve sua tramitação iniciada no Senado em 30/03/2020 e, após tramitação e votação nas duas Casas Legislativas<sup>11</sup>, culminou na publicação da Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que “Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”.

Referida Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para regular as relações de direito privado durante a pandemia do coronavírus, considerando a data de 20 de março de 2020 como termo inicial dos eventos derivados da pandemia e – até o momento – a data de 30 de outubro de 2020 como termo final de aplicação das suas disposições.

Relativamente aos condomínios edilícios, a Lei instituiu a possibilidade de realização

7 PAULA, Marcos de Souza. Contornos da autonomia privada no condomínio edilício: convenção e restrição de direitos. In. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A Reforma dos Direitos Reais: A caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 240-241.

8 PAULA, Marcos de Souza. Contornos da autonomia privada no condomínio edilício: convenção e restrição de direitos. In. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A Reforma dos Direitos Reais: A caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 243-245.

9 PAULA, Marcos de Souza. Contornos da autonomia privada no condomínio edilício: convenção e restrição de direitos. In. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A Reforma dos Direitos Reais: A caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 273-275.

10 PAULA, Marcos de Souza. Contornos da autonomia privada no condomínio edilício: convenção e restrição de direitos. In. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A Reforma dos Direitos Reais: A caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 272.

11 Foi apresentado pelo Senador Álvaro Dias requerimento de tramitação conjunta do PL 1179/2020 com outros projetos de lei relacionados com a pandemia, a saber, o PL 1198/2020 (que propõe alteração do prazo para aplicação das sanções previstas na Lei Geral de Proteção de Dados), o PL 1199/2020 (que propõe alterar a legislação de recuperação judicial e falências para estabelecer regras temporárias para o período da pandemia) e o PL 1204/2020 (que tratava sobre locação de imóveis residenciais e comerciais no período da pandemia). O requerimento foi prejudicado em virtude da deliberação do PL 1179/2020 e da retirada do PL 11204/2020 por seu autor. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>>. Acesso em: 08 set. 2020.



da assembleia condominial e de votações por meios virtuais, em seu art. 12, *caput*, bem como previu a prorrogação dos mandatos de síndicos vencidos a partir de 20 de março de 2020, ficando prorrogados até 30 de outubro de 2020:

Art. 12. A assembleia condominial, inclusive para os fins dos arts. 1.349 e 1.350 do Código Civil, e a respectiva votação poderão ocorrer, em caráter emergencial, até 30 de outubro de 2020, por meios virtuais, caso em que a manifestação de vontade de cada condômino será equiparada, para todos os efeitos jurídicos, à sua assinatura presencial.  
Parágrafo único. Não sendo possível a realização de assembleia condominial na forma prevista no *caput*, os mandatos de síndico vencidos a partir de 20 de março de 2020 ficam prorrogados até 30 de outubro de 2020.

Ainda, previu em seu art. 13 a obrigatoriedade de prestação regular de contas pelo síndico, sob pena de destituição; algo despiciendo, a nosso ver, pois já previsto entre os deveres do síndico estabelecidos pelo art. 1.348 do Código Civil, em especial o inciso VIII, complementado pelo art. 1.349, que estabelece a penalidade de destituição pela assembleia ao síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio.

Mas o que nos interessa para o propósito do presente artigo é o dispositivo vetado pelo Presidente da República, que assim previa:

Art. 11. Em caráter emergencial, até 30 de outubro de 2020, além dos poderes conferidos ao síndico pelo art. 1.348 do Código Civil, compete-lhe:  
I – restringir a utilização das áreas comuns para evitar a contaminação pelo coronavírus (Covid-19), respeitado o acesso à propriedade exclusiva dos condôminos;  
II – restringir ou proibir a realização de reuniões e festividades e o uso dos abrigos de veículos por terceiros, inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos, como medida provisoriamente necessária para evitar a propagação do coronavírus (Covid-19), vedada qualquer restrição ao uso exclusivo pelos condôminos e pelo possuidor direto de cada unidade.  
Parágrafo único. Não se aplicam as restrições e proibições contidas neste artigo para casos de atendimento médico, obras de natureza estrutural ou realização de benfeitorias necessárias.

A proposta legislativa confere legitimidade ao síndico para instituir, por iniciativa própria, medidas de prevenção ao coronavírus no âmbito do condomínio edilício, restringindo a utilização de áreas comuns, a realização de reuniões e festividades, bem como o uso de garagens por terceiros. Mas o dispositivo foi vetado sob o fundamento de que a propositura conferia poderes excepcionais aos síndicos, retirando “a autonomia e a necessidade das deliberações por assembleia, em conformidade com seus estatutos, limitando a vontade coletiva dos condôminos.”<sup>12</sup>

Entretanto, é possível afirmar que alguns poderes explicitados no Projeto de Lei poderiam ser exercidos pelo síndico independente de sua aprovação, diante do que prevê o inciso V do art. 1.348 do Código Civil, segundo o qual compete ao síndico “V – diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores”, combinado com o art. 1.336, inciso IV do mesmo diploma, que

---

12 BRASIL. LEI Nº 14.010, DE 10 DE JUNHO DE 2020. MENSAGEM DE VETO Nº 331, DE 10 DE JUNHO DE 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-331.htm)>. Acesso em: 08 set. 2020.

estipula como dever do condômino “IV – dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes”.

A nosso ver, a decisão contida no inciso I do art. 11 do Projeto de Lei poderia ser tomada pelo síndico de toda forma, pois a ele compete a representação do condomínio e a prática de atos necessários à defesa dos interesses comuns, conforme prevê o art. 1.348, inciso II do Código Civil. O dispositivo vetado conferiria maior agilidade e segurança jurídica às determinações do síndico referentes à pandemia e à contenção da propagação do vírus, mas os poderes lá estipulados não se configuram como excepcionais, pois abrangem apenas a utilização das áreas comuns, respeitando o acesso à propriedade exclusiva dos condôminos.

O mesmo não se pode afirmar do inciso II do dispositivo vetado, que confere poderes ao síndico para restringir ou proibir a realização de reuniões e festividades e o uso dos abrigos de veículos por terceiros, *inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos*, ou seja, confere ao síndico o poder de decisão sobre questões que extrapolam o interesse comum e invadem a esfera privada dos condôminos. Quanto a este dispositivo, entendemos que o veto foi acertado e suas razões, pertinentes, pois tal decisão não pode competir unilateralmente ao síndico, sendo admissível apenas à assembleia dos condôminos.

De todo modo, observa-se que muitas decisões relativas à utilização dos espaços comuns (e também particulares) foram tomadas pelos síndicos desde o início da pandemia e ainda durante a tramitação do Projeto de Lei nº 1.179/2020. Em pesquisa de jurisprudência que detalharemos no próximo tópico, é possível identificar que os dispositivos do Projeto de Lei foram invocados para conferir legitimidade a essas decisões, antes mesmo de sua aprovação.

Passemos a analisar as decisões dos Tribunais que tratam da regulação da propriedade condominial em tempos de pandemia, muitas delas relativas ao uso de unidades autônomas e ao exercício dos poderes proprietários.

### **3.2. A propriedade condominial em tempos de pandemia: análise das decisões dos Tribunais**

Vimos nos capítulos anteriores que a limitação aos poderes proprietários no ambiente comunitário proporcionado pelos condomínios edifícios coloca em xeque o princípio da tipicidade dos direitos reais, trazendo a influência da autonomia privada para a configuração desses direitos. Passaremos a expor adiante alguns casos enfrentados pelo Poder Judiciário que demonstram como o momento atual de pandemia do COVID-19, e os conflitos dele decorrentes ou por ele potencializados, colocam em perspectiva os institutos tradicionais do direito privado – aqui, o direito de propriedade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, um dos Estados mais afetados pela pandemia, registrou inúmeras demandas entre proprietários e condomínios, decorrentes das restrições impostas pelas autoridades sanitárias. A proibição do uso de áreas comuns destinadas ao lazer e às práticas esportivas trouxe ao Judiciário a discussão acerca da manutenção do isolamento social e da preservação da saúde da coletividade, resolvida a partir do sopesamento dos interesses da coletividade de condôminos frente aos interesses individuais dos proprietários.

Nos autos de Agravo de Instrumento nº 2144350-52.2020.8.26.0000, foi mantida a decisão do Juízo de primeiro grau da Comarca de São Paulo que indeferiu o pedido de antecipação de tutela pretendido pela autora, jogadora mirim, que pleiteava o direito de praticar exercícios na quadra poliesportiva do condomínio com o auxílio de sua família, em horários previamente agendados. O Tribunal de Justiça considerou que a decisão estava em

consonância com as cautelas exigidas pelas circunstâncias da pandemia, bem como, que não havia urgência no pleito da agravante que justificasse a concessão da tutela antecipada. A decisão está assim ementada:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação da tutela, mediante preceito cominatório. Decisão da magistrada *a quo* que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, considerando as cautelas que devem ser adotadas em razão da pandemia decorrente da COVID-19. Pretensão à concessão da liminar para que a agravante possa praticar os exercícios dentro da quadra poliesportiva do condomínio, com o auxílio de sua família: não acolhimento nesta fase processual. Pedido liminar que corresponde à decisão de mérito. Deferimento que se mostra prematuro. Pedido negado, vez que não presentes os pressupostos necessários à sua concessão. Art. 300 do NCPC. Questão, ademais, que envolve o mérito da discussão. Decisão que deve ser mantida diante dos fatos constantes dos autos. Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2144350-52.2020.8.26.0000; Relator (a): Francisco Occhiuto Júnior; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020)

Idêntica solução foi dada pelo Tribunal em caso assemelhado, em que o agravante pretendia fazer uso da academia e da quadra poliesportiva do condomínio, sob o argumento de que foi “ceifado do seu direito de usar e fruir de sua propriedade, de espaço destinado à preservação da sua saúde, uma vez que vem sendo impedido de fazer uso de área comum do condomínio destinada à prática de atividade física”<sup>13</sup>. A parte argumenta que o condomínio em questão possui baixo índice de ocupação e que a prática de exercícios físicos se traduz, em realidade, em “mecanismo de preservação da saúde dos condôminos”. Por entender que não haviam elementos de convicção suficientes em sede de cognição sumária, foi mantida a decisão de primeiro grau pelo TJSP:

Agravo de instrumento – condomínio – ação de obrigação de fazer c.c. tutela antecipada – pedido liminar que corresponde à decisão de mérito – deferimento que se mostra prematuro – manutenção da r. Decisão agravada, que indeferiu o pedido – recurso não provido. Ausentes elementos de convicção suficientemente seguros, ao menos neste momento de cognição sumária, para determinar o uso individual pelo agravante das áreas comuns do condomínio em plena pandemia do COVID-19, prudente se mostra o estabelecimento do contraditório, e assim, de rigor a manutenção da r. decisão agravada. (TJSP; Agravo de Instrumento 2082289-58.2020.8.26.0000; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/05/2020; Data de Registro: 19/05/2020)

Mas os conflitos entre condôminos não se limitaram ao uso das áreas comuns. A Coordenadoria de Vigilância em Saúde da cidade de São Paulo – COVISA emitiu comunicado em 26/03/2020<sup>14</sup> contendo diversas recomendações voltadas aos condomínios residenciais, com o objetivo de conter a propagação do vírus, dentre as quais se destaca a orientação para evitar a realização de obras não emergenciais. A partir desta recomendação, diversos

---

13 TJSP; Agravo de Instrumento 2082289-58.2020.8.26.0000; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/05/2020; Data de Registro: 19/05/2020, p. 2.

14 RECOMENDAÇÕES DE MEDIDAS NÃO FARMACOLÓGICAS, PARA CONTENÇÃO DA COVID-19, VOLTADAS AOS CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/recomendacoes\\_condominios\\_coronavirus.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/recomendacoes_condominios_coronavirus.pdf)>. Acesso em 07 set. 2020.

condomínios no município de São Paulo passaram a proibir a realização de obras não emergenciais não só nas áreas comuns, mas também nas unidades autônomas, o que levou inúmeras demandas ao Poder Judiciário paulista.

Em 29/06/2020, o comunicado foi atualizado<sup>15</sup>, orientando que sejam evitadas as obras não emergenciais em áreas comuns e que, para obras em unidades autônomas, sejam adotadas as medidas de segurança adequadas, como o uso de máscaras, higiene das mãos, etiqueta respiratória e demais regramentos a serem estabelecidos pelo condomínio – mas isso não impediu que proliferassem as demandas que colocam em discussão os limites de uso da propriedade privada durante o período de quarentena.

Em uma pesquisa no portal de jurisprudência no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realizada no mês de agosto do corrente ano de 2020<sup>16</sup>, localizamos 36 achados com as palavras-chaves “covid”, “condomínio”, “obras” e “unidade autônoma”, dos quais 25 efetivamente se referiam à proibição de realização de obras em unidades autônomas. Identificamos 11 decisões permitindo a realização das obras, enquanto 14 decisões mantinham a proibição, todas proferidas entre os meses de abril e agosto de 2020.

Entre os motivos para a proibição de obras em unidades autônomas pelos condomínios que assim o fizeram está a redução da circulação de pessoas nas áreas comuns, como *hall* de entrada, corredores e elevadores, bem como a preservação do sossego, uma vez que o barulho das obras poderia prejudicar aqueles que estão trabalhando em regime de *home office* durante a pandemia, bem como as crianças, adolescentes e adultos em estudo *online*. Já entre os proprietários que litigaram para ter o seu direito de realizar obras no interior de suas unidades autônomas, os motivos são os mais diversos, desde a preparação do quarto do bebê até a reestruturação completa da unidade.

Quando não demonstrada a urgência ou relevância da obra, o TJSP houve por bem manter a proibição, considerando a prevalência do interesse coletivo dos condôminos em detrimento do interesse individual. Nesse sentido:

Agravo de instrumento – ação de obrigação de fazer – Insurgência contra a decisão que deferiu a tutela de urgência requerida pelos agravados para determinar que o condomínio agravante se abstenha de impedir a entrada dos prestadores de serviço necessários à realização de obra na unidade autônoma dos autores – Probabilidade do direito dos requerentes não evidenciada – Então existência de orientação da Coordenadoria de Vigilância em Saúde da cidade de São Paulo de não realização de obras não emergenciais em unidades condominiais – Interesse da coletividade que havia de prevalecer, especialmente considerando a evolução da doença e a capacidade do sistema de saúde ao tempo da não permissão de realização de obras pelo recorrente – Reforma da decisão que se impõe – Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2090999-67.2020.8.26.0000; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/06/2020; Data de Registro: 04/08/2020)

No caso supracitado, o condomínio agravante recorre de decisão de primeiro grau que deferiu a tutela de urgência, sustentando em suas razões de agravo que a continuidade da

15 RECOMENDAÇÕES PARA CONTENÇÃO DA COVID-19 VOLTADAS AOS CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS. Disponível em: <[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/comunicado\\_condominios\\_residenciais\\_29\\_06\\_2020.pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/comunicado_condominios_residenciais_29_06_2020.pdf)>. Publicado em 26/03/2020, atualizado em 29/06/2020. Acesso em: 29 ago. 2020.

16 Pesquisa realizada em 29/08/2020 no portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>.

obra não emergencial acarretaria riscos à saúde e ao sossego de todos os condôminos, uma vez que os proprietários agravados teriam apresentado numerosa lista de prestadores de serviços contratados para a realização da obra (no total de 94 profissionais), o que contrariava as regras sanitárias e protetivas da coletividade. O Tribunal de Justiça de São Paulo levou em consideração a recomendação publicada pela COVISA para contenção da COVID-19 em condomínios residenciais, anteriormente mencionada, e sopesou os interesses jurídicos em conflito no caso em análise, concluindo que o risco de dano ao condomínio agravante – relativo à saúde e preservação do isolamento social – era potencialmente maior que o verificado aos proprietários agravados, que se viram privados de continuar a obra na sua unidade residencial.

Oportuno observar que o Relator, Desembargador Marcondes D'Angelo, restou vencido, pois seu voto dava parcial provimento ao agravo no sentido de limitar a 2 (dois) o número de prestadores de serviços que poderiam acessar a unidade autônoma dos agravados. Para o julgador, os agravados demonstraram que não houve restrição à circulação de outros profissionais prestadores de serviços no condomínio, como babás, empregados domésticos, motoristas e professores, sendo que a limitação de circulação a um determinado grupo de profissionais ofenderia o princípio da legalidade e da isonomia. Desta forma, entendeu que a obra poderia ser realizada, desde que o número diário de profissionais fosse limitado a 2 (dois), pois seria esse o número médio de prestadores que atende cada uma das unidades autônomas do condomínio litigante.

Demandas dessa natureza, provocadas pelas circunstâncias absolutamente atípicas e disruptivas da pandemia, levam ao Judiciário os aspectos mais mezinhos da vida cotidiana, passando-se a decidir sobre questões que, em tempos normais, estariam reservadas exclusivamente à vida privada das pessoas. No caso acima, é o número de profissionais a ingressar a unidade autônoma que está sendo objeto de decisão judicial, algo impensável em tempos anteriores, em que essa decisão competiria unicamente ao próprio dono do apartamento. No caso que analisaremos a seguir, a questão vai um pouco adiante – é o tipo de melhoria que está sendo realizada no interior da unidade que está em discussão, a fim de definir se a obra tem caráter emergencial ou não.

Nos autos de agravo de instrumento nº 2083787-92.2020.8.26.0000, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão de primeira instância que, a pedido do condomínio, determinou a suspensão da obra. Agravaram os proprietários argumentando que restavam apenas 6 (seis) dias para a conclusão das obras, que estavam impossibilitados de utilizar o banheiro objeto da reforma e que custeavam o aluguel de outro apartamento no mesmo condomínio, razão pela qual pleitearam a modificação da decisão de primeiro grau. O recurso foi improvido, ao fundamento de que as obras não seriam emergenciais, sendo necessário cumprir as determinações do Poder Público para evitar a disseminação do vírus e preservar o bem-estar de toda a coletividade. O recurso está assim ementado:

Agravo de instrumento. Condomínio. Proprietários que não suspenderam obras na unidade após a decretação da quarentena para a evitar a disseminação do novo COVID 19. Tutela de urgência para suspender a obra. Pedido deferido pelo juízo *a quo*. Presentes os requisitos do art. 300 do CPC. Ausência de prova de que as obras são emergenciais. Não se desconhece os prejuízos suportados por toda a sociedade em decorrência da suspensão das atividades comerciais determinadas pelas autoridades competentes. Garantia do bem-estar da coletividade. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2083787-92.2020.8.26.0000; Relator (a): Carmen Lucia da Silva; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado;



Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/07/2020; Data de Registro: 02/07/2020)

Constou do inteiro teor do acórdão que a suspensão tinha por fundamento o comunicado emitido pela Prefeitura de São Paulo, que desaconselhou a realização de obras não emergenciais, sendo estas as obras cuja demora possa colocar em risco a edificação ou outros condôminos, como “vazamento no telhado, entupimento de rede de esgoto, conserto de rachaduras”. No caso em análise, entendeu-se que não havia elementos nos autos que demonstrassem o caráter emergencial da reforma realizada pelos agravantes, que envolvia também “a colocação de revestimento na área de serviço, cozinha, sala e quartos, instalação de gesso, bancada em granito, rodapé e outros serviços”<sup>17</sup>. Desta forma, foi mantida a decisão de primeiro grau que suspendeu a realização da obra, por não estar configurado o caráter emergencial da obra em execução.

Observa-se no caso adiante, em que se permite a realização das obras, que foi considerada a necessidade de prévia deliberação em assembleia a respeito do tema, entendendo-se que a vedação das obras no âmbito da unidade autônoma dependeria de discussão e aprovação pela maioria. Do contrário, haveria impedimento arbitrário ao exercício do direito de propriedade, como se vê na ementa da decisão:

Tutela de urgência – Ação de obrigação de fazer – Decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência para autorizar o ingresso dos trabalhadores de construção civil e prestadores de serviço no condomínio réu para que possam dar continuidade às obras no apartamento dos autores, desde que observadas as orientações e determinações de controle epidemiológico e sanitário em vigência, sob pena de multa única a ser fixada em caso de descumprimento – Proibição total e irrestrita da realização de obras, por tempo indefinido e sem prévia discussão em assembleia condominial, que constitui impedimento arbitrário ao exercício do direito de propriedade – Inteligência do artigo 1.325, § 1º, do CC – Construção civil que não está abrangida pela quarentena, conforme artigo 2º, § 2º, do Decreto Estadual nº 64.881/2020, artigo 3º, do Decreto Estadual nº 64.884/2020 e Deliberação 2 do Comitê Administrativo Extraordinário Covid-19 – Presença dos requisitos do artigo 300, do CPC, corretamente reconhecida – Inaplicabilidade ao caso do disposto no parágrafo 2º, do artigo 1018, do CPC – Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2079172-59.2020.8.26.0000; Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/06/2020; Data de Registro: 30/06/2020)

Neste caso, foi concedida a liminar em primeiro grau, para o fim de autorizar os proprietários a concluírem as obras, que estavam em fase final, desde que observadas as medidas usuais de controle sanitário. O juízo de primeira instância considerou que a decisão do condomínio de paralisar as obras configurava indevido impedimento ao direito de propriedade, que embora não seja absoluto, não comporta essa restrição unilateralmente imposta pelo condomínio, destacando que não havia sido objeto de deliberação pela maioria dos condôminos.

O condomínio agravou da liminar, sustentando que o síndico tem o poder de praticar os atos necessários à defesa dos interesses comuns dos condôminos e que o Projeto de Lei nº 1.179 – na ocasião já aprovado pelo Senado – autorizava a restrição de acesso às áreas comuns pelo próprio síndico. A liminar foi mantida em segunda instância, sendo reafirmados

---

17 TJSP; Agravo de Instrumento 2083787-92.2020.8.26.0000; Relator (a): Carmen Lucia da Silva; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/07/2020; Data de Registro: 02/07/2020, p. 3.

os fundamentos apontados pelo juízo de primeiro grau. Consta ainda do acórdão que as obras em questão teriam se findado, o que provocou o posterior reconhecimento da perda do objeto pelo agravante nos autos principais.

Dentre as decisões do Tribunal paulista ora analisadas, foi possível identificar que aquelas proferidas na chamada “fase vermelha” da pandemia tenderam a manter a proibição, priorizando o isolamento social. Em decisões mais recentes, proferidas no mês de agosto, o Tribunal destacou que houve alteração das regras de distanciamento social, flexibilizadas em razão da evolução da doença, e que as decisões concedidas para autorizar a realização das obras seriam, por isso, precárias:

Agravo de instrumento – condomínio edifício – tutela cautelar antecedente – Decisão de primeiro grau que deferiu a tutela de urgência para o fim de permitir à autora a realização de obras em sua unidade condominial – Inconformismo do requerido – Efeito suspensivo concedido inicialmente, para obstar a obra – Alteração das regras de flexibilização e distanciamento social, por conta da pandemia gerada pela Covid 19, após a interposição do recurso, com protocolo de abertura emitido pelo recorrente, permitindo a realização de obras não essenciais, caso dos autos – Decisão mantida, com observação, no sentido de que se o município retornar para a fase vermelha o condomínio pode restringir o acesso para obras não essenciais – Afastado o pedido de condenação por litigância de má-fé formulado pelo recorrente – Recurso não provido, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2129707-89.2020.8.26.0000; Relator (a): Jayme de Oliveira; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 26/08/2020; Data de Registro: 26/08/2020)

Agravo de instrumento – tutela cautelar antecedente – Insurgência contra a decisão que deferiu a tutela de urgência requerida pelos agravados para determinar que o condomínio agravante se abstenha de impedir a entrada dos prestadores de serviço necessários à conclusão das obras no apartamento dos autores – Probabilidade do direito dos requerentes – Flexibilização das regras de distanciamento social na cidade de São Paulo – Possibilidade de realização de obras em unidades autônomas de condomínios residenciais desde que respeitados os protocolos sanitários – Perigo de dano existente – Manutenção da decisão agravada que se impõe – Negado provimento. (TJSP; Agravo de Instrumento 2166627-62.2020.8.26.0000; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional X - Ipiranga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/08/2020; Data de Registro: 10/08/2020)

A realização de obras em unidades residenciais também foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, havendo decisão no sentido de afastar a limitação do número de operários determinada pelo Juízo de primeiro grau. A decisão liminar concedida em ação de obrigação de não fazer ajuizada pelo condomínio deferiu em parte o pedido de tutela de urgência, no sentido de autorizar a continuidade da obra, porém em horário reduzido, das 14 às 16 horas, de segunda a sexta-feira, com apenas 2 (dois) operários de cada vez.

A decisão foi reformada pelo TJDF, que considerou que essas condições seriam muito gravosas ao proprietário, inviabilizando economicamente a continuidade da obra e fazendo-a perdurar por prazo indefinido. Entendeu-se ainda que, por se tratar de apartamento térreo, o risco de contaminação poderia ser reduzido com a utilização da varanda para transporte de materiais e circulação dos prestadores de serviços, aliada à obrigatoriedade do uso de máscaras. Com esses fundamentos, foi provido o recurso para afastar a restrição do número de operários trabalhando no local e possibilitar a conclusão da obra também em horários reduzidos, mas

superiores à decisão de primeiro grau: das 10 às 12 horas e das 15 às 17 horas<sup>18</sup>.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso também enfrentou a questão<sup>19</sup> e manteve a decisão de primeiro grau que determinou a suspensão imediata de obras realizadas em unidade residencial, enquanto perdurarem as medidas de isolamento social e quarentena decorrentes da pandemia do COVID-19, ou até decisão assemblear autorizando a entrada de tais prestadores de serviço no condomínio. Considerou-se que na situação predomina o interesse da coletividade em assegurar o direito à vida, em detrimento da necessidade ou urgência dos proprietários agravantes de dar continuidade à obra realizada em seu apartamento. Constatou o voto do relator:

Ressalto, ainda, que a pandemia do Coronavírus tem causado a paralisação de diversas atividades, com impactos negativos na vida de várias pessoas ao redor do mundo, sendo fato absolutamente inquestionável que todos nós, de alguma forma, vivenciamos os efeitos colaterais dessa pandemia; no entanto, é o momento de cada cidadão se despir dos próprios interesses, mesmo que isso implique em abrir mão (momentaneamente) do que lhe é de direito e, então, pensar na coletividade com o objetivo de reduzir a propagação do vírus e minimizar os riscos de contágio<sup>20</sup>.

Além das questões envolvendo a realização de obras em unidades condominiais, o Poder Judiciário enfrentou também disputas entre proprietários e condomínios decorrentes da limitação de locação por temporada. Também nessa contenda, prevaleceram os interesses coletivos de preservação da saúde e da incolumidade, em detrimento da livre utilização das unidades autônomas pelos proprietários.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu manter determinação feita pela administração do condomínio para que fossem suspensas as locações de unidades autônomas para temporada, por meio de plataformas digitais como “Airbnb” e semelhantes, enquanto perdurar a pandemia do COVID-19. Na ação de declaração de nulidade intentada pelo proprietário, foi negada a tutela de urgência que tinha por objetivo permitir a locação por temporada da unidade imobiliária do autor, que argumentou que a decisão do síndico foi arbitrária, que a proibição violaria os seus direitos de propriedade e que não estava amparada por decisão da assembleia. O Tribunal considerou que as restrições impostas pelo condomínio atendem às recomendações para evitar a propagação do vírus e preservar a saúde dos condôminos, e manteve a decisão de primeiro grau, desprovendo o recurso<sup>21</sup>.

18 Agravo de instrumento. Civil e processual civil. Ação de obrigação de não fazer. Reforma de apartamento. Pretensão do condomínio de suspender a realização da obra. Tutela de urgência. Art. 300 do CPC. Deferimento parcial pelo juízo de origem. Imposição de restrições. Horário reduzido. Obra já iniciada. Pandemia. Medidas de redução dos riscos de contaminação. Possibilidade de conclusão da obra. Recurso conhecido e provido. (...) (TJDFT, Acórdão 1271847, 07140043420208070000, Relator: Sandra Reves, 2ª Turma Cível, Data de julgamento: 5/8/2020, publicado no DJE: 18/8/2020)

19 Agravo de instrumento – ação de obrigação de não fazer – preliminar de inadmissibilidade do recurso rejeitada – tutela de urgência deferida na origem – suspensão de obras em unidade residencial de condomínio vertical enquanto perdurarem as medidas de isolamento e quarentena em decorrência da covid-19, ou até decisão assemblear – requisitos dos arts. 300 e ss. do CPC preenchidos – decisão mantida – recurso desprovido. (...) (TJMT, N.U 1008431-28.2020.8.11.0000, Câmaras Isoladas Cíveis de Direito Privado, João Ferreira Filho, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 02/06/2020, Publicado no DJE 02/07/2020)

20 TJMT, N.U 1008431-28.2020.8.11.0000, Câmaras Isoladas Cíveis De Direito Privado, Joao Ferreira Filho, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 02/06/2020, Publicado no DJE 02/07/2020, p. 3.

21 Agravo de instrumento. Ação de declaração de nulidade cumulada com indenização por danos materiais e morais. Determinação feita pela administração do condomínio para que fossem suspensas as locações de unidades autônomas para temporada, por meio de plataformas digitais como Airbnb, pelo período em que perdurar a pandemia de Covid-19. Decisão que indefere tutela de urgência que tinha por objeto restabelecer a possibilidade de locação de apartamento para temporada. Requisitos exigidos para a concessão da medida não vislumbrados. Restrição imposta pelo condomínio que, nesta sede de cognição sumária, atende às recomendações para evitar a propagação do coronavírus e visa preservar a saúde dos condôminos. Situação excepcional que legitima a restrição a direitos dos condôminos. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2077840-57.2020.8.26.0000; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/05/2020; Data de Registro: 15/05/2020)

Oportuno destacar o entendimento consolidado da Câmara julgadora quanto à locação por temporada, o que demonstra a importância da convenção condominial para regular os interesses dos condôminos:

No que concerne à proibição à locação para temporada de unidades autônomas de condomínio edilício, realizadas por meio de plataformas digitais como o Airbnb, esta Colenda Câmara possui o entendimento de que apenas no caso de haver previsão expressa na convenção condominial é lícita a imposição de tal restrição ao direito de propriedade.

A propósito, confira-se: *Apelação Cível 1002697-72.2018.8.26.0704, Rel. Milton Carvalho, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 21/02/2019; Agravo de Instrumento 2224345-22.2017.8.26.0000, Rel. Jayme Queiroz Lopes, 36ª Câmara de Direito Privado, j.23/03/2018.*<sup>22</sup>

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ também enfrentou a questão e manteve decisão de primeiro grau que determinou ao condomínio que se abstenha de impedir a locação por temporada, sob pena de pagamento do valor em dobro do que seria auferido pelas locações. A decisão foi proferida em ação intentada pelos proprietários de três apartamentos no condomínio réu, que afirmam terem sido surpreendidos com o aviso de suspensão da locação por temporada dos imóveis, enquanto durar a pandemia do COVID-19. Sustentam que a determinação lhes retira o direito de usufruir de suas propriedades, que constituem sua principal fonte de renda, e que já há contratos de temporada firmados.

O condomínio recorreu da decisão de primeiro grau, sustentando que a medida tem por objetivo resguardar a saúde dos moradores do edifício, que os proprietários não residem no condomínio, de modo que não correm o risco de contaminação, e que a determinação do síndico teve amparo no art. 15 do então Projeto de Lei 1.179/2020. O Tribunal manteve a decisão, por entender que o síndico não poderia proibir a locação por temporada de unidades autônomas por ato unilateral. Entendeu-se que embora o síndico tenha autonomia para ampliar as regras de controle sanitário das áreas comuns, no exercício das atribuições que lhe confere o art. 1.348, inciso IV e V do Código Civil, não pode restringir o direito de propriedade. Considerou-se ainda que é direito do condômino usar e fruir livremente de sua unidade, observada a sua destinação, razão pela qual foi confirmada a decisão liminar proferida pelo juízo de primeira instância<sup>23</sup>.

#### 4. FECHO

Os tempos pandêmicos chamam soluções emergenciais e pontuais para as crises dos direitos subjetivos e para os conflitos interpessoais. Como demonstrado antes, o exercício da propriedade edilícia é colocado à prova em tempos de crise sanitária, clamando por soluções que a estrutura tradicional dos direitos reais não dá conta. Autonomia, lei e jurisprudência entram

22 TJSP; Agravo de Instrumento 2077840-57.2020.8.26.0000; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/05/2020; Data de Registro: 15/05/2020, p. 4. grifos no original.

23 Agravo de instrumento. Direito processual civil e civil. Ação de conhecimento com pedido de obrigação de não fazer. Deferimento do pleito liminar para afastar a proibição de locação por temporada de unidade autônoma imposta pela síndica do condomínio réu como medida necessária à preservação da saúde dos demais condôminos, diante da pandemia causada pelo novo coronavírus. Insurgência do réu. Não obstante a situação extrema vivenciada neste momento em todo o país, em especial no estado do rio de janeiro, inexistiu lei proibindo locação por temporada de unidades autônomas privadas. Impossibilidade de a síndica fazê-lo por ato unilateral. Direito do condômino de usar e fruir livremente de sua unidade, observada a sua destinação. Artigos 1.314 e 1335, inc. I do cc. Aluguel por temporada que é expressamente permitido pelo artigo 48 da lei 8.245/1991. Observância ao direito de propriedade. Manutenção da interlocutória vergastada que se impõe. Recurso a que se nega provimento. (TJRJ; Agravo de Instrumento 0027409-48.2020.8.19.0000; Relator (a): Des(a). Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível; Data de Julgamento: 20/07/2020 - Data de Publicação: 22/07/2020)

em campo para redesenhar a propriedade, limitando ou alterando os poderes proprietários.

Confirma-se a crise da dicotomia clássica dos direitos patrimoniais, que os separa em direitos relativos e absolutos. Cada vez mais se entende que a dinâmica e a funcionalidade dos direitos devem se sobrepor à sua construção estrutural. Institutos que renovaram o direito obrigacional – por exemplo, a boa-fé objetiva e a tutela da confiança – penetram no âmbito dos direitos reais. Como bem lembra Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, o século XXI impulsiona a criação de novas manifestações dominiais, numa nova era para os direitos reais, marcada, também, “*pela força expansiva da autonomia privada que encontra amplos espaços de desenvolvimento nos redesenhados tipos reais*”<sup>24</sup>. O direito de propriedade não é mais o mesmo.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968.

GARCIA, Antonio Roman. *La tipicidade em los derechos reales*. Madrid: Montecorvo, 1994.

GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *El derecho real: Elementos para una teoria general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Apresentação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A Reforma dos Direitos Reais: A caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 9-11.

PAULA, Marcos de Souza. Contornos da autonomia privada no condomínio edilício: convenção e restrição de direitos. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A Reforma dos Direitos Reais: A caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 239-275.

---

24 MONTEIRO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). *A reforma dos direitos reais. A caminho da unidade dos direitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 9.



# A FUNCIONALIZAÇÃO DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA INDIVIDUAL NO PERÍODO EXTRAODINÁRIO

## **Valéria Edith Carvalho de Oliveira**

Mestre em Direito Privado pela pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Newton Paiva. Coordenadora do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

## **Hugo Rios Bretas**

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador da Pós-graduação lato sensu em Direito Público do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor da Pós-graduação e Graduação da FUNCESI. Professor das Pós-graduações da ANADEM, Distrito Federal, UNIPAC E SENAC/MG. Membro da Comissão de Advogados Professores da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Institutos centrais para a compreensão da usucapião; 2.1 Propriedade; 2.2 Posse; 2.3 Detenção; 3. Usucapião; 3.1 Conceito; 3.2 espécies; 4 função social da propriedade; 5 Breves considerações da Covid-19 no contexto da usucapião especial urbana; 6 Recurso especial paradigma; 6.1 O caso concreto; 6.2 Pressupostos da usucapião especial urbana individual, moradia versus comércio; 7 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A Covid-19, de proporções inimagináveis e colossais, consistiu em fato imprevisível, que implicou o isolamento social e a revisitação de uma série de institutos do Direito e de áreas que o transcendem. Esse nebuloso fenômeno impactou as searas econômica, social, política, médica, jurídica etc.

A pandemia evidenciou o irrefreável fenômeno da internet e da virtualização das atividades, antecipando mudanças inclusive.

O Direito Civil, de modo específico, foi verdadeiramente atingido. Nesse ramo, no Direito de Família há que se pensar no impacto da pandemia para a salubridade das relações conjugais e familiares, por exemplo, devemos pensar os efeitos do isolamento social na prática da violência entre cônjuges, bem como há que se pensar os efeitos do isolamento em relação a aplicação de castigos imoderados dos pais em face dos filhos menores. Ainda neste período, houve a majoração dos divórcios, a potencialização da prática da alienação parental, assim como o impacto no planejamento familiar, ante o cenário de incertezas, capaz de obstar ou adiar desígnios de paternidade e maternidade.

Ainda no Direito Civil, quando se pensa na Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos, há que se refletir se a COVID-19 deve ser vista como fato imprevisível, caso fortuito ou força maior. Assim, caso consideremos a pandemia fato imprevisível, cumulativamente com outros requisitos do artigo 317 do Código Civil vigente, é possível discutir o instituto da revisão contratual. Nesse mesmo ambiente, podemos analisar os impactos na responsabilidade civil, por conta de agressões à personalidade.

No Direito das Sucessões, ante o temerário contexto, é possível conjecturar o aumento de hipóteses geradoras de exclusões por indignidade e deserdações, nos termos respectivos dos artigos 1.814 e 1963 do Código Civil de 2002. Além disso, em decorrência do aumento exponencial de mortes, pode haver a majoração de inventários judiciais e administrativos, assim como não é esdruxulo sustentar a possibilidade de aumento de testamentos, por conta do pânico da sociedade quanto ao (des) controle da pandemia.

Nos Direitos Reais muitas são as preocupações, entre as quais as discussões atinentes ao condomínio edilício. Ora, os condôminos poderão livremente frequentar a área comum, deflagrando aglomerações? De que modo o síndico deve se portar? Pode haver a aplicação de sanções em face do (s) condômino (s) que se aglomerar (em) nas áreas comuns? As Assembleias, tipicamente presenciais, poderão ser feitas por videoconferência?

Diante deste inquietante quadro de incógnitas, o foco selecionado para este trabalho é a análise acerca da (in) coerência do julgamento do Recurso Especial número 1.777.404 - TO, que versou sobre a possibilidade de convivência entre a moradia e o comércio, em imóveis urbanos cuja metragem não exceda 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, observando-se ainda o lapso temporal de 5 (cinco) anos, além de outros pressupostos, previstos no artigo 1240 do Código Civil de 2002, 183 da Constituição Federal de 1988 e artigo 9º da Lei 10.257 de 2001. Nesse julgamento, que contou com a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, não restou outro entendimento senão o de que a existência do comércio no imóvel não é fator capaz de rechaçar a usucapião individual.

O fato é que a pandemia impulsionou a realização do *homeoffice*, o que gera o aumento de pessoas que se utilizam do imóvel para fins de moradia e simultaneamente de comércio. Diante disso, não resta dúvida de que o julgamento do Superior Tribunal de Justiça foi sensível e sociologicamente plausível.

Isso posto, serão desenvolvidos sete capítulos, que percorrerão caminhos teóricos e dogmáticos, desde o cotejo entre a propriedade, posse e detenção, até a realização de estudos sobre a usucapião, especificamente a especial urbana individual, tendo em vista o recurso especial paradigma julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

## **2 INSTITUTOS CENTRAIS PARA A COMPREENSÃO DA USUCAPÇÃO**

### **2.1 Propriedade**

A propriedade pode ser vista como um ponto central da sociedade e civilização. Quando pensamos na relação entre homens e coisas a propriedade surge como resposta imediata. A gramática já nos delimitava e distinguia, há muito, com os pronomes possessivos, meu, seu, nosso, em um contexto social, denotando ser da natureza humana a tendência de ter, de adquirir.

Historicamente, desde os primórdios da civilização a defesa do homem pelo domínio do seu espaço, alimentos, armas, plantações e tudo o mais ligado a sua sobrevivência, sobretudo quando a escassez dos recursos era um fato, esteve presente de maneira visceral, independentemente de qualquer formalização desta propriedade pelo Direito. A propriedade foi e é muito antes um fato do que um direito e assim sendo podemos percebê-la ligada a antropologia, a visão do homem no mundo, como fruto da cultura humana e, por conseguinte, tendo seu conceito sujeito a transformações conforme o propósito que determinada sociedade tenha perante ela, denotando a dinamicidade do conceito o quanto é infrutífera a busca por um conceito único.

Conceituar a propriedade é tarefa árdua, mas Maria Helena Diniz<sup>1</sup> a define “como relação fundamental do direito das coisas, girando em seu redor todos os direitos reais sobre coisas alheias, seja direito de gozo, fruição ou de garantia da coisa” Assim a propriedade apresenta-se como unidade de poderes que podem ser exercidos sobre uma coisa.

O Código Civil Brasileiro nos traz um conceito positivo de propriedade no art.1.228, o qual se limitou a explanar sobre os direitos do proprietário: usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la de qual injustamente a possua. São poderes elementares do proprietário traduzidos no citado artigo. Uma vez reunidos em uma só pessoa estes elementos lhe asseguram a titularidade plena da propriedade.

Cristiano de Farias e Nelson Rosenthal<sup>2</sup> destacam a falta de técnica do legislador da codificação Civil, em 2002, ao não distinguir os conceitos propriedade e domínio como foi feito na codificação de 2016. Na legislação atual optou-se pela adoção exclusivamente do termo propriedade. Explicam que desde o Direito Romano, propriedade e domínio são utilizados como sinônimos. Para os que operam diferença entre os dois termos propriedade seria mais genérica, referindo-se a todos os direitos passíveis de apreciação pecuniária, compreendendo desta forma o domínio, que é o direito de propriedade sobre coisas.

Em que pese no passado a propriedade centrar-se sobremaneira em bens corpóreos, na atualidade incorpora outros valores patrimoniais, igualmente valiosos, como o conhecimento e outros bens intangíveis, amplificados, sobretudo pelos avanços tecnológicos. Estes bens são representados economicamente pelos registros.

---

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 4: Direito das Coisas. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.132.

2 ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, volume 5: Reais. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Todo o exposto nos remete a uma relação jurídica complexa que se forma entre o titular do bem e a coletividade de pessoas, nos permitindo compreender o direito de propriedade como um direito subjetivo, que obriga todas as demais pessoas a respeitá-lo. Trata-se também de um direito fundamental, reconhecido constitucionalmente, compondo a norma do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ao lado de outros direitos fundamentais como, a vida, liberdade, igualdade e segurança e tendo tal direito merecido reforço no inciso XXII do citado artigo. A constituição ainda foi além na tutela da propriedade. No art. 170, II, a propriedade privada é apresentada como princípio da ordem econômica, e isto traduz a importância que a segurança jurídica tem para uma economia de mercado e para livre iniciativa, como pilares de um sistema econômico.

Interessante ponderação nos traz Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias<sup>3</sup> ao correlacionar a importância que uma nação dá à propriedade e o crescimento econômico e os índices positivos de inclusão social desta mesma nação. Quanto maior o valor atribuído ao empreendedorismo, ao valor individual da pessoa, maior a expansão do mercado e a criação de riquezas. Neste cenário, mais ainda o indivíduo precisa ter a certeza de que o seu direito de propriedade sobre aquilo que conquista, sobre os contratos que asseguram seus negócios serão mantidos. A segurança jurídica é o que assegurará o estímulo ao constante investimento do capital para gerar mais capital. O Estado deve assegurar aos indivíduos oportunidades de trabalho e de conquista de bens, propriedades e patrimônio, como instrumentos de uma vida digna. Neste cenário o contrato e a propriedade tornam-se a essência do Direito Civil como intangibilidade da liberdade individual e do exercício de autonomia.

## 2.2 Posse

Duas teorias explicam o conceito de posse no mundo jurídico: a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Ihering.

Para Savigny posse é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e defendê-la contra a intervenção de outras pessoas. Para ele os elementos da posse são o *corpus* e o *animus*, sendo *corpus* o elemento material, ou objetivo, que representa o poder físico, ou a detenção, sobre a coisa, e *animus* o elemento subjetivo, representado pela intenção de ter a coisa. Existindo estes dois elementos, caracterizada estaria a posse. Vale aqui destacar que para Savigny a natureza da posse é de um fato, quando considerada em si mesma, em sua essência e de um direito, quando considerada em relação aos efeitos por ela produzidos, cabendo aqui, a consideração da usucapião e os interditos.

Rudolf Von Ihering admite o *corpus* e o *animus* idealizado por Savigny e concorda que com estes dois elementos a posse se concretiza, mas entende irrelevante a distinção entre os dois. Para Ihering a noção de *animus* já se encontra implícita na noção de *corpus*, pois se a pessoa procede como se fosse o dono da coisa, não é necessário que haja poder físico sobre a coisa nem a intenção de ser dono, bastando proceder habitualmente como todo proprietário procede. Em relação à natureza, Ihering considera que a posse é um direito, ou um interesse juridicamente protegido.

O Código Civil Brasileiro, divergindo do seu antecessor, filiou-se à doutrina objetiva, de Rudolf Von Ihering para caracterização da posse. Comprova esta filiação o teor do art. 1.196 do Código Civil: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou

---

3 ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, volume 5: Reais. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Há um estado de aparência que é juridicamente relevante e, como tal, é resguardado e protegido pelo Estado, reforça-se que a aparência em questão é aquela com relevância social e jurídica. Esta constatação deixa claro que a posse é um fato e não um direito. Se os direitos do possuidor são resguardados pela Lei isto é consequência do fato da sua posse (*jus possidendi*), assim, o possuidor tem apenas o exercício de fato do direito de propriedade e de outros direitos reais limitados, objeto de posse. A posse exterioriza o domínio, isto é, a maneira como alguém se comporta em relação a coisa que tem como sua, dispensa a avaliação da intenção de dono.

A partir da leitura feita por Ihering pode-se inferir que o Direito protege a posse na provável existência da propriedade. Protegendo a posse a lei está protegendo a propriedade da qual ela é a exteriorização.

Presume-se como proprietário aquele que mantém o poder fático sobre a coisa. Esta presunção, vale lembrar, é *juris tantum*, ou seja, é válida até que outro prove por meios legais ser o verdadeiro dono da propriedade, mas enquanto isto não acontecer, ele será considerado seu dono, ou proprietário.

A posse é adquirida quando se passa a ter poder de ingerência socioeconômica sobre uma coisa, isto é através do exercício de direitos inerentes à propriedade. Através desta definição o art. 1.204 do Código Civil fixa o momento exato da aquisição da posse, principalmente para fins de usucapião.

Quanto aos modos aquisitivos da posse, podemos classifica-los em originários e derivados. A aquisição originária é definida por Maria Helena Diniz<sup>4</sup>, nos seguintes termos:

A aquisição originária da posse realiza-se independentemente de translaticidade, sendo, portanto, em regra, unilateral, visto que independe da anuência do antigo possuidor, ou seja, efetiva-se unicamente por vontade do adquirente sem que haja colaboração de outrem.

Já a aquisição derivada demanda a existência de posse anterior, transmitida em razão de um título jurídico, ao adquirente, com a anuência do possuidor primitivo, sendo, portanto bilateral.

São modos aquisitivos originários da posse: a apropriação do bem, que recai sobre coisa abandonada, ou que não tem dono, ou sobre bens de outrem, sem consentimento, por meio dos vícios da clandestinidade e violência, desde que cessados a mais de ano e dia e o exercício do direito, que é voltado para a utilização econômica do bem e consiste na manifestação externa do direito, que pode ser objeto da relação possessória, como a servidão e o uso. Vale destacar a unilateralidade destes modos aquisitivos.

Quanto aos modos aquisitivos derivados, temos a tradição, que é a entrega, ou transferência, da coisa, o constituto possessório, quando o possuidor de um bem que o possui em nome próprio passa a possuí-lo em nome alheio e a acessão, que se dá pela posse continuada pela soma do tempo do atual possuidor com a de seus antecessores, abrangendo a sucessão e a união.

A posse surte diversos efeitos, merecendo destaque dentre eles o direito ao uso dos interditos, a percepção dos frutos, o direito de retenção por benfeitorias, a responsabilidade pelas deteriorações, a possibilidade de conduzir a usucapião,

---

4 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 4: Direito das Coisas. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.83.



## 2.3 Detenção

Para Savigny, o *corpus*, identifica somente a detenção, esta é modificada para posse quando é acrescida do *animus domini*. A detenção só existe se há apenas a vontade de possuir para outrem ou em nome de outrem, como por exemplo, no caso da locação ou do usufruto.

Lados outro, sob a perspectiva da teoria de Ihering, posse e detenção são constituídos dos mesmos elementos, o *corpus* e o *animus*, elementos indissociavelmente ligados e revelados pela conduta de dono. O que vai realmente distinguir a posse da detenção é, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves<sup>5</sup>,

Outro elemento externo, portanto objetivo, que se traduz no dispositivo legal que, com referencia a certas relações que preenchem os requisitos da posse e têm a aparência de posse, suprime dela os efeitos possessórios. A detenção, é pois, uma posse degradada: uma posse que, em virtude da lei, se avilta em detenção. Somente a posse gera efeitos jurídicos, conferindo direitos e pretensões possessórias em nome próprio: esta a grande distinção.

São as situações em que a pessoa não é considerada possuidora mesmo exercendo poderes de fato sobre algo. E alinhado a esta conceituação o art. 1.198 do Código Civil, que deixa claro quem é o detentor: “considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Fica claro que o detentor exerce o poder de fato sobre uma coisa não em razão de interesse próprio, mas no interesse de outrem. A vontade do detentor não é independente, ele apenas age como determina o possuidor.

Em que pese o art. 1.198, acima citado, ser explícito em relação à detenção, o aludido diploma vai além, e no art. 1.208 proclama que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, e em sua segunda parte acrescenta que igualmente não autorizam a posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade, sendo estes, atos que impedem a caracterização da posse.

E segue o Código Civil dispondo expressamente, sobre mais casos de detenção. É o que se vê no art. 1.224: “só se considera pedida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou tentando recuperá-la, é violentamente repellido”. Nesta situação, o ocupante é mero detentor, como no caso daquele que ocupa um imóvel de pessoa ausente. Isto não faz desaparecer a posse do proprietário. E por fim, outra situação que descreve uma hipótese de detenção diz respeito a posse de bens públicos. Sendo vedada pela Constituição Federal a usucapião destes bens, a tolerância do poder público no caso do particular que usa tal bem não passa de mera detenção.

## 3 USUCAPIÃO

### 3.1 Conceito

A usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade, bem como de outros direitos reais, pela posse prolongada com a observância dos requisitos estabelecidos em lei.

A origem do termo provém do latim, *uso capio*, que significa tomar a coisa pelo uso. Na codificação civil brasileira o conceito é tratado no art. 1.238 do Código Civil.

---

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 5: direito das coisas. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.63.

Art. 1.238 Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Os bens alcançados pela usucapião podem ser móveis ou imóveis e também os direitos reais em coisas alheias, tais como servidão, domínio útil na enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação. Vale destacar que o fundamento da usucapião de bens móveis e imóveis é o mesmo, nasce da necessidade de dar juridicidade a situações de fato que se postergaram no tempo. O fato de serem diversos os bens sobre o qual se debate a propriedade, não muda o conceito, que é idêntico nos dois casos, sofrendo alteração apenas em relação ao prazo.

A usucapião tem o fito de consolidar a propriedade. Se um proprietário trata com desídia seu bem enquanto outra pessoa mantém a posse dele, por tempo determinado, a usucapião vem para consolidar e pacificar esta situação fática perante a sociedade, e aqui reside o fundamento da usucapião: todo bem móvel ou imóvel deve ter uma função social, isto é, deve ser usado pelo proprietário de modo a gerar utilidades, se o dono abandona este bem, proporcionando a outrem a oportunidade de se apossar dele, esta posse, desde que mansa pacífica e por tempo previsto em lei, é passível de ser meio aquisitivo da propriedade. É interesse social que esta situação de fato, seja transmutada em situação de direito.

Os modos de aquisição da propriedade podem ser originários ou derivados. Na aquisição derivada há um ato de transmissão, em virtude do qual, a propriedade é transferida para o adquirente. O contrário corre na aquisição originária como explicitado por Rosenvald e Farias<sup>6</sup>:

Originários são assim considerados não pelo fato de a titularidade surgir pela primeira vez com o proprietário. Em verdade, fundam-se na existência ou não, de relação contratual entre o adquirente e o antigo dono da coisa. Na aquisição originária, o novo proprietário não mantém qualquer relação de direito real ou obrigacional com o seu antecessor, pois não obtém o bem do antigo proprietário, mas contra ele.

A aquisição de um bem por usucapião exige alguns elementos básicos: posse, tempo, *animus domini* e objeto hábil, outros elementos podem ainda fazer-se presentes como justo título e boa-fé.

### **3.2 Espécies**

O Direito brasileiro distingue três espécies de usucapião edificadas na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Terra. São elas: a extraordinária, a ordinária e a especial, sendo que esta última subdivide-se em rural e urbana. Além destas modalidades há ainda a usucapião especial indígena, com previsão no art. 33 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), a Usucapião Especial do art. 68 das Disposições Constitucionais Transitórias, em favor de remanescentes da comunidade quilombola, e a usucapião pró-família, com origem na Lei 12.424, de 16 de junho de 2011. Sobre cada uma delas trataremos a seguir.

#### *3.2.1 Usucapião Ordinária*

Um dos efeitos da posse é conduzir a propriedade até a usucapião. Não é qualquer

---

6 ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, volume 5: Reais. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336.

posse que gera este efeito. A usucapião ordinária tem como requisitos a posse exercida de forma mansa, contínua e pacífica, pelo prazo de dez anos, com ânimo de dono e também, justo título e boa-fé.

A conceituação legal nos é apresentada no art. 1.242 do Código Civil.

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

*Parágrafo único.* Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

O Código Civil de 1916 estabelecia diferença temporal conforme a presença ou não do proprietário no município de localização do imóvel. Se estivesse presente o prazo seria de dez anos, caso contrário, o prazo aumentava, conforme aumentava a distância que estivesse usucapiente do imóvel, até o limite de quinze anos. Na atualidade a distância deixou de ser empecilho para aquele que se sente dono dispensar cuidado e atenção ao imóvel, o que levou o Código Civil de 2002 a reduzir o lapso temporal para dez ou cinco anos, respectivamente.

Importante dispensarmos atenção aos requisitos do justo título e da boa-fé: O justo título é documento formalmente hábil para transferir a propriedade, ainda que eivado de um vício de natureza formal. Pode ser, a título de exemplo, uma escritura, ou um formal de partilha. A relevância está na aparência de legítimo e válido para transferir uma propriedade, a ponto de induzir ao erro um homem normal em relação aos cuidados na realização de um negócio. Vale ressaltar que o transcurso do período aquisitivo, poderá expurgar o vício, se a posse permanecer ininterrupta. Passa ele assim a ter o caráter de justo título para regularizar a propriedade através da posse e da usucapião.

Quanto à boa-fé esta reside no fato do possuidor desconhecer vício que impede a aquisição da posse. É mais do que ter a postura, ou a intenção de dono. Trata-se daquele que tem certeza de que é o proprietário, mas incide em erro, tendo a falsa percepção de ser dono, pois tem um título hábil a transferência do bem, mas eivado de um defeito que impede a formalização idônea da propriedade.

### *3.2.2 Usucapião Extraordinária*

A usucapião extraordinária nos é apresentada no art. 1.238 do Código Civil e tem como requisitos o tempo de quinze anos, com a possibilidade de ser reduzido para dez anos, se o possuidor tiver no imóvel sua moradia habitual ou tiver realizado nele obras ou serviços de caráter produtivo. Esta é a espécie de usucapião mais comum e conhecida no Brasil. Basta a posse contínua, mansa e pacífica, pelo prazo previsto em lei e com ânimo de dono, isto é, deve o usucapiente possuir a coisa como se esta fosse sua.

A redução do prazo para dez anos é justificada pelo conceito de posse-trabalho, materializado na construção de uma residência ou em investimento de caráter produtivo no local de morada do possuidor. Rosenvald e Farias<sup>7</sup> destacam que esta norma é pedagógica e promove a diretriz da socialidade ao valorizar a função social da posse quando elege a moradia e a produção no imóvel como elementos essenciais desta modalidade de usucapião.

---

<sup>7</sup> ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*, volume 5: Reais. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Na usucapião extraordinária os requisitos do justo título e da boa-fé são dispensáveis. Havendo o justo título servirá apenas como um reforço no arcabouço probatório a ser apresentado.

### 3.2.3 Usucapião Especial

A usucapião especial é também chamada de usucapião constitucional, uma vez que foi apresentada pela constituição Federal de 88.

Esta modalidade de usucapião divide-se em duas outras: a usucapião especial urbana e a usucapião especial rural, sendo ambas, expoentes do princípio constitucional da função social da propriedade.

A usucapião especial urbana é também conhecida como pró-moradia e está regulamentada pelo art. 183 da Constituição, no Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), e também no art. 1240 do Código Civil que transcreveu *ipsis literis* o artigo 183, §§ 1º e 2º da Constituição.

Art. 1240 Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esta modalidade de usucapião tem como requisito a utilização da propriedade para fins de moradia do possuidor ou de sua família. E assim sendo entendeu o legislador que tal metragem, delimita área suficiente para moradia do possuidor e de sua família, abarcando esta tanto a área do terreno quanto da construção. Nada impede, no entanto, a aquisição da propriedade por usucapião especial urbano de imóvel situado em área maior, demandando, entretanto delimitação da posse ao limite de duzentos e cinquenta metros quadrados, dispensando esta modalidade justo título e boa-fé.

Esta modalidade de usucapião é ainda compartimentada em usucapião especial urbana individual e coletiva, a partir do Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 10 de julho de 2001).

Estas duas modalidades tem grande alcance social. Cada dia mais a densidade populacional nos centros urbanos aumenta. Regulamentar a existência de um grande número de proprietários em áreas pouco extensas, exercendo seus respectivos direitos é tarefa árdua. A preocupação com as ocupações irregulares nos centros urbanos foi o que deu origem a modalidade em questão.

O art. 9º do Estatuto da Cidade assim dispôs:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O Estatuto da Cidade é uma Lei de 2001, isto é, precede muito pouco o Código Civil de 2001, que trouxe preceito quase idêntico no art. 1.240, fazendo distinção apenas por falar em “área urbana” enquanto aquele fala em “área ou edificação urbana.”. Neste caso o uso do imóvel para fins outros que não moradia são vetados pela própria lei, não afastando a hipótese de utilização do imóvel para pequeno comércio.

Já a usucapião especial rural, também conhecida como *pro labore*, surgiu com a Constituição de 1934, sendo conservada na de 1937 e na de 1946. Na constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 não foi contemplada, mas retornou ao cenário

constitucional em 1988, sendo neste caso remetida a sua disciplina à lei ordinária. O Código Civil em seu artigo 1.239 reproduziu o dispositivo 191 da Constituição de 88:

Art. 1.239 Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

O Objetivo da usucapião especial rural está na fixação do homem no campo, dando ao imóvel uma destinação produtiva. O dono da terra deve ser aquele que nela emprega seu suor e com ele faz frutificar seu trabalho, na propriedade que tem como moradia sua e de sua família. Por isso esta modalidade de usucapião não pode ser requerida por pessoa jurídica, faltam os elementos moradia e família.

Vale destacar que o justo título e a boa-fé são prescindíveis nesta modalidade, bem como o são na usucapião especial rural.

### 3.2.4 Usucapião indígena

A usucapião indígena está disposta no artigo 33 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), que assim estabelece:

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.<sup>8</sup>

Assim, tanto o índio integrado a civilização, como os silvícolas, detêm o direito de usucapir terras particulares caso vivam nela por 10 (dez) anos consecutivos. Esta espécie de usucapião possui os mesmos requisitos que as demais, com exceção de justo título e boa-fé que é exigido na usucapião ordinária, sendo eles *animus domini*, posse mansa e pacífica, ininterrupta.

O parágrafo único do citado art. 33 impede a usucapião pelos índios de terras públicas, como ocorrem nas demais modalidades.

Parágrafo único. o disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que se trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

Vale destacar que as terras habitadas pelos índios, são bens públicos federais, logo, intangíveis e insuscetíveis de apropriação por usucapião. Vale pontuar que só é possível ajuizar a ação de usucapião indígena, os índios que possuem plena capacidade para assim propor, os que não possuem serão representados pela FUNAI.

### 3.2.5 Usucapião especial do art. 68 do ADCT

Esta modalidade de usucapião se dá em favor dos Quilombolas, assim compreendidos os descendentes de escravos fugidos na época da escravidão.

A Regulamentação dos procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação,

---

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 6001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de dezembro de 1973. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 07 ago. 2020.



demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontram-se no Decreto n. 4.887/03.

Neste caso a posse deve ter sido transmitida há gerações, ter continuado de forma mansa, pacífica e ininterrupta. Rosenvald e Farias destacam que:

Os quilombolas não são reconhecidos apenas como usufrutuários, mas titulares, pois o imóvel será registrado em nome da associação da comunidade. Aqui, a usucapião pode mesmo recair sobre bens públicos, não se aplicando a ressalva dos arts. 183 e 191 da Constituição Federal.<sup>9</sup>

### 3.2.6 Usucapião Familiar

A usucapião familiar foi criada a partir da Lei 12.424 de 16 de junho de 2011. É também chamada de usucapião pró-moradia, e foi inserido no art. 1.240 A do Código Civil com a seguinte roupagem:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Trata-se de uma modalidade de usucapião especial urbana, que privilegia as pessoas de baixa renda, sem imóvel próprio. Vale destacar que nesta modalidade a posse deve ser mansa, pacífica e ininterrupta, não sendo permitida a concessão da medida por mais de uma vez em favor da mesma pessoa.

Em que pese a semelhança com a usucapião especial urbana, prevista no art. 1.240 elas se distinguem nos seguintes pontos: além dos requisitos já mencionados, na usucapião familiar exige-se que o usucapiente seja coproprietário do imóvel, com seu ex-cônjuge ou ex-companheiro. Exige-se também que o abandono do lar tenha sido voluntário e injustificado e por fim, o lapso temporal é visivelmente menor, sendo de apenas dois anos na espécie em comento.

A grande crítica em relação a usucapião familiar está em trazer de volta a baila a discussão sobre a causa do término do relacionamento, ao requisitar que o abandono seja voluntários, isto é culposo, quando se preza a não discussão da culpa pra a dissolução do casamento.

## 4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social é instituto nevrálgico do ordenamento jurídico brasileiro, em razão da proposta de racionalização dos discursos quiritários e egoístas que pairam sobre a posse e propriedade.

Em verdade, sob a égide privatista, o Código Civil de 1916, de Beviláqua, carrega consigo o semblante quiritário e individualista no âmbito da posse e da propriedade, num tom defensor de discursos burgueses.

Fato é que esse tom absolutista não merece prosperar na ordem atual, a julgar pelo

---

9 ROSENVALD, Nelson. Farias, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil*, volume 5: Reais. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.392.

Código Civil de 2002, Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), na medida que esses diplomas preceituam sólidos corolários da função social, quais sejam: Nos termos do artigo 186 da vigente Constituição Federal, os núcleos são a proteção ao meio ambiente, uso racional e respeito às Leis trabalhistas. Nesse tom, o artigo 1228, parágrafo primeiro, do Código Civil, de forma especial, tutela o meio ambiente, além do patrimônio histórico e cultural. Nesse sentido<sup>10</sup>:

A propriedade privada, como um direito individual e funcionalizado, isto é, que tem presente uma função social, apresenta um conceito não absoluto de propriedade- pela função social que lhe é inerente. Essa fórmula é adotada em grande parte dos países, como o conceito de propriedade juridicamente correto. Para usar uma expressão metafórica muito feliz, disse que o direito de propriedade é o corpo e a função social é a alma, elementos inseparáveis, mas distintos, que se mantêm vivos enquanto ligados. O direito de propriedade é garantido pela ordem jurídica: todavia, deve ser exercido à luz da função social que lhe é inerente.

Em outros termos, o relacionamento do proprietário perante a sociedade deve ser de respeito<sup>11</sup>, sem negar interesses coletivos<sup>12</sup>. De forma a prestigiar o discurso de defesa de interesses coletivos no âmbito da propriedade, emergem as súmulas 340 do Supremo Tribunal Federal, que veda a usucapião de bens públicos dominicais, de uso especial e de uso comum do povo, bem como a Súmula 619 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual aquele que ocupar terreno público não fará jus à usucapião, posto que será mero detentor, nem tampouco logrará indenização em razão de eventuais construções, plantações e benfeitorias realizados no imóvel. Em outros termos, o possuidor não poderá individualizar, por meio da usucapião, a coisa que é da coletividade.

## **5 RECURSO ESPECIAL PARADIGMA**

### **5.1 Pressupostos da usucapião especial urbana individual**

Como verificamos, existem diversas espécies de usucapião preceituadas no ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que todas elas se assemelham em pressupostos. Nesse sentido, a primeira distinção a ser reiterada é entre a usucapião extraordinária, cujo lapso temporal é de 15 (quinze) anos, passível de redução para 10 (dez) anos, nas hipóteses de realização de obras ou moradia no imóvel. Em similar sentido, há a usucapião ordinária, cujo lapso temporal é de 10 (dez) anos, passível de redução, nas hipóteses de realização de obras ou moradia no imóvel, nos termos do artigo 1.242, parágrafo único do Código Civil vigente.

Diferentemente das modalidades extraordinária e ordinária, as hipóteses especiais, nos termos do Código Civil e Estatuto da Cidade, se dão a partir da observância dos espaços

---

10 GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.31.

11 Correntes sociológicas, sensibilizadas pela profunda desigualdade social, que atinge grande parte dos povos e marca o início do terceiro milênio, buscam valorizar a posse como instrumento de aquisição da propriedade, enfatizando a justiça social como valor preeminente. A doutrina encontra valiosa fundamentação nos estudos do francês Raymond Saleilles. Sensível à tendência, o Código Civil, dando projeção ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), confere o domínio de área extensa, após cinco anos de posse ininterrupta e de boa-fé, a grupo considerável de pessoas que, em conjunto ou separadamente, tenha realizado obras e serviços de interesse social e econômico (art. 1.228, §4º). (NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 4: Direito das Coisas. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.39).

12 “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade, entificada juridicamente no Estado.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.75).

urbano e rural. Dessa forma, o tema central consiste na usucapião especial urbana, que se divide em coletiva, individual e familiar.

Assim, a usucapião especial urbana individual, cujos requisitos versam sobre a posse qualificada, isto é, “*ad usucapionem*”, capaz de preencher a inteireza de pressupostos para fins de usucapião. Esses pressupostos revelam a imprescindibilidade de que a posse seja mansa, pacífica, ininterrupta e com “*animus domini*”.

Além dos referidos requisitos, o lapso temporal a ser observado é de 5 (cinco) anos, além da necessidade de moradia, nos termos do artigo 9º, da Lei 10.257 de 2001.

Na modalidade em foco é necessário que o imóvel esteja situado em zona urbana e que a metragem do imóvel não exceda o importe de 250 (duzentos e cinquenta metros quadrados). Nesse sentido, prevê o art. 9º da Lei 10.25/2001:

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1o O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§2o O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§3o Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona<sup>13</sup>, a limitação da metragem nesta modalidade de usucapião valora o discurso da função social, na medida em que o propósito não é a utilização da usucapião para fins de enriquecimento demasiado, ao revés, a teleologia não é outra senão permitir a propriedade em porções moderadas. Aliás, se houver o excesso da metragem na ação de usucapião especial individual, por não haver fungibilidade entre as usucapiões, não terá outra desfecho na demanda senão o indeferimento do pedido, com amparo no Enunciado 313 do Conselho de Justiça Federal, conforme o qual: “Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir.”

Além disso, a usucapião especial urbana individual exige que o imóvel esteja situado em zona urbana, diferentemente das usucapiões extraordinária e ordinária, que podem se dar independentemente da área. Nesse teor, com fulcro no Enunciado 85 do Conselho da Justiça Federal, área urbana é compreendida nas hipóteses de imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios. Nesse contorno, há profunda interligação entre a moradia e a edificação, embora não percebamos interdependência absoluta entre ambos, posto que é possível o exercício da moradia ainda que não haja edificação no imóvel.

Por derradeiro, esta usucapião só poderá ser usucapida uma única vez, reforçando a *ratio legis* de que as usucapiões especiais não se prestam ao condão da concentração econômica.

---

13 GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, volume 5: Direitos Reais. São Paulo: Saraiva, 2019.

## 5.2 O caso concreto

Trata-se de recurso especial 1.777.404 - TO<sup>14</sup>, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja origem está atrelada ao processo que tramitou em Palmas/TO, ante a localização do imóvel. Nesse *iter*, em primeira instância o pedido de usucapião especial urbana individual se baseou no fato de que autores, que eram irmãos, possuíam imóvel, de boa-fé, por prazo superior ao importe 5 (cinco) anos. Todavia, o pedido foi julgado parcialmente procedente na referida instância, posto que o reconhecimento dessa modalidade só se daria na parte do imóvel destinada à moradia, qual seja, 68, 63 metros quadrados.

Em segunda instância, o juízo *ad quem*, Tribunal de Justiça do Tocantins, manteve o entendimento da instância *a quo*. Nesta esfera, o cerne da discussão trouxe à baila o fato de que a propriedade tem 159,95m<sup>2</sup>, dos quais 91,32m<sup>2</sup> se destinavam ao comércio no ramo de bicicletaria, onde a família laborava. Nessa argumentação, nada obstaría, conforme as argumentações dos autores, o êxito da usucapião, em decorrência do fato de que o imóvel, além da destinação comercial, concomitantemente se destina à moradia, gerando consonância em relação aos artigos 183 da Constituição Federal de 1988, 9º da Lei 10.257 de 2001 e 1.240 do Código Civil de 2002.

Por derradeiro, em última instância, o Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>, por meio da relatora Nancy Andrichi, num tom dogmático, conforme a própria Corte: “O uso misto da área a ser adquirida por meio de usucapião especial urbana não impede seu reconhecimento judicial, se a porção utilizada comercialmente é destinada à obtenção do sustento do usucapiente e de sua família”

Em outros termos, o pressuposto nevrálgico neste tipo de usucapião é a moradia, razão pela qual não há colisão entre a moradia e o comércio, que poderiam conviver, sem descaracterizar a usucapião especial individual.

## 5.3 Moradia versus comércio

Os direitos sociais são materialmente constitucionais, motivo pelo qual são reputados inafastáveis no plano constitucional. Entre os direitos sociais, preceituados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, invocamos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos

14 Recurso especial. Civil. Usucapião especial urbana. Requisitos preenchidos. Utilização mista, residencial e comercial. Objeção não existente na legislação de regência. Análise probatória. Desnecessidade. Recurso especial provido. 1. Ação ajuizada em 20/01/2003, recurso especial interposto em 28/06/2018, atribuído a este gabinete em 27/11/2018. 2. O propósito recursal consiste em determinar se, a área de imóvel objeto de usucapião extraordinária, nos termos do art. 1.240 do CC/2002 e art. 183 da CF/1988, deve ser usada somente para fins residenciais ou, ao contrário, se é possível usucapir imóvel que, apenas em parte, é destinado para fins comerciais.

3. A usucapião especial urbana apresenta como requisitos a posse ininterrupta e pacífica, exercida como dono, o decurso do prazo de cinco anos, a dimensão da área (250 m<sup>2</sup> para a modalidade individual e área superior a esta, na forma coletiva), a moradia e o fato de não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. 4. O art. 1.240 do CC/2002 não direciona para a necessidade de destinação exclusiva residencial do bem a ser usucapido. Assim, o exercício simultâneo de pequena atividade comercial pela família domiciliada no imóvel objeto do pleito não inviabiliza a prescrição aquisitiva buscada. 5. Recurso especial provido.

15 Em conclusão, o uso misto da área a ser adquirida por meio de usucapião especial urbana não impede seu reconhecimento judicial, se a porção utilizada comercialmente é destinada à obtenção do sustento do usucapiente de sua família. Há, de fato, a necessidade que a área pleiteada seja utilizada para a moradia do requerente ou de sua família, mas não se exige que esta área não seja produtiva, especialmente quando é utilizada para o sustento do próprio recorrente, como na hipótese em julgamento. Nesse sentido, o art. 1.240 do CC/2002 não parece se direcionar para a necessidade de destinação exclusiva residencial do bem a ser usucapido. Assim, o exercício simultâneo de pequena atividade comercial pela família domiciliada no imóvel objeto do pleito não inviabiliza a prescrição aquisitiva buscada. Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para declarar usucapida pelos recorrentes toda a área de 159,95 m<sup>2</sup> (cento e cinquenta e nove metros quadrados) do imóvel por eles ocupado. (STJ, REsp 1777404, Rel. Ministra Nancy Andrichi, 2020).

desamparados, todos previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. O discurso social está claramente presente na corrente sociológica da posse, segundo a qual a posse é direito que estabelece a necessidade de abstenção por parte da coletividade, além de a posse ser um autêntico relacionamento socialmente respeitoso, senão vejamos<sup>16</sup>:

Correntes sociológicas, sensibilizadas pela profunda desigualdade social, que atinge grande parte dos povos e marca o início do terceiro milênio, buscam valorizar a posse como instrumento de aquisição da propriedade, enfatizando a justiça social como valor preeminente. A doutrina encontra valiosa fundamentação nos estudos do francês Raymond Saleilles. Sensível à tendência, o Código Civil, dando projeção ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), confere o domínio de área extensa, após cinco anos de posse ininterrupta e de boa-fé, a grupo considerável de pessoas que, em conjunto ou separadamente, tenha realizado obras e serviços de interesse social e econômico (art. 1.228, § 4º).

O Estado Democrático de Direito possui, como elemento fundamental, a participação popular, sem ignorar o dever estatal no tocante aos direitos sociais. Estabelece múltiplos mecanismos democráticos, tais como: a possibilidade de votar e ser votado, o plebiscito, o referendo e orçamento participativo, dentre outros. Este Estado é agregador e busca colaborar para a inserção de toda a coletividade. Desse modo, é inegável a relevância e a sensibilidade constitucional no tocante à moradia, e sua reflexa importância para o discurso da função social da propriedade.

De forma crítica, é perceptível a omissão estatal no sentido de não materializar direitos sociais, entre os quais o de moradia, somada ao cenário de o Estado não dar destinação aos imóveis que compõem o seu arcabouço, comumente. Diante disso, estamos diante de um cenário alarmante no Brasil. Aliás, o instituto moradia é movimentado através do instituto da usucapião, ou seja, se há a inércia estatal, certamente a usucapião é um mecanismo de materialização da moradia em favor do (s) usucapiente (s), desde que, por óbvio, os pressupostos normativos sejam preenchidos.

A moradia é instituto presente nas modalidades de usucapião sobre imóveis, nos termos do Código Civil, o que transmite um teor de repersonalização<sup>17</sup>, funcionalização<sup>18</sup> e humanização. Todavia, a relevância dada à moradia é variável conforme a espécie de usucapião. Senão vejamos: Na usucapião extraordinária, preceituada no artigo 1238, *caput*, do Código Civil, é possível lograr êxito na demanda independentemente do exercício da moradia, contudo, a existência de moradia é elemento importante para fins de minoração da prescrição aquisitiva, de 15 (quinze) para 10 (dez) anos. Nos mesmos moldes, está a usucapião ordinária.

16 NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 4: Direito das Coisas*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.39.

17 Segundo Luiz Edson Fachin, precisamos dar novo significado ao patrimônio, através da exaltação da dignidade da pessoa humana. Em razão de tal exaltação, conseguimos atingir o paradigma da repersonalização; considerando que, a dignidade é o principal componente do patrimônio de uma pessoa humana. Amparado nesse mesmo teor repersonalizado, insurgem discursos como o da Função Social dos contratos (artigo 421 do Código Civil), Função Social da Propriedade (artigo 1228, parágrafo primeiro do vigente Código Civil); (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008).

18 O que é decisivo quando se avalia a função social da posse e da propriedade, é perceber a sua interligação profunda ao bem jurídico dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a partir de uma séria leitura do "Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", de Luiz Edson Fachin (2008), podemos atingir a proposição de que a dignidade é o principal elemento que compõe o patrimônio. Ora, quando falamos a respeito de patrimônio estatal, a premissa é que são componentes deste patrimônio todos os bens corpóreos e incorpóreos, e as estruturas existenciais concernentes ao seu povo. (BRETAS, Hugo Rios. *Lições Introdutórias Didáticas de Direito: Política e Instituições de Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020, p.22). Desse modo, são indissociáveis a dignidade da pessoa humana e a função social, assim como, conforme o artigo 186 da vigente Constituição Federal, são relevantes o uso racional do solo, o respeito ao meio ambiente e aos trabalhadores.



Por outro lado, nas modalidades especiais urbana individual, urbana individual familiar, urbana coletiva e rural, o elemento moradia é cogente. Em outros termos, nessas modalidades a moradia não é pressuposto de minoração do *quantum* temporal, ao revés, nas referidas espécies, se não houver a comprovação da moradia a pretensão da usucapião será frustrada.

Isso posto, nas naturezas especiais a moradia é imprescindível, porém, nas modalidades extraordinária e ordinária este elemento é requisito de minoração do prazo.

Por outro lado, o Recurso Especial paradigma julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, legitimou a usucapião individual ainda que o imóvel, em parte, seja utilizado para fins de comércio.

A ideia de comércio gravita em torno da teoria da empresa<sup>19</sup>, que prepondera no Código Civil de 2002, nos termos do artigo 966. Em outros termos, a ideia de comércio está ligada a prática de atividades relevantes para a circulação de mercadorias e serviços, tipicamente com o desígnio de auferir lucros. Em outras palavras, trata-se da perspectiva da onerosidade.

O comércio pode ocorrer através da prestação de serviços intelectuais, esforços braçais ou transmissão de produtos e serviços, não importando se a atividade é rústica ou sofisticada, tecnológica ou amadora.

O tom empregado no recurso paradigma não limita a ideia de comércio à materialização do conceito de empresário<sup>20</sup>, nos termos do artigo 966 do Código Civil. Nesse provimento também não há restrição a qualquer tipo societário, nem tampouco se exige, para a configuração de comércio, o registro<sup>21</sup> perante a Junta Comercial ou Cartório Civil de Pessoas Jurídicas.

## 6 BREVES CONSIDERAÇÕES DA COVID-19 NO CONTEXTO DA USUCAPILÇÃO ESPECIAL URBANA

A COVID-19 repercutiu nas mais distintas searas, notadamente econômica, social, relacional, emocional, biológica, jurídica, educacional e política. Sob a égide jurídica, a primeira inquietação consiste em subsumir o contexto extraordinário no âmbito dos fatos imprevisíveis, força maior ou caso fortuito. O fato é que a precisão de tal discussão não é objeto deste trabalho, ademais, esta discussão está longe de pacificação.

De forma a defender a imprevisibilidade, o informativo 977 do Supremo Tribunal

19 Sendo assim, podem-se encontrar consideráveis distinções entre aspectos e colocações que a lei brasileira adota, por exemplo, o art. 2 da Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu caput, entende empresa como o próprio empregador. Já a Lei 6.404/76 (Sociedades Anônimas), também em seu art. 2, caput, a considera como simples atividade desempenhada pela sociedade que a titulariza. Por sua vez, o Código Civil de 2002, em seu Livro II, da Parte Especial, acaba por não conceituar o que vem a ser Empresa, mas em seu art. 966 acabou por estabelecer o conceito de Empresário como aquele que exerce "profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços". Mas, ao pensar Empresa no direito falimentar, deve-se entender como manifestação e/ou resultados do exercício da liberdade de atuação econômica e jurídica praticada pelo seu titular, ou seja, o empresário ou sociedade empresária. Afinal, conforme destaca Gladston Mamede: [...] foi tal pessoa (o empresário ou a sociedade empresária) que, no exercício da liberdade de contratar, contraiu dívidas, assumiu obrigações, e que, via de consequência, deve sofrer os efeitos diretos da insolvência da estrutura e da atividade econômica organizada. (MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*, volume 4: Falência e Recuperação de Empresa. São Paulo: Atlas, 2006, p.181).

20 Porém, faz-se necessário saber o que é ser empresário, quais são seus requisitos: exercer uma atividade profissional e habitual (com certa regularidade, não é de "vez em quando") com a finalidade lucrativa de circular mercadoria e/ou prestar serviços. Esses pressupostos podem ser vistos no artigo 966 do Código Civil: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Fonte: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em 01 de agosto de 2020.

21 Conforme o enunciado 199 do Conselho de Justiça Federal, que defende que o registro é condição de personalidade e regularidade, não de configuração de empresário.

Federal<sup>22</sup>, ao tratar da Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, entendeu a prevalência do entendimento de que o surgimento da pandemia do Covid-19 consiste em fato superveniente, imprevisível e verdadeiramente gravíssimo, em razão dos abalos econômicos<sup>23</sup>, inclusive transmitindo a colossal mobilização por conta da concessão do auxílio emergencial. Ainda nesse tom econômico, conforme a Fundação Getúlio Vargas, a pandemia gerou a maior queda da série histórica iniciada em 1996.

Este cenário angustiante acelerou processos de revisitação de institutos, sobretudo em virtude da massificação ainda mais avassaladora da virtualização das relações e da tecnologia<sup>24</sup>.

No campo da tecnologia a pandemia também foi contributiva para o processo de aumento do *homeoffice*. Em outros termos, a pandemia foi responsável por promover o isolamento social, motivo pelo qual atividades que outrora eram desempenhadas em ambientes externos, passaram a ser repentinamente exercidas no âmbito doméstico, exigindo-se do profissional adaptação e compatibilização entre o ambiente tipicamente familiar e o ambiente laborativo. Nesse horizonte, toda a atividade que promove a circulação de mercadorias e serviços, ainda que realizada domesticamente, é comercial no sentido amplo.

---

22 O relator observou que, em suma, o pedido formulado na ação objetivou afastar a aplicabilidade de restrições para fins de combate integral da pandemia na saúde pública e em seus reflexos, como a manutenção de emprego e de empresas e a subsistência dos seres humanos. Esclareceu que o afastamento não afetaria de forma alguma o mandamento constitucional de transparência, de prudência fiscal, consubstanciado na LRF. Os dispositivos impugnados pretendem evitar gastos não previstos, a improvisação nas finanças públicas, e não vedar gastos orçamentários absolutamente necessários à vida, à saúde, ao trabalho e à subsistência dos brasileiros. Ademais, a única válvula de escape seria o art. 65 da LRF, que afasta alguns dispositivos. O mencionado artigo estabelece regime emergencial para casos de reconhecimento de calamidade pública, afasta a necessidade de contingenciamento de recursos e sanções pelo descumprimento de limites de gastos com pessoal. Contudo, não prevê expressamente a possibilidade de criação de novas despesas emergenciais e necessárias no combate a uma pandemia, sem que tenham sido previstas anteriormente no orçamento. O ministro lembrou que o surgimento da pandemia do Covid-19 seria fato superveniente, imprevisível, cujas consequências gravíssimas eram impossíveis de serem programadas e exigem a atuação direta do Poder Público municipal, estadual e federal. Essa excepcionalidade foi considerada para a suspensão dos dispositivos questionados. Do ponto de vista jurídico e lógico, seria impossível a previsão dos efeitos econômicos quando aprovadas as leis orçamentárias. Sublinhou que a interpretação conforme dada na cautelar se baseou nos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, na valorização do emprego e na saúde pública. Esses preceitos e princípios constitucionais seriam totalmente afastados se não houvesse a possibilidade de os entes combaterem a pandemia, auxiliando a população, inclusive, com recursos públicos. Se os dispositivos adversados fossem aplicados rigidamente, por exemplo, não seria possível a concessão do auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais) durante a pandemia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo>. Acesso em: 05 ago. 2020.

23 O Indicador Antecedente Composto da Economia Brasileira (Iace), calculado pelo Instituto Brasileiro de Economia, da Fundação Getúlio Vargas (FGV/Ibre), em parceria com o The Conference Board (TCB), caiu 10,1% em abril na comparação com março, passando de 112,6 para 101,2 pontos. O TCB é uma organização sem fins lucrativos para membros de empresas e grupos de pesquisa. É a maior queda da série histórica iniciada em 1996, de acordo com a FGV. Em março, o Iace teve redução de 6,2% em relação a fevereiro (120,1 pontos). Ele já mostra impactos da covid-19 na economia. Segundo pesquisa divulgada hoje (14), pela FGV, no Rio de Janeiro, a variação acumulada nos últimos seis meses (de outubro de 2019 a abril de 2020) também ficou negativa, em 14,2%. Das oito séries componentes do Iace, os índices de Expectativas da Indústria, Serviços e Consumidores foram o que mais contribuíram negativamente para o resultado, mostrando recuos na margem de 46,6%, 33,5% e 28,9%. O Iace permite fazer uma comparação direta dos ciclos econômicos do Brasil com os de outros 11 países e regiões já cobertos pelo TCB, que são China, Estados Unidos, Zona do Euro, Austrália, França, Alemanha, Japão, México, Coreia, Espanha e Reino Unido. Coronavírus. Segundo o economista Paulo Picchetti, coordenador do IPC Brasil da FGV/Ibre, o indicador já reflete os efeitos da pandemia do novo coronavírus na economia brasileira. “O impacto das medidas de distanciamento social já pode ser verificado em uma série de indicadores recentes ligados ao nível de atividade na economia brasileira, sinalizando uma alteração na fase do ciclo econômico. O resultado de abril indica a continuidade dessa tendência nos próximos meses”, disse Picchetti. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/indicador-aponta-impactos-da-covid-19-na-economia-brasileira>. Acesso em: 05 ago. 2020. Já o Indicador Coincidente Composto da Economia Brasileira (Icce), que mede as condições econômicas atuais, ficou estável em abril, em comparação com março, com 103,1 pontos.

24 Sobre os impactos da tecnologia no Direito: No Direito Econômico, existem estudos profundos no sentido de estudar o “blockchain” e a legitimidade das criptomoedas, inclusive a sua (in) constitucionalidade. Por outro lado, no Direito Empresarial é inevitável o estudo sobre a possibilidade de Assembleias e reuniões por meio de aplicativos e a sua (i)legitimidade, assim como os livros contábeis eletrônicos, os títulos de créditos virtuais, entre outros. No Direito Constitucional, o estudo sobre os direitos fundamentais de quinta geração, associados à cibernética e a tecnologia, bem como seus eventuais abalos em relação à paz mundial e a estabilidade social. Assim como há grande propagação acerca as petições virtuais, “iniciativas populares virtuais. No ambiente das Ciências Políticas, Teoria do Estado, Direito Eleitoral e Direito Internacional, são estudados os impactos da globalização, tecnologia, aproximação entre os povos, o comércio eletrônico internacional, a flexibilização das fronteiras, as novas técnicas de guerra, a propagação do ódio por meio das redes sociais, o impacto da tecnologia no processo eleitoral, as *fakenews*. No Direito do Trabalho há autores que sustentam que estamos a viver a fase de “crise e transição”. Nesse mesmo ramo, poderíamos certamente discutir o “assédio moral virtual”. Por outra via, no Direito Penal constantemente são estudados os crimes virtuais, os mecanismos de persecução penal nas redes sociais, em outros termos, um Direito Penal Informático. (BRETAS, Hugo Rios. *Manual de Publicidade Médica*. Brasília: ANADEM, 2020, p.5).

Desse modo, há inegável interface entre o contexto da pandemia, que promoveu o isolamento social, e o aumento de atividades comerciais realizadas no imóvel no qual outrora servia apenas de moradia.

Em virtude do aumento da prática do *homeoffice*, não tem cabimento negar a usucapião tão apenas pelo fato de que o imóvel é utilizado para fins de moradia e comerciais, de modo cumulativo. Se contrário fosse o entendimento, estaríamos diante de excrescente incompatibilidade social. Importa ainda sinalizar que manteríamos este mesmo entendimento, mesmo que no pós-pandemia.

Isso posto, há que se mergulhar na teleologia da usucapião especial individual, que consiste em valorar a usucapião em favor daqueles que utilizam o imóvel para fins decisivamente relevantes e sensíveis, quais sejam: comércio e moradia.

## **7 CONCLUSÃO**

Isso posto, o Recurso Especial em tela, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, verdadeiramente merece guarida, ante a sua prudência e sensibilidade ao momento extraordinário.

Antes mesmo da pandemia, a prática do *homeoffice* já apresentava sinais de progresso. Todavia, em virtude da Covid-19, houve avassalador progresso deste tipo de labor. Assim, em razão destas variáveis, a tendência é que múltiplos pleitos de usucapião especial urbana individual revelem a utilização do imóvel para fins de moradia e atividades econômicas, simultaneamente. Ora, a interpretação mais adequada deve ser no sentido de que a expressão “comércio”, nuclear no Recurso Especial, não deve ser interpretada como atividade exclusiva de comerciantes, no sentido empresarial, ao contrário, deve ser vista teleologicamente de modo mais abrangente, isto é, como atividade econômica praticada no imóvel.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico, ao se referir à usucapião especial urbana individual, exige além dos pressupostos típicos da posse *ad usucapionem*, encabeçados pelo *animus domini* e prescrição aquisitiva, a utilização do imóvel para fins de moradia. Desse modo, a utilização do imóvel com finalidades econômicas não espanca a existência da moradia, isto é, é possível e compatível que o imóvel seja usado para fins de moradia e atividade econômica, sem impedir o êxito na demanda petítória de usucapião.

## **REFERÊNCIAS**

Agência Brasil. *Indicador aponta impactos da Covid-19 na economia brasileira*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/indicador-aponta-impactos-da-covid-19-na-economia-brasileira>. Acesso em: 05 ago. 2020.

Agência Brasil. *Número de empresas com home office deve crescer 30% após pandemia*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/indicador-aponta-impactos-da-covid-19-na-economia-brasileira>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Uso simultâneo de imóvel para moradia e comércio não impede usucapião especial urbana*. <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/uso-simultaneo-de-imovel-para-moradia-e-comercio-nao-impede-usucapiao-especial-urbana.aspx>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Civil. Usucapião especial urbana. Requisitos preenchidos. Utilização mista, residencial e comercial. Objeção não existente na legislação de regência. Análise probatória. Desnecessidade. Recurso especial provido. Recurso Especial 1.777.404 - TO. Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1912158&num\\_registro=201802903991&data=20200511&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1912158&num_registro=201802903991&data=20200511&formato=PDF). Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo número 977*. <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=substitui>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRETAS, Hugo Rios. *Manual de Publicidade Médica*. 1. ed. Brasília: ANADEM, 2020.

BRETAS, Hugo Rios. *Lições Introdutórias Didáticas de Direito: Política e Instituições de Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 4: Direito das Coisas. 29ª ed. Saraiva: 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, volume 5: Direitos Reais. São Paulo: Saraiva, 2019.

GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito Das Coisas*. 13ª ed. Saraiva: 2018.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*, volume 4: Falência e Recuperação de Empresa. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 4: Direito das Coisas*. 7ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil, volume 5: Reais*. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

# **SEÇÃO VIII**

## **IMPLICAÇÕES DO CORONAVÍRUS NO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**



# O IMPACTO DO CORONAVÍRUS DE 2019 (COVID-19) NO DIREITO DA FAMÍLIA PORTUGUÊS DE 2020<sup>1</sup>

**Jorge Duarte Pinheiro**

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Professor e agregado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. (Portugal).

---

**Sumário:** I O efeito disruptivo Geral do Coronavírus no domínio familiar; II Os problemas familiares no período do Estado de emergência; III A relação dos progenitores separados com as crianças; IV Depois do “pico da epidemia”; Referências.

---

<sup>1</sup> Texto concluído em 28-08-2020 e que incorpora elementos apresentados em dois eventos: “Uma epidemia de desencontros e descumprimentos? Em particular, a relação de progenitores separados com as crianças”, palestra *on line* em formato webinar, realizada no dia 12-06-2020, no âmbito do I Seminário Internacional do programa de mestrado e doutorado em Direito negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL; e “Aula Magna - Do cumprimento da regulação das responsabilidades parentais num contexto de risco contrário à circulação”, palestra *on line* em formato *webinar*, realizada no dia 11-07-2020, no âmbito dos “Diálogos internacionais de Direito de Família”, organizados pela Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB São Paulo.

## I O EFEITO DISRUPTIVO GERAL DO CORONAVÍRUS NO DOMÍNIO FAMILIAR

1. A epidemia de Covid-19 teve (e tem) repercussões no domínio familiar que são comuns a Portugal, ao Brasil e a vários outros Países do Mundo. Por exemplo, a pressão sobre a família, colocada em contacto mais contínuo num espaço limitado (por força de restrições à circulação e da interrupção de atividade escolar e profissional presencial), exposta a notícias de riscos para a vida e para a saúde e a perspectivas económicas menos favoráveis, potencia violência doméstica e desentendimento entre casais; os obstáculos à deslocação física e a perda de rendimentos são suscetíveis de perturbar a relação dos progenitores separados com as suas crianças.

No entanto, se os problemas criados ou agravados pelo coronavírus apresentam semelhanças de local para local, o modo de os tratar juridicamente depende de particularidades nacionais.

O presente estudo irá considerar a resposta do ordenamento português, importando, neste contexto, destacar duas singularidades de Portugal: a unidade política e o primado claro dos atos do Parlamento e do Governo no sistema de fontes do Direito.

Por um lado, Portugal é um dos Países mais centralizados do Mundo: não compreende Estados federados e tem apenas duas regiões autónomas, os arquipélagos dos Açores e da Madeira, cujo território está separado do continente europeu (cf. artigo 6.º da Constituição da República Portuguesa). Por outro lado, é notório o alinhamento entre os órgãos do poder político lusitano, Presidente da República, Governo e Parlamento (a Assembleia da República, que é unicameral), em questões fundamentais, incluindo a própria forma de reagir institucionalmente à Covid-19.

No que respeita ao sistema português de fontes do Direito, é esmagador o peso dos atos normativos do Parlamento e do Governo, que não deixa grande margem de ação criativa ou até interpretativa aos Tribunais, tanto mais que aqueles atos são numerosos, extensos e facilmente aprovados<sup>2</sup>. Este aspeto também se manifestou no tratamento da crise sanitária em apreço: em março de 2020, iniciou-se a publicação de um conjunto abundante de textos normativos, conhecido por *Legislação Covid-19*.<sup>3</sup>

2. A atitude da estrutura de poder de um País perante qualquer epidemia não é uniforme ao longo do tempo, tendendo a variar em função do entendimento que predomina, entre a camada dirigente e a população, sobre os perigos da doença e os meios de a controlar.

Em Portugal, e no que respeita à atitude estatal perante a doença de coronavírus, identificam-se, até ao momento (28 de agosto de 2020), três grandes períodos: o de estado de emergência, de situação de calamidade e de situação de alerta.

O período de estado de emergência abarca grande parte do momento inicial da epidemia em Portugal. O primeiro caso de Covid-19 no território nacional foi comunicado pela autoridade lusitana de saúde (Direção-Geral de Saúde) em 2 de março de 2020<sup>4</sup>, tendo o estado de

2 Cf., a propósito, PINHEIRO, Jorge Duarte. "Abolição da culpa e responsabilidade civil nas relações familiares." *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.31 jan./abr 2017, p. 13-14 (disponível em <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR31-01.pdf>): "Em Portugal, a lei, mais precisamente, a lei infraconstitucional, é uma fonte de Direito hegemónica. Não existe muito espaço para desenvolvimentos jurisprudenciais e qualquer construção está limitada pela pormenorização da lei. (...)// O processo legislativo de Portugal, Estado unitário e centralizado há séculos, é célere e não obriga a grandes negociações e equilíbrios. Quando se manifesta uma discrepância jurisprudencial, o legislador toma posição, antes que se sedimente uma orientação *praeter* ou *contra legem*."

O ambiente lusitano permite que se mantenha no Código Civil o artigo 8.º na sua versão originária, que impõe ao tribunal um dever de obediência à lei, que "não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo"...

3 Cf. <https://dre.pt/legislacao-covid-19-areas-tematicas> (consulta de 27-08-2020).

4 Cf. <https://covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/03/Atualiza%C3%A7%C3%A3o-de02032020-1728.pdf> (consulta de 27-08-2020).

emergência sido decretado no dia 18 do mesmo mês<sup>5</sup> e vigorado até 2 de maio de 2020.

O período de situação de calamidade decorreu de 3 de maio a 30 de junho, enquanto o período de situação de alerta, aplicável à generalidade do território português, começou em 1 de julho e ainda não terminou (em 28 de agosto de 2020)<sup>6</sup>.

As declarações do estado de emergência, da situação de calamidade e da situação de alerta destinam-se a permitir a adoção de medidas necessárias para enfrentar hipóteses de risco anómalo. A situação de alerta pressupõe um risco menos grave do que o perigo que justifica a situação de calamidade (artigo 8.º, n.º 2, da Lei de Bases da Proteção Civil - Lei n.º 27/2006, de 3 de julho). O estado de emergência exige risco mais grave e, ao contrário das situações de alerta ou calamidade, permite a suspensão do exercício de determinados direitos e liberdades e garantias (cf. artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa).

Ou seja, o Estado português optou pela resposta mais vigorosa, no dealbar da epidemia em território nacional, de harmonia com a opinião que predominava entre líderes e simples cidadãos, sensibilizados pela informação preocupante que chegava sobre o quadro sanitário de Países geograficamente próximos no início do mês de março (como Espanha e Itália, que, na época, tinham os números relativos mais elevados de infeções e mortes por coronavírus).

A perceção inicial do perigo associado à epidemia desencadeou movimento relativamente alargado de confinamento espontâneo. A partir do dia 8 de março, na sequência de suspeita de infeção, o Presidente da República portuguesa manteve-se em autoisolamento no palácio presidencial, ao longo de duas semanas, comunicando à distância com os jornalistas e encarregando-se sozinho de lavar a roupa e fazer as suas refeições<sup>7</sup>.

Por isso, quando foi decretado o estado de emergência (18 de março), observou-se elevado cumprimento das restrições consequentes à circulação e contacto entre as pessoas, o que dispensou a necessidade de intervenção policial minimamente relevante. As ruas das povoações ficaram praticamente desertas, como se o exterior fosse totalmente hostil ao homem. A generalidade das pessoas assumiu que devia fazer um esforço para permanecer em casa até “passar o pico da pandemia”.

A análise que ora se pretende realizar do impacto do coronavírus no Direito da Família português privilegiará justamente o período de estado de emergência, tido como mais o crítico da epidemia.

Neste período, avultam três atos: o Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, que regulamenta a aplicação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República; e os Decretos n.ºs 2-B/2020, de 2 de abril, e 2-C/2020, de 17 de abril, que regulamentam a prorrogação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República. Os decretos impõem o dever geral de recolhimento domiciliário, consagrando entre as exceções as deslocações dos cidadãos “para acolhimento de emergência de vítimas de violência doméstica ou tráfico de seres humanos, bem como de crianças e jovens em risco, por aplicação de medida decretada por autoridade judicial ou Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, em casa de acolhimento residencial ou familiar”; “para assistência de pessoas vulneráveis, pessoas com deficiência, filhos, progenitores, idosos ou dependentes”; “para

---

5 Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março.

6 Cf. a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril, que declara a situação de calamidade, no âmbito da pandemia da doença COVID-19; as Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 38/2020, de 17 de maio, 40-A/2020, de 19 de maio, e 43-B/2020, de 12 de junho, que prorrogam a declaração da situação de calamidade; e, por fim, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020, de 26 de junho, que declara a situação de alerta em todo o território nacional continental, com exceção da Área Metropolitana de Lisboa.

7 Cf. <https://www.maria.pt/noticias-e-tv/nacional/isolado-em-casa-marcelo-rebello-de-sousa-lava-a-roupa-e-cozinha/> (consulta de 27-08-2020).

acompanhamento de menores”; e “por outras razões familiares imperativas, designadamente o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente”<sup>8</sup>.

Os temas a que se referem as aludidas exceções serão em seguida ponderados.

## II. OS PROBLEMAS FAMILIARES NO PERÍODO DO ESTADO DE EMERGÊNCIA

3. Os decretos mencionados mostraram preocupação com a violência doméstica, que em Portugal não é objeto de lei integrada autónoma (em contraste com o Brasil, que tem a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha).

No ordenamento lusitano, o regime da violência doméstica decorre de atos normativos avulsos<sup>9</sup> e de segmentos de códigos, como o Código Penal, cujo artigo 152.º prevê e pune o crime de violência doméstica, abrangendo maus tratos físicos ou psíquicos, nomeadamente, ao cônjuge, a pessoa com quem o agente mantenha uma relação análoga à dos cônjuges, a progenitor ou a pessoa particularmente indefesa que com ele coabite; e o Código Civil, cujo artigo 1906.º-A admite que o autor de violência em contexto familiar seja impedido de exercer as responsabilidades parentais.

Não é por enquanto nítido o impacto em Portugal da epidemia no domínio da violência doméstica, embora haja informação de que o fenómeno aumentou em muitos Países da Europa, ao passo que o acesso aos serviços de prevenção e proteção ficou mais limitado<sup>10</sup>.

4. Os mesmos diplomas da chamada Legislação Covid-19 que revelaram preocupação com a violência doméstica aludiram às “crianças e jovens em risco” (a que correspondem, de certo modo, as crianças e adolescentes, no ordenamento brasileiro, cujos direitos que lhes são reconhecidos sejam ameaçados ou violados nos termos do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

No direito português, cabe ao Estado intervir para proteger as crianças e jovens do perigo em que se encontrem, designadamente, por terem sido abandonadas, por sofrerem maus tratos ou abusos sexuais, por não receberem os cuidados ou afeição adequados à sua idade e situação pessoal (artigo 3.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo).<sup>11</sup>

As medidas de proteção abrangem, entre outras, o apoio junto dos pais, o acolhimento familiar e o acolhimento residencial ou institucional (artigos 34.º, alínea a), e 35.º, n.º 1, alíneas a), e) e f), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo).

A tutela efetiva da criança ou jovem depende da identificação da necessidade de intervenção, incumbindo às escolas e hospitais papel importante na avaliação e diagnóstico da situação de risco e perigo (cf. artigos 5.º, alínea d), e 7.º, n.º 4, alínea a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo). Todavia, em regra, a epidemia obrigou à cessação das

8 Cf. artigo 5.º, n.º 1, alíneas e), f), g) e j), dos Decretos n.ºs 2-A/2020, de 20 de março, 2-B/2020, de 2 de abril, e 2-C/2020, de 17 de abril. Além disso, os diplomas limitam a concentração na via pública (e noutros locais) a um certo número de pessoas, mas admitem que tal número seja excedido quando as pessoas *pertencem ao mesmo agregado familiar* (cf., designadamente, o artigo 43.º, n.º 1, alínea e), do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, em que se prevê que compete às forças e serviços de segurança e à polícia municipal fiscalizar o cumprimento do disposto no diploma, mediante o aconselhamento da não concentração de pessoas na via pública e a dispersão das concentrações superiores a cinco pessoas, *salvo se pertencerem ao mesmo agregado familiar*).

9 Cf. a página “Legislação na área da violência familiar”, disponível no sítio do Parlamento português ([https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Legislacao\\_AreaViolenciaDomestica.aspx](https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Legislacao_AreaViolenciaDomestica.aspx); consulta de 27-08-2020).

10 Fonte: Centro Regional de Informação das Nações Unidas para a Europa Ocidental (<https://unric.org/pt/covid-19-resposta-urgente-ao-surto-de-violencia-domestica-oms-europa/>; consulta de 27-08-2020).

11 Sobre o regime jurídico da proteção de crianças e jovens em perigo, cf. GUERRA, Paulo. *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo anotada*. 4.ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.

atividades escolares presenciais e, durante boa parte do período de estado de emergência, das consultas hospitalares não urgentes. Diminuiu, portanto, a capacidade de deteção de situações de crianças e jovens em perigo.

E, no período de estado de emergência, diminuiu também quer a qualidade do controlo estatal da ação dos pais que conservaram junto de si os seus filhos mesmo estando estes em situação de perigo, sob condições constantes de acordo ou decisão de medida de apoio junto dos pais.

De facto, a deteção de situação de criança ou jovem em perigo não obsta necessariamente à sua permanência com os progenitores, admitindo-se a aplicação da medida de apoio junto dos pais (que é até uma das medidas de proteção mais aplicadas em Portugal<sup>12</sup>). Nos termos do artigo 39.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, esta medida “consiste em proporcionar à criança ou jovem apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica”. Este tipo de apoios pode abranger não só a criança ou o jovem como o respetivo agregado (artigo 42.º da referida lei). O artigo artigo 41.º, n. 1, do mesmo diploma, determina que os pais “a quem a criança ou jovem sejam entregues podem beneficiar de um programa de formação visando o melhor exercício das funções parentais”.

De acordo com os artigos 8.º, alínea b), e 20.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º 12/2008, de 17 de janeiro, a execução da medida de apoio junto dos pais exige acompanhamento e monitorização da situação da criança ou do jovem, que compreende, designadamente, a avaliação das relações entre a criança ou o jovem e os pais, bem como a atualização permanente do diagnóstico da situação da criança ou jovem. Como é óbvio, a *qualidade* de tal acompanhamento e monitorização, a cargo de funcionários e empregados de serviços do Estado e de instituições particulares reconhecidas pelo Estado, foi afetada pela proibição geral de contactos presenciais, imposta no período de estado de emergência.

Por fim, a tendencial proibição de contactos presenciais atingiu ainda um direito importante das crianças e jovens em acolhimento familiar ou institucional, reconhecido no artigo 58.º, n.º 1, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. A respetiva alínea a) declara que a criança e o jovem acolhidos têm, em especial, o direito de “manter regularmente, e em condições de privacidade, contactos pessoais com a família e com as pessoas com quem tenham especial relação efetiva, sem prejuízo das limitações impostas por decisão judicial ou pela comissão de proteção”. Mas, um documento de serviço do Estado português (que não era nem um tribunal nem uma comissão de proteção) excluiu a possibilidade de encontros presenciais das crianças e jovens acolhidos com a sua família<sup>13</sup>, documento que durante o período de estado de emergência adquiriu especial relevância (não obstante o seu aparente teor meramente informativo e a circunstância de a sua publicação ter precedido o momento em que foi decretado o estado de emergência).

5. A matéria da proteção dos idosos cabe no Direito da Família por estar em causa o suprimento da inexistência ou insuficiência funcional de uma relação familiar, v.g., o incumprimento ou a impossibilidade de cumprimento de deveres emergentes da relação

---

12 Cf. Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens, *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ 2018*, p. 42 (disponível no sítio da instituição, <https://www.cnpdpcj.gov.pt/relatorio-atividades>; consulta de 27-08-2020).

13 Documento da Segurança Social, de 16 de março de 2020, que visava divulgar “esclarecimentos relativamente à situação dos equipamentos e respostas sociais”, n.º 19 (disponível em <http://www.seg-social.pt/documents/10152/16722120/FAQ+IPSS+Documento10+%28002%29.pdf/1e4b17bf-bb6e-4f98-8f8e-11de22c74327>; consulta de 27-08-2020).



entre pais e filhos<sup>14</sup>.

Apesar da hegemonia e proximidade da lei no ordenamento português, paradoxalmente, nada há de semelhante ao Estatuto do Idoso, objeto de lei brasileira de 2003. Em aberta colisão com dados estatísticos<sup>15</sup>, é patente a insuficiência da proteção civil lusitana das pessoas de idade mais avançada.

Embora a letra dos decretos de estado de emergência aluda à assistência de idosos, foram eles as maiores vítimas da Covid-19 e das reações à doença. No final do período de estado de emergência, apurou-se que mais de 85% das pessoas falecidas em Portugal por Covid-19 tinham idade igual ou superior a 70 anos<sup>16</sup>. Foram também as pessoas nesta faixa etária que ficaram sujeitas a um dever especial de proteção, que restringiu a sua capacidade de circulação num grau superior ao das pessoas com idade inferior (cf. o artigo 4.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, dos vários decretos de estado de emergência). Vivendo em casas próprias, sozinhos, ou em estruturas de acolhimento de longa permanência, os idosos ficaram privados de visitas de familiares. Isto para defesa da saúde dos idosos<sup>17</sup>, que, no entanto, não deixaram de ser contaminados em estruturas residenciais de acolhimento por pessoas que afinal tinham sido contratadas para lhes prestarem cuidados...<sup>18</sup>

6. Os decretos de estado de emergência formulam solução específica para o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, assunto que se enquadra na problemática mais ampla da relação dos progenitores separados com os seus filhos, que, pela sua preponderância, será alvo de análise mais desenvolvida, *infra*, em III.

Em contrapartida, aqueles decretos não mencionam expressamente hipóteses de rutura entre casais, cuja formalização teve, portanto, de ser adiada para momento subsequente à cessação do estado de emergência, atendendo aos impedimentos de circulação que recaíam sobre a generalidade dos cidadãos e às limitações à atividade de entidades estatais com competência em matéria de divórcio<sup>19</sup>.

Apareceram entretanto notícias que apontam para um aumento anómalo do número de divórcios depois de ter cessado o estado de emergência<sup>20</sup>, o que pode ser atribuído quer ao contexto de confinamento (que, forçando maior convívio entre os membros do casal num

14 Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa, AAFDL, 2018, p. 18.

15 Já no censo português de 2011, 19% da população residente era composta por indivíduos com idade igual ou superior a 65 anos, limitando-se a 14,9% a população com idade inferior a 15 anos (percentagens apuradas com base nos elementos retirados da Base de Dados PORDATA, disponível em <http://www.pordata.pt> e consultada em 27-08-2020).

16 Cf. relatório da Direção-Geral da Saúde, de 03-05-2020 (disponível em [https://covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/05/62\\_DGS\\_boletim\\_20200503\\_V2.pdf](https://covid19.min-saude.pt/wp-content/uploads/2020/05/62_DGS_boletim_20200503_V2.pdf); consulta de 27-08-2020): 910 do total de óbitos, que foram 1043.

17 Cf., designadamente, orientação da Direção-Geral de Saúde, de 07-04-2020, sobre procedimentos para estruturas residenciais para idosos (disponível em <https://www.dgs.pt/diretrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n0092020-de11032020-pdf.aspx>; consulta de 27-08-2020), documento que, a propósito das medidas gerais para reduzir o risco de transmissão do SARS-COV2, diz que a instituição de acolhimento de idosos “deve comunicar que, por motivos de saúde pública, não são permitidas visitas”.

18 Cf., a título ilustrativo, conferência de imprensa da Ministra da Saúde, de 02-05-2020, dando conta de que, entre 25 e 30 de abril 2020, e tendo por base uma amostra de 2.369 casos confirmados, 37% das pessoas tinham contraído o vírus em instituições de acolhimento (<https://visao.sapo.pt/visaosaude/2020-05-02-covid19-cerca-de37-dos-infetados-contrauiu-o-virus-em-lares-e33-em-casa/>; consulta de 27-08-2020).

19 Tais entidades são os tribunais e as conservatórias do registo civil (cf. artigo 1773.º do Código Civil português).

20 Cf. “Divórcios disparam depois da quarentena devido ao coronavírus”, jornal *Correio da Manhã*, de 14 de junho de 2020, disponível em <https://www.cmjornal.pt/sociedade/detalhe/divorcios-disparam-depois-da-quarentena-devido-ao-coronavirus> (consulta de 27-08-2020); “Número de divórcios disparou com o desconfinamento”, jornal *Observador*, de 14 de junho de 2020, disponível em <https://observador.pt/2020/06/14/numero-de-divorcios-em-portugal-disparou-com-o-desconfinamento/> (consulta de 27-08-2020).

mesmo espaço, tornou mais nítidas incompatibilidades até então desvalorizadas), quer ao adiamento da formalização de decisões de divórcio previamente tomadas.

Todavia, o número de divórcios está longe de ser um espelho fiel das ruturas ocorridas durante o período de estado de emergência. No caso de pessoas casadas, a incerteza do momento (designadamente, a incerteza económica), pode ter levado à opção pela separação de facto, por vezes na mesma casa, em detrimento do divórcio. Tal opção de separação, sem mudança de domicílio, é tida como potenciadora de risco e tensão. E, no caso de Portugal, cujo Direito civil da Família é acentuadamente formalista, a separação de facto não é suficiente para afastar efeitos socialmente tido como matrimoniais: por exemplo, a presunção de que o pai é o marido da mãe (vigorando o artigo 1826.º do Código Civil lusitano, se a mãe não tiver declarado no ato de registo do filho que este não é do marido, nos termos do artigo 1832.º); e a aquisição de posição sucessória legal privilegiada, por óbito do cônjuge (à luz dos artigos 2133.º e 2157.º que não excluem essa aquisição, ainda que a separação de facto dure há décadas).

Uma tentativa de aferir o índice de ruturas entre casais pelo número de divórcios não colhe por outra razão: a existência de uniões de facto.

No tratamento da união de facto, é muito nítido o grau de formalismo do Direito civil da Família português, que despreza eventuais situações de vulnerabilidade de pessoas que coabitavam, sem ter contraído casamento, cuja relação tenha cessado em momento crítico (como o associado à epidemia de Covid-19).

No Brasil, a figura aparentemente correspondente à portuguesa é designada pelo termo “união estável”. Há, no entanto, um *abismo* entre esta união e a união de facto portuguesa.

A união estável é expressamente reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil como entidade familiar (artigo 226, § 3.º). Está regulada no Código Civil brasileiro, com um título próprio no livro IV (dedicado ao Direito de Família), que abarca os artigos 1723 a 1727, e com um artigo específico nas disposições gerais do livro V (respeitante ao Direito das Sucessões). O Código prevê deveres recíprocos entre companheiros e, na falta de contrato escrito entre eles, submete a união estável ao regime patrimonial supletivo aplicável ao casamento. O artigo 1694 admite que um companheiro peça ao outro os alimentos de que necessite “para viver de modo compatível com a sua condição social”. As diferenças sucessórias que a letra do Código Civil brasileiro estabelecia no artigo 1790 entre o casamento e a união estável foram sendo atenuadas pela jurisprudência superior, a ponto de atualmente a posição sucessória legal do companheiro ser idêntica à do cônjuge.<sup>21</sup>

Em Portugal, nada disso acontece<sup>22</sup>. Repare-se que o companheiro sobrevivente nunca é herdeiro legal daquele com quem viveu em união de facto, não importando o tempo que a convivência durou (dois, vinte ou quarenta anos). Em caso de morte do companheiro (v.g., por Covid-19), pode ser herdeiro legítimo do *de cuius* um primo (cf. artigo 2133.º, n.º 1, do Código Civil português), mas nunca o companheiro... No caso de rutura da união de facto, não há disposição legal que permita a um companheiro que careça de alimentos exigi-los

---

21 Sobre a união estável, cf., designadamente, TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: vol. 5: Direito de Família*. 15.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.375-462; ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2020, p.113-148; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, *Direito Civil: Família*, 2.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.261-310.

22 Cf. CRUZ, Rossana Martingo. *União de facto versus casamento: Questões pessoais e patrimoniais*. Coimbra: Gestlegal, 2019.

ao outro; e as questões patrimoniais estão sujeitas ao regime civil comum, obrigacional ou real, aquele que se aplica entre pessoas perfeitamente estranhas...

### III. A RELAÇÃO DOS PROGENITORES SEPARADOS COM AS CRIANÇAS

7. A matéria da relação dos progenitores separados com as crianças é central no Direito da Família português contemporâneo, englobando três grandes questões: exercício das responsabilidades parentais, convívio e alimentos. A questão do convívio entre pais e filhos, após o divórcio dos progenitores ou quando estes não vivem juntos, tende a estar conexas com as responsabilidades parentais, salvo se apenas um dos pais as exercer, hipótese em que se autonomiza o problema do contacto entre a criança e o pai que não desempenha formalmente funções parentais (algumas vezes mediante o termo “visitas”, não muito adequado).

O instituto das responsabilidades parentais, cujo conteúdo se encontra apontado no artigo 1878.º do Código Civil português, é similar ao do instituto brasileiro do poder familiar.

No quadro do exercício das responsabilidades parentais, após o divórcio ou em outras situações em que os progenitores não vivam juntos, avulta o disposto no artigo 1906.º do Código Civil lusitano, que prevê expressamente duas possibilidades: o exercício em comum por ambos os progenitores e o exercício apenas por um deles. À primeira vista, a contraposição tem afinidades com a que se observa no direito brasileiro, opondo a guarda compartilhada à unilateral. No entanto, o exercício em comum especificado no referido artigo 1906.º não assenta no tendencial equilíbrio de divisão de tempo de convívio com os filhos entre progenitores, que o artigo 1583, § 2.º do Código Civil brasileiro verbaliza. Ora, vejamos.

O modelo de exercício em comum consagrado nos n.ºs 1 e 3 do artigo 1906.º do Código Civil português distingue, no seio das responsabilidades parentais, as relativas às questões de particular importância para a vida do filho e as relativas a atos da vida corrente do filho. Entendem-se por questões de particular importância as questões existenciais graves e raras na vida de uma criança<sup>23</sup>; todas as demais cabem no conceito de atos da vida corrente

As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância são exercidas em comum por ambos os progenitores de modo paritário. Já as responsabilidades parentais relativas a atos de vida corrente cabem ao progenitor que esteja, no momento, com a criança, acrescentando o n.º 3 do artigo 1906.º que um dos dois progenitores será “o progenitor com quem o filho reside habitualmente”, o outro será “o progenitor com quem ele se encontra temporariamente” (o que se cita entre aspas consta exatamente da disposição legal portuguesa...) e que este último, o tal progenitor que “se encontra temporariamente” com a criança, “não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”. Entende-se por “orientações educativas” as linhas gerais a observar em matéria de vida corrente da criança, designadamente, alimentação, horário de sono, atividades de tempo livre.

Em síntese, no modelo de exercício em comum traçado pela lei lusitana, um progenitor reside habitualmente com a criança e o outro reside temporariamente com ela, pelo que o primeiro tem nitidamente mais tempo de decisão quanto a atos de vida corrente; além disso, mesmo quando a criança se encontra com o progenitor com o qual não reside habitualmente,

23 Cf. BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.196, nota 24. Nessa mesma nota, que prossegue na p.197, os prestigiados especialistas enunciam numerosos exemplos de possíveis questões de particular importância, entre os quais: decisão sobre intervenções cirúrgicas do filho; mudança de residência do filho para o estrangeiro; saída do filho para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida; autorização parental para o filho contrair casamento.

este está obrigado a respeitar as determinações do outro quanto a aspetos do quotidiano: v.g., não pode dar carne ao filho, se o outro progenitor tiver fixado uma dieta vegetariana para a criança. Deste modo, compreende-se que o modelo de partilha das responsabilidades parentais no artigo 1906.º, n.ºs 1 e 3, seja designado como *mitigado*<sup>24</sup>.

De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo 1906.º, quando o exercício em comum mitigado das responsabilidades parentais seja contrário aos interesses do filho, “deve o tribunal através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores”. É o que pode acontecer quando, por exemplo, haja prática de violência doméstica pelo outro progenitor (cf. artigo 1906.º-A, alínea b), do Código Civil).

Apesar de a lei portuguesa apenas aludir expressamente ao exercício em comum mitigado e ao exercício unilateral, são configuráveis outras possibilidades, ao abrigo do interesse do filho, nos termos dos n.ºs 5 e 7 do artigo 1906.º, destacando-se, nesta lógica, o exercício com base em residência alternada, “em que a criança reside alternadamente com a mãe e com o pai (33 a 50% do tempo)”<sup>25</sup>.

Em abstrato, o exercício com base em residência alternada afigura-se mais ajustado aos grandes princípios do Direito das Crianças (superior interesse do filho, igualdade entre filhos e igualdade entre progenitores) do que o exercício em comum mitigado, que pressupõe residência única com um progenitor, aguardando-se que tal venha em breve a ser reconhecido pela lei<sup>26</sup>.

A residência única implica que o tempo de convivência quotidiana com o filho que cabe a um progenitor seja frequentemente muito inferior àquele que cabe ao outro progenitor; e traça uma demarcação profunda entre a situação dos pais que vivem juntos, que beneficiam de um acesso paritário ao convívio com o filho, e a situação dos pais divorciados ou separados, em que a um deles é negada centralidade na vida corrente do filho. A residência alternada não diferencia um dos progenitores relativamente ao outro, nem introduz um corte radical no perfil de relação com o filho conforme haja ou não vida em comum entre os progenitores.

Os filhos não podem ser discriminados em virtude de os seus progenitores não se terem casado ou estarem separados ou divorciados. É a residência alternada, e não a residência única, que se aproxima mais da realidade que ocorre quando os pais vivem juntos. *A priori*, não é compreensível a diversidade decorrente de se conceder a um filho a possibilidade de convívio quotidiano com os dois progenitores, se estes vivem juntos, e negar ao mesmo filho a possibilidade de convívio quotidiano com um desses mesmos dois progenitores, a pretexto de divórcio ou separação dos pais.

O princípio do superior interesse da criança traduz o propósito de bem-estar, proteção e promoção do filho que ainda não tenha completado os 18 anos de idade, o que implica normalmente continuidade de relações de afeto preexistentes e a manutenção de relação de grande proximidade com os dois progenitores. Contudo, na residência única, um dos progenitores é excluído do convívio corrente com o filho. Na residência alternada, pelo contrário, ambos os progenitores podem partilhar o quotidiano com o filho, conservando e intensificando conhecimentos e sentimentos mútuos.

8. De qualquer maneira, ainda que menos conseguida, a versão atual da lei portuguesa mostra preferência pela partilha das responsabilidades parentais entre pais que não vivem juntos. Apesar disso, o exercício em comum não afasta alguma conflitualidade entre os pais,

24 Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais.” *Estudos de Direito da Família e das Crianças*. Lisboa, AAFDL, 2015, p.294, também disponível em [https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009\\_jduartepinheiro\\_ideologiasilusoes.pdf](https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf) (consulta de 27-082020).

25 Cf. marinho, Sofia; correia, Sónia Vladimiro. Nota de apresentação à obra colectiva *Uma família parental, duas casas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.11.

26 Estão pendentes no Parlamento várias iniciativas legislativas em matéria de residência alternada: cf. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=44160> (consulta de 27-08-2020).

que pode levar um deles a se aproveitar da situação de epidemia para obstar ao convívio do filho com o outro, invocando a saúde e o interesse superior da criança. No período de estado de emergência, em que vigora um dever de não circulação na via pública, o que impede um progenitor de se recusar a deixar sair o filho para casa de outro progenitor?

A questão suscitou-se logo no dia seguinte àquele em que foi decretado o período de estado de emergência: 19 de março, que, em Portugal, é o Dia do Pai, do progenitor de sexo masculino.

É habitual que os acordos e as sentenças sobre responsabilidades parentais contemplem encontros entre a criança e o progenitor em dias festivos para este (designadamente, dia de aniversário, Dia do Pai, Dia da Mãe, que, em Portugal, se comemora no primeiro domingo de maio) e a repartição de férias escolares (designadamente, de Páscoa, que, em 2020, no território português, iriam decorrer de 30 de março a 13 de abril, portanto, também dentro do período de estado de emergência).

Estaria o progenitor que se encontrasse com a criança no dia em que foi decretado o estado de emergência dispensado de cumprir acordos e sentenças de regulação de exercício das responsabilidades parentais?

A resposta normativa não tardou. O artigo 5.º, n.º 1, alínea j), do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, que regulamentou a aplicação do estado de emergência decretado no dia 18 pelo Presidente da República, estabeleceu que os cidadãos podiam circular em espaços e vias públicas com o propósito de cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, preceito reproduzido pelos dois restantes decretos regulamentadores do estado de emergência. A dúvida estava resolvida: o estado de emergência não tinha suspenso a regulação prévia das responsabilidades parentais. Os pais tinham de continuar a cumprir o que fora estabelecido antes do início da epidemia.

Mais: ao permitirem, pelo mesmo artigo 5.º, n.º 1, alínea j), a circulação dos cidadãos para deslocações “por razões familiares imperativas”, a totalidade dos decretos de estado de emergência mostrava que subsistia a regra anterior de convívio entre progenitores e crianças em qualquer modelo de exercício das responsabilidades parentais, fosse comum ou unilateral.

9. A regra em apreço sempre teve exceções e restrições: é de afastar o convívio que seja perigoso para o filho, nos termos do regime da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e do artigo 1918.º do Código Civil; e, em certos casos, o contacto dos pais com a criança só é admitido de modo supervisionado e condicionado (artigo 40.º, n.ºs 2 e 10, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível).

Na época do coronavírus, mediante interpretação sistemática da *Legislação Covid-19*, novas exceções foram identificadas: exclui-se ainda o convívio da criança com progenitor se ele estiver em confinamento obrigatório ou coabitar com pessoa em confinamento obrigatório<sup>27</sup>. Por outras palavras, com progenitor (ou pessoa que vivesse com o progenitor) doente com COVID-19, infetado com SARS-Cov2 ou a aguardar teste (artigo 3.º, n.º 1, dos três decretos que regulamentaram o estado de emergência).

10. Outro aspeto relevante da relação dos progenitores separados com as crianças consiste nos alimentos.

Em Portugal, não se consagra a medida de privação da liberdade do devedor para cumprimento da obrigação de alimentos, admitida, em certas condições, pelo artigo 5, LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

27 Cf. FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das responsabilidades parentais em tempo de pandemia e de isolamento social”, em AA.VV., Estado de emergência – Covid 19: *implicações na justiça 2.ª edição*, CEJ, junho de 2020, p.432-433 (e-book disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb\\_Covid19\\_2Edicao.pdf?fbclid=IwAR3PeTWnH3IEyHFwzOHSWdIA45VWYGczT3fiwFm50cQnwwgSw3GS8JhKwZo](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19_2Edicao.pdf?fbclid=IwAR3PeTWnH3IEyHFwzOHSWdIA45VWYGczT3fiwFm50cQnwwgSw3GS8JhKwZo; consulta de 27-08-2020);



Em contrapartida, o direito português prevê, desde o final do século XX, que, em determinadas hipóteses, o Estado pague um montante quando e enquanto os pais não cumprem a obrigação de alimentos a que estão sujeitos perante os seus filhos que ainda não completaram os 18 anos de idade<sup>28</sup>.

Tal como no Brasil, os alimentos em Portugal dependem da capacidade económica da pessoa que a eles está vinculada.

A epidemia originou perda apreciável de rendimentos de um número elevado de pessoas, v.g., daquelas que trabalhavam por conta própria e tiveram de suspender ou limitar a sua atividade e daquelas que trabalhavam por conta de outrem e ficaram desempregados ou em regime de redução ou suspensão de atividade.

Todavia, a ideia de que essa perda de rendimentos assumiria caráter temporário não favoreceu alteração judicial, para menos, da prestação de alimentos devida pelos progenitores que foram economicamente afetados pela crise sanitária<sup>29</sup>.

#### IV. DEPOIS DO “PICO DA EPIDEMIA”

11. Terminou o período de estado de emergência em Portugal. Aos poucos, ensaiase o regresso a uma normalidade possível, sabendo que a prudência veio para ficar (pelo menos, enquanto não for descoberta vacina eficaz para a Covid-19 e efetuada inoculação massiva com a mesma).

Há, porém, sinais de que a perda de rendimentos imputável ao abrandamento da atividade económica durante o período mais crítico da epidemia se venha a consolidar. A ser assim, dificilmente se poderá continuar a adiar uma redução do valor da prestação de alimentos a cargo dos progenitores em benefício das crianças.

Antes da epidemia, aspirava-se a uma justiça de contacto e proximidade, no campo do Direito da Família, em que se criavam “salas amigas das crianças”, com brinquedos e até animais de companhia, e em que os magistrados e especialistas, sem trajes profissionais, se sentavam perto das crianças e tentavam um diálogo “entre iguais”. Com a epidemia, teme-se um recuo na qualidade da justiça de família, o regresso à época da distância, em que, para mais, as pessoas não se podem tocar para cumprimentar e têm de usar máscaras que dificultam a empatia e a observação de emoções de adultos e crianças.<sup>30</sup> Terá chegado o tempo em que a preocupação de evitar o contágio se tornará mais preponderante do que uma *boa decisão*?

28 Cf. Lei n.º 75/98, de 19 de novembro, que cria e disciplina o funcionamento do “Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores” (disponível em [https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/117352442/202008261319/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?\\_LegislacaoConsolidada\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_rp=indice; consulta de 26-08-2020](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/117352442/202008261319/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice; consulta de 26-08-2020)) e a respetiva regulamentação, efetuada pelo Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio. Dada a singularidade da solução portuguesa, indica-se a seguinte bibliografia: FIALHO, António José. “Contributo para uma desjudicialização dos processos de atribuição de pensão de alimentos a cargo do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Criança”, *Lex Familiae*, 10/19 (2013), p.95-115; PAIXÃO, José Pedro Silva. “Os alimentos devidos a filhos – mormente a filhos menores – e a intervenção do Estado nessa matéria, por intermédio do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 12-14 (2015-2019), p.91-105.

29 Cf. FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das responsabilidades parentais em tempo de pandemia e de isolamento social”, em AA.VV., *Estado de emergência – Covid 19: implicações na justiça 2.ª* edição, CEJ, junho de 2020, pp. 445-446 (e-book disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb\\_Covid19\\_2Edicao.pdf?fbclid=IwAR3PeTWnH3EyHFwzOHSWdIA45VWYGczT3fiwFm50cQnwwgSw3GS8JhKwZo; consulta de 27-08-2020](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19_2Edicao.pdf?fbclid=IwAR3PeTWnH3EyHFwzOHSWdIA45VWYGczT3fiwFm50cQnwwgSw3GS8JhKwZo; consulta de 27-08-2020)).

30 Cf. FIALHO, António José. “A jurisdição de famílias e crianças pós-Covid” Conferência *on line* de 7-05-2020. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=8Qiz0PcmzqQ&feature=share&fbclid=IwARONH7o-UrWdgwnZD2\\_diNIZjZS4GxgZjFODCxPuXcPkPijMyDuetk-OMXg](https://www.youtube.com/watch?v=8Qiz0PcmzqQ&feature=share&fbclid=IwARONH7o-UrWdgwnZD2_diNIZjZS4GxgZjFODCxPuXcPkPijMyDuetk-OMXg) (consulta de 27-08-2020).

## REFERÊNCIAS

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A criança e a família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CRUZ, Rossana Martingo. *União de facto versus casamento: Questões pessoais e patrimoniais*. Coimbra: Gestlegal, 2019.

FIALHO, António José. “Contributo para uma desjudicialização dos processos de atribuição de pensão de alimentos a cargo do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Criança.” *Lex Familiae*, ano 10, n.º 19, 2013, p.95-115.

FIALHO, António José. “A jurisdição de famílias e crianças pós-Covid.” Conferência *on line* de 7-05-2020. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=8Qiz0PcmzgQ&feature=share&fbclid=IwAR0NH7o-UrWdgnZD2\\_diNIZjZS4GxgZjFODCxPuXcPkPijMyDuekt-OMxg](https://www.youtube.com/watch?v=8Qiz0PcmzgQ&feature=share&fbclid=IwAR0NH7o-UrWdgnZD2_diNIZjZS4GxgZjFODCxPuXcPkPijMyDuekt-OMxg) (consulta de 27-08-2020).

FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das responsabilidades parentais em tempo de pandemia e de isolamento social”, em AA.VV., *Estado de emergência – Covid 19: implicações na justiça*. 2.<sup>a</sup> edição. CEJ, junho de 2020, p.411-459 (e-book disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb\\_Covid19\\_2Edicao.pdf?fbclid=IwAR3PeTWnH3IEyHFwzOHSWdIA45VWYGczT3fiwFm50cQnwwgSw3GS8JhKwZo](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Covid19_2Edicao.pdf?fbclid=IwAR3PeTWnH3IEyHFwzOHSWdIA45VWYGczT3fiwFm50cQnwwgSw3GS8JhKwZo); consulta de 27-08-2020).

GUERRA, Paulo. *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo anotada*. 4.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2019.

MARINHO, Sofia; CORREIA, Sónia Vladimiro. Nota de apresentação à obra coletiva *Uma família parental, duas casas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.11-12.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil: Família*. 2.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAIXÃO, José Pedro Silva. “Os alimentos devidos a filhos – mormente a filhos menores – e a intervenção do Estado nessa matéria, por intermédio do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 12-14, 2015-2019, p.91-105.

PINHEIRO, Jorge Duarte. “Abolição da culpa e responsabilidade civil nas relações familiares.” *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n.31 jan./abr 2017 (disponível em <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR31-01.pdf>).

PINHEIRO, Jorge Duarte. “Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais.” *Estudos de Direito da Família e das Crianças*. Lisboa, AAFDL, 2015, p.283-300, também disponível em [https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009\\_jduartepinheiro\\_ideologiasilusoes.pdf](https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf) (consulta de 27-08-2020).

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.<sup>a</sup> edição. Lisboa, AAFDL, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito da Família Contemporâneo*. 6.<sup>a</sup> edição. Salvador: JusPODIVM, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: vol. 5: Direito de Família*. 15.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

# PROCEDIMIENTO ESPECIAL Y SUMARIO EN MATERIA DE FAMILIA COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS SANITARIA POR EL COVID-19<sup>1</sup>

**Leticia Fontestad Portalés**

Doutora em Derecho Comunitário por la Universidad de Malaga/España. Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga/España.

---

**Sumário:** 1 Introducción. 2 Procedimiento especial y sumario en materia de familia: 1.- Ámbito de aplicación del procedimiento especial y sumario en materia de familia. 2.- Procedimientos de tramitación preferente. Referências.

---

<sup>1</sup> Con independencia del plazo de vigencia de este proceso especial y sumario previsto en el propio Real Decreto Ley 16/2020 que finaliza antes de la publicación de este trabajo, no podemos dejar de advertir que la norma que da vida a este proceso ha sido derogada por la Ley 3/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

## 1 INTRODUCCIÓN

Dada la actual crisis sanitaria que, aún hoy en día, estamos viviendo, en España se han aprobado una serie de medidas procesales y organizativas para combatir los efectos del COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Sobre la base de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Española<sup>2</sup>, tras la declaración del Estado de alarma<sup>3</sup>, el Gobierno español hizo uso del, hoy derogado por la Ley 3/2020<sup>4</sup>, Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril<sup>5</sup>, en adelante RD-ley, para establecer una serie de medidas, de muy diferente naturaleza, con el objetivo de luchar contra los efectos del COVID-19 en la Administración de Justicia<sup>6</sup>.

A través de este Real Decreto-ley, en adelante RD-ley, el Gobierno adopta determinadas medidas procesales que se consideran urgentes<sup>7</sup> tanto de carácter organizativo, como de seguridad jurídica, con el fin de, garantizando la salud de los operadores jurídicos<sup>8</sup>, reactivar el funcionamiento de los juzgados y tribunales.

No podemos olvidar que estas medidas, que tienen carácter provisional, han estado en vigor durante Estado de alarma, así como durante los tres meses siguientes a la finalización del confinamiento de los ciudadanos y demás medidas específicas adoptadas en el ámbito de la Administración de Justicia<sup>9</sup>.

Dentro de los tres capítulos que incorpora el Real Decreto-ley nos centraremos exclusivamente en el primero de ellos dedicado a las medidas de carácter procesal y, concretamente, en el análisis del nuevo procedimiento especial y sumario que el legislador establece en materia de familia para, exclusivamente, el período indicado anteriormente.

El legislador, a través de las normas que incorpora en este Real Decreto-ley, quiere dar respuesta al incremento de litigiosidad que trae consigo la crisis provocada por el COVID-19 e impulsar la vuelta a la normalidad en la actividad judicial de nuestros tribunales. Para ello, por ejemplo, se crean juzgados Covid-19 con el objetivo de atender provisionalmente aquellos asuntos que traen causa de esta crisis sanitaria. Con esta finalidad, igualmente, por ejemplo, se habilita parcialmente, y de manera excepcional, el mes de agosto que, habitualmente, y

2 BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. La citada norma constitucional permite al Gobierno dictar Decretos-leyes “*en caso de extraordinaria y urgente necesidad*”, siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general.

3 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

4 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm 250 de 19 de septiembre de 2020).

5 Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (Boletín Oficial del Estado, en adelante BOE, núm. 119, de 29 de abril de 2020).

6 Sin embargo, debemos manifestarnos en contra de que el legislador aproveche situaciones de este tipo para introducir reformas procesales que resultan incoherentes con los principios que informan nuestro sistema procesal reduciendo, además, tal y como afirma TORRES ROSELL, algunos de los derechos y expectativas de las partes procesales. *Vid. TORRES ROSELL, N., “¿La aceleración de la actividad judicial depende de la restricción de derechos procesales?: modificación y supresión de recursos en el proceso penal (propuestas 4.6 y 4.13 del CGPJ)”*, en *Diario La Ley*, núm. 9664, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de Julio de 2020, pág. 1.

7 Son tres los paquetes de medidas que se aprueban para retomar la actividad de los juzgados y tribunales tras la declaración del Estado de alarma por la crisis sanitaria del coronavirus y que se pretenden articular en torno a tres conceptos: medidas procesales urgentes, medidas concursales y societarias y medidas organizativas y tecnológicas.

8 Para garantizar dicha salud laboral, el RD ley incorpora una serie de limitaciones que deben ser tenidas en cuenta en los órganos judiciales para garantizar la distancia de seguridad, así como para evitar la concentración del personal, que tendrá la posibilidad de acogerse a jornadas de mañana o tarde.

9 El citado RD 463/2020 incorpora entre otras medidas, no solo las limitaciones a la libertad de circulación de las personas, sino, específicamente en el ámbito de la Administración de Justicia, la suspensión de los términos y plazos procesales, con las únicas excepciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

como norma general, es inhábil para la Administración de Justicia.

Con el fin de agilizar y dar continuidad a la actividad judicial, además, se prevé la participación de los jueces de adscripción territorial<sup>10</sup> y letrados de la Administración de Justicia<sup>11</sup> que se encuentran en prácticas, así como la movilidad de funcionarios entre órganos judiciales de una misma jurisdicción y en la misma localidad.

Estas medidas de carácter urgente que se adoptan en el RD-ley no siempre resultan aplicables al procedimiento que ahora vamos a estudiar pues, como afirma el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) *“las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones procesales durante el estado de alarma, ya que si bien no se encuentran en sí mismas entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse, una vez adoptadas se sitúan en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado”*. Pero, es más, el propio CGPJ ha incitado a los tribunales a suspender de oficio el régimen de custodia y visita siempre que lo considerasen necesario con el fin de preservar la salud de los menores<sup>12</sup>.

Como todos sabemos, el confinamiento al que ha dado lugar la declaración del estado de alarma ha provocado que, por ejemplo, no se hayan podido cumplir con los regímenes de visitas a los menores o, incluso, no se ha podido cumplir con el régimen de las custodias compartidas. Asimismo, la situación económica de los progenitores obligados al pago de las pensiones de alimentos también se ha podido ver afectadas, en numerosas ocasiones, como consecuencia del COVID-19. Todo ello, sin duda, ha provocado un incremento en el número de reclamaciones judiciales solicitando una modificación de medidas en ambos sentidos, es decir, bien solicitando una disminución en la pensión de alimentos o, por el contrario, solicitando un aumento de la misma.

En definitiva, y tal como determina el Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, este procedimiento tiene como objetivo proteger el interés superior de los menores que se pueda ver afectado como consecuencia del COVID-19, así como resolver de la manera más rápida posible las mencionadas reclamaciones en materia de familia.

En este sentido, el Preámbulo de la citada norma establece que resulta de particular interés

[...] la regulación «ex novo» de un procedimiento especial y sumario para la resolución de cuestiones relativas al derecho de familia directamente derivadas de la crisis sanitaria. Las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias han tenido incidencia en el normal desarrollo del régimen de custodia y de visitas de menores, provocando en ocasiones desequilibrios en los tiempos de disfrute, lo cual es previsible que pueda desembocar en demandas y solicitudes ante los juzgados con competencias en materia de derecho de familia. Por otra parte, las consecuencias económicas que se derivarán de la crisis del COVID-19 pueden conllevar alteraciones en las

---

10 El Informe de la Presidencia sobre la situación y destino de los jueces de adscripción territorial y jueces de la promoción 69ª, ordenada por antigüedad en el escalafón, así como el informe de la Presidencia sobre órganos judiciales reforzados o pendientes de reforzar con magistrado o juez, se encuentra disponible en <https://cutt.ly/5fQXrgR> (actualizado a 14 de julio de 2020).

11 *Vid.* Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial dedicada a los letrados de la administración de justicia y de la oficina judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 2 de Julio de 1985).

12 Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 13 marzo de 2020 (Sesión extraordinaria), disponible en <file:///Users/usuario/Downloads/20200313%20BoletinesAcuerdosCP%20-%20Extraordinaria.pdf> (última consulta 21.09.2020).



situaciones económicas de las personas obligadas al pago de pensiones alimenticias o bien en las situaciones de quienes las reciben, lo que dará lugar a que sean instados procedimientos para la modificación de tales medidas. Para dar una respuesta rápida y eficaz a tales pretensiones, se regula en presente real decreto-ley este procedimiento especial pensando en particular en el interés superior de las personas menores afectadas y contribuyendo a su mejor protección.

En este momento, como se desprende del propio título de este trabajo, nos centraremos exclusivamente en el ámbito de aplicación del citado procedimiento creado por el legislador para resolver con mayor celeridad y agilidad las reclamaciones relativas al derecho de familia como consecuencia de la crisis provocada por el COVID-19 dejando a un lado el resto de medidas procesales y concursales, así como las medidas organizativas y tecnológicas que se incorporan en los capítulos II y III del citado RD-ley.

Dado que, como veremos a continuación, no solo se crea un nuevo procedimiento en materia de familia, y fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que, además, se le reconoce carácter preferente en su tramitación, terminaremos este trabajo haciendo referencia a la tramitación preferente de determinados procedimientos previsto en este RD-ley.

## **2 PROCEDIMIENTO ESPECIAL Y SUMARIO EN MATERIA DE FAMILIA.**

### **2.1 Ámbito de aplicación del procedimiento especial y sumario en materia de familia**

En el citado Real Decreto-ley 16/2020, como advertíamos anteriormente, se regula un procedimiento especial, preferente y sumario para cuestiones de familia derivadas de la pandemia y relativas a regímenes de visitas o custodias compartidas no disfrutadas, así como la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, cuya revisión sea consecuencia de una variación en las circunstancias económicas de los cónyuges y progenitores por la crisis sanitaria originada por el Covid-19.

Dado que el examen de esta cuestión daría para llevar a cabo un exhaustivo trabajo de investigación, trataremos, en este momento, porque excede en mucho del alcance de nuestro estudio, de ofrecer al lector un planteamiento general de la situación provocada tras la regulación de este procedimiento especial y sumario en el citado RD-ley.

Se regula “*ex novo*” un procedimiento especial y sumario para la resolución de cuestiones relativas al derecho de familia directamente derivadas de la crisis sanitaria<sup>13</sup>. En primer lugar, por lo tanto, podemos comprobar que nos encontramos ante un procedimiento cuyo ámbito de aplicación se encuentra perfectamente delimitado en el artículo 3 RD-ley 16/2020, siendo así que nos encontramos ante un procedimiento a través del cual se tramitarán las siguientes demandas:

- a) Las que versen sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias

---

<sup>13</sup> Precisamente en favor de abolir el juicio verbal y los procesos especiales y sumarios en el ordenamiento jurídico español se puede consultar la obra de GIMENO SENDRA, V., “La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios”, en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 51, mayo 2020.

con el objeto de evitar la propagación del COVID-19.

b) Las que tengan por objeto solicitar la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando la revisión tenga como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas de cónyuges y progenitores como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19<sup>14</sup>.

c) Las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos, cuando dichas pretensiones tengan como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas del pariente obligado a dicha prestación alimenticia como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

A la vista del ámbito de aplicación de este nuevo procedimiento en materia de familia, y tal y como se desprende de la exposición de motivos del RD-ley, el legislador ha querido tener en cuenta los efectos de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en el normal desarrollo del régimen de custodia y de visitas de menores que, ante el posible desequilibrio en los tiempos de disfrute, pueda provocar un incremento en las demandas y solicitudes ante los juzgados con competencia en materia de derecho de familia.

Igualmente, el legislador no ha querido dejar de lado un posible incremento en el número de las reclamaciones por impago de las pensiones alimenticias como consecuencia de la crisis económica derivada del COVID-19 en las personas obligadas al pago de dichas pensiones. En este sentido, y atendiendo igualmente a la situación de las personas que reciben dichas pensiones de alimentos, el legislador para dar una respuesta rápida y eficaz también a estos procedimientos de modificación de medidas regula este procedimiento especial con la finalidad de lograr una mayor protección del interés superior de las personas menores afectadas.

Sin embargo, esta redacción resulta un tanto ambigua desde el punto y hora que parte de conceptos como el de cargas del matrimonio que no se encuentra definido en nuestro Código Civil<sup>15</sup> por lo que hay que acudir a un concepto de cargas del matrimonio de carácter doctrinal<sup>16</sup> y jurisprudencial<sup>17</sup>

14 El artículo 774 LEC regula las medidas definitivas: “1. En la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.

2. A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar.

3. El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.

4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

5. Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Letrado de la Administración de Justicia la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio.

15 El artículo 1318 Cc hace referencia al levantamiento de las cargas del matrimonio

16 Según CHAPARRO MATAMOROS las cargas del matrimonio comprenden “la totalidad de los gastos que se derivan de la convivencia familiar, ya sean de carácter general u ordinario (alimentación, vestido, educación, etc.), o de carácter extraordinario (por ejemplo, actividades extraescolares de los hijos)”. Vid. CHAPARRO MATAMOROS, P., “La economía del matrimonio”, en *Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, De Verda y Beamonte, J.R., (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p.126 y ALBALDALEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de familia, Ed. Bosch, Barcelona 1991, p.149.

17 Vid. Por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 2006 según la cual “la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar” (TOL 952779).

La competencia para conocer de este nuevo procedimiento se determina en función de la materia objeto del mismo.:

1.- Para los que versen sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida y las solicitudes de revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, esto es, en relación a los procedimientos a los que se refieren los apartados a) y b) del artículo 3 RD-ley, la competencia recae sobre el juzgado que hubiera resuelto dichos regímenes de visitas o custodia compartida cuyo reequilibrio se inste o aquel que hubiera acordado las medidas definitivas cuya revisión se solicita.

2.- Para el procedimiento sobre el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos previsto en el apartado c) del artículo 3 de la citada norma, será competente el Juzgado de Primera Instancia<sup>18</sup> del lugar del último domicilio común de los progenitores, cuando se trate del establecimiento de la prestación de alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores<sup>19</sup>.

3.- Cuando se trate de la prestación de alimentos en favor de cualquier otro alimentista, sin embargo, se aplicarán las reglas generales previstas para la determinación de la competencia territorial en el artículo 50 LEC<sup>20</sup>.

4.- Cuando la demanda verse sobre la revisión de la prestación de alimentos, la competencia se atribuye al juzgado que determinó dicha prestación de alimentos.

La tramitación de este procedimiento que, siguiendo la regla general, comienza con una demanda<sup>21</sup>, viene establecida en el artículo 5 R.D-ley pero sin olvidar que, para todo lo no previsto en esta norma, se seguirán los trámites del juicio verbal según lo establecido en la LEC<sup>22</sup>.

En primer lugar, para las reclamaciones sobre la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, así como las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos por haber variado sustancialmente las circunstancias económicas del pariente obligado a dicha prestación alimenticia como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19, apartados b) y c) del artículo 3 RD-ley, el demandante deberá presentar, junto con la demanda uno de estos documentos:

a) un certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios de desempleo, en caso de situación legal de desempleo, o

18 Según determina el artículo 85 LOPJ, los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:

*"1. En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales.*

*2. De los actos de jurisdicción voluntaria en los términos que prevean las leyes.*

*3. De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Paz del partido.*

*4. De las cuestiones de competencia en materia civil entre los Juzgados de Paz del partido.*

*5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.*

*6. De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora".*

19 Vid. Artículo 769.3 LEC.

20 Que, en lo que al fuero general de las personas físicas se refiere, establece que: *"1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio.*

*2. Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor.*

*3. Los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor".*

21 Para lo que debemos atender a lo previsto en el artículo 399 LEC que regula la demanda.

22 Vid. Artículo 437 y ss. LEC.

b) el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria<sup>23</sup> sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado que acredite el cese de actividad o disminución de ingresos, en el caso de trabajadores por cuenta propia.

Se exige, en definitiva, como establece la propia norma, presentar un principio de prueba documental por lo que entendemos que se debe admitir no solo los documentos mencionados en este RD-ley, sino cualquier documento que, por ejemplo, certificara una reducción de salario del progenitor obligado al pago como consecuencia del COVID-19 pero que no ha perdido su empleo como se prevé en los supuestos del artículo 3.

El Letrado de la Administración de Justicia, tras admitir a trámite la demanda, acordará que se cite a una vista a las partes y al Ministerio Fiscal, cuando proceda. La vista se celebrará dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de admisión de la demanda.

En consonancia con el objetivo del legislador de potenciar tanto el uso de la mediación como otros métodos de resolución de conflictos que eviten o pongan fin al proceso, se prevé para este procedimiento la posibilidad de que las partes, antes de la celebración de la vista, intenten llegar a un acuerdo que, posteriormente, será homologado por el juez<sup>24</sup>. No obstante, en el supuesto de que el objeto del proceso afectara a menores, el juez para homologar el acuerdo atenderá fundamentalmente al interés superior del menor.

Específicamente para las demandas que versen sobre las pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida en los supuestos que establece el apartado a) del artículo 3 RD-ley, además, el legislador prevé la posibilidad, si el juez lo considera necesario, de dar audiencia, de manera reservada dice la ley, a los hijos menores<sup>25</sup>. En todo caso, este trámite de audiencia se dará para los hijos mayores de doce años.

El desarrollo de la vista comienza con la intervención de la parte demandante que debe ratificar la demanda, aunque, incluso, se le da posibilidad de ampliarla siempre que no realice variaciones sustanciales. Con posterioridad, la parte demandada toma la palabra para contestar a la demanda. Cabe la posibilidad de solicitar el recibimiento del pleito a prueba y formular reconvencción<sup>26</sup> con el riesgo que, obviamente, supone para el demandante desconocer cuál es la intención del demandado en el acto de la vista.

Con cinco días de antelación a la fecha fijada para la celebración de la vista, las partes deberán solicitar las pruebas que quieran que se practiquen en la vista y que requieran de citación o requerimiento. Igualmente, en dicho plazo, se solicitarán los documentos que no se encuentren a su disposición y se encuentren en posesión de instituciones públicas o privadas.

---

23 En su caso, por las administraciones tributarias competentes de la Comunidad Foral de Navarra o de los Territorios Históricos del País Vasco.

24 Los instrumentos que las partes pueden utilizar para llegar a un acuerdo son múltiples pues tal y como prevé el artículo 19 LEC nos encontramos ante un proceso en el que rige el principio de la libre disposición de las partes. Como consecuencia del principio dispositivo las partes disponen del objeto del proceso pudiendo ponerle fin en cualquier momento bien llegando a un acuerdo entre ellas a través de un desistimiento por parte del demandante, de una satisfacción extraprocésal o una petición de homologación judicial del acuerdo al que hubieren llegado. Igualmente, las partes podrán hacer uso de los clásicos métodos autocompositivos como la mediación o la conciliación. *Vid.* Artículos 19 a 22 LEC, así como la Ley de Mediación (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012) y artículos 139 a 148 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que regula la conciliación (Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 julio de 2015).

25 GONZÁLEZ DEL POZO considera que esta audiencia o exploración del menor anterior a la celebración de la vista parece querer evitar la coincidencia de éstos con sus progenitores en la fecha de la celebración de la vista. Sin embargo, afirma este autor, lo más lógico es que el menor acuda al juzgado acompañado de su padre o de su madre, o incluso de ambos, por lo que nos encontramos ante una medida ineficaz. (GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril", en *Diario La Ley*, núm. 9624, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 4 de mayo de 2020).

26 Con la reconvencción, como de todos es sabido, el demandado puede oponerse a la demanda y a la vez demandar a la parte demandante. Sobre la reconvencción en el juicio verbal *Vid.* Artículo 438 LEC.

En el acto de la vista se practicarán tanto las pruebas con las que asistan las partes como aquellas acordadas por el juez de oficio. Ante la imposibilidad de la práctica de estas pruebas, el juez señalará el plazo en que deban practicarse, que no excederá de quince días.

Tras la práctica de la prueba, las partes “podrán” formular oralmente sus conclusiones. La norma no especifica nada más al respecto por lo que debemos entender que la formulación oral de las conclusiones de las partes tras la práctica de la prueba en el acto de la vista dependerá de la voluntad del órgano jurisdiccional ante el que se esté tramitando el procedimiento.

Como una de las principales novedades de este procedimiento especial, se presenta la posibilidad de que, una vez finalizada la vista, el juez pueda dictar resolución, auto o sentencia<sup>27</sup>, según corresponda, por escrito o de forma oral, en el plazo de tres días hábiles. Si la resolución judicial es de forma oral, se deberá documentar incluyendo junto al fallo, una sucinta motivación. En este caso de resolución oral, la misma se convertirá en firme ante la declaración de las partes de su decisión de no recurrir. En otro caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución redactada conforme a lo que acabamos de ver.

No podemos dejar de mencionar, en lo que a la tramitación de este procedimiento especial y sumario en materia de derecho de familia se refiere, una de las grandes novedades de este RD-ley que, prevista en el artículo 19, no ha estado exenta de críticas<sup>28</sup> y que determina que la celebración de la vista será preferentemente mediante presencia telemática mientras dure el estado de alarma y durante los tres meses siguientes<sup>29</sup>. No obstante los recelos que provoca el uso de las videoconferencias para las vistas en los juicios, MAGRO SERVET no solo defiende el uso de las vistas telemáticas, sino que lamenta que se haya tenido que suspender la actividad judicial por la falta de empleo de las nuevas tecnologías al servicio de la Administración justicia. Dando un paso más, este autor analiza las ventajas que estas vistas telemáticas ofrecen tanto al justiciable como al Estado, aconsejando su uso habitual tras el citado 31 de diciembre fijado como fecha límite para el uso de estas vistas judiciales a través de videoconferencias por el Gobierno en el RD-ley<sup>30</sup>.

---

27 El artículo 206 LEC regula las clases de resoluciones y el apartado primero se establece que: “1. Son resoluciones judiciales las providencias, autos y sentencias dictadas por los jueces y Tribunales.

En los procesos de declaración, cuando la ley no exprese la clase de resolución judicial que haya de emplearse, se observarán las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Se dictará providencia cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto.

2.<sup>a</sup> Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvencción, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones.

También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto”.

28 La crítica más importante hace referencia a la posible pérdida de garantías procesales derivada del uso de medios telemáticos para la celebración de la vista. En este sentido *Vid.* Por todos RICHARD GONZÁLEZ, M., “Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial”, en *Diario La Ley*, Nº 9654, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 16 de junio de 2020.

29 Sobre la celebración de las vistas telemáticamente se puede consultar el estudio de GARCÍA SANZ, J., Y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA J., “Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración”, en *Diario La Ley*, núm. 9659, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 23 de junio de 2020 y MARCA MATUTE, J., “Juicios virtuales en tiempos del coronavirus”, en *Diario La Ley*, núm. 9688, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 3 de septiembre de 2020.

30 MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. «Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus»». De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, Nº 9646, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 4 de junio de 2020 (versión electrónica).



Ya a principios de siglo, algún sector doctrinal<sup>31</sup>, defendía el uso de la videoconferencia en la Administración de justicia poniendo de manifiesto las diferentes ventajas que de ello derivaban como, por ejemplo:

- 1.- Agiliza la comunicación y, por lo tanto, de la actividad jurisdiccional
- 2.- Garantiza la autenticidad de la declaración prestada al permitir ver la imagen y oír la voz del que declara en tiempo real
- 3.- Disminuye los riesgos de fuga
- 4.- Se reduce la suspensión de juicios por incomparecencias al permitir la videoconferencia.
- 5.- Supone una comodidad para las partes, testigos, peritos o funcionarios
- 6.- Se suprimen desplazamientos innecesarios de peritos, testigos o partes, y de agentes, lo que supone un importante ahorro económico, etc...

MAGRO SERVET, al hilo de la regulación normativa que permite provisionalmente la celebración de las vistas a través de videoconferencia como consecuencia del estado de alarma creado por el COVID-19, llega a una serie de conclusiones que presenta como Decálogo<sup>32</sup>:

- “1.- La videoconferencia supone un ahorro de costes impresionante para el Estado español por evitar las esperas de ciudadanos y bajas laborales por tener que acudir físicamente a dependencias judiciales. Pueden hacerlo desde su centro de trabajo con la plataforma que se habilite.
- 2.- Lo mismo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que evita su pérdida de tiempo y largas esperas que permite con la videoconferencia que declaren desde dependencias policiales.
- 3.- Reduce al máximo los riesgos de contagios por virus al reducir el número de personas que declaran vía presencial en el órgano judicial.
- 4.- Evita el traslado de detenidos al juzgado de guardia, costes de estos desplazamientos y riesgos de contagios.
- 5.- Supone una herramienta básica en el caso de declaraciones de testigos protegidos y en el caso de víctimas de violencia de género y de delitos contra la libertad e indemnidad sexual al impedir la proximidad física del acusado con la víctima en el juicio, lo que agrava la victimización secundaria.
- 6.- En los juicios penales donde se opte por conectar con el centro penitenciario para el juicio penal se evitan costes y molestias por traslados. No hay merma de derechos del acusado. Se garantiza su contacto con su letrado/a.
- 7.- En todos los órdenes jurisdiccionales las partes, testigos y peritos evitan desplazamientos y esperas. No es preciso que la conexión se lleve a cabo con una sede judicial. Debe habilitarse el uso de plataformas virtuales que existen en la actualidad y se utilizan en las relaciones privadas, y que se han desarrollado en su uso durante el estado de alarma.

Supone otorgar una justicia de mayor calidad y comodidad a los ciudadanos que se acercan a la justicia

Al mismo tiempo cualquier letrado/a debería tener derecho a optar por llevar a cabo su comparecencia en una vista judicial por la plataforma digital de comunicación virtual que se le señale es la utilizada por el órgano judicial.

---

31 *Vid. VELASCO NUÑEZ, E.*, “La videoconferencia y la Administración de Justicia”, en *Diario La Ley*, núm. 5630, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2002 (Ref. D-217), p.1776.

32 *MAGRO SERVET, V.*, “Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. «Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus». De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, N° 9646, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 4 de junio de 2020 (versión electrónica), p.8-9.

8.- La videoconferencia debe ser la regla general y la vía presencial la excepción. El art. 19 RD 16/2020 (LA LEY 5843/2020) debe extender su vigencia más allá de los tres meses después al alzamiento del estado de alarma.

9.- No hay nada que no se pueda hacer con el uso de la videoconferencia en su comparación con la presencia física en el juicio. Existe la misma inmediación, concentración y publicidad cuando se usa la videoconferencia, y en el proceso penal no existe, como se ha expuesto, merma alguna del derecho de defensa.

10.- La inversión en tecnología de videoconferencia y plataformas de comunicación virtual que permita la conexión entre órganos judiciales y profesionales y ciudadanos es la mejor inversión que hoy en día se puede hacer para agilizar los procedimientos y dotar de más calidad a las relaciones entre los ciudadanos y la justicia.

Al hilo de la cuestión que nos corresponde tratar a continuación, pero que afecta concretamente, entre otros, a este procedimiento especial y sumario, debemos poner de manifiesto que, en función de lo previsto en el artículo 7 RD-ley, este tipo de procedimiento tendrá tramitación preferente.

Es cierto que cuando escribimos estas líneas, hace ya algunos meses que finalizó el estado de alarma<sup>33</sup>, sin embargo, el artículo 7 RD-ley que regula la tramitación preferente de algunos procedimientos se aplica, precisamente, desde que se levanta la suspensión de los plazos procesales<sup>34</sup> hasta el 31 de diciembre de 2020<sup>35</sup>.

Sin embargo, la vigencia temporal de este procedimiento no es una cuestión pacífica en la doctrina por cuanto surgen dudas en cuanto a la interpretación que deba dársele, en atención a lo previsto en el artículo 3 RD-ley, al plazo determinado en el artículo 7 del mismo RD-ley puesto que, de la dicción literal del primero, podría desprenderse la idea de que a partir de los tres meses desde que finalice el estado de alarma, estas reclamaciones ya no se tramitarán a través de este procedimiento especial. Si esto fuera así, los procesos pendientes deberían resolverse por los cauces del juicio verbal ordinario. Según esta interpretación, la doctrina entiende que esto nos llevaría a tener que tramitar este tipo de demandas por los cauces del procedimiento especial y sumario hasta una fecha y, a partir de los tres meses desde que haya finalizado el estado de alarma, por los cauces del juicio verbal ordinario.

Partiendo de la idea, lógica por otra parte, de que las demandas que se admitan a trámite antes de la finalización del mencionado plazo de los tres meses deben tramitarse por los cauces del procedimiento especial y sumario regulado en el artículo 3 RD-ley, independientemente que no hubieran finalizado antes del 31 de diciembre, la doctrina, de nuevo, se cuestiona cómo debemos interpretar el carácter preferente reconocido en el artículo 7 RD-ley, en el sentido de si lo previsto en la citada norma significa que, llegado el 31 de diciembre, dichos procedimientos pierden el derecho a una tramitación preferente. La conclusión a la que se llega al relacionar ambos artículos es que los procedimientos especiales y sumarios que se presenten antes de terminar el plazo de los tres meses desde la finalización del estado de

---

33 *Vid.* Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Artículo 2: “La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 7 de junio de 2020 hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020”.

34 Por el RD 463/2020, de 14 de marzo.

35 Sobre los problemas que pueden derivar de la tramitación preferente de los procedimientos previstos en el artículo 7 RD-ley *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, 30 de abril de 2020.

alarma<sup>36</sup> gozarán de carácter preferente hasta el 31 de diciembre<sup>37</sup>.

## 2.2 Tramitación preferente de determinados procedimientos

Aunque ya hemos adelantado los problemas que derivan de la deficiente redacción de las normas que regulan la tramitación preferente en los procedimientos especiales y sumarios en materia de familia que acabamos de estudiar, debemos tener en cuenta que este privilegio está previsto para más expedientes y procedimientos tanto del orden jurisdiccional civil, como contencioso-administrativo, así como en el ámbito de la jurisdicción voluntaria:

- Los procesos o expedientes de jurisdicción voluntaria de prestación de alimentos. Esto es en los procesos o expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se adopten las medidas a las que hace referencia el artículo 158 Código Civil.

- Falta de reconocimiento por la entidad acreedora de la moratoria legal en las hipotecas de vivienda habitual y de inmuebles afectos a la actividad económica.

- Cualesquiera reclamaciones que pudieran plantear los arrendatarios por falta de aplicación de la moratoria prevista legalmente o de la prórroga obligatoria del contrato, así como los procedimientos concursales de deudores que sean personas naturales y que no tengan la condición de empresarios. Como novedad de la Ley 3/2020 se incluyen los procedimientos concursales de deudores que sean personas naturales con la condición de empresarios.

- Contra los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas por los que se deniegue la aplicación de ayudas y medidas previstas legalmente para paliar los efectos económicos de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

- Por despido o extinción de contrato.

- Para declarar el deber y forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido recuperable previsto en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo.

- Aplicación del plan MECUIDA del artículo 6 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

- Impugnación individual, colectiva o de oficio de los expedientes de regulación temporal de empleo por las causas reguladas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

- Para hacer efectiva la modalidad de trabajo a distancia o la adecuación de las condiciones de trabajo previstas en el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

En el orden social se añaden también entre los procedimientos con tramitación preferente:

- Las denegaciones de prestaciones extraordinarias por cese de actividad previstas en el art.17 del RD-Ley 8/20.

- Las resoluciones denegatorias de solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

- Las reclamaciones sobre condiciones de trabajo de funcionarios y personal laboral de las Administraciones públicas.

---

<sup>36</sup> 11 de agosto 2020.

<sup>37</sup> Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril", en *Diario La Ley*, núm. 9624, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 4 de mayo de 2020, p.5.

La Ley 3/2020 elimina el carácter preferente para la tramitación del proceso especial y sumario que nace en el RD-ley con vocación de desaparecer finalizado el plazo previsto. Sin embargo, incluye como procedimiento de tramitación preferente las resoluciones denegatorias de solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, sin perjuicio del desarrollo reglamentario de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa prevista por la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, y las reclamaciones sobre condiciones de trabajo de funcionarios y personal laboral de las Administraciones públicas.

Como establece el apartado segundo del artículo 2 Ley 3/2020 que, al igual que establecía el artículo 7 RD-ley, todo ello sin perjuicio del carácter preferente que tienen reconocidos otros procedimientos en función de lo que establezcan las leyes procesales.

Se incluyen determinados procedimientos en materia de registro civil<sup>38</sup> entre los procedimientos que tienen reconocida tramitación preferente. Así, se establece en este nuevo régimen normativo que se tramitarán de manera preferente:

- las inscripciones de nacimientos, matrimonios y defunciones;
- la expedición de certificaciones, incluidas las de fe de vida y estado;
- los expedientes de matrimonio y celebración de bodas;
- el trámite de jura en los expedientes de nacionalidad.

## REFERÊNCIAS

ALBALDALEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de familia, Ed. Bosch, Barcelona 1991.

CHAPARRO MATAMOROS, P., "La economía del matrimonio", en *Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, De Verda y Beamonte, J.R., (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

GARCÍA SANZ, J., Y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA J., "Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración", en *Diario La Ley*, núm. 9659, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 23 de junio de 2020.

GIMENO SENDRA, V., "La abolición del juicio verbal y de los procesos especiales y sumarios", en *Revista General de Derecho Procesal* núm. 51, mayo 2020

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n.º 16/2020, de 28 de abril", en *Diario La Ley*, 30 de abril de 2020.

MAGRO SERVET, V., "Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. «Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus». De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril", en *Diario La Ley*, Nº 9646, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 4 de junio de 2020.

MARCA MATUTE, J., "Juicios virtuales en tiempos del coronavirus", en *Diario La Ley*, núm. 9688, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 3 de septiembre de 2020.

---

38 En relación con el Registro Civil, la Disposición final quinta que modifica la Disposición Final Décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece que: "La presente Ley entrará en vigor el 30 de abril de 2021, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», y excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal, que entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1 y 4, 64, 66 y 67.3, y la disposición adicional novena, en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil". Asimismo, esta Ley entrará en vigor para las oficinas consulares del Registro Civil el día 1 de octubre de 2020, aplicándose de forma progresiva de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria séptima y las disposiciones reglamentarias que se dicten al efecto. Hasta la completa entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles.»

RICHARD GONZÁLEZ, M., “Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial”, en *Diario La Ley*, núm. 9654, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 16 de junio de 2020.

TORRES ROSELL, N., “¿La aceleración de la actividad judicial depende de la restricción de derechos procesales?: modificación y supresión de recursos en el proceso penal (propuestas 4.6 y 4.13 del CGPJ)”, en *Diario La Ley*, núm. 9664, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 1 de Julio de 2020.

#### ABREVIATURAS

BOE (Boletín Oficial del Estado)  
CFR (Confróntese)  
CGPJ (Consejo General del Poder Judicial)  
LC (Ley Concursal)  
LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil)  
LECRIM (Ley de Enjuiciamiento Criminal)  
LNM (Ley de Navegación Marítima)  
LJV (Ley de la Jurisdicción Voluntaria)  
OPCIT. (Obra citada)  
RD (Real Decreto)  
RD-LEY (Real Decreto-Ley)  
VID (Véase)



# A REVISÃO DE ALIMENTOS PÓS PANDEMIA E O ÔNUS DE PROVA DO DEVEDOR: NÃO HÁ PRESUNÇÃO DE PERDA OU REDUÇÃO DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA PELA CRISE ECONÔMICA

**Cristiano Chaves de Farias**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Complexo de Ensino Renato Saraiva. Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

*“A gente não quer só comida; a gente quer comida, diversão e arte; A gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte...”  
(Titãs, Comida, de Arnaldo Antunes)*

---

**Sumário:** 1 Breve colocação do problema: a pandemia alterou o sistema jurídico? 2 Lineamentos sobre o cabimento da revisão de alimentos; 3 A pandemia é motivo bastante para a revisão de alimentos? 4. À guisa de arremate: o ônus de prova do devedor da perda ou redução de sua capacidade contributiva;

## 1 BREVE COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: A PANDEMIA ALTEROU O SISTEMA JURÍDICO?

O ineditismo de uma pandemia de proporções mundiais e a insegurança quanto às suas consequências são marcas visíveis dela decorrentes, facilmente detectadas nas relações jurídicas e sociais, como um todo.

E, em razão disso, decorre um estado de incerteza quanto à aplicação de determinadas categorias jurídicas, como a obrigação alimentícia. Algumas indagações parecem estar cercadas de dúvidas, gerando uma hesitação entre os juristas. Uma delas vem se tornando muito frequente: é possível a revisão de alimentos para redução do *quantum* com esteio, apenas e tão somente, na existência da pandemia?

Sem dúvida, a continuidade e a destinação à subsistência digna do credor produzem sobre a revisão de alimentos questionamentos de grande importância prática.

Aliás, a possibilidade de utilização da prisão civil como meio coercitivo para a efetivação do crédito alimentícia (que, repita-se à exaustão, tem íntima ligação com a dignidade humana) revela cores, tons e matizes ainda mais fortes para a revisão de alimentos.

Bem por isso, a discussão sobre a possibilidade de revisão de alimentos com base na ocorrência da pandemia ganha um relevo teórico e prático, descortinando um cenário de grande interesse. Afinal de contas, é possível revisar uma pensão alimentícia por conta da pandemia?

## 2 LINEAMENTOS SOBRE O CABIMENTO DA REVISÃO DE ALIMENTOS

A possibilidade de revisão da obrigação alimentícia, majorando ou reduzindo, decorre da clareza solar do comando do art. 1.699 do Código Civil.<sup>1</sup> De fato, considerada a natureza *rebus sic stantibus* de toda e qualquer decisão ou convenção a respeito de alimentos, infere-se, com tranquilidade, a possibilidade de revisão do *quantum* alimentício, a qualquer tempo, quando modificada a capacidade contributiva de quem os presta ou a necessidade de quem os recebe.

Realmente, em se tratando de uma relação jurídica continuativa de tempo indeterminado, é muito comum a revisão da obrigação de prestar alimentos, comprovada a mudança na situação fática justificadora. Alterada a proporcionalidade decorrente da possibilidade de pagamento de quem presta e/ou da necessidade de quem recebe, justifica-se uma revisão para equalizar o *quantum* alimentar e manter o equilíbrio existente quando de sua fixação.

Buscando emprestar sentido e racionalidade ao aludido comando legal, todavia, é de se pontuar que a revisão alimentícia está claramente condicionada à comprovação de que houve uma mudança, para maior ou para menor, nos elementos objetivos, fáticos ou jurídicos, da obrigação alimentícia posterior à sua fixação, decorrente de fato superveniente. Ou seja, para a revisão de alimentos é preciso uma causa justificadora consistente na alteração ulterior da capacidade contributiva do devedor e/ou das necessidades do credor.<sup>2</sup>

Poder-se-ia prospectar, a título ilustrativo, acerca da constituição de uma nova família (casamento ou união estável) pelo devedor de alimentos como causa posterior justificadora

---

1 Art. 1.699, Código Civil: “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.”

2 Dissemos, em outra sede, em obra escrita a quatro mãos com eminente jurista das Alterosas: “a revisão dos alimentos pode implicar em majoração ou diminuição do pensionamento, a depender dos fatos supervenientes. Se, *verbi gratia*, o devedor obteve um aumento salarial, decorrente de uma promoção no emprego, e, ao mesmo tempo, aumentam as necessidades do credor, será possível a revisão. De outra banda, se o devedor comprova que o credor passou a obter renda por outro meio (por exemplo, através de um legado que lhe foi deixado), admite-se a revisão para diminuir o valor da pensão”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 6, p. 839).

da revisão. No ponto, convém sublinhar, contudo, que a pura e simples constituição de uma nova família não é bastante, sendo preciso explicitar que houve uma alteração da condição econômica do devedor,<sup>3</sup> até porque ao constituir uma nova família já tinha ele conhecimento de seus deveres financeiros. Ademais, permitir que a simples constituição de uma nova família seja causa suficiente para diminuição do *quantum* alimentício poderia servir de estímulo a práticas fraudulentas, com intuito de prejudicar o credor.

Infere-se, pois, que a decisão que impõe a obrigação alimentícia faz coisa julgada material, submetida, porém, à cláusula *rebus sic stantibus*, permitindo revisão posterior (para manter o equilíbrio proporcional dos elementos que serviram de base para o seu arbitramento), mediante fato superveniente demonstrador da perda da capacidade contributiva do devedor e/ou do aumento das necessidades do credor.

### **3 A PANDEMIA É MOTIVO BASTANTE PARA A REVISÃO DE ALIMENTOS?**

Seguramente, sequer os mais criativos humanos não imaginariam que o ano de 2020 seria marcado por uma pandemia de proporções mundiais, impondo, conforme a orientação da Organização Mundial de Saúde, medidas restritivas de isolamento social, geradoras de impactos negativos na economia.

Dúvida inexistente sobre a singularidade, delicadeza e dificuldades propiciadas pelas medidas aplicadas pelo Poder Público praticamente em todos os países, apesar de alguma variação de extensão das restrições.

E, nessa terrível arquitetura, um dos campos mais impactados foi, inegavelmente, a economia. Ao lado de um considerável volume de desempregos, apresentou-se uma redução da capacidade contributiva de inúmeros devedores de alimentos.

Então, precipitaram-se vozes, absolutamente bem intencionadas, a verberar o cabimento da revisão de alimentos com esteio na ocorrência pandêmica que causou terríveis consequências sobre a economia brasileira – e mundial, em última análise.

A assertiva, no entanto, não se revela razoável ou dotada de juridicidade. Com efeito, para que se justifique uma revisão de alimentos é preciso que seja *efetivamente comprovada a perda ou redução da capacidade contributiva do devedor*, não podendo ser presumido o fato. Até mesmo porque, sob o prisma realístico, nem todas as categorias profissionais foram afetadas pela pandemia. Algumas delas (é bem verdade que poucas) chegaram, até mesmo, a obter uma melhoria, como o setor de farmácias, supermercados e *delivery*.

Em sendo assim, a ocorrência da pandemia, por si só, não é motivo bastante para a revisão dos alimentos, impondo-se ao devedor-interessado a efetiva comprovação da sua perda ou redução da possibilidade de arcar com o dever alimentício no percentual originário. No ponto, não é despiciendo invocar a lição do saudoso jurista gaúcho Belmiro Pedro Welter, alertando que para o êxito de uma ação de revisão de alimentos “não basta a alegação quanto a indícios de modificação na fortuna do obrigado; faz-se necessária prova robusta, inequívoca, de real alteração de sua condição financeira”.<sup>4</sup>

---

3 No sentido do texto, a jurisprudência vem firmando a sua orientação: “A constituição de nova família não justifica, por si só, a minoração da verba alimentícia devida. Entretanto, o advento de prole de outro casamento, aliado à perda do emprego, pode ser levado em consideração como fator que contribuiu para a alteração da condicionante da possibilidade do alimentante. Precedentes do STJ. Recurso improvido” (TJ/ES, Ac. 1ª Câm. Civ., Ap. Civ. 35060235344, Rel. Des. Carlos Simões Fonseca, DJES 26.8.10, p.36).

4 WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 297.

É dizer: malgrado a pandemia seja um fato notório,<sup>5</sup> que dispensa a produção de prova, a alteração da capacidade do devedor de alimentos é fato privado, a exigir clara demonstração de que, por conta deste fato superveniente e fortuito, não mais é possível honrar a obrigação nos termos e valores inicialmente fixados.

Pensar em sentido contrário seria, então, estabelecer uma falsa presunção de perda ou redução da capacidade contributiva de todos os devedores de alimentos, em claro prejuízo para o credor.

#### **4 À GUIA DE ARREIMATE: O ÔNUS DE PROVA DO DEVEDOR DA PERDA OU REDUÇÃO DE SUA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

Frente ao exposto, é possível afirmar, com segurança e tranquilidade, que não há uma presunção favorável ao devedor de que a ocorrência da pandemia justifica, automaticamente, a revisão da obrigação alimentícia.

O *punctum saliens* do problema, então, parece residir no campo processual, percebendo que o ônus de prova da perda ou diminuição da capacidade econômica é do próprio devedor, através de uma efetiva demonstração de desemprego ou de redução de seus rendimentos. Aliás, não se olvide, inclusive, que não se trata de uma prova complexa ou de difícil produção, sendo fácil para o devedor explicitar as perdas econômicas sofridas depois da pandemia.

Assim, não é caso de dispensá-lo do ônus de demonstrar, cabalmente, no processo, a existência efetiva de uma causa justificadora da revisão dos alimentos anteriormente arbitrados.

Até mesmo porque, conforme a orientação prevalecente em nossos Tribunais, “a revisão reclama robusta demonstração da alteração da condição econômica do devedor” (TJ/DFT, Ac. 4ª T.Civ., ApCív. 2008.07.1.0212219-4, rel. Des. Héctor Valverde Santana, DJU 19.10.09, p. 167).

E não se tente cogitar a possibilidade de uso, no ponto, da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória do processo.<sup>6</sup> Nesse caso, não há como obrigar o credor a fazer prova de que o devedor não sofreu qualquer repercussão negativa economicamente por conta da pandemia. Assim, a aplicação da teoria no particular do caso proposto se mostra inviabilizada.

De todo modo, o que se há de ter na tela é a busca da *maior efetividade do crédito alimentício*, afinal de contas, além de lutar contra o coronavírus, o credor também precisa sobreviver dignamente.

#### **REFERÊNCIAS**

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Ac. 1ª Câ. Cív., Ap. Cív. 35060235344, Rel. Des. Carlos Simões Fonseca, *DJES* 26.8.10.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 6.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

---

5 Art. 374, Código de Processo Civil: “não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

6 O §1º do art. 373 do Código Instrumental é de clareza solar ao permitir que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

# FUNDO ESPECIAL DE GARANTIA ALIMENTÍCIA ADOTADO EM PORTUGAL E A ADEQUAÇÃO DE SUA APLICABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO EM TEMPO DE PANDEMIA DA COVID-19

**Dayse Braga Martins**

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora e pesquisadora da graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza. Advogada. Mediadora e Conciliadora Judicial.

**Marcos Cavalcante Maia Junior**

Especialista em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza. Advogado.

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Panorama econômico do Brasil nos últimos anos: impactos na esfera familiar; 2.1. Conflitos de interesse resultantes da renovação do quadro de crise nacional; 2.2. Direito Constitucional da liberdade em face do direito à vida segundo a doutrina brasileira; 2.3. Prisão civil no direito comparado; 3. Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores (FGADM) adotado pelo sistema jurídico português; 3.1. Instrumentos de garantia ao cumprimento da prestação alimentícia no sistema jurídico brasileiro: efetividade e reflexos sociais; 3.2. Regulamentação de um fundo de garantia ao cumprimento das prestações alimentícias para o sistema jurídico brasileiro: efetividade e reflexos no cenário administrativo econômico; 4. Conclusão; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil é, sem dúvidas, um dos países cuja população representa elevado grau de judicialização de questões decorrentes das relações civis, a exemplo das obrigações de natureza alimentar. Segundo o relatório de produtividade mensal fornecido no portal do Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>1</sup>, o sistema judiciário brasileiro detém 6.238.890 processos envolvendo demandas de caráter exclusivamente familiar, havendo 1.884 unidades judiciárias responsáveis por processos dessa natureza.

Sendo assim, embora não tenhamos dados atuais e específicos quanto aos objetos da causa discutidos nas relações processuais acima mencionadas, é de notório conhecimento que boa parte do estoque judiciário está representada por ações de execução e revisão de prestações alimentícias.

De acordo com o relatório digital da justiça em números, fornecido também pelo CNJ<sup>2</sup>, no ano de 2019 havia 2.927.960 novos processos de natureza familiar, sendo 1.215.004 de ações representadas pelo tema “alimentos”; dentre estas, 430.789 eram referentes à fixação da prestação alimentícia, 151.624 relacionados à sua execução e 145.781 ligados à revisão dessa obrigação.

Sendo assim, no decorrer do presente artigo, responde-se aos seguintes questionamentos: levando-se em consideração o sistema de fundo especial de garantia alimentícia adotado em Portugal, quais são as vantagens desse instrumento jurídico sobre o método executório de constrição civil por inadimplemento das obrigações alimentares no tocante aos impactos da economia nas relações familiares? Esse instrumento, comumente utilizado por alguns países europeus, teria uma eficácia maior, menor ou semelhante à prisão civil do devedor de alimentos, considerando os impactos sociais, administrativos, econômicos e jurídicos dessa medida?

A justificativa para este trabalho está relacionada, entre outros fatores análogos, com a atual crise econômico-financeira promovida pelo cenário nacional de pandemia de Covid-19, que resultou na demissão em massa de inúmeros trabalhadores brasileiros, no fechamento de estabelecimentos comerciais dos mais variados segmentos, assim como no isolamento daqueles que foram diretamente atingidos pelo vírus que patrocina todo o caos atualmente vivenciado no sistema de saúde e que reflete em inúmeros impactos negativos no bolso do cidadão brasileiro.

Nesse sentido, estima-se que os atuais impactos econômicos determinados pela pandemia que atualmente vivenciamos decorrerão em uma chuva de demandas de natureza familiar, especialmente no tocante ao arbitramento, revisão e execução das prestações alimentícias, haja vista que, historicamente, o volume de execuções alimentícias durante períodos de crise, praticamente corresponde ao dobro de demandas existentes em períodos de estabilidade na economia nacional. Temos também como parâmetro o relato dos advogados de conflitos familiares, que retratam o aumento da inadimplência alimentar, além dos conflitos referentes à convivência familiar e visitas dos filhos.

---

1 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Módulo de Produtividade Mensal*. Brasília-DF, 2020. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincial](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPrincial). Acesso em: 23 jul. 2020.

2 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília-DF, 2020. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 23 jul. 2020.

O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar a importância da criação de um modelo de garantia alimentícia para o sistema jurídico brasileiro, considerando o atual momento de crise econômico-financeira que vivenciamos e os impactos negativos decorrentes da utilização irrestrita da prisão civil. Outrossim, tem como objetivos específicos: analisar os efeitos das recessões econômicas precedentes no âmbito das relações familiares e os conflitos de garantias constitucionais decorrentes da utilização banalizada da prisão civil no Brasil; e traçar um comparativo entre a medida coercitiva popularmente utilizada no sistema jurídico brasileiro e o fundo de garantia ao cumprimento das prestações alimentícias aplicado em Portugal.

Quanto aos aspectos metodológicos, o presente trabalho é caracterizado por uma pesquisa exploratória e descritiva, tendo em vista que busca em um primeiro momento a realização de um estudo para melhor se familiarizar com o tema, buscando descrever, explicar, esclarecer e interpretar o objeto de pesquisa. Para isso, abordou-se uma metodologia do tipo bibliográfica e documental, com a utilização de livros, revistas, publicações especializadas, artigos e dados divulgados pelo CNJ, SERASA e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Na primeira seção, busca-se inicialmente uma abordagem sobre o panorama econômico brasileiro nos últimos anos e os impactos decorrentes das recessões econômicas precedentes sobre as relações familiares, destacando o conflito de garantias constitucionais decorrentes desse fenômeno em razão da utilização irrestrita da prisão civil no Brasil, ocasião em que se analisam os posicionamentos doutrinários sobre o tema em questão, apontando, inclusive, alguns países que deixaram de aplicar essa medida.

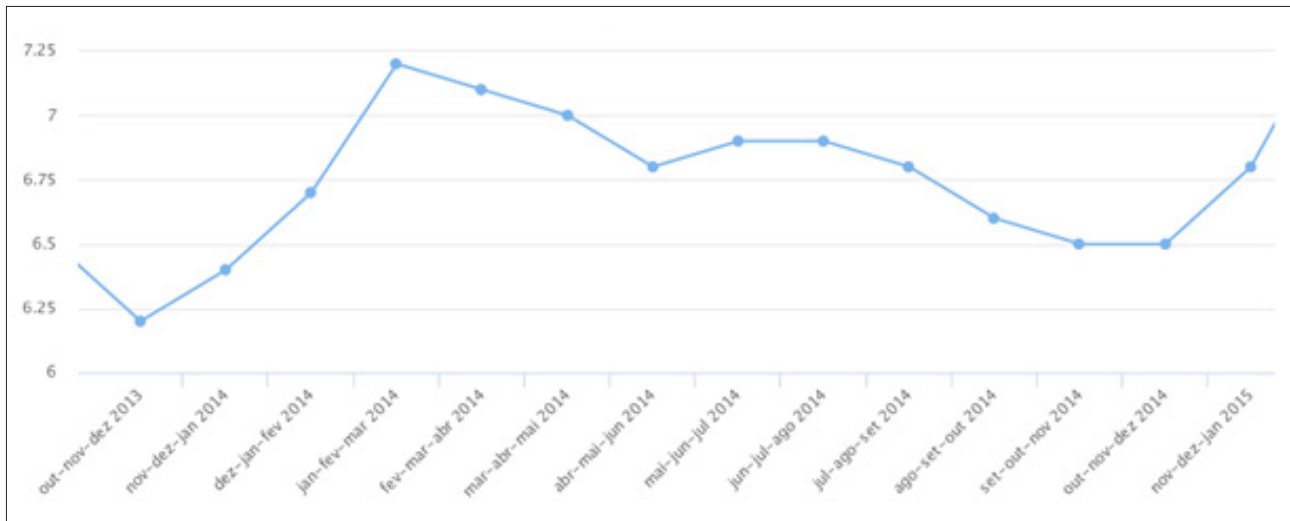
Em seguida, na segunda seção, apresentamos o instituto português de garantia ao cumprimento das prestações alimentícias e seu funcionamento prático, oportunidade na qual traçamos um comparativo entre as medidas executórias disponíveis em nosso sistema jurídico e o modelo de garantia adotado em Portugal, destacando o nível de efetividade desses instrumentos jurídicos e seus respectivos efeitos sobre o cenário social, econômico-administrativo e jurídico.

## **2 PANORAMA ECONÔMICO DO BRASIL NOS ÚLTIMOS ANOS: IMPACTOS NA ESFERA FAMILIAR**

É inegável que desde meados de 2014 o Brasil já vinha enfrentando uma crise econômica que atingiu diretamente os interesses particulares da população, levando não apenas ao alto índice de inadimplência no mercado, como também ao descumprimento das obrigações alimentares, tema objeto da presente pesquisa, o que notadamente elevou o número de demandas executórias de prestações alimentícias naquele período, refletindo negativamente em diversos cenários, especialmente na esfera econômica do alimentante e nos interesses do alimentando.

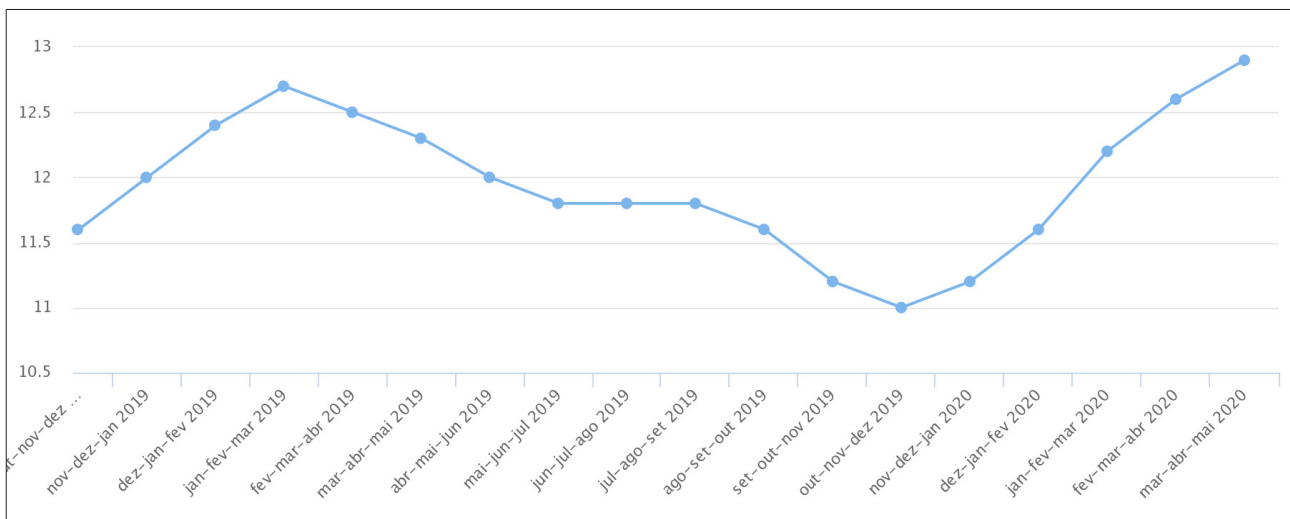
As repercussões negativas acima mencionadas, na maior parte dos casos, estavam pautadas no elevado índice de desemprego, o qual, para os devedores desta obrigação, era motivo suficiente para o não cumprimento da prestação alimentícia. Ocorre que, mesmo diante de tal realidade, o conflito de interesses existente entre o titular do crédito alimentar e seu respectivo devedor, levou os tribunais locais a desconsiderarem essa questão como justificativa suficiente para o incumprimento desta obrigação.

Para que possamos entender melhor a gravidade do momento que vivemos, traçando um simples comparativo com a crise econômica de 2014, segundo o IBGE<sup>3</sup>, o índice mais elevado da taxa de desemprego durante esse período no país, correspondia a 7,2%, chegando a atingir no ano de 2017, o valor de 13,7%.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2020).

Ademais, conforme gráficos divulgados pelo IBGE<sup>4</sup>, a taxa de desocupação durante o ano em curso elevou-se com relação ao ano de 2019, que havia apresentado a menor taxa de desemprego nos últimos quatro anos, atingindo o percentual de 12,9% no segundo trimestre, o que representa, aproximadamente, 13 milhões de pessoas desempregadas no país.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2020).

Embora não seja o foco do presente estudo, cumpre destacar que os efeitos no tocante ao momento de dificuldade enfrentado pelos brasileiros no ano de 2014 perduraram

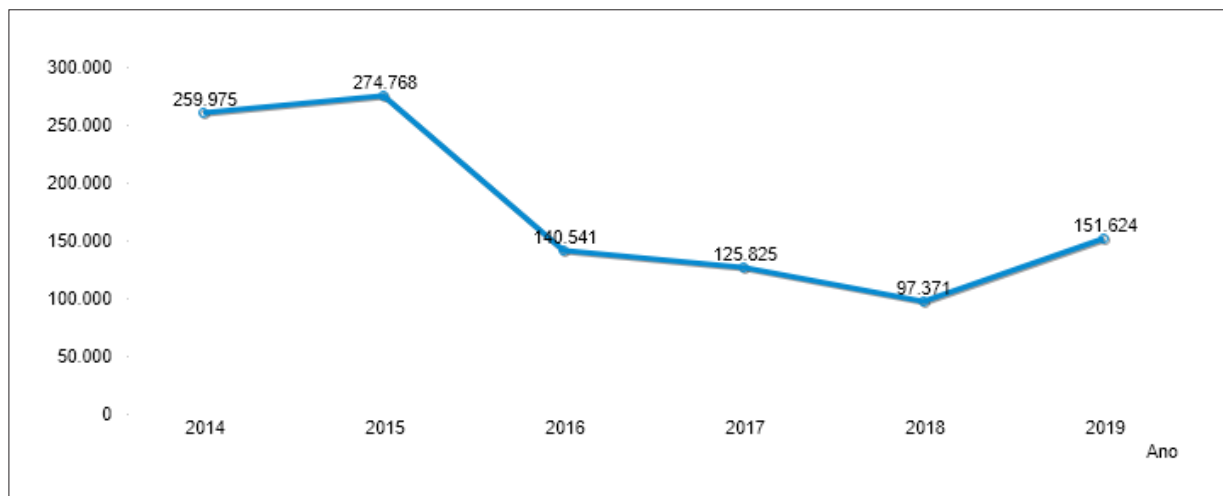
3 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Séries históricas: Taxa de desocupação*. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=series-historicas>. Acesso em: 17 jul. 2020.

4 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Séries históricas: Taxa de desocupação*. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=series-historicas>. Acesso em: 17 jul. 2020.

até o final de 2016, tendo como ponto de partida a crise mundial de 2008, que resultou, além do aumento da taxa de desemprego, que naquele momento sequer chegava a 10%, na considerável elevação do índice de inadimplência da população.

Nesse sentido, de acordo com matéria publicada no portal do SERASA<sup>5</sup>, o número de pessoas inadimplentes no Brasil durante o mês de março daquele período, atingiu o percentual de 40,3% de toda população adulta do país, representando, aproximadamente, 63 milhões de brasileiros.

Partindo-se para uma análise das repercussões negativas sobre os efeitos da crise econômica no sistema jurídico brasileiro, segundo o CNJ<sup>6</sup>, o número de novos processos de execução de prestações alimentícias no ano de 2014 correspondia a 259.975, chegando a atingir em 2015 o valor de 274.768, reduzindo apenas em 2016 e mantendo-se estável até 2019, quando atingiu a marca de 151.624 novos processos.

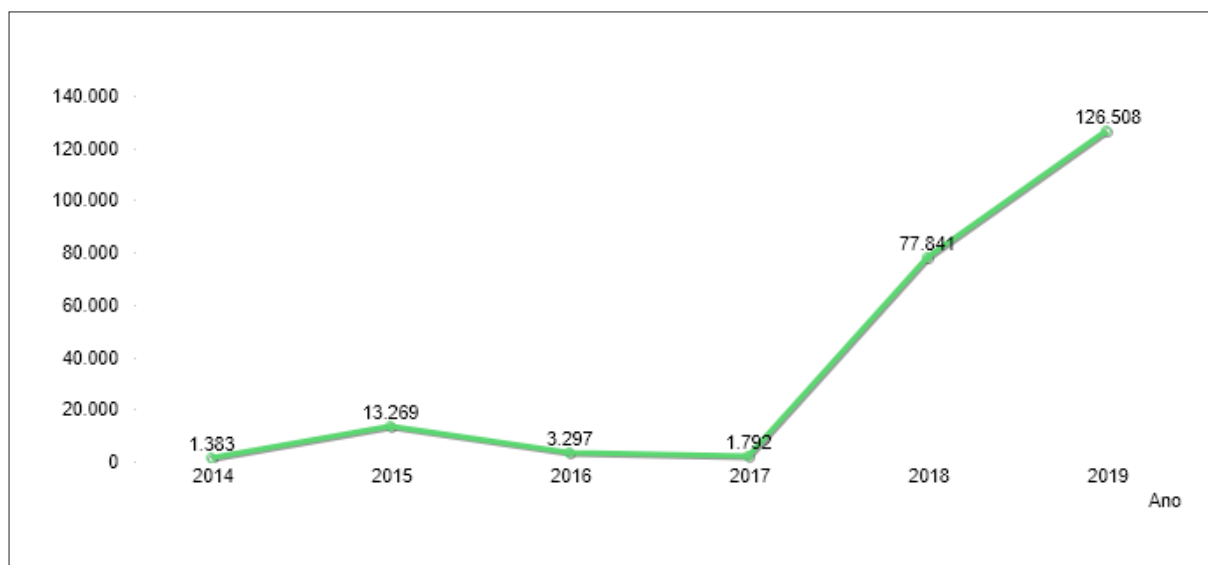


Fonte: Justiça em Números – CNJ (2020).

Além disso, observando os dados referentes ao volume de demandas com pedido de prisão civil, também disponibilizado no portal do CNJ (2020), podemos concluir que a maior parte dos processos em questão representam pedidos de constrição civil, seja por questões relacionadas a depositários infiéis, que sabemos ser juridicamente impossível em razão do Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que será objeto de estudo nos capítulos subsequentes, ou ainda referente a pedidos fundados no inadimplemento da obrigação de prestar alimentos.

5 SERASA, *Inadimplência atinge 63 milhões de consumidores em março e bate recorde histórico, revela Serasa Experian*. 2019. disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/inadimplencia-atinge-63-milhoes-de-consumidores-em-marco-e-bate-recorde-historico-revela-serasa-experian>. Acesso em: 20 jul. 2020.

6 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília-DF, 2020. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 23 jul. 2020.



Fonte: Justiça em Números – CNJ (2020).

Embora não conste na base de dados do Justiça em Números (CNJ), dados específicos quanto aos pedidos de prisão civil do devedor de alimentos entre os anos de 2014 e 2017, é de comum conhecimento que nosso ordenamento jurídico, há alguns anos, permite apenas uma hipótese de constrição da liberdade resultante de dívida, é o caso da prisão civil do devedor de alimentos, comumente utilizada até o presente momento em ações executórias de prestações alimentícias.

Sendo assim, mediante um simples cálculo matemático sobre os dados até então apresentados, podemos concluir que o número de novos pedidos de constrição da liberdade em decorrência de dívidas alimentícias entre os anos de 2014 e 2019, representam um percentual médio não inferior a 88% de todos os novos processos de execução com pedido de prisão civil no território nacional.

Portanto, levando-se em consideração todas as repercussões negativas decorrentes da experiência com os impactos econômicos sobre a vida da população brasileira em crises anteriores, observam-se, com certa preocupação, eventuais efeitos negativos da atual crise promovida pela Covid-19, haja vista que, como pode se observar, a economia nacional já se encontrava fragilizada anteriormente, recuperando-se aos poucos dos efeitos da recessão econômica precedente.

Em razão do atual cenário negativo relacionado ao quadro de saúde pública, assim como dos efeitos negativos decorrentes do momento sobre as relações civis, foi sancionado no Brasil, o regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado – RJET<sup>7</sup>, que suspendeu a aplicação da prisão civil em regime fechado para o devedor de alimentos até o dia 30 de outubro de 2020, vide art. 15 da Lei 14.020/20. Entretanto, devemos voltar nossas atenções à realidade e observar que os efeitos reais desta crise subsistirão para além desse prazo.

Para o presente estudo, os dados referentes ao período de 2014 e 2019 nos demonstram a possibilidade real de a atual crise não apenas representar uma expectativa de aumento no

7 BRASIL. Lei nº 14.010/20, de 10 de junho de 2020. *Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm). Acesso em: 23 jul. 2020.



número de demandas executórias de prestações alimentícias, como também, no elevado número de pedidos de prisão civil dos devedores desta obrigação, que após o término de vigência, ainda que haja prorrogação das medidas desta lei especial e transitória, responderão pelo inadimplemento em regime fechado.

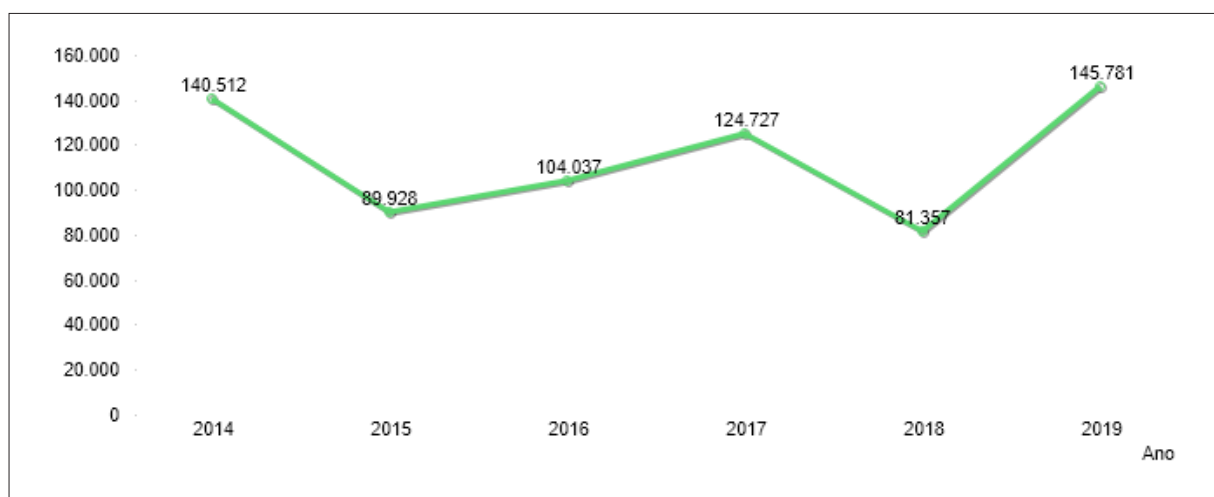
É importante salientar que os reflexos negativos do atual momento de crise não se resumem apenas à elevada taxa de desemprego, como também sobre outros aspectos de ordem econômica relacionados à crise que até então estava sendo enfrentada pelo país, a exemplo da manutenção do estado de supervalorização do dólar sobre o real, resultado de um considerável aumento no custo de vida da população brasileira que, na esmagadora maioria, trabalha intensamente para prover recursos básicos para manutenção e bem-estar de suas famílias.

## 2.1 Conflitos de interesse resultantes da renovação do quadro de crise nacional

A soma dos fatores até então expostos no presente capítulo resulta, historicamente, no choque de direitos entre alimentante e alimentando, no qual o primeiro, além de ter sua liberdade cerceada devido à impossibilidade de honrar com as prestações alimentícias, muitas vezes tem de arcar com os efeitos resultantes de eventuais pedidos de majoração do crédito em razão dos fatores econômicos que oneram o custo de vida no país.

Destarte, inobstante os interesses do alimentando, devemos observar que temos outro polo dessa relação que se vê prejudicado por determinados fatores, muitas vezes externos à sua vontade, embora a justa realidade determine na maior parte dos casos, o prevalecimento dos interesses do credor da prestação alimentícia sobre os direitos do devedor, como se observará nos capítulos posteriores.

Nesse sentido, de acordo com relatório disponibilizado no portal Justiça em Números de 2020<sup>8</sup>, embora tenha sido registrada uma queda no número de novos processos envolvendo questões relacionadas à revisão de prestações alimentícias, no ano de 2019, o número de novas demandas desta natureza atingiu o valor de 145.781, enquanto que no primeiro ano pós-crise, tal valor correspondia a apenas 89.928 novos processos.



Fonte: Justiça em Números – CNJ (2020).

8 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília-DF, 2020. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qwv\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qwv_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 23 jul. 2020.

Embora tenhamos conhecimento que as demandas acima mencionadas não sejam unicamente ajuizadas pelo titular do crédito alimentar, como também pelo devedor desta obrigação em momentos de dificuldade para o seu custeio, a mera existência de uma simples elevação no número de ações revisionais de prestações alimentícias, nos demonstra claramente o choque de interesses entre os sujeitos desta relação em momentos de instabilidade econômica nacional.

Sendo assim, como poderíamos garantir o máximo de proteção aos direitos fundamentais de cada indivíduo, sem lhes restringir a liberdade ou, até mesmo, o direito a uma vida digna? É verdade que tal questionamento nos demonstra ser praticamente impossível de ser respondido de maneira satisfatória, haja vista que não temos em nosso ordenamento jurídico, instrumentos capazes de atribuir essa segurança jurídica a população.

## **2.2 Direito Constitucional da liberdade em face do direito à vida segundo a doutrina brasileira**

É indubitável o reconhecimento da liberdade como uma das principais garantias constitucionais dadas pela Constituição Federal de 1988 – CF/88 em seu artigo 5º, *caput*, o qual dispõe sobre algumas das matérias de direito denominadas como cláusulas pétreas em nosso ordenamento jurídico, cuja característica consiste no fato dessas normas representarem um poder de irrenunciabilidade e inviolabilidade do seu conteúdo.

Segundo Maia Neto<sup>9</sup>, cláusulas pétreas dizem respeito a quaisquer matérias legais que devam ser necessariamente observadas e efetivamente cumpridas, vez que nosso ordenamento jurídico não permite que tais previsões constitucionais sejam objetos de renúncia, porque como fora afirmado anteriormente, tais normas estão revestidas de uma rigidez que não as permitem ser objetos de renúncia ou violação.

Em contrapartida, dentro dessa mesma linha de proteção aos direitos e garantias constitucionais, o supramencionado dispositivo legal prevê a impossibilidade da prisão civil decorrente de dívida, excetuando-se os casos de descumprimento voluntário e inescusável das prestações alimentícias, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>10</sup>, a prisão civil por dívida alimentícia não tem caráter de pena no âmbito do sistema jurídico brasileiro, vez que constitui um mero mecanismo processual e excepcional dotado de natureza coercitiva, propondo-se a coagir o devedor da prestação alimentícia a cumprir com sua obrigação.

No entanto, devido à insuficiência de instrumentos aptos a colocar em prática a garantia jurídica do cumprimento dessa obrigação pelo seu respectivo devedor, a restrição de liberdade prevista no presente dispositivo constitucional passou a perder tal característica, vez que não garante o efetivo cumprimento da prestação alimentícia, como também é popularmente

---

9 MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos Humanos: Reconhecimento, atentado e efetivação*. 2008. Disponível em: [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR+content\\_type:4/Direitos+Humanos%3A+Reconhecimento%2C+atentado+e+efetiva%C3%A7%C3%A3o/WW/vid/440582130](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR+content_type:4/Direitos+Humanos%3A+Reconhecimento%2C+atentado+e+efetiva%C3%A7%C3%A3o/WW/vid/440582130). Acesso em: 24 jul. 2020.

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

utilizada em razão da ineficiência dos demais meios existentes, desconstituindo, portanto, sua característica de medida excepcional.

Nesse sentido, a problemática existente no tocante à natureza constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, surge na medida em que há uma banalização na utilização desse instituto para cumprimento das prestações alimentícias, vez que a aplicação inadequada da medida coercitiva em comento, faz ressurgir o debate sobre sua inconstitucionalidade em razão do conflito entre o direito à vida e à liberdade.

Na ocasião, fugindo brevemente de uma concepção jurídica e objetivando estabelecer um raciocínio crítico sobre o tema, devemos observar que ambos os direitos acima mencionados se prejudicam diante da inexistência do outro, vez que não há vida sem liberdade e vice-versa. Logo, afirmar o contrário seria apenas negar o maior direito existente para qualquer indivíduo.

Por tais razões, a aplicação da medida coercitiva em comento provavelmente tenha sido adotada como uma excepcionalidade pelo nosso sistema constitucional, logo, antes de determinarmos sua aplicação desenfreada, deveríamos estudar outras possibilidades, existentes ou não, que possam cumprir efetivamente com o papel de garantir o adimplemento da obrigação alimentícia, e sobretudo que não coloque um direito constitucional básico em detrimento de outro, haja vista que mesmo denominada como uma medida excepcional, sua real natureza no atual cenário jurídico brasileiro é diversa da qual se propõe.

Ademais, embora determinada a natureza jurídica desse instituto por alguns doutrinadores, como um método coercitivo para o cumprimento da prestação alimentícia, é necessário observarmos que após a vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, o qual determinou o cumprimento da decisão que impõe a presente medida judicial em regime inicial fechado, tal instrumento, teoricamente passou a ser considerado como um meio punitivo para o adimplemento da prestação alimentícia, vez que a determinação processual acima mencionada transparece sua essência punitiva, resultante da privação de liberdade.

Sendo assim, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>11</sup>, por se tratar de uma medida excepcional, o cumprimento da prisão civil do alimentante em regime fechado, deveria ser tido como o último passo para lhe compelir a cumprir com a obrigação. Portanto, sua utilização em regime inicial aberto seria o ideal, desde que houvesse uma justificativa plausível para o inadimplemento, haja vista que a imposição da presente medida em regime fechado poderia, além de restringir a liberdade do devedor, decorrer em sérios prejuízos patrimoniais que eventualmente atingiriam negativamente os interesses do alimentando.

### **2.3 Prisão civil no direito comparado**

Analisando os sistemas jurídicos a nível internacional, podemos notar certa convergência na evolução jurídica do tema em países mais desenvolvidos, haja vista que, como se observa adiante, tais nações já aboliram ou, até mesmo, suprimiram a possibilidade de proceder com a constrição civil do devedor de alimentos, adotando novos métodos para o efetivo cumprimento desta obrigação.

Tal questão fora inclusive levantada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM<sup>12</sup>, que, citando Rafael Calmon, afirmou que os sistemas democráticos mais

---

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

12 IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Revista Científica do IBDFAM*: confira artigo que analisa a prisão civil no Brasil e em outros países. 2018. disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6718/Revista+Cient%C3%ADfica+do+IBDFAM%3A+confira+artigo+que+analis+a+pris%C3%A3o+civil+no+Brasil+e+em+outros+pa%C3%ADses>.

desenvolvidos no mundo, convergiram, ao longo dos anos, no sentido de extinguir ou minimizar a utilização da prisão civil como um instrumento para coagir o devedor de alimentos ao pagamento do débito.

Segundo o referido instituto, as tendências apontadas pelo jurista para tal afirmação, estão fundadas na exclusão da possibilidade da prisão civil no ordenamento jurídico desses países, salvo em casos peculiares que sejam configurados uma conduta dolosa por parte do devedor; na iniciativa de estudos e consequente adoção de mecanismos eficazes para garantir o cumprimento jurídico e social a qual se propõe o dever de prestação alimentícia, sem colocar em confronto direitos ou garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico pátrio; e por fim, no engajamento estatal em patrocinar medidas voltadas aos interesses e bem estar social da população.

Assim, não se pode afirmar que exista uma tendência para supressão ou extinção da possibilidade de prisão civil por dívida nos ordenamentos jurídicos internacionais, vez que segundo o doutrinador, determinados países, diferentemente do Brasil, não dispõem expressamente sobre essa questão nas suas respectivas constituições, levantando como exemplo para tal afirmação alguns países sul-americanos, como a Argentina, Chile e Venezuela.

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>13</sup>, diferentemente do que diz respeito às Constituições dos países sul-americanos, alguns dos países europeus, como a Suíça, proibiram expressamente a possibilidade de constrição civil decorrente de uma dívida. Outrossim, parte dos sistemas jurídicos europeus, embora não tenham abolido expressamente tal possibilidade, determinaram que o cabimento da prisão civil por dívida, fique adstrito à legislação infraconstitucional.

Traçando um comparativo mais específico com relação aos sistemas jurídicos europeus, Pinto<sup>14</sup>, em sua obra “A Prisão Civil do Devedor de Alimentos – Constitucionalidade e Eficácia”, publicada no sítio eletrônico da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, pontuou que, historicamente, no âmbito do direito francês, a prisão civil foi possível até o ano de 1789, período caracterizado pela revolução francesa e marcado pela criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*).

Após o período acima mencionado, objetivando proteger os interesses do alimentando, o legislador francês passou a adotar um posicionamento bastante próximo do que ocorre no Brasil, onde o devedor da prestação alimentícia pode sofrer a expropriação dos seus bens, e até mesmo ser compelido ao cárcere em razão do abandono material.

Na ocasião, é necessário observar que diferentemente do que se afirma existir no Brasil, a prisão civil do devedor de alimentos no ordenamento jurídico francês é matéria de direito penal, portanto, sua natureza jurídica não corresponde a um meio coercitivo de pagamento do débito alimentar, mas um instrumento de caráter punitivo penal que pode, inclusive, levar a destituição do poder familiar.

É preciso destacar que, para configuração do crime de abandono material previsto no direito penal francês, não é necessária qualquer comprovação do incumprimento doloso por parte do alimentante, bastando apenas que o devedor desta obrigação alimentícia deixe de arcar com os custos por um período superior a dois meses. Portanto, ultrapassado esse período, caso o alimentante não cumpra com seu dever de prestar alimentos, lhe será

---

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

14 PINTO, Marcos José. *A Prisão Civil do Devedor de Alimentos: Constitucionalidade e Eficácia*. Brasília-DF, 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/a-prisao-civil-do-devedor-de-alimentos-constitucionalidade-e-eficacia>.

decretada uma pena privativa de liberdade, independentemente das razões que justifiquem o surgimento do débito.

Por outro lado, segundo o autor acima mencionado, o sistema jurídico italiano previa até o ano de 1942 a possibilidade de aplicação da prisão civil do devedor das prestações alimentícias, denominada como *arresto personali per debiti*. No entanto, após o período mencionado, entrou em vigência o Código Civil Italiano, que extinguiu a prisão civil decorrente de dívidas, ainda que dotadas de caráter alimentar.

Inobstante a impossibilidade de prisão civil resultante de dívidas no ordenamento jurídico italiano, devido à ausência de matérias legais sobre o tema, é importante acrescentar que o Código Penal do país em questão prevê, no artigo 570, a possibilidade de prisão resultante do abandono material, assim como o que ocorre no Brasil, devendo ser rigorosamente comprovada a incapacidade financeira do alimentante em honrar com tais obrigações para que não seja configurado o tipo penal.

Consoante enfatiza Pinto<sup>15</sup>, no âmbito do direito inglês, a prisão decorrente de dívida alimentícia somente é possível em casos de inadimplemento voluntário e fraudulento. Ademais, urge salientar que a possibilidade de utilização da constrição civil fica adstrita à comprovação do incumprimento desta obrigação mediante conduta dolosa.

Portanto, observando os sistemas jurídicos de outros países, em especial, os considerados mais desenvolvidos a nível mundial, percebe-se, historicamente, que houve uma evolução social e jurídica sobre o tema nessas regiões, haja vista que embora muitos não tenham abolido expressa ou totalmente a possibilidade de constrição civil decorrente de dívidas, ainda que resultantes de prestações alimentícias, voltaram-se a métodos que além de minimizar o número de pessoas presas por tais débitos e seus respectivos impactos negativos, mostraram-se como instrumentos mais eficazes que a restrição de liberdade de um particular.

Sendo assim, restringindo-se ao objeto da presente pesquisa, passamos a analisar, na seção subsequente, o instrumento de garantia ao cumprimento das prestações alimentícias adotado em Portugal, sem deixar de mencionar outras nações que utilizam mecanismos análogos, ocasião em que também serão abordadas as principais vantagens desta ferramenta face a prisão civil por dívida alimentar a nível social, administrativo, econômico e jurídico.

### **3 FUNDO DE GARANTIA DE ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES (FGADM) ADOADO PELO SISTEMA JURÍDICO PORTUGUÊS: ANÁLISE DA ADEQUAÇÃO NO BRASIL NO CENÁRIO DE PANDEMIA DE COVID-19** <sup>16</sup>

O sistema de garantia adotado em Portugal, denominado no título da presente seção, diz respeito a um instrumento de execução judicial custeado pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS), que nada mais é do que um instituto público gerenciado pelo Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, cujo papel é assegurar de modo célere e eficaz, o custeio das prestações alimentícias no caso de inadimplemento dessa obrigação por parte do devedor, tudo a fim de garantir o direito da criança à proteção por parte da sociedade e do Estado, objetivando o seu desenvolvimento integral previsto no artigo 69 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Ademais, é necessário destacar que a teoria da proteção integral portuguesa está

---

15 PINTO, Marcos José. *A Prisão Civil do Devedor de Alimentos: Constitucionalidade e Eficácia*. Brasília-DF, 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/a-prisao-civil-do-devedor-de-alimentos-constitucionalidade-e-eficacia>.

16 MORGADINHO, M. S. *A Obrigação de alimentos e o papel social do fundo de garantia de alimentos devidos a menores*. 2016. 61 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.



pautada, assim como no Brasil, no direito à vida, previsto no artigo 24 da CRP, vez que o ordenamento jurídico português reconhece o beneficiário da prestação alimentícia como uma pessoa em fase de desenvolvimento, devendo o Estado garantir os recursos necessários para que tais direitos constitucionais não venham a ser violados.

No ensejo, urge salientar que, historicamente, o FGADM – criado pela Lei nº 75/98 e regulamentada pelo Decreto-Lei 164/99, surgiu devido ao elevado número de demandas de natureza familiar, cujo o objeto era exatamente o inadimplemento das prestações alimentícias, ainda que o sistema jurídico português dispusesse, assim como o Brasil, de inúmeros recursos para satisfação desta obrigação.

Partindo-se para uma análise prática desse instrumento, a partir do momento em que o Estado, por intermédio do IGFSS, custeia a prestação alimentícia em nome do devedor, passa a ser o titular do crédito existente, ou seja, se sub-roga nos direitos do credor até o momento em que o devedor volte a cumprir com sua obrigação de prestar alimentos dentro das condições previamente estabelecidas mediante processo judicial, sob o qual lhe é assegurado o direito ao contraditório e ampla defesa.

Independentemente da existência e efetividade do instrumento de garantia em comento, conforme se extrai mediante análise dos artigos 1º e 2º da Lei 75/98 e do Decreto Lei 164/99, respectivamente, o percebimento das prestações alimentícias custeadas pelo IGFSS para o menor, fica condicionado a observância cumulativa dos seguintes critérios: inexistência de rendimento líquido superior ao valor do Indexante dos Apoios Sociais – IAS<sup>17</sup>; não ser beneficiário indireto dos rendimentos de terceiro cuja guarda lhe pertença; impossibilidade de o menor residir fora do território nacional; por fim, a impossibilidade de utilização das medidas executórias coercitivas previstas do artigo 48 do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

Artigo 48º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC): Meios de tornar efetiva a prestação de alimentos: 1 – Quando a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos não satisfizer as quantias em dívida nos 10 dias seguintes ao vencimento, observa-se o seguinte: a) Se for trabalhador em funções públicas, são-lhe deduzidas as respetivas quantias no vencimento, sob requisição do tribunal dirigida à entidade empregadora pública; b) Se for empregado ou assalariado, são-lhe deduzidas no ordenado ou salário, sendo para o efeito notificada a respetiva entidade patronal, que fica na situação de fiel depositário; c) Se for pessoa que receba rendas, pensões, subsídios, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes, a dedução é feita nessas prestações quando tiverem de ser pagas ou creditadas, fazendo-se para tal as requisições ou notificações necessárias e ficando os notificados na situação de fiéis depositários. 2 – As quantias deduzidas abrangem também os alimentos que se forem vencendo e são diretamente entregues a quem deva recebê-las.

No tocante aos critérios para fixação do valor da prestação alimentícia a ser financiada pelo Estado, de acordo com os artigos 2º e 3º da Lei 75/98 e do Decreto Lei 164/99, respectivamente, o montante dos alimentos a serem custeados são fixados pelo tribunal acionado pelo credor para deferimento da presente medida, o qual analisará, entre outros critérios, a capacidade econômica de todo o agregado familiar do alimentando;

---

17 O Indexante dos Apoios Sociais (IAS) corresponde a um valor pecuniário que serve de referência para o cálculo das pensões e contribuições dos trabalhadores perante a Segurança Social de Portugal, assim como das demais prestações sociais existentes.

o montante da prestação alimentícia fixada em juízo; ainda, as necessidades do menor. Outrossim, o *quantum* fixado pelo tribunal, também deve observar o limite mensal do valor correspondente a 1 I.A.S., que atualmente, segundo a portaria nº. 27/2020, equivale a 438,81 euros, ou seja, R\$ 2.903,60.

Além disto, conforme se extrai do artigo 5º do Decreto Lei nº. 164/99, a tendência é que o Estado não fique custeando por tempo indeterminado a prestação alimentícia em favor do menor, vez que segundo o dispositivo legal em comento, após sub-rogado nos direitos do credor, o IGFSS notificará o devedor desta obrigação, para que no prazo máximo de 30 dias úteis, contados da data da notificação pelo instituto, efetue o reembolso das parcelas vencidas e pagas pelo mencionado instituto e, decorrido o prazo, caso não haja o pagamento, poderá a instituição pública acionar o sistema de cobrança coercitiva das dívidas em face da segurança social, valendo-se de todas as vantagens que dispõe a administração pública para fins de execução fiscal.

### **3.1 Instrumentos de garantia ao cumprimento da prestação alimentícia no sistema jurídico brasileiro: efetividade e reflexos sociais**

É bem verdade que executar uma dívida de natureza alimentar no Brasil é uma tarefa bastante complicada, vez que embora nosso sistema jurídico disponha de diversas ferramentas judiciais que objetivam a satisfação desta obrigação, estando classificadas em meios expropriatórios e coercitivos, não é incomum a utilização irrestrita do banalizado instituto da prisão civil, que está entre os meios desta última modalidade indicada.

Os meios expropriatórios são adequados, especialmente para as execuções que ultrapassem o limite legal para solicitar a prisão civil do devedor de alimentos, ou seja, o valor correspondente às três primeiras parcelas devidas a partir do pedido executório. Resumidamente, estando o devedor inadimplente com suas obrigações legais, o alimentando ou seu representante legal, poderá cobrar as parcelas devidas pelo rito da prisão civil até o máximo de três prestações vencidas a partir da data em que foi ajuizada a ação de execução de alimentos, incluindo-se, nesse caso, as parcelas que se vencerem no decurso do pedido em questão. Por outro lado, com relação às prestações que superem o limite legal no momento do pedido de prisão, o credor somente poderá ser cobrá-las pela via expropriatória ou outros métodos coercitivos que não ensejem a prisão do devedor de alimentos.

Conforme leciona Madaleno<sup>18</sup>, a trajetória processual da execução de alimentos tem início a partir do nível de efetividade de cada instrumento a ser utilizado, priorizando-se a penhora diretamente em folha de pagamento do devedor ou mediante desconto em outras fontes de renda deste, como por exemplo, o valor de aluguéis que eventualmente venha a receber sobre imóveis de sua titularidade.

No entanto, de acordo com o doutrinador acima mencionado, caso não seja possível a realização da penhora sobre o salário ou demais frutos patrimoniais que o executado eventualmente perceba, ficará a critério do credor, a utilização de medidas que impliquem a expropriação de bens do executado, ou, até mesmo, o emprego de meios coercitivos para satisfação da obrigação alimentícia, incluindo-se, neste caso, o pedido de prisão civil do devedor.

Ressaltando o que fora anteriormente afirmado, é bem verdade que a satisfação da prestação alimentícia detém um caráter emergencial para quem é titular desse direito; entretanto, o objetivo do presente estudo científico se restringe a demonstrar a ausência

---

18 MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

de instrumentos jurídicos eficazes para satisfação desta obrigação, que não impliquem a restrição de um dos maiores bens que qualquer ser humano possui, ou seja, sua liberdade.

Partindo-se para uma análise prática, é necessário observar que a própria limitação legal do pedido de prisão civil promove um desgaste desnecessário para o credor desta obrigação, vez que não é incomum a reincidência do devedor a fim impor sucessivos obstáculos para o recebimento desta garantia legal; portanto, como podemos afirmar com extrema precisão que essa medida judicial é tão eficaz para os credores de obrigações alimentícias?

É importante salientar também que a aplicação da presente medida, notadamente, promove uma fragilização das relações sociais e afetivas entre os familiares, de tal forma que poderá, além de determinar mais obstáculos para a satisfação das futuras prestações alimentícias, vez que o devedor desta obrigação estará praticamente impedido de exercer suas atividades laborais, refletir em consideráveis prejuízos no desenvolvimento psicológico do menor em razão do reflexo natural da utilização desse instrumento.

Sendo assim, é notável que a aplicação da medida restritiva de liberdade para o devedor de alimentos é mais efetiva para o judiciário e patrocinadores de demandas executórias de prestações alimentícias, do que para aqueles cujo direito deveria atribuir o máximo de segurança jurídica, repelindo eventuais desgastes e reflexos negativos decorrentes da utilização banalizada desse instituto.

### **3.2 Regulamentação de um fundo de garantia ao cumprimento das prestações alimentícias para o sistema jurídico brasileiro: efetividade e reflexos no cenário administrativo econômico**

Inicialmente, é necessário destacar que o presente artigo não objetiva colocar em “xeque” o instituto da prisão civil por dívida alimentar, tampouco definir juízos de valor sobre um direito em detrimento do outro, conforme ressaltado nos capítulos anteriores. A finalidade traçada aqui se restringe, unicamente, a demonstrar o quão vulgarizado ficou o instituto da prisão civil no Brasil, vez que a comunidade jurídica se encontra praticamente acomodada ao resultado patrimonial útil desta medida, deixando de observar os demais impactos decorrentes da utilização irrestrita desse instrumento na vida das famílias brasileiras.

Ademais, considerando os reflexos decorrentes do atual estado de calamidade pública, somados aos fatores precedentes relacionados à crise econômica brasileira, observa-se a preocupação e necessidade de adequar nosso ordenamento jurídico para imposição de novas medidas que venham a se demonstrar mais eficazes do que a constrição civil do devedor de alimentos, vez que os meios atualmente disponíveis estão em uma ordem de efetividade absolutamente inferior a esse instituto, que deveria ser tido como uma excepcionalidade em nosso sistema jurídico.

Dentre as vantagens decorrentes do estabelecimento de um fundo de garantia alimentícia similar ao que foi adotado por alguns países europeus, a exemplo de Portugal, além da minimização dos impactos sob as relações familiares, Rangel<sup>19</sup> menciona o fato de que a nível administrativo econômico, o custo mensal de cada presidiário no Brasil corresponde em média R\$ 2.000,00 mensais aos cofres públicos, enquanto, de acordo com o Ministério da Educação, o custo anual mínimo por aluno nas escolas públicas gira em torno de R\$ 2.800,00.

Nesse sentido, o autor acima mencionado destaca que devemos observar que além da

---

19 RANGEL, Rafael Calmon. *Pela criação de um fundo especial de garantia ao pagamento de pensão alimentícia*. IBDFAM, 2020. disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1406/Pela+Cria%C3%A7%C3%A3o+de+um+fundo+especial+de++garantia+ao+pagamento+de+Pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia++>.

construção civil não determinar uma certeza quanto ao adimplemento da prestação alimentícia, a quantia dispendida pelos cofres públicos para manter o devedor de alimentos preso jamais será recuperada pelo Estado, que poderá, inclusive, em caso de reincidência, ter que dispor de mais recursos para novamente compelir o devedor a arcar com esta obrigação, o que não é incomum conforme foi destacado nos capítulos anteriores.

Além disso, o citado doutrinador chama a atenção para o curioso fato de que não existe sequer um critério pecuniário mínimo para se requerer a prisão civil do devedor de alimentos no Brasil, logo, o que se tem na prática são demandas executórias que na maioria dos casos sequer atinge o valor de R\$ 2.000,00, ou seja, a quantia média gasta por cada preso no Brasil.

Mediante simples análise dessa situação, é óbvio que a conta não tem um resultado positivo ou até mesmo equitativo para os cofres públicos, mas na realidade um real prejuízo pecuniário, vez que muitas das execuções dizem respeito a valores irrisórios para o sistema judiciário. Outrossim, é necessário observar que o direito da liberdade de um cidadão está sendo suprimido para o pagamento de uma dívida a qual o Estado notadamente tem a capacidade de prover, evitando reflexos negativos desta medida para os cofres públicos.

No ensejo, é necessário salientarmos que segundo o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 – CF/88<sup>20</sup>, o Estado está inserido como um dos coobrigados em assegurar os direitos básicos da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de quaisquer negligências, discriminações, explorações, violências, crueldades e opressões. Portanto, a partir do momento em que o país abre mão de impor métodos mais eficazes e menos prejudiciais, transparece sua omissão na salvaguarda do melhor interesse do menor, vez que a matéria em jogo não se restringe e ultrapassa a esfera patrimonial.

Conforme destacam Luca e Borges<sup>21</sup>, de acordo com o protocolo de San Salvador, realizado em 1988 junto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é obrigação dos Estados Partes adotar todas as medidas necessárias para proporcionar a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste protocolo, vide artigo 1º.

Assim sendo, observando as matérias de direito presentes no supramencionado protocolo, denota-se que entre outras garantias jurídicas, está o dever do Estado em zelar pelo melhoramento da situação moral e material do conjunto familiar<sup>22</sup>, vide artigo 15, o que efetivamente é contraposto mediante a adoção de um método executório arcaico e que não traz consigo a absoluta efetividade exigida pelo protocolo adicional à convenção internacional americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica.

Portanto, é bastante cômodo o posicionamento adotado por Lima<sup>23</sup>, no sentido de que devemos cogitar a criação de um fundo de segurança social alimentícia à criança e ao

---

20 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

21 LUCA, Guilherme Domingos de; BORGES, Laura Bazzote. Da Prisão por Dívida Alimentar e o Pacto de San José da Costa Rica. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS, [S.L.], v. 11, n. 2, p.240-263, 31 dez. 2016. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54591/39955>.

22 Protocolo de San Salvador. Artigo 15 (Direito à constituição e proteção da família). 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material. (...) 3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a: (...) d. Executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade.

23 LIMA, Rodrigo Ferreira. *Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia: Discursos Plurais*. Direitos Fundamentais e Alimentos, v.3, 2015. Disponível em: [https://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/REVISTA\\_JURIDICA\\_3\\_\\_\\_DIGITAL.pdf](https://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/REVISTA_JURIDICA_3___DIGITAL.pdf).

adolescente, vez que a problematização no tocante a prisão civil demonstra o descuido do Estado na efetiva garantia do direito de assistência alimentar do menor, pois o campo das prestações alimentares não estão restritas à esfera privada das famílias brasileiras.

Enfatizando a necessidade de reflexão quanto à presente matéria, o autor mencionado aproveita a ocasião para afirmar que os primados da justiça restaurativa, a qual é amplamente patrocinada pelo nosso sistema jurídico atualmente, não recomendam a prisão civil como medida eficaz na resolução de demandas executórias de prestações alimentícias, haja vista que esse instrumento, embora resolva o problema material a curto prazo, não detém a capacidade de promover a reestruturação do núcleo familiar.

Nessa perspectiva, é necessário observar que a adoção de novos instrumentos jurídicos que se demonstrem realmente eficazes para que o Estado, na falta dos demais coobrigados, cumpra integralmente com o dever constitucional de assegurar os direitos básicos da criança e do adolescente, devem ser tidos como prioridade e dignos de reflexão pela comunidade jurídica. Afinal, na prática, assim como afirma Rangel<sup>24</sup>, os ordenamentos jurídicos de alguns dos países mais desenvolvidos do continente europeu, tais como Espanha, Bélgica, Itália, Alemanha e França, há anos aplicam institutos similares ao fundo de garantia alimentícia de Portugal, objeto deste estudo científico, os quais têm se demonstrado eficazes a ponto de suprimir absolutamente a necessidade de constrição civil do devedor de alimentos.

#### **4 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, é perceptível o nível de acomodação do nosso sistema jurídico com a medida coercitiva da prisão civil do devedor de alimentos, assim como é clara a necessidade de aprimoramento dos meios executórios, uma vez que os instrumentos disponíveis não se demonstram efetivos, o que justifica a utilização desenfreada, irrestrita e prioritária da constrição de liberdade do alimentante, em detrimento da constrição patrimonial.

Ademais, como se não bastassem os impactos negativos sociais, econômicos, administrativos e jurídicos decorrentes da utilização da prisão civil, observa-se que, em tempos de instabilidade econômica, a exemplo do atual estado de calamidade pública, o único meio até então tido como “satisfatório” para o adimplemento das obrigações alimentares resta prejudicado, já que o próprio sistema jurídico brasileiro prevê, ainda que provisoriamente, a possibilidade de cumprimento da pena em regime domiciliar.

Diante do cenário mundial e nacional da pandemia de Covid-19, que incrementou os conflitos familiares, especialmente os referentes à pensão alimentícia, deparamo-nos com a premente necessidade de repensar estratégias de garantir o direito fundamental da subsistência de nossas crianças e adolescentes, as quais, diante de um país com elevado grau de desigualdade social e pobreza, necessitam da tutela do Estado para enfrentar essa problemática, que se intensifica na pandemia, mas que é anterior e vai persistir a ela.

Nesse sentido, demonstram-se pertinentes os debates acerca da eventual institucionalização de um fundo especial de garantia alimentícia no sistema jurídico brasileiro, vez que há bastante tempo deixamos de enfrentar a possibilidade de aplicar novos métodos que se demonstrem eficazes em comparação aos meios atualmente disponíveis e que oportunamente venham a reduzir os impactos negativos sobre os mais diversos cenários no país.

---

24 RANGEL, Rafael Calmon. *Pela criação de um fundo especial de garantia ao pagamento de pensão alimentícia*. IBDFAM, 2020. disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1406/Pela+Cria%C3%A7%C3%A3o+de+um+fundo+especial+de++garantia+ao+pagamento+de+Pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia++>.



Portanto, considerando os efeitos positivos naturais do fundo especial de garantia alimentícia, assim como a experiência prática de alguns países europeus que adotaram essa medida executória, conclui-se que sua aplicação em nosso sistema jurídico é pertinente, visto que tal instrumento, além de garantir efetivamente o recebimento das prestações alimentícias em quaisquer circunstâncias, inclusive em momentos de crise econômica, garante a preservação de direitos e garantias fundamentais de qualquer cidadão, promovendo, inclusive, uma redução nas despesas estatais para manutenção do indivíduo preso em decorrência do inadimplemento de suas obrigações alimentares.

No ensejo, é imperioso observar também que a opção do Estado pela adoção de métodos comprovadamente mais eficazes do que a prisão civil de um particular, atende inteiramente à determinação constitucional prevista no artigo 227 da CF/88, o que não é possível no atual cenário jurídico, vez que nossa Carta Magna é clara ao incumbir o poder público do dever de efetivamente garantir, juntamente com a família e a sociedade, o direito da criança e do adolescente à vida, elemento base para a única possibilidade de constrição civil por dívida em nosso sistema jurídico.

Sendo assim, é necessário atentar-se para o fato de que o significado essencial da norma em questão exige que o Estado assuma diretamente os problemas desta natureza em vez de promover o cumprimento forçado mediante supressão de direitos básicos, situação essa que deveria ser evitada ao máximo e que justifica plenamente o motivo pelo qual a sociedade consta como coobrigada na defesa dos interesses básicos do menor, já que o custeio das medidas governamentais depende diretamente dos recursos públicos prestados pela população.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília-DF, 2020. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Módulo de Produtividade Mensal*. Brasília-DF, 2020. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPPrincipal](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shPDPPrincipal). Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Séries históricas: Taxa de desocupação*. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=series-historicas>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.010/20, de 10 de junho de 2020. *Dispõe sobre o regime jurídico emergencial e transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm). Acesso em: 23 jul. 2020.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador"*. 1988. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em: 9 jun. 2020.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Revista Científica do IBDFAM: confirma artigo que analisa a prisão civil no Brasil e em outros países*. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6718/Revista+Cient%C3%ADfica+do+IBDFAM%3A+confirma+artigo+que+analisa+a+pris%C3%A3o+civil+no+Brasil+e+em+outros+pa%C3%ADses>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ITÁLIA. Decreto nº 1398, de 19 de outubro de 1930. *Codice Penale Italiano*. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1930-10-19;1398>. Acesso em: 27 jul. 2020.

LIMA, Rodrigo Ferreira. *Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia*: discursos plurais. Direitos Fundamentais e Alimentos, v. 3, 2015. Disponível em: [https://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/REVISTA\\_JURIDICA\\_3\\_\\_\\_DIGITAL.pdf](https://www.defensoria.ba.def.br/portal/arquivos/downloads/REVISTA_JURIDICA_3___DIGITAL.pdf). Acesso em: 26 ago. 2020.

LUCA, Guilherme Domingos de; BORGES, Laura Bazzote. Da prisão por dívida alimentar e o Pacto de San José da Costa Rica. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFRGS*, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 240-263, 31 dez. 2016. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54591/39955>. Acesso em: 09 jun. 2020.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos Humanos: reconhecimento, atentado e efetivação*. 2008. Disponível em: [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR+content\\_type:4/Direitos+Humanos%3A+Reconhecimento%2C+atentado+e+efetiva%C3%A7%C3%A3o/WW/vid/440582130](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:BR+content_type:4/Direitos+Humanos%3A+Reconhecimento%2C+atentado+e+efetiva%C3%A7%C3%A3o/WW/vid/440582130). Acesso em: 24 jul. 2020.

MORGADINHO, Mariana Serra. *A obrigação de alimentos e o papel social do fundo de garantia de alimentos devidos a menores*. Orientador: Sandra Cristina Farinha Abrantes Passinhas Videira. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34902/1/A%20Obrigacao%20de%20Alimentos%20e%20o%20Papel%20Social%20do%20Fundo%20de%20Garantia%20de%20Alimentos%20devidos%20a%20Menores.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2020.

PINTO, Marcos José. *A prisão civil do devedor de alimentos: constitucionalidade e eficácia*. Brasília-DF, 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/a-prisao-civil-do-devedor-de-alimentos-constitucionalidade-e-eficacia>. Acesso em: 29 jul. 2020.

RANGEL, Rafael Calmon. *Pela criação de um fundo especial de garantia ao pagamento de pensão alimentícia*. IBDFAM, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1406/Pela+Cria%C3%A7%C3%A3o+de+um+fundo+especial+de++garantia+ao+pagamento+de+Pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia++>. Acesso em: 14 ago. 2020.

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

SERASA, *Inadimplência atinge 63 milhões de consumidores em março e bate recorde histórico, revela Serasa Experian*. 2019. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/inadimplencia-atinge-63-milhoes-de-consumidores-em-marco-e-bate-recorde-historico-revela-serasa-experian>. Acesso em: 20 jul. 2020.

# A VIRTUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA: REPERCUSSÕES NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

## Daniela Braga Paiano

Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Adjunta no Departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Contratualização das Relações Familiares e Sucessórias”.

## Gustavo Gabriel Danieli Santos

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito de Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Pesquisador nos Projetos de Pesquisa “Contratualização das Relações Familiares e Sucessórias” e “Do Acesso à Justiça no Direito das Famílias”.

---

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A virtualização das relações familiares em tempos de pandemia: há algo de novo sob o sol? 3 Repercussões da virtualização no Direito das Famílias. 3.1 União Estável, casamento e divórcio. 3.1.1 União estável virtual. 3.1.2 Casamento virtual. 3.1.3 Divórcio judicial e extrajudicial virtuais. 3.2 Convivência parental virtual. 4 O legado da pandemia para o Direito das Famílias: o eterno retorno do mesmo ou um novo normal? 5 Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Na afluência dos processos de globalização e revoluções tecnológicas, a família – estruturação psíquica, *locus* primário de formação do sujeito e base da sociedade –, inspirada pelo valor jurídico do afeto, percorre novos caminhos, inclusive no ciberespaço, ambiente onde também são engendradas e mantidas vinculações afetivas. Vale dizer, além da plurissignificação e tecnologização, a família experimenta uma virtualização na perspectiva pós-moderna, o que, inevitavelmente, reflete no Direito das Famílias.

A agenda eudemonista da família do terceiro milênio, porém, deparou-se com uma inesperada ameaça à vida humana: a pandemia da COVID-19, cujo nocivo *modus operandi* exigiu, dentre outras medidas, o isolamento físico, afetando, em princípio, sobremaneira a dinâmica privada dos plurais arranjos familiares aferíveis, a qual, à falta do contato físico, despertou à tendência da virtualização.

Indaga-se, a partir desse cenário: quais foram os impactos (sobretudo, as possíveis contribuições no âmbito do mundo pós-pandemia), para o Direito das Famílias (especificamente, no casamento, união estável, divórcio e convivência parental), da confluência entre o isolamento físico, decorrente do contexto pandêmico, e a virtualização das relações familiares?

Sem a pretensão de exaurir a temática, objetiva-se demonstrar algumas das repercussões dessa interlocução no Direito das Famílias. Para tanto, empregando-se pesquisa bibliográfica (fonte doutrinária) e documental (fonte jurisprudencial, legislativa e periódica), bem como método dedutivo, propõe-se: de início, a análise da virtualização das relações familiares em tempos de pandemia, no escopo de verificar se há, realmente, inovação nesse aspecto; na sequência, sopesando-se as premissas gerais estabelecidas, buscar-se-á elucidar os impactos jurídicos da referida confluência, particularmente, sobre o casamento, união estável, divórcio e convivência parental; enfim, adstringindo-se à pergunta aventada, reflexionar-se-á sobre o legado da pandemia ao Direito das Famílias, à luz do pensamento do eterno retorno, em Nietzsche, e o propalado novo normal.

Descortina-se relevante o objeto de pesquisa alvitrado, na medida em que o súbito contexto pandêmico fez aflorar questões e implicações cuja resolução e compreensão reclamam uma releitura de diversas categorias jurídicas, com potencial consolidação no mundo pós-pandêmico.

## 2 A VIRTUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES EM TEMPOS DE PANDEMIA: HÁ ALGO DE NOVO SOB O SOL?!

11 de março de 2020<sup>2</sup>: a Organização Mundial da Saúde (OMS) classifica a COVID-19 como pandemia, assim compreendida uma epidemia<sup>3</sup> que se alastra por diversos continentes, com transmissão sustentada entre as pessoas<sup>4</sup>.

Cinco meses após, até 10 de agosto de 2020, no Brasil, a COVID-19 acometeu

---

1 A expressão é inspirada em Eça de Queirós, no livro *A cidade e as Serras*, de 1901. São Paulo: Ática, p. 35. *E-book*. Ainda, encontra alusão no livro bíblico de Eclesiastes (1:9).

2 OPAS/OMS Brasil. *Folha Informativa – Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 30 jul. 2020.

3 Grande número de casos de doença que atinge determinada localidade

4 REZENDE, Joffre Marcondes. Epidemia, Endemia, Pandemia, Epideiologia. *Revista de Patologia Tropical*, Goiás, v. 27 (1), jan./jun. 1998, p. 153-155. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/17199-Article%20Text-70301-1-10-20120210%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/17199-Article%20Text-70301-1-10-20120210%20(2).pdf). Acesso em: 30 jul. 2020.

3.035.422 pessoas e foi a causa de 101.049 óbitos<sup>5</sup>, corroborando, dia a dia, a alta virulência do SARS-CoV-2.

Dentre as principais recomendações preventivas imediatas, direcionadas ao achatamento da curva de contágio, à míngua de vacinas ou medicamentos antivirais específicos e de comprovada eficácia científica para preveni-la ou tratá-la<sup>6</sup>, está o isolamento físico, inclusive, em hipóteses excepcionais, se recomendado à salvaguarda da vida, entre integrantes de um mesmo núcleo familiar.

E nesse sentido, como pontua José Fernando Simão<sup>7</sup>, “a COVID-19 é cruel, pois, em sua democracia tanatológica, é transmitida, muitas vezes, por quem mais amamos, por meio dos gestos de afeto e de carinho: beijos, abraços e toques”.

Sob esse influxo, a fim de atenuar os impactos decorrentes da ausência do contato físico, maximizam-se as relações virtuais, dentro de um ciberespaço, em múltiplas interações estabelecidas *online*, acentuando-se o papel desempenhado pelas tecnologias em contextos pós-modernos.

Apresentados, por vezes, com matiz inovador, a convivência conjugal e parental, o estabelecimento e manutenção de relacionamentos amorosos variados, os registros conexos às relações familiares e sucessórias, mediados por diferentes aplicativos digitais que permitem conexões de voz, vídeo e texto (*v.g.: Zoom; Skype; WhatsApp* etc.), estão na ordem do dia, e revelam-se, efetivamente, salutares ao abrandamento das consequências provindas da falta do contato físico em tempos pandêmicos, sobretudo à conservação dos vínculos afetivos, observada, em qualquer caso, a dinâmica singular de cada mosaico familiar.

Nada obstante, assim como a pandemia da COVID-19 não é a primeira nem a mais grave experimentada pela humanidade, conforme rememora Yuval Noah Harari<sup>8</sup> ao abordar as “armadas invisíveis” – referindo-se a diferentes epidemias e pandemias, como a: peste negra, ou bubônica (1330); varíola (México, 1520); tuberculose e sífilis (Havaí, 1778); gripe espanhola (1918); SARS (2002-3); gripe suína (2009-10); Ebola (África Ocidental, 2014); HIV (com primeira irrupção no início da década de 1980) –, o fenômeno da virtualização das relações familiares não se constitui em inovação nascida com a atual pandemia.

Ao partir-se da condição neotênica da espécie humana, perpassando as vinculações instituídas à subsistência dos primitivos agrupamentos, o fogo sagrado de *A Cidade Antiga*, a grande família patriarcal – concentrada no meio rural e voltada à matrimonialização, procriação e patrimonialização –, a família nuclear até a sua plurissignificação e a consolidação da afetividade como um dos elementos constitutivos e mantenedores dos laços familiares, constata-se que a família, paulatinamente, perdeu função após função, até reencontrar a sua própria, “que é a de ser *locus* do amor, sonho, afeto e companheirismo”<sup>9</sup>.

---

5 Conforme dados da Johns Hopkins University, segundo os quais o Brasil ocupa o segundo lugar no *ranking* mundial de casos de COVID-19 por país, por ora, atrás apenas dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 10 ago. 2020.

6 Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde e a Organização Mundial da Saúde, em 05 de agosto de 2020. OPAS/OMS Brasil. *Folha Informativa – Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 30 jul. 2020.

7 Direito de Família em Tempos de Pandemia: Hora de Escolhas Trágicas. Uma Reflexão de 7 de Abril de 2020. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p. 5.

8 HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 13-18. *E-book*.

9 VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (coord.). *Nova Realidade do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Jurídica, 1999, p. 3. O autor parte das reflexões de Robert Morrison Maciver, em *The Elements of Social Science*.



É nessa trilha que a família, solidificada em instituição na modernidade, passou a apresentar características mais fluidas<sup>10</sup>, ou, como verificou Ulrick Beck<sup>11</sup>, foi alcançada por uma destraditionalização, na afluência dos processos de industrialização e globalização. Diferente não foi na Idade da Técnica, na qual percorre novos caminhos, inclusive no ciberespaço, onde afigura-se possível relacionar-se interpessoalmente, engendrando e nutrindo vinculações afetivas, sem, contudo, interações físicas.

A técnica, nesse sentido, contribui sobremaneira ao modo humano de fazer experiências: já não se trata de um contato com o mundo, mas de uma representação midiática do mundo, que aproxima o que está longe, torna presente o ausente, e disponível aqui o que estava indisponível<sup>12</sup>.

Cada vez mais, a tecnologia é instrumentalizada à realização da finalidade eudemonista<sup>13</sup> da família contemporânea, satisfazendo necessidades e criando novas possibilidades, como sucedia, antes da hodierna pandemia, exemplificativamente, nas: denominadas *iFamilies*, nas quais os vínculos parentais e conjugais são, provisória ou definitiva, virtualmente constituídos e mantidos<sup>14</sup>; ou *families by design*, formadas também a partir de interações no ciberespaço, a fim de viabilizar a coparentalidade, ou o doador conhecido<sup>15</sup>.

Note-se, assim, que a hiperconectividade, um dos estandartes da Quarta Revolução Industrial, reflete, inclusive, na identidade familiar, na medida em que os liames parentais e conjugais já não se estabelecem, necessariamente, pelo espaço físico e, em linha progressiva, espraiam-se pelo mundo, com diálogos familiares reforçados pelos meios digitais. Vale dizer, “a vida digital está se tornando intimamente ligada à vida de uma pessoa física [...]. Cada vez mais, a unidade-familiar tradicional está sendo substituída pela rede familiar transnacional”<sup>16</sup>.

Essas conexões se perfazem no ciberespaço, assim entendido o espaço aberto pela interconexão mundial dos sistemas de comunicação eletrônicos, que transmitem informações advindas de fontes digitais ou destinadas à digitalização, interfaceando os dispositivos de criação de informação, gravação, comunicação e simulação, em uma perspectiva digital, que o torna o principal canal de comunicação e de suporte de memória da humanidade neste milênio<sup>17</sup>.

Demonstra-se, com isso, que os relacionamentos familiares virtuais, implementados no ciberespaço, integram uma cibercultura que já se expressava antes da pandemia, acentua-se durante a sua vigência e dá mostras de que se consolidará no mundo pós-pandêmico, numa progressividade que afeta as configurações familiares e, por conseguinte,

10 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dent-zien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 203-205.

11 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 164-165.

12 GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*. 2. ed. Trad. Selvino J. Assmann. Roma: Feltrinelli, 2003. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, Florianópolis, v. 15, n. 1, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/54480>. Acesso em: 07 jun. 2020.

13 No sentido inicialmente proposto por Aristóteles de busca pela felicidade (*Ética a Nicômaco*. 4. ed. Trad. Leonel Vallandro e Gerard Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991). O conceito de *eudaimonia* também foi trabalho por Santo Tomás de Aquino, no sentido de *beatitudo* ou *felicitas*, para designar o fim último do homem. Finnis refere-se à prosperidade – *flourishment* – ou realização humana integral – *integral human fulfillment* (OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito*. A fundamentação do conceito de bem como na obra de John M. Finnis. 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 73-74).

14 A expressão foi cunhada por Conrado Paulino da Rosa em: *iFamily: um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2013.

15 As *families by design* constituem em uma família destinada ao filho “internético”, fruto da aproximação virtual de pessoas/perfis com objetivos parentais, sem prévia relação (EGELMANN, Wilson. WÜNSCH, Guilherme. Com quantos gigabytes se faz uma família: a reconfiguração da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda no Direito das famílias a partir das relações virtuais. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 1, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4338>. Acesso em: 07 jun. 2020, p. 383).

16 SCHAWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p.84;115.

17 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Ireineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 92-93. *E-book*.

arquiteta conjuntura que é capturada pela estrutura normativa do Direito, e há de ser, assim, escorreitadamente compreendida.

Nesse horizonte, o virtual não se opõe ao real, e sim ao atual, ou seja, não é uma desrealização, mas uma mutação de identidade, a dinâmica do mundo comum, aquilo por meio do qual se compartilha uma realidade. Para Pierre Lévy, a virtualização expõe a “narrativa clássica a uma prova rude: unidade de tempo sem unidade de lugar (graças às interações em tempo real por redes eletrônicas, às transmissões ao vivo, aos sistemas de telepresença)”<sup>18</sup>.

Isso permite inferir que o ciberespaço é um domínio psicológico e social, a justificar, a propósito, a opção pelo termo isolamento físico em tempos de pandemia, ao invés de isolamento social. Inobstante a imaginação seja intrínseca a esse espaço, as relações nele forjadas não são imaginativas, porquanto integram o real, ou seja, como apurou Aaron Ben-Ze’ev, “*online relationships are real relationships*”<sup>19</sup>.

Incorporam-se, dessa maneira, no interior da esfera privada das famílias, diversos aspectos do mundo globalizado e suas revoluções tecnológicas, ressignificando também as relações de amor e a felicidade que, em princípio, sustentam os arquétipos familiares, também expressas em relacionamentos de longa distância física, interpostos por recursos digitais audiovisuais<sup>20</sup>.

Aquilata-se, nessa linha de intelecção, que a virtualização é um movimento, forte e veloz, que constituiu e constitui a espécie humana. Embora, por vezes, encarada como inumana ou desumanizante, não se trata de representação de um mundo falso ou imaginário, mas, ao contrário, consiste em um modo de existência do qual pode surgir tanto a verdade como a mentira, convindo, desse modo, acompanhá-la e dar-lhe sentido<sup>21</sup>, canalizando-a, inclusive, à realização existencial de cada individualidade que constitui a pluralidade de arranjos familiares contemporaneamente aflorados.

De qualquer sorte, concatenando-se liberdade, como autonomia, à responsabilidade, o que implica não apenas autorrealização, mas engajamento e compromisso com a realização existencial do outro, inclusive, tutelando-se vulnerabilidades. Nas palavras de João Baptista Villela<sup>22</sup>: “em família, ninguém cresce sem fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir: a solidariedade aqui tudo impregna e tudo alcança”.

Longe de pretender-se equiparar os contatos virtuais aos físicos, ou de sugerir-se a sobreposição de um ao outro, a virtualização apresenta-se como realidade de copiosa ingerência nas dinâmicas familiares do século XXI, cuja resistência ou negação, aparentemente, não mais se sustenta. A família, assim como a sociedade<sup>23</sup>, não pode ser entendida ou representada sem as ferramentas tecnológicas que compõem a sua dinâmica.

Daí por que a virtualização há de ser compreendida e, equilibradamente, absorvida às relações interpessoais familiares, inclusive reconhecendo-se o seu potencial de gerar consequências jurídicas: desde a constituição de namoros, uniões-estáveis e casamentos,

---

18 LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 5-8, 9;101. *E-book*.

19 BEN-ZE’EV, Aaron. *Love is online: emotions on the internet*. Inglaterra: Cambridge University Press, 2004, p.2.

20 Como concluíram Elisabeth Beck-Gernsheim e Ulrich Beck no livro *Distant Love: Personal Life in the Global Age* (2014) (TONHATI, Tania. *Amor à Distância: a vida pessoal na era da globalização*. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v.9, n.2. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/16046>. Acesso: 09 jun. 2020).

21 LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 101-103. *E-book*.

22 VILELLA, João Baptista. *Liberdade e Família. Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Manaus, 1980, p. 658. Disponível em: [https://www.academia.edu/34285196/Liberdade\\_e\\_familia\\_Joao\\_Baptista\\_Villela\\_1980](https://www.academia.edu/34285196/Liberdade_e_familia_Joao_Baptista_Villela_1980). Acesso em: 05 ago. 2020.

23 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 43.

decretação de divórcios, manutenção de elos preexistentes até as disposições de última vontade espelhadas em testamentos.

Se por um lado essa não é a primeira pandemia enfrentada pela humanidade<sup>24</sup> nem a virtualização consiste em fenômeno exclusivo dos tempos pandêmicos, ou seja, até aí, nada de novo há sob o sol; por outro, o encontro entre ambas, sob a onda da Quarta Revolução Industrial, sinalada pela hiperconectividade, consubstancia inovação, como dito, capturável pela estrutura normativa do Direito, interessando, pois, refletir sobre algumas repercussões desse enquadramento no Direito das Famílias.

### 3 REPERCUSSÕES DA VIRTUALIZAÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A ambivalência entre as complexas demandas familiares emergidas da plurissignificação da família e um direito erigido sobre a monocentricidade legada do positivismo jurídico descortinava-se nítida muito antes do anúncio da pandemia da COVID-19.

Conquanto a virtualização das relações familiares já se expressasse em diferentes arquétipos (*v.g. iFamilies; families by design*) e formas de conexões interpessoais, não encontra, assim como diversos outros fenômenos pós-modernos, ressonância, expressa e específica, nos textos jurídico-normativos positivados, o que amplia “a transferência de maior competência decisória a juízes e tribunais, que passaram a fazer valorações próprias diante de situações concretas da vida.”<sup>25</sup>

Essa tendência robusteceu-se durante o contexto de pandemia, embalada na crônica obstinação brasileira de editar normas para tudo<sup>26</sup>, na perspectiva de uma ordem jurídica imposta, por mais que a ordem negociada, na qual valorizados os espaços de autonomia privada e autodeterminação dos sujeitos que integram o núcleo familiar, dentro dos lindes constitucionais, desvele-se, em princípio, consentânea à complexização inerente ao paradigma pós-moderno<sup>27</sup>, ladeada pelos instrumentais fornecidos por uma honesta Hermenêutica Constitucional.

Dita conjuntura, de todo modo, há de ser compreendida, reitere-se, no quadro pandêmico enfrentado pela humanidade, ou no que José Fernando Simão<sup>28</sup> denominou de “Realidade B”, na qual o *homo sapiens* percebe que, antes de ser feliz, necessita sobreviver, “e a pandemia mostra que a simples sobrevivência deixa de ser óbvia”.

E isso traz uma série de fatores que não podem ser desconsiderados na resolução das questões jurídicas exteriorizadas durante a pandemia, dentre os quais, aqueles de cunho sociofamiliar, rememorados, aliás, por Boaventura de Sousa Santos<sup>29</sup> ao apontar os numerosos contextos no mundo em que famílias “partilham uma sala que também é cozinha, quarto e sala de estar. Como é que se lhes pode pedir autoisolamento? É possível o autoisolamento num contexto de permanente hétero-isolamento imposto pelo Estado?”.

24 Registre-se, nesse ponto, que não se descarta da dinâmica até então desconhecida do novo coronavírus e que se trata de uma nova pandemia, com contornos próprios e distintos daquelas até então enfrentadas.

25 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, 2015, p. 48.

26 VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (coord.). *Nova Realidade do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Jurídica, 1999, p.4;6;11.

27 Nesse sentido, convém conferir: ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.152;157;213.

28 Direito de Família em Tempos de Pandemia: Hora de Escolhas Trágicas. Uma Reflexão de 7 de Abril de 2020. In: NEVARES, Ana Luiza Maia, et. al. (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p. 4.

29 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 18. *E-book*.

Reclama-se, assim, dos intérpretes do Direito um novo olhar sobre as demandas que lhes são apresentadas nesse excepcional período, interessando, no recorte metodológico proposto e limites deste trabalho, averiguar as repercussões da virtualização, em tempos de pandemia, sobre: (i) união estável, casamento e divórcio; e (ii) convivência parental.

### 3.1 União Estável, Casamento e Divórcio

O isolamento físico recomendado à redução da curva de contágio da COVID-19 evidenciou e ampliou o uso das tecnologias na dinâmica privada das famílias, sobretudo à constituição e manutenção de vínculos afetivos conjugais e parentais, o que, inexoravelmente, deságua no Direito das Famílias. A virtualização alterou o modo de relacionar-se interpessoalmente, com aptidão à caracterização de fatos jurídicos<sup>30</sup> e direitos correlatos, no domínio do Direito das Famílias, como a união estável, o casamento e o divórcio.

#### 3.1.1 União Estável Virtual

Por sua vez, a união estável, disciplinada nas disposições do artigo 1.723 do Código Civil, na esteira do § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, exige, à sua caracterização, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Põe-se em foco o elemento subjetivo, comum a ambos os companheiros: a comunhão de vidas à constituição de família, “no nível do que os antigos chamavam de *affectio maritalis*”<sup>31</sup>.

Note-se que, conquanto sejam comuns na prática, a coabitação física e a relação física sexual não se inserem dentre os requisitos legais à configuração da união estável, o que acena à hipótese de sua formação por meio de contatos virtuais, estabelecidos no ciberespaço.

Elucidativa, nesse ponto, a conjectura sugerida por Marcos Ehrhardt Júnior<sup>32</sup> – aqui adaptada e parcialmente alterada –, na qual um relacionamento entre duas pessoas, domiciliadas em diferentes cidades, inicia-se virtualmente, *online*, no começo da pandemia, e perdura há meses, em razão do isolamento físico recomendado pelas autoridades sanitárias. Rompido o relacionamento, um dos supostos companheiros ingressa com uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável, mantida exclusivamente no meio virtual, durante os meses da pandemia. Incontroverso no processo que, enquanto perdurou o relacionamento, além das conversas e relações sexuais virtuais, intermediadas por aplicativos digitais de áudio, vídeo e texto, o casal participava de encontros virtuais em família e entre amigos, auxiliavam-se financeiramente, por meio de transferências bancárias, tratando-se, recíproca e publicamente, como se marido e mulher fossem. Mais ainda. Nessa mesma hipótese, suponha-se que um dos companheiros faleça durante a pandemia, vítima da COVID-19, abrindo-se caminho, então, a outras demandas, como uma ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, com vistas aos aspectos sucessórios, ou previdenciária, objetivando-se ao recebimento de pensão por morte.

---

30 Compreendidos como categoria ampla, ou, conforme Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o fato complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica, podendo, ou não, emanar efeitos jurídicos (*Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 2012, tomo I, p. 77). Sem olvidar o dissenso doutrinário quanto à classificação, o fato jurídico em sentido amplo se constitui em categoria que engloba os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos *lato sensu*, que, por sua vez, subdividem-se em ato jurídico *stricto sensu* e negócios jurídicos. Ainda, podem ser classificados segundo a sua conformidade, ou não, com o direito (lícitos e ilícitos).

31 VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? *IBDFAM*, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 04 ago. 2020.

32 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Impactos da Tecnologia nas Relações Familiares em Tempos de Covid-19. In: NEVARES, Ana Luiza Maia et. al. (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p.152-153.

Seja qual for, a solução não parece simples, e exige, além da compreensão na perspectiva da aludida “Realidade B”, a apropriação de conceitos resgatados da interdisciplinaridade, em especial o de virtualização, ciberespaço e cibercultura, atentando-se ao papel cada vez mais substancial das tecnologias nas relações familiares, bem como ao respeito à autodeterminação e à autonomia privada na construção de um projeto conjugal responsável, factível em uma convivência pública, contínua e duradoura, como *animus familiae*, por meio de interações virtuais, estabelecidas *online*, no ciberespaço<sup>33</sup>.

Não há de se deslembrar, nesse quadro, que a articulação entre a ordem pública e a tutela da dignidade da pessoa humana deve promover a autonomia privada e a autodeterminação, desde que as relações que floresçam no núcleo familiar preencham-se de resistente conteúdo ético, concorrendo ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, o que reserva as intervenções do Estado às hipóteses em que a própria liberdade individual é aviltada<sup>34</sup>.

Nítido que a procedência, ou não, do pedido dependerá da valoração da prova coligida, mas, sem afastar-se das categorias jurídicas fundamentais da união estável, ajustadas à atual conjuntura, que não dispensa a segurança jurídica basilar ao Estado Democrático de Direito, em especial no tocante à criteriosa diferenciação entre namoro *online* e união estável, transparece-se incontornável, se comprovado o *affectio maritalis*, reconhecer-se a união estável e os direitos - patrimoniais, sucessórios e personalíssimos - daí advindos, ainda que mantida, exclusiva e virtualmente, no ciberespaço.

### 3.1.2 Casamento Virtual

Prosseguindo-se, o segundo campo de incidência da virtualização proposto é o casamento, ato formal cuja celebração, conforme depreende-se da interpretação dos artigos 1.533 a 1.536 do Código Civil, exige uma série de solenidades, com referências à “presença” e a “assinaturas”.

A hodierna pandemia, contudo, trouxe um impasse<sup>35</sup>: a impossibilidade de comparecimento físico dos nubentes ou procuradores e demais sujeitos necessários à formalização do ato (celebrante, registrador e testemunhas, *v.g.*). De início e em regra, a solução foi o adiamento para momento ulterior à pandemia, também à vista da desrecomendação e, em determinados períodos, proibição de aglomerações físicas nos usuais festejos.

Essa, porém, não foi a via percorrida em todas as hipóteses, aí residindo a interface entre casamento e virtualização.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, primeiro, por meio do Provimento n. 95 de 2020, determinou que oficiais de registro e tabeliães recepcionem os títulos nato-digitais e digitalizados com padrões técnicos, que forem encaminhados eletronicamente a uma unidade de serviço de notas e registros e a seu cargo, e processem para os fins legais (artigo 6º)<sup>36</sup>.

Ainda, no posterior Provimento n. 100 de 2020, reforçou a possibilidade da prática

---

33 Nesse mesmo sentido, aliás, é a conclusão de Anderson Schreiber ao pontuar a possibilidade de que: “se dê a configuração de uma união estável à distância, por meio de uma comunhão de afeto e interesses que se comunicam e convivem digitalmente, eletronicamente, a uma relação que se qualifique como relação familiar”. A Chamada União Estável Virtual: Transformações do Direito de Família à Luz da Pandemia. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p. 91.

34 TEPEDINO, Gustavo. *Contratos em Direito de Família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *et al. Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 496.

35 Ou, na realidade, apenas evidenciou um impasse similar preexistente, visualizável em situações diversas, como a impossibilidade de comparecimento físico dos nubentes ou procuradores, à formalização do ato.

36 CNJ. *Provimento n. 95 de 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3265>. Acesso em: 01 ago. 2020



de atos notariais eletrônicos, inclusive por videoconferência, esmiuçando como promover o reconhecimento das partes e colher, com segurança, as suas assinaturas digitais e manifestações de vontade em relação ao ato notarial lavrado<sup>37</sup>, dispensando-se a presença física.

Já a partir da primeira normativa, diversos Tribunais de Justiça dos Estados passaram a autorizar o casamento virtual, realizado por videoconferência, que acabou, posteriormente, regulamentado no Provimento n. 100 de 2020.

A título de exemplo, cite-se o Estado de Pernambuco, onde, entre 17 de março e 30 de abril de 2020, foram realizados 432 casamentos por videoconferência<sup>38</sup>, ou seja, *online*, no ciberespaço. No mesmo sentido, os Estados de Minas Gerais<sup>39</sup>, Santa Catarina<sup>40</sup> e, internacionalmente, o Estado de Nova Iorque<sup>41</sup>.

Desde a habilitação até a celebração, portanto, factível o casamento à distância, por meio de recursos virtuais, que, ao expressarem a realidade, asseguram as solenidades do casamento engendradas à segurança jurídica e publicidade do ato. A atividade cartorária, nesse sentido, “deve ocorrer com as tecnologias disponíveis, sem prejuízo daqueles que são seus principais destinatários”<sup>42</sup>.

A esse respeito, por oportuno, Mário Luiz Delgado alude ao princípio da presença virtual, cujo conteúdo reflete a dimensão cibernética, autorizando que atos e negócios jurídicos, além da prática e celebração física, se perfeçam na dimensão virtual, sem experimentar alterações em sua natureza jurídica. Intercorre, com isso, “a transmutação do suporte físico para o digital, com a observância dos mesmos pressupostos legais exigidos em cada ato ou negócio jurídico”<sup>43</sup>.

Isso implica uma releitura das categorias jurídicas relativas ao casamento, sem a necessidade de editar-se novas normas, uma vez que a “presença” e “assinatura” previstas no Código Civil nesse particular aspecto não são, necessariamente, físicas, mas, também, virtuais ou digitais, o que, portanto, viabilizava o casamento virtual antes mesmo da pandemia, na afluência, aliás, do que dispõe o artigo 428, inciso I, do Código Civil<sup>44</sup>, embora os Provimentos do CNJ revelem-se convenientes à uniformização e, por consequência, segurança jurídica do ato.

### 3.1.3 Divórcio Judicial e Extrajudicial Virtuais

Assim como o casamento, o divórcio não escapou à virtualização em tempos de pandemia. Segundo o Google Brasil, entre os dias 13 e 29 de abril de 2020, houve um aumento de 9.900%

37 CNJ. *Provimento n. 100 de 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 01 ago. 2020.

38 CNJ. *Coronavírus: casamento por videoconferência se tornam opção em Pernambuco*. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/casamentos-por-videoconferencia-se-tornam-opcao-para-casais-em-pernambuco-durante-pandemia/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

39 BRASIL. TJMG. 2020. *Casamento civil poderá ser feito por videoconferência*. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/casamento-civil-podera-ser-feito-por-videoconferencia.htm#.Xy811hKhGo>. Acesso em: 08 de ago. 2020.

40 PODE Beijar a Noiva? Santa Catarina adota casamento *online* durante coronavírus. 2020. ND+. Disponível em: <https://ndmais.com.br/justica/pode-beijar-a-noiva-santa-catarina-adota-casamento-online-durante-coronavirus/>. Acesso em 05 ago. 2020.

41 CASAMENTO por teleconferência passa a ser permitido em NY. FORBES. Disponível em: <https://forbes.com.br/last/2020/04/casamento-por-teleconferencia-passa-a-ser-permitido-em-ny/>. Acesso em: 08 de ago. 2020.

42 VELOSO, Zeno. KAIRALLA, Marcello Uriel. Direito das Famílias e das Sucessões: Reflexões em Tempos de Pandemia. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p. 47.

43 DELGADO, Mário Luiz. A pandemia e o princípio da presença virtual. *Migalhas*. 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20\(CC%2C%20art.](https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20(CC%2C%20art.) Acesso em: 12 ago. 2020.

44 “[...] Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante” (BRASIL, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 nov. 2019).

na “pesquisa do Google” pelo termo “divórcio *online* gratuito”<sup>45</sup>. Isso coincide, justamente, com o início do isolamento físico exigido no Brasil em razão da pandemia, que intensificou a convivência entre as individualidades que integram a pluralidade de arranjos familiares aferíveis.

Ao mesmo tempo em que a convivência exacerbada pode ensejar dificuldades de adaptação às novas rotinas, mesmo para aqueles casais que convivem harmonicamente, pode majorar crises conjugais previamente vivenciadas por outros, que acabam por se agravar<sup>46</sup>, culminando, não poucas vezes, nos desenlaces conjugais.

Um levantamento de dados realizado pelos autores do presente artigo, perante a 3ª Vara de Família e Sucessões de Londrina/PR, demonstrou que: (i) os processos distribuídos com as classes processuais “divórcio consensual” e “divórcio litigioso”; (ii) entre o anúncio da pandemia, 11 de março de 2020, até 06 de agosto de 2020<sup>47</sup>, data da coleta; e (iii) diminuíram 31,33%, se comparado com o mesmo período no ano anterior, 11 de março de 2019 a 06 de agosto de 2019<sup>48</sup>. Ainda, constatou que, à medida que se abrandou o isolamento físico, com a gradual retomada das atividades civis<sup>49</sup>, o número de divórcios distribuídos, com essas mesmas classes, voltou a aumentar: (i) durante o período de 07 de abril de 2020 a 06 de junho de 2020, a média mensal de processos distribuídos foi de 24,5<sup>50</sup>, enquanto no período subsequente, 07 de junho de 2020 a 06 de agosto de 2020, de 39,5<sup>51</sup>, ou seja, houve um aumento de 37,97% no número de processos distribuídos com essas classes processuais.

A partir desses resultados, conclui-se que, na unidade judiciária paradigma: (i) globalmente, na comparação com o ano anterior, durante período determinado da pandemia e de maior isolamento físico, 11 de março de 2020 a 06 de agosto de 2020, houve considerável diminuição no número de novas ações distribuídas com as classes “divórcio consensual” e “divórcio litigioso”, o que subsidia a hipótese de que muitas pessoas aguardam o término do isolamento físico, a fim de ajuizarem as suas demandas, ou, ainda, de que a pandemia postergou prévios planos de divórcio; e (ii) à medida, porém, que o período de pandemia se estende e as atividades civis são gradualmente retomadas, o número de ações distribuídas com as classes processuais “divórcio litigioso” e “divórcio consensual” tornou a aumentar, o que também corrobora a hipótese de que a pandemia e o isolamento físico postergou planos de divórcio ou contribuiu à sua ocorrência.

E a tendência é mundial: na China, após quatro meses de quarentena, o número de divórcios aumentou exponencialmente; em Portugal, notou-se um aumento de 25% na procura de aconselhamento jurídico na área de família, com direcionamento ao divórcio, em comparação ao ano anterior; na Itália também houve um salto na procura por informações sobre divórcio; na Austrália, outrossim, aumentaram as buscas por informações concernentes a aspectos jurídicos das relações familiares<sup>52</sup>.

45 SIMONINI, Andressa, *et. al.* Pandemia do divórcio: a procura por advogados aumentou 177% em escritório brasileiro durante a quarentena. *Pais & Filhos*. 2020. Disponível em: <https://paisefilhos.uol.com.br/familia/pandemia-do-divorcio-a-procura-por-advogados-aumentou-177-no-brasil-durante-a-quarentena/> Acesso em: 05 ago. 2020.

46 DIAS, Camila Werneck de Souza. FERRARA, Renata Silva. Separação de Corpos e Afastamento em Tempo de Pandemia: Uma Solução Intermediária. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p. 140.

47 Nesse período, foram distribuídos 149 novos processos com classes processuais “divórcio consensual” e “divórcio litigioso”.

48 Nesse período, foram distribuídos 217 novos processos com classes processuais “divórcio consensual” e “divórcio litigioso”.

49 Levando em consideração os Decretos Municipais do Poder Executivo do Município de Londrina/PR. Disponível em: <https://www.londrina.pr.gov.br/legislacao-corona-municipal?start=3>. Acesso em: 08 ago. 2020.

50 49 novos processos distribuídos nas referidas classes processuais.

51 79 novos processos distribuídos nas referidas classes processuais.

52 SIMONINI, Andressa, *et. al.* Pandemia do divórcio: a procura por advogados aumentou 177% em escritório brasileiro durante a quarentena. *Pais & Filhos*. 2020. Disponível em: <https://paisefilhos.uol.com.br/familia/pandemia-do-divorcio-a-procura-por-advogados-aumentou-177-no-brasil-durante-a-quarentena/> Acesso em: 05 ago. 2020.

A relevância dessas constatações, para além de elucidar reflexos gerais da pandemia sobre o Direito das Famílias, no recorte metodológico proposto neste artigo, reside nas ilações de que: (i) a despeito da forte tendência de virtualização, o contato físico à resolução de determinadas contendas, demasiadamente íntimas na seara familiarista, ainda é fator decisivo, especialmente àqueles que não dispõem dos recursos materiais e da instrução técnica ao manejo dos instrumentos digitais ao tratamento virtual de seus conflitos, aspecto que não pode ser olvidado, mormente quando cotejado ao acesso à ordem jurídica justa; e (ii) considerável número de divórcios, doravante, realizar-se-ão virtualmente, apontando a quebra do paradigma pré-pandemia, em que a presença física, usualmente, ainda que para determinados atos, fazia-se necessária.

Nesse sentido, judicialmente, nos processos que tramitam eletronicamente de modo integral, a maioria dos atos processuais já era praticada virtualmente, antes da pandemia da COVID-19, desde o protocolo de petições até a final decisão.

Nos divórcios consensuais, a propósito, na sistemática vigente no Código de Processo Civil, dispensa-se a vetusta audiência de ratificação (cf. artigos 731 e 732), de sorte que o divórcio, nessas circunstâncias, ocorria totalmente no ciberespaço, em princípio.

De maneira diferente, ao menos em regra, divórcios litigiosos demandam, conforme normas do Capítulo X do Código de Processo Civil, citação pessoal, realização de audiência de mediação e conciliação, e, em alguns casos, de instrução e até perícias (v.g. relativas a guarda, alienação parental e partilha de bens), sem prejuízo de outras diligências próprias do procedimento comum (aplicável conforme artigo 697 do Código de Processo Civil), que, antes do contexto de pandemia da COVID-19, realizavam-se, habitualmente, com a presença física dos sujeitos processuais.

Durante a pandemia, porém, com o fechamento de fóruns e, em princípio, prestação da atividade e da tutela jurisdicional de modo remoto, por meio de recursos virtuais (regime de teletrabalho), notou-se a ampliação da virtualização, também, nos divórcios litigiosos, a par da: (i) maximização da factibilidade de audiências de mediação, conciliação e instrução virtuais, na esteira do que já dispunham os artigos 236, § 3º, 334, § 7º, 385, § 3º, 453, § 1º, 461, § 2º, 937, § 4º, todos do Código de Processo Civil; e (ii) possibilidade de comunicação dos atos processuais via eletrônica, o que também já era realidade, ao menos do ponto de vista da norma abstratamente prevista, na sistemática do Código de Processo Civil vigente (cf. artigos 193 a 199, v.g.), reforçada durante a pandemia.

Há, vale registrar, exceções à virtualização, como, a título de exemplo, cumprimentos de mandados urgentes ou atos a serem praticados por parte hipossuficiente, que não disponha de recursos - sejam materiais ou relativos ao conhecimento técnico - à realização pelo meio virtual.

Todavia, se, por um lado, a impraticabilidade justificada do ato pelo meio virtual (v.g. audiência por videoconferência) não pode vir em prejuízo da parte impossibilitada, por outro, não de ser coibidas aquelas condutas contrárias aos deveres processuais de boa-fé e colaboração, direcionadas à indevida procrastinação do processo e ao prejuízo à parte adversa, ânimo suscetível de agravamento na litigiosidade do divórcio, ou seja, diante de recusa infundada e maliciosa, praticada em abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), tem lugar o sancionamento.

O virtual, portanto, não pode ser desvirtuado. Isso, de qualquer sorte, não elide a inferência de que a virtualização acentuou-se no período pandêmico, reforçando tendências e abrindo caminhos a novas possibilidades, o que permite afirmar a plena viabilidade, também, de divórcio litigioso virtual.

Na esfera extrajudicial, conforme prevê o artigo 733 do Código de Processo Civil,

precedido da Lei n. 11.441 de 2007 e da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, o divórcio consensual, não havendo nascituro ou filho incapaz, observados os requisitos legais, pode ser realizado por escritura pública, independentemente de homologação judicial.

A providência retrata o salutar movimento de desjudicialização e extrajudicialização dos conflitos, rumo a uma ordem jurídica negociada, na qual valoriza-se a autonomia privada e a autodeterminação na esfera da família, observadas as balizas constitucionais, contribuindo, ainda, ao descongestionamento do Poder Judiciário e, por corolário, à tempestividade, efetividade e qualidade da prestação jurisdicional.

No decorrer da pandemia, entretanto, a formalização da escritura pública, que antes reclamava a presença física dos cônjuges ou procuradores, tornou-se possível, também, pelo meio virtual, conforme regulamentação empreendida nos Provimentos ns. 95/2020 e 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça, desburocratizando, ainda mais, o procedimento, o que, vale sublinhar, não importa insegurança jurídica, uma vez que: (i) há expressa e detalhada previsão, nos aludidos Provimentos, à verificação da identidade das partes; (ii) exige-se gravação e arquivamento da videoconferência, à obtenção do consentimento e concordância quanto aos termos da escritura pública; e (iii) detalha-se, inclusive, o modo de assinatura digital, cercando o ato de todas as cautelas necessárias à sua conclusão, com segurança.

Nada obstante o emprego de recursos tecnológicos e a virtualização nos procedimentos de divórcio, judicial ou extrajudicial, fossem uma possibilidade latente no período que antecedeu a pandemia da COVID-19, e, inclusive, visualizável de modo integral em algumas hipóteses, vêm firmando raízes em tempos pandêmicos, o que se desvela auspicioso ao alcance da finalidade eudemonista da família em contextos pós-modernos e, bem assim, ao acesso à ordem jurídica justa no Direito das Famílias.

### **3.2 Convivência Parental Virtual**

Ao consagrar a Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, na trilha da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), materializa-se em principal fio condutor à resolução de questões atinentes a crianças e adolescentes, impondo à família, à sociedade civil e ao Estado o dever de garantir, absoluta e irrestritamente, dentre outros direitos fundamentais: a convivência familiar.

Em tempos de pandemia, no entanto, assim como as relações conjugais, em princípio, não permaneceram imunes aos reflexos da COVID-19, as relações parentais – no recorte aqui proposto, entre pais cuja conjugalidade se encerrou – foram impactadas, mormente em razão dos argumentos apoiados nos riscos de contatos ou deslocamentos físicos, seja pelos genitores, seja pelos filhos, à realização da convivência.

As reações, como pontua Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>53</sup>, foram de duas ordens, à vista das medidas de segurança recomendadas pelas autoridades sanitárias: (i) muitos casais foram levados a restabelecer o diálogo à negociação acerca dos ajustes necessários à convivência nesse excepcional período; e (ii) para aqueles que não conseguiram se autocompor, restou a busca pelo Poder Judiciário.

E, nesse segundo caso, apenas em hipóteses absolutamente excepcionais, diante de

---

53 Algumas reflexões sobre os impactos da COVID-19 nas relações familiares. *GenJurídico*. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/impactos-covid-19-relacoes-familiares/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

circunstâncias específicas que majorem o risco de contágio<sup>54</sup>, foram promovidas alterações no regime de convivência vigente no período pré-pandemia, cuja preservação deve ser a regra, na medida em que “a prioridade é manter o exercício da convivência e, se for possível, resguardar a todos. Nesse caso, cada genitor deve se responsabilizar pelas crianças integralmente durante o período em que estiverem juntos”<sup>55</sup>, adotando as medidas sanitárias necessárias à diminuição da ameaça de contaminação.

Um levantamento realizado pelos autores deste artigo perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, utilizando-se os termos “visitas”, “convivência”, “covid-19” e “suspensão”, em processos cuja visualização pública é possível, corroborou essa orientação. Confirma-se: (i) em caso de comprovada exposição, daquele que pretendida conviver, a um ambiente hostil durante a pandemia (evento público, com aglomeração), suspendeu-se, provisoriamente, a convivência física, estabelecendo-se a convivência virtual<sup>56</sup>; (ii) manteve-se, à míngua de conduta ou fator extraordinário que demonstrasse a exposição da criança a maior risco de contágio sob os cuidados do genitor que pretendia conviver, igualmente detentor do poder familiar, o regime de convivência acordado antes da pandemia<sup>57</sup>; e (iii) regulamentou-se a convivência virtual também em hipótese na qual o genitor que pleiteava a convivência física trabalhava na área da saúde e convivia com pessoas pertencentes a grupo de risco<sup>58</sup>.

Foi essa, a propósito, a tendência em outros países, inclusive onde impostas medidas mais rígidas de isolamento físico do que aquelas adotadas no Brasil, como: na França, por meio de comunicado do Ministério da Justiça<sup>59</sup>; na Espanha, por meio do Decreto Real n. 463/2020<sup>60</sup>; e na Itália, por meio de comunicado do Ministério da Saúde e do Tribunal Ordinário de Milão<sup>61</sup>,

54 *V.g.* Pais que trabalham na linha de frente de combate à COVID-19, ou em profissões outras consideradas de maior risco de contágio; pais que tiveram contato com pessoas contaminadas, ou com suspeita de contaminação, ou, ainda, estiveram em locais cujo risco de contágio seja maior; contato entre pessoas pertencentes a grupos de risco; e criança acometida por comorbidade.

55 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Algumas reflexões sobre os impactos da COVID-19 nas relações familiares. *GenJurídico*. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/impactos-covid-19-relacoes-familiares/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

56 BRASIL. TJPR. AI n. 0014099-56.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza. 12ª CC. Dj. 07.07.2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013043851/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0014099-56.2020.8.16.0000>. Acesso em: 12 ago. 2020.

57 BRASIL. TJPR. AI n. 0017010-41.2020.8.16.0000. Relatora: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins. 12ª CC. Dj. 07.07.2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013246211/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0017010-41.2020.8.16.0000>. Acesso em: 12 ago. 2020.

58 BRASIL. TJPR. *COVID-19: TJPR determina que, mesmo a distância, o contato entre pai e filho deve ser assegurado durante a pandemia*. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1IKI/content/covid-19-tjpr-determina-que-mesmo-a-distancia-o-contato-entre-pai-e-filho-deve-ser-assegurado-durante-a-pandemia/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/covid-19-tjpr-determina-que-mesmo-a-distancia-o-contato-entre-pai-e-filho-deve-ser-assegurado-durante-a-pandemia/18319?inheritRedirect=false). Acesso em: 08 ago. 2020.

59 “*Pendant la période de confinement, le droit de visite et d’hébergement des enfants continue de s’appliquer. Les enfants doivent donc en principe se rendre chez l’autre parent selon les modalités prévues par la décision de justice*”. Tradução livre: durante o período de confinamento, o direito de visitar e abrigar crianças continua a ser aplicável. As crianças devem, portanto, em princípio, ir para o outro progenitor de acordo com os procedimentos previstos na decisão do tribunal. (LE CLUB DES JURISTES. *La difficile question des allers et retours des enfants dont les parents sont séparés, en période de confinement*. 2020. Disponível em: <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-difficile-question-des-allers-et-retours-des-enfants-dont-les-parents-sont-separés-en-période-de-confinement/>. Acesso em: 05 ago. 2020).

60 “1. *Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: [...] e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables*” (ESPAÑA. Agencia Estatal – Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692&p=20200328&tn=1#a7>. Acesso em: 05 ago. 2020).

61 “*Sì, gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l’altro genitore o comunque presso l’affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio*”. Tradução livre: Sim, são permitidas viagens para chegar aos filhos menores com o outro progenitor ou em qualquer caso com o progenitor adotivo, ou para os levar consigo, em qualquer caso na forma prescrita pelo juiz com as medidas de separação ou divórcio. (ITÁLIA. Ministério Della Salute. Covid-19, le nuove faq sul sito del Governo. 2020. Disponível em: [http://www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?menu=notizie&id=4224](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?menu=notizie&id=4224). Acesso em: 06 ago. 2020). No mesmo sentido: ITÁLIA. Tribunal Ordinário Di Milano. *Decreto*. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/decreto\\_tribunale\\_milano\\_COVID-19\\_\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/decreto_tribunale_milano_COVID-19_(1).pdf). Acesso em: 06 ago. 2020).



todos no sentido de manter, em regra, a convivência parental física com ambos os referenciais, paterno e materno, mesmo durante a pandemia.

Dentre as medidas empregadas nessas excepcionais hipóteses em que foram realizados reajustes provisórios no regime de convivência, por causa do contexto de pandemia da COVID-19 – como já esperado à vista dos primeiros casos no Brasil, e agora, cinco meses depois, verificado –, está a regulamentação do convívio virtual entre pais e filhos.

O convívio parental virtual, na realidade, não é uma novidade, visto que, por vezes, é regulamentado em casos envolvendo pais e filhos domiciliados em localidades geograficamente distantes, ou seja, usualmente, é adotado como via complementar e alternativa à manutenção do elo afetivo parental, sob o influxo, aliás, da tendência de transnacionalização da família em contextos pós-modernos engendrados sob a égide dos processos de globalização, nos quais os relacionamentos, em menor ou maior grau, desenvolvem-se no ciberespaço.

Isso não significa desconsiderar que “a estimulação tátil, o cheiro, o calor da pele, o toque e as muitas formas de interação corporal entre seres humanos são superiores à experiência subjetiva de sentir-se cuidado e amado”, como adverte Glicia Brazil<sup>62</sup>. Ainda, segundo a referida Psicóloga, que, à regulamentação do convívio parental virtual, há uma série de variáveis a serem sopesadas, dentre as quais: (i) a natureza e a intensidade do vínculo que a criança ou o adolescente mantém com os pais, em especial o cuidador-primário, o qual exerce papel decisivo no estímulo à convivência com o outro genitor, podendo, a depender de sua postura, inibir a convivência virtual, ao deixar, sob a sua vigilância, o filho inseguro para se expressar; (ii) a assimilação, pelo vulnerável, da lógica adversarial dos adultos, o que pode favorecer quadros de alienação parental e autoalienação, tornando insatisfatório o convívio virtual na presença física de um dos genitores; (iii) o tempo de afastamento físico, uma vez que “a manutenção do contato presencial do vulnerável com apenas um dos ‘lados’ da família é fator que coloca em risco a aptidão mnemônica, a capacidade de se recordar de viver boas vivências ao lado do outro familiar”; e (iv) a etapa do desenvolvimento cognitivo da criança ou do adolescente, na linha teórica de Jean William Fritz Piaget, porquanto, a depender da fase: importa à criança se sentir olhada e ter a chance de olhar, com maior frequência e menor grau (v.g. 1 aos 2 anos); já em outras, “a criança percebe o mundo de acordo com a sua possibilidade de interação pelos órgãos e sentidos: só existe o que a criança vê, cheira, sente o paladar, toca” (v.g. 2 aos 7 anos); ainda, conforme avança o desenvolvimento, como dos 7 aos 11 ou 12 anos, há maior viabilidade do convívio virtual, considerando o grau da capacidade de concentração e abstração, o que, porém, pode mudar a partir dos 11 ou 12 anos, a depender da conjuntura do núcleo familiar e da própria disposição do filho, à vista da ampliação de sua autonomia e capacidade crítica.

Nesse sentido, a convivência virtual, conquanto não se equipare à convivência física, não se constitui em um contato falso ou imaginativo, mas real, a ser incorporado à dinâmica das famílias, de modo equilibrado e responsável, como via à assecuração da convivência familiar prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, especialmente em períodos e situações excepcionais, como é a pandêmica, não em substituição definitiva dos contatos físicos, mas em complementação e, no contexto de pandemia, provisoriamente, ponderando-se, inclusive, as variantes acima listadas, no escopo de nutrir e fortificar os vínculos afetivos parentais.

---

62 BRAZIL, Glicia. Efeitos do Convívio Conjugal para o Vínculo de Afeto dos Vulneráveis. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020, p.244.

E, mais uma vez, também no convívio parental, a virtualização não pode ser desvirtuada, sobretudo utilizada de modo enviesado, com ares de asseguarção da convivência e desempenho responsável da parentalidade, quando, na realidade, obliquamente, esconde o ânimo, ainda que inconsciente, de obstaculizar o contato físico e, com isso, tolher do outro genitor a possibilidade de desempenhar, plenamente e a contento, as prerrogativas inerentes ao poder familiar, descortinando o pernicioso processo de alienação parental instaurado.

A virtualização, em síntese, ao lado e juntamente dos contatos físicos primordiais ao sadio desenvolvimento biopsicossocial da criança ou do adolescente, há de ser dirigida, dentro de um verdadeiro exercício responsável da parentalidade, à concreção do direito fundamental ao convívio familiar, possível também no ciberespaço, *online*.

#### **4 O LEGADO DA PANDEMIA PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS: O ETERNO RETORNO DO MESMO OU UM NOVO NORMAL?**

Legado. Eis aí um termo relacionado, justamente, ao Direito Sucessório, conexo ao estudo do Direito das Famílias, que expressa, em linhas gerais, uma disposição do testador por meio da qual destina a alguém bem individualizado de seu patrimônio. Convém, nessa linha de raciocínio, refletir se a pandemia deixa algo ao Direito das Famílias: retorna-se ao mesmo ou há um novo normal?

“Zaratustra, para os que pensam como nós, todas as coisas bailam; vão, dão-se as mãos, riem, fogem... e tornam. Tudo vai, tudo torna, a roda da existência gira eternamente. Tudo morre; tudo torna a florescer; correm eternamente as estações da existência”<sup>63</sup>. Essa passagem de *Assim Falava Zaratustra* é uma das contidas na obra de Friedrich Nietzsche que traduz o pensamento do eterno retorno, ou a cosmologia do eterno retorno, expressão de uma interpretação do mundo “como aquilo que eternamente tem de retornar, sempre na mesma sequência”<sup>64</sup>, ainda que não de modo idêntico, repetindo-se o novo.

Pois bem. Assim como esta não é a primeira pandemia enfrentada pela humanidade, a virtualização das relações familiares não é propriamente uma novidade em um mundo em que a própria família é tecnologizada, ou seja, como dito, até aí, nada de novo há sob o sol. Todavia, e sem a pretensão de conferir resposta definitiva à indagação, questiona-se se, após a pandemia da COVID-19, o Direito das Famílias tornará a ser o mesmo, apenas recriando experiências passadas, ou, ao revés, se o contexto pandêmico deixa, efetivamente, um legado que favorecerá o alcance do *telos* eudemonista da família.

Quanto à virtualização das relações familiares, evidenciou-se a sua ampliação durante a pandemia e, com o equilíbrio e a responsabilidade indispensáveis ao seu desenvolvimento, revela-se tendência consentânea ao atingimento dessa finalidade, constituindo-se, assim, em um legado ao Direito das Famílias, ladeado pelo fortalecimento dos vetores da afetividade, cooperação, empatia, solidariedade, autonomia privada e autodeterminação nas conexões intrafamiliares.

A propensão é que, no mundo pós-pandemia, depare-se, frequentemente, com realidades virtuais, envolvendo o manejo de tecnologias e relações engendradas no ciberespaço, desde a constituição de namoros, uniões-estáveis e casamentos, decretação de divórcios, manutenção de elos parentais e conjugais preexistentes até as disposições de última vontade espelhadas em testamentos.

---

63 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim Falava Zaratustra*. Trad. José Mendes de Souza. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, p. 222.

64 NEVES, Juliano. O eterno retorno hoje. *Cadernos Nietzsche*, n. 32, 2013, p. 285. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cniet/n32/n32a12.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

É como notabilizou Mário Luiz Delgado: “a pandemia nos despertou para o fato de que a presença das pessoas, como requisito para a prática de todo e qualquer ato jurídico, poderá se externalizar por meio de uma plataforma física ou digital”<sup>65</sup>.

Não seria, desse modo, um retorno ao mesmo, mas sim uma conjuntura diversa, como afirma Yuval Noah Harari<sup>66</sup> ao apontar que, para além de superar a ameaça imediata, é preciso escolher em qual tipo de mundo se viverá quando a tempestade passar, considerando-se que muitas providências de urgência - como a maximização das relações virtuais familiares, *online* - se estabelecerão como rotinas fixas.

Se, aparentemente, não se tratará de um retorno ao mesmo, tampouco de um novo normal, porquanto, no panorama pandêmico, o normal pode ser mortal, e nisso não há normalidade com a qual o Direito das Famílias possa se comprazer, desvelando-se adequado reconhecer o período de anormalidade, operacionalizando-se os instrumentais jurídicos conforme as nuances desse quadro, a fim de que, posteriormente, ao fim e ao cabo da pandemia, possa-se averiguar se o legado do avigoramento da virtualização das relações familiares, na perspectiva aqui proposta, foi, ou não, recepcionado pelo Direito das Famílias.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversos aspectos do mundo globalizado e suas revoluções tecnológicas incorporaram-se à esfera privada da família, ressignificando as relações familiares, cuja constituição e manutenção no ciberespaço, virtualmente, já se descortinavam no mundo pré-pandemia e acentuaram-se durante o isolamento físico exigido pela alta virulência do Sars-CoV-2, forjando interações virtuais de diferentes ordens, em princípio, reais, e não imaginativas.

Este trabalho, conforme exposto, elegeu campos específicos nos quais a virtualização se faz presente no Direito das Famílias. Abordou-se algumas implicações jurídicas da pandemia cotejada à virtualização na união estável, no casamento e no divórcio, trazendo como aporte, além dos aspectos doutrinários, dados coligidos de notícias sobre fatos atuais e de uma Vara de Família da cidade de Londrina/PR, sem prejuízo da legislação, jurisprudência e dos Provimentos emitidos pelo CNJ correlatos ao objeto de pesquisa.

Outro ponto aqui tratado, à luz da virtualização, foi a polêmica em torno dos pedidos de revisão e suspensão dos critérios de convivência parental vigentes no período pré-pandemia, visando a, em tese, seguir-se as recomendações de confinamento físico emitidas pelos Órgãos de Saúde.

Finalmente, questionou-se se, após a pandemia, o Direito das Famílias retornará ao que se tinha antes ou se haverá o denominado “novo normal”.

Sem sugerir-se a substituição ou a sobreposição de um ao outro, ao lado do contato físico, o virtual ampliou, no decorrer da pandemia, o caminho a possibilidades que já estavam em curso e afluem à concreção do *telos* eudemonista da família em contextos pós-modernos.

Resta, então, averiguar se uniões estáveis, casamentos, divórcios e convivência parental virtuais – sem prescindir dos predicados da segurança jurídica e responsabilidade na construção de projetos parentais e conjugais – se consolidarão no Direito das Famílias

---

65 A pandemia e o princípio da presença virtual. *Migalhas*. 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20\(CC%2C%20art.](https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20(CC%2C%20art.) Acesso em: 12 ago. 2020.

66 HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. *Financial Times*. mar./2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 10 ago. 2020.

no mundo pós-pandemia, contribuindo à realização existencial mediada pela família, ou se o legado será simplesmente esquecido, com o retorno às práticas do mundo pré-pandemia.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Trad. Leonel Vallandro e Gerard Bornhein. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, 2015.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BEN-ZE'EV, Aaron. *Love is online: emotions on the internet*. Inglaterra: Cambridge University Press, 2004.

BRASIL, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. TJMG. 2020. *Casamento civil poderá ser feito por videoconferência*. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/casamento-civil-podera-ser-feito-por-videoconferencia.htm#.Xy8l1lhKhGo>. Acesso em: 08 de ago. 2020.

BRASIL. TJPR. AI n. 0014099-56.2020.8.16.0000. Relator: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza. 12ª CC. Dj. 07.07.2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013043851/Ac%C3%B3o-0014099-56.2020.8.16.0000>.

BRASIL. TJPR. AI n. 0017010-41.2020.8.16.0000. Relatora: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins. 12ª CC. Dj. 07.07.2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000013246211/Ac%C3%B3o-0017010-41.2020.8.16.0000>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. TJPR. *COVID-19: TJPR determina que, mesmo a distância, o contato entre pai e filho deve ser assegurado durante a pandemia*. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1IKI/content/covid-19-tjpr-determina-que-mesmo-a-distancia-o-contato-entre-pai-e-filho-deve-ser-assegurado-durante-a-pandemia/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/covid-19-tjpr-determina-que-mesmo-a-distancia-o-contato-entre-pai-e-filho-deve-ser-assegurado-durante-a-pandemia/18319?inheritRedirect=false). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRAZIL, Glicia. Efeitos do Convívio Conjugal para o Vínculo de Afeto dos Vulneráveis. In: NEVARES, Ana Luiza Maia et. al. (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020.

CASAMENTO por teleconferência passa a ser permitido em NY. FORBES. Disponível em: <https://forbes.com.br/last/2020/04/casamento-por-teleconferencia-passa-a-ser-permitido-em-ny/>. Acesso em: 08 de ago. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CNJ. *Coronavírus: casamento por videoconferência se tornam opção em Pernambuco*. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/casamentos-por-videoconferencia-se-tornam-opcao-para-casais-em-pernambuco-durante-pandemia/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CNJ. *Provimento n. 100 de 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 01 ago. 2020.

CNJ. *Provimento n. 95 de 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3265>. Acesso em: 01 ago. 2020.

DELGADO, Mário Luiz. A pandemia e o princípio da presença virtual. *Migalhas*. 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20\(CC%2C%20art](https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual#:~:text=A%20pandemia%20nos%20abriu%20os,lei%E2%80%9D%20(CC%2C%20art). Acesso em: 12 ago. 2020.

DIAS, Camila Werneck de Souza. FERRARA, Renata Silva. Separação de Corpos e Afastamento em Tempo de Pandemia: Uma Solução Intermediária. In: NEVARES, Ana Luiza Maia et. al. (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020.

EGELMANN, Wilson. WÜNSCH, Guilherme. Com quantos gigabytes se faz uma família: a reconfiguração da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda no Direito das famílias a partir das relações virtuais. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 1, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4338>. Acesso em: 07 jun. 2020.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Impactos da Tecnologia nas Relações Familiares em Tempos de Covid-19. In: NEVARES, Ana Luiza Maia et. al. (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020.

ESPANHA. Agencia Estatal – Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692&p=20200328&tn=1#a7>. Acesso em: 05 ago. 2020.

GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*. 2.ed. Trad. Selvino J. Assmann. Roma: Feltrinelli, 2003. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, Florianópolis, v. 15, n. 1, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/54480>. Acesso em: 07 jun. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. *E-book*.

HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. *Finacial Times*. mar./2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ITÁLIA. *Ministerio Della Salute*. *Covid-19, le nuove faq sul sito del Governo*. 2020. Disponível em: [http://www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?menu=notizie&id=4224](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?menu=notizie&id=4224). Acesso em: 06 ago. 2020.

ITÁLIA. *Tribunal Ordinario Di Milano*. *Decreto*. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/decreto\\_tribunale\\_milano\\_COVID-19\\_\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/decreto_tribunale_milano_COVID-19_(1).pdf). Acesso em: 06 ago. 2020.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)*. Maryland, 2020. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda-7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 10 ago. 2020.

LE CLUB DES JURISTES. *La difficile question des allers et retours des enfants dont les parents sont séparés, en période de confinement*. 2020. Disponível em: <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-difficile-question-des-allers-et-retours-des-enfants-dont-les-parents-sont-separes-en-periode-de-confinement/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Ireineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. *E-book*.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1996. *E-book*.



LONDRINA. *Legislação – Coronavírus*. Londrina [2020]. Disponível em: <https://www.londrina.pr.gov.br/legislacao-corona-municipal?start=3>. Acesso em: 08 ago. 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 2012, tomo I.

NEVES, Juliano. O eterno retorno hoje. *Cadernos Nietzsche*, n. 32, 2013, p. 285. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cniet/n32/n32a12.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim Falava Zarathustra*. Trad. José Mendes de Souza. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito*. A fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis. 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

OPAS/OMSBrasil. *Folha Informativa – Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 30 jul. 2020.

PODE Beijar a Noiva? Santa Catarina adota casamento *online* durante coronavírus. 2020. ND+. Disponível em: <https://ndmais.com.br/justica/pode-beijar-a-noiva-santa-catarina-adota-casamento-online-durante-coronavirus/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

QUEIRÓS, Eça de. *A cidade e as Serras*. São Paulo: Ática. *E-book*.

REZENDE, Joffre Marcondes. Epidemia, Endemia, Pandemia, Epideiologia. *Revista de Patologia Tropical*, Goiás, v. 27 (1), jan./jun. 1998, p. 153-155. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/17199-Article%20Text-70301-1-10-20120210%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Documents/Downloads/17199-Article%20Text-70301-1-10-20120210%20(2).pdf). Acesso em: 30 jul. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. *iFamily: um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020. *E-book*.

SCHAWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHREIBER, Anderson. A Chamada União Estável Virtual: Transformações do Direito de Família à Luz da Pandemia. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020.

SIMÃO, José Fernando. Direito de Família em Tempos de Pandemia: Hora de Escolhas Trágicas. Uma Reflexão de 7 de Abril de 2020. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020.

SIMONINI, Andressa, *et. al.* Pandemia do divórcio: a procura por advogados aumentou 177% em escritório brasileiro durante a quarentena. *Pais & Filhos*. 2020. Disponível em: <https://paisefilhos.uol.com.br/familia/pandemia-do-divorcio-a-procura-por-advogados-aumentou-177-no-brasil-durante-a-quarentena/> Acesso em: 05 ago. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Algumas reflexões sobre os impactos da COVID-19 nas relações familiares. *GenJurídico*. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/impactos-covid-19-relacoes-familiares/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *et al.* *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TONHATI, Tania. Amor à Distância: a vida pessoal na era da globalização. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, Brasília, v. 9, n. 2. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/16046>. Acesso: 09 jun. 2020.

VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável? *IBDFAM*, 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 04 ago. 2020.

VELOSO, Zeno. KAIRALLA, Marcello Uriel. Direito das Famílias e das Sucessões: Reflexões em Tempos de Pandemia. In: NEVARES, Ana Luiza Maia *et. al.* (coord.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Foco, 2020.

VILELLA, João Baptista. Liberdade e Família. *Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Manaus, 1980, p. 658. Disponível em: [https://www.academia.edu/34285196/Liberdade\\_e\\_familia\\_Joao\\_Baptista\\_Villela\\_1980](https://www.academia.edu/34285196/Liberdade_e_familia_Joao_Baptista_Villela_1980). Acesso em: 05 ago. 2020.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (coord.). *Nova Realidade do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica, 1999.

# **SEÇÃO VII**

## **NOVOS CONTORNOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO FRENTE AO CORONAVÍRUS**

# IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: REAPRESENTAÇÃO E ADITAMENTOS AOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

**Marlon Tomazette**

Mestre e Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito Empresarial no Centro Universitário de Brasília, na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na Fundação Getúlio Vargas-Rio e no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Procurador do Distrito Federal. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A recuperação judicial: contornos gerais; 2.1 Objetivos; 2.2 Natureza contractual; 3 Plano de recuperação judicial; 3.1 Apreciação pelos credores; 4 Efeitos econômicos do coronavírus; 5 Possibilidade de alterações e reapresentação do plano de recuperação judicial nos casos ainda não apreciados definitivamente; 6 Possibilidade de aditamentos ao plano nas recuperações já concedidas; 7 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A pandemia de 2020 teve impactos diretos sobre a economia e as expectativas futuras. Diante disso, os processos de recuperação judicial em curso sofreram impactos muito relevantes, especialmente no tange aos planos de recuperação já aprovados, em relação ao seu comprimento, e aos planos de recuperação pendentes de aprovação tendo em vista a mudança dos fatores econômicos. Os limites e procedimentos a serem adotados pelos devedores, em razão desse momento, são o objetivo desse trabalho.

A recuperação judicial foi concebida no direito brasileiro como uma tentativa de superação da crise econômico-financeira da empresa, condicionada, porém, à concordância dos credores ligados àquela atividade (Lei nº 11.101/2005 – arts. 45 e 58, § 1º). Para tanto, será apresentado um plano de recuperação judicial, a ser apreciado pelos credores e, uma vez aprovado e concedida a recuperação, cumprido nos seus exatos termos.

Inicialmente, dentro dessa perspectiva, é essencial apresentar, em linhas gerais, o instituto da recuperação judicial no direito brasileiro. Partindo-se de seu conceito, passando por seus objetivos, até a definição da sua natureza jurídica. A partir daí será analisada a questão do plano de recuperação judicial e sua apreciação pelos credores, com foco nas eventuais possibilidades de reapresentação e aditamento ao plano.

## 2 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CONTORNOS GERAIS

A empresa representa, juridicamente, uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. Ela representa a maior parte das atividades que fazem parte da economia moderna e delimita o âmbito de atuação do direito empresarial. Este, ao disciplinar a atividade empresarial e os diversos atos nos quais ela se concretiza, disciplina também a empresa em crise.

A atividade empresarial, como um todo, gera uma série de dificuldades para quem a exerce, seja na busca de novos mercados, seja na manutenção da clientela, em suma, nas exigências que a atividade impõe no dia a dia<sup>1</sup>. Essas dificuldades, naturais no exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também podem se originar de características intrínsecas a sua atuação. Elas podem significar uma deterioração das condições econômicas da atividade, bem como uma dificuldade de ordem financeira para o seu prosseguimento.

As consequências que tais crises podem ter nos interesses do empresário, dos empregados, do fisco, da comunidade e dos credores geram um certo grau de preocupação, ensejando inclusive a existência de normas específicas sobre a empresa em crise. Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei n. 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do art. 47 da Lei n. 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.

Paulo Sérgio Restiffe, por entender que a recuperação possui uma natureza processual, afirma que ela é a:

---

<sup>1</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006, p. 70.



pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de ação, portanto – de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido.<sup>2</sup>

De outro lado, Eduardo Goulart Pimenta afirma que a recuperação judicial representa “uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias”<sup>3</sup>. Sérgio Campinho, por sua vez, afirma que a recuperação judicial é o:

[...] somatório de providências de ordem econômico-financeira, econômico-produtiva, organizacional e jurídica, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isto, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores.<sup>4</sup>

Todos os conceitos apresentados possuem seus méritos e, em certa medida, até se complementam, podendo-se afirmar em termos sintéticos que a recuperação é um conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com o objetivo de superar as crises de empresas viáveis.

## 2.1 Objetivos

Pelos contornos da recuperação judicial, fica claro que seu objetivo final é a superação da crise econômico-financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise, contudo, nada impede que o instituto seja utilizado para prevenir uma crise que se mostre iminente<sup>5</sup>. Embora o texto da Lei não pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois não há dúvida de que se a crise é evitável, é muito melhor impedi-la de começar do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la. Portanto, o objetivo mais amplo da recuperação é a superação ou a prevenção das crises da empresa.

Dentro desse objetivo mais amplo, se inserem os objetivos mais específicos indicados no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, quais sejam: (a) a manutenção da fonte produtora; (b) a manutenção dos empregos dos trabalhadores; e (c) a preservação dos interesses dos credores. Tais objetivos específicos nem sempre poderão ser atingidos cumulativamente, daí acreditarmos que há uma ordem entre eles<sup>6</sup>.

Sem dúvida, o primeiro objetivo específico da recuperação judicial é a manutenção da fonte produtora, isto é, a manutenção da empresa (atividade) em funcionamento. Não se busca aqui salvar o sujeito, mas salvar a atividade que ele exercia<sup>7</sup>, pois é ao redor

---

2 RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008, p. 47.

3 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*. São Paulo: IOB, 2006, p. 68.

4 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1011.

5 QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 13.

6 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 183.

7 NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 125.

dessa atividade (empresa) que circundam os interesses de credores, fisco, comunidade e trabalhadores. É mais importante que a atividade se mantenha funcionando, ainda que com outro titular, pois sua manutenção permitirá a geração de novos empregos, a geração de riquezas e o atendimento às necessidades da comunidade.

Uma vez obtida a manutenção da atividade, ainda que com outro sujeito, devem-se buscar os demais objetivos. Vale dizer, o primeiro objetivo específico prevalece sobre os demais, é ele que deve pautar todas as medidas da recuperação judicial. A manutenção da fonte produtora é essencial, os demais objetivos específicos são secundários. A prevalência da manutenção da atividade sobre os demais interesses pode ser vislumbrada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que impedem a continuação das execuções trabalhistas contra o devedor em recuperação<sup>8</sup>.

O segundo objetivo específico é a manutenção dos empregos dos trabalhadores. Nem sempre isso é possível, pois, por vezes, a crise já gerou tantos problemas que o número de postos de trabalho terá que diminuir, para se manter a atividade. Ressaltese, mais uma vez, que o primeiro fim da recuperação judicial é a manutenção da atividade. Atingido esse primeiro objetivo específico, aí sim se deve tentar manter os empregos dos trabalhadores.

O terceiro objetivo específico é a preservação dos interesses dos credores. Apesar da necessidade da sua manifestação, é certo que os interesses individuais dos credores cedem espaço à manutenção da fonte produtora e à manutenção dos empregos dos trabalhadores. Vale dizer, se há duas medidas possíveis, uma favorecendo os credores e outra favorecendo a manutenção do emprego, é essa segunda que deverá prevalecer.

## 2.2 Natureza contratual

Para boa parte da doutrina, a recuperação é um negócio jurídico privado realizado sob supervisão judicial<sup>9</sup>, isto é, há uma natureza contratual na recuperação judicial. De modo similar, Rachel Sztajn e Vera Helena de Mello Franco afirmam que o plano “é um negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz”<sup>10</sup>, assemelhando-se a um contrato plurilateral.

Com efeito, o aspecto contratual se sobressai na recuperação judicial, na medida em que ela representa um grande acordo entre o devedor e seus credores. Há, indubitavelmente, um encontro de vontades entre tais sujeitos reforçando a natureza contratual. Não são vontades paralelas, mas vontades que se cruzam, vale dizer, há uma oposição de interesses<sup>11</sup> que entram em acordo para recuperar a empresa.

Jorge Lobo<sup>12</sup> critica a natureza contratual na recuperação, asseverando que ela obriga os credores ausentes e que, por isso, não haveria o acordo de vontades. Além disso, ele sustenta que a recuperação renova as obrigações dos credores mesmo contra sua vontade.

---

8 STJ – CC 161.101/SP Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/05/2020, DJe 10/06/2020.

9 PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84; ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 299; MARZAGÃO, Lídia Valéria. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.92; CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 123; VILLANI, Gian Piero. In: DI PEPE, Giorgio Schiano (Coord.). *Il diritto fallimentare riformato*. Padova: CEDAM, 2007, p. 491.

10 SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008, p. 234.

11 QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 15.

12 LOBO, Jorge. Recuperação judicial da empresa. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 21.

Por fim, ele também assevera que a suspensão das ações e execuções em curso, bem como a possibilidade de concessão da recuperação, mesmo que não aprovada em todas as classes, afastaria a natureza contratual.

E não se diga que a possibilidade da concessão da recuperação, mesmo com a oposição de alguns credores, afastaria o acordo de vontades, porquanto, de qualquer forma, haverá o acordo entre a vontade dos credores e a vontade do devedor. Para todos os efeitos, a vontade dos credores pode decorrer da concordância tácita com o plano, ou da deliberação da maioria em uma assembleia. A fim de simplificar a atuação da recuperação, a lei permite que se considere a vontade dos credores em conjunto (massa de credores)<sup>13</sup>, ainda que algum deles individualmente possua certas divergências. O conjunto de credores é tratado como uma comunhão para todos os efeitos, na recuperação judicial<sup>14</sup>.

Outrossim, a atuação judicial também não desconfigura a natureza contratual da recuperação, na medida em que se trata de simples supervisão. O Poder Judiciário não impõe a recuperação, ele só poderá concedê-la caso se chegue ao acordo entre os credores. Portanto, a recuperação judicial é um acordo de vontades entre o devedor em crise e seus credores, que se manifestam em conjunto, por meio da assembleia de credores, uma vez que possuem uma comunhão de interesses.

### **3 PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Ao longo do procedimento de verificação de créditos, o devedor deverá elaborar e apresentar um plano de recuperação judicial, que representa em última análise a proposta inicial de acordo a ser firmado com os seus credores. Diferentemente do que ocorria com a concordata, a recuperação judicial pode atuar de diversas maneiras, sendo muito mais flexível às necessidades de cada empresário e, por isso, é necessária a apresentação de um plano indicando as medidas necessárias para a superação da crise econômico-financeira.

Ao contrário do direito norte-americano<sup>15</sup>, no qual o devedor tem a princípio a legitimidade exclusiva, mas depois de certo prazo outros podem apresentar um plano, no direito brasileiro apenas o devedor tem legitimidade para apresentar essa proposta. Fábio Ulhoa Coelho chega a mencionar a existência de propostas alternativas, apresentadas por credores, as quais, porém, só serão objeto de votação se contarem com a aprovação do devedor, em suma, se o devedor concordar com os termos desse plano alternativo<sup>16</sup>. Em última análise, mesmo na eventual apresentação desses planos alternativos, a decisão para levá-los ou não à discussão será do próprio devedor.

Devem constar do plano, a saber: laudos econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscritos por profissional legalmente habilitado ou entidade especializada; demonstração de sua viabilidade econômica; e discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados e seu resumo. A apresentação de um plano de

Elaborado o plano pelo devedor, atentando aos limites legais, deverá ocorrer sua apresentação em juízo no prazo improrrogável<sup>17</sup> de 60 dias, contados da publicação da decisão

---

13 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

14 PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. *La junta de acreedores*. Madrid: Civitas, 2008, p. 4243.

15 ALDERMAN JR., Myles H. *Business reorganizations*. Denver: Outskirts Press, 2006, p. 65-66.

16 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 162.

17 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4, p. 231; CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Maria Labate Batalha. *Comentários à lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 105.

que deferiu o processamento da recuperação judicial (Lei n. 11.101/2005 – art. 53), sob pena de convalidação em falência. Tal prazo, por vezes, será muito curto para a complexidade dos negócios, mas mesmo assim há que se apresentar ao menos o esboço fundamental das medidas de recuperação, a fim de não postergar indefinidamente a solução do processo. De qualquer forma, esse plano poderá ser objeto de alterações posteriores, mas terá que ser apresentado no prazo, sob pena de ser decretada a falência do devedor.

A apresentação dessa proposta não é requisito para a propositura da ação de recuperação judicial, mas é essencial ao longo do procedimento. Ao ajuizar o pedido de recuperação judicial, o devedor apenas apresenta sua intenção de formalizar um acordo com os seus credores, para superar a crise econômico-financeira pela qual ele está passando, mas não precisa apresentar desde o início do processo a proposta de acordo, embora nada impeça que já apresente o plano<sup>18</sup>. Estando em termos o pedido de recuperação, o juiz deferirá o processamento da recuperação, iniciando o procedimento de verificação de crédito e o prazo de 60 dias para apresentação desta proposta de acordo.

Há, pois, fundamental importância no prazo de apresentação do plano de recuperação judicial, porquanto sua desobediência é punida com a convalidação em falência. Quem pede a recuperação judicial reconhece estar passando por uma crise econômico-financeira e, por isso, pleiteia a solução dessa crise. Para superar essa crise, o devedor deverá atentar a certas determinações legais, como o prazo de apresentação do plano. A desobediência a essas determinações legais denota uma falta de cuidado incompatível com a recuperação da empresa, o que conduzirá à decretação da falência, como forma de liquidação patrimonial forçada para satisfazer o maior número possível de credores. No direito norte-americano, o prazo é de 120 dias<sup>19</sup>, admitindo-se inclusive prorrogações<sup>20</sup>, e não há convalidação automática em falência.

### **3.1 Apreciação pelos credores**

Como a recuperação judicial tem a natureza de um acordo, é essencial o encontro entre as vontades do devedor e dos seus credores. Para que esse encontro de vontades ocorra, o devedor deverá tomar a iniciativa, apresentando uma proposta inicial de acordo, o plano de recuperação judicial. Tal proposta só produzirá efeitos se for aceita pelos credores. Em razão disso, todos os credores devem ter a chance de se manifestar sobre o plano de recuperação judicial.

Para que os credores tenham conhecimento do conteúdo da proposta de acordo e possam se manifestar, a lei impõe a publicação de um edital avisando aos credores sobre a entrega do plano em juiz. Este edital, que será publicado na imprensa oficial e em jornal de grande circulação (Lei n. 11.101/2005 – art. 191), conterá o aviso aos credores sobre o recebimento do plano e fixará o prazo para eventuais manifestações. Não se trata da publicação do próprio plano, mas apenas de um aviso sobre a possibilidade de acesso ao plano em juízo.

A partir do momento em que os credores têm acesso ao plano, eles podem formar sua convicção a respeito da proposta apresentada. Há, inicialmente, dois caminhos: aprovar o

---

18 ANDREY, Marcos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 291.

19 ALDERMAN JR., Myles H. *Business reorganizations*. Denver: Outskirts Press, 2006, p. 65-66.

20 EPSTEIN, David G. *Bankruptcy and related law in a nutshell*. 6. ed. St. Paul: West Group, 2002, p. 430.

plano ou questioná-lo, apresentando uma objeção. O prazo para essa manifestação é de 30 dias contados da publicação da relação de credores elaborada pelo administrador judicial ou da publicação do edital sobre o recebimento do plano de recuperação judicial, o que ocorrer por último (Lei n. 11.101/2005 – art. 55).

Caso os credores concordem com o plano apresentado, eles devem aprová-lo, a princípio de forma tácita, isto é, sem se manifestar. Para simplificar o andamento do processo, a lei não exige a concordância expressa de todos os credores, mas apenas e tão somente a ausência de oposição para considerar o plano aprovado. O silêncio dos credores é entendido como a aprovação tácita da proposta apresentada. Nada impede, porém, que os credores queiram se manifestar expressamente no sentido da concordância em relação ao plano apresentado.

De outro lado, é certo que nem sempre os credores concordarão com a proposta apresentada. Nesse caso, não lhes cabe rejeitar o plano imediatamente, mas sim apresentar uma oposição para que o plano seja objeto de discussão e deliberação pela massa de credores. Só têm legitimidade para apresentar essa oposição os credores que no momento estiverem admitidos ao processo, seja por constarem da relação de credores, seja por serem incluídos por decisão judicial. Eles são os sujeitos que farão parte do acordo e, por isso, têm a legitimidade para questionar a proposta apresentada.

Na oposição, o credor deverá fundamentar<sup>21</sup> sua discordância por meio de razões de fato e de direito que justifiquem a não aceitação do plano apresentado. Não se trata aqui de uma simples informação de discordância, mas de um arrazoado especificando os motivos da oposição. Para tanto, pode-se invocar um sacrifício maior dos credores do que o necessário, a ausência de colaboração do próprio devedor que mantém níveis elevados de remuneração para seus administradores ou qualquer outro motivo que fundamente essa discordância em relação ao plano apresentado. A própria boa-fé objetiva exige uma justificativa, sob pena de indeferimento da oposição, ou seja, oposições injustificadas não podem ter o trâmite normal, devendo ser indeferidas de plano pelo juiz.

Mesmo sendo devidamente justificada, nenhuma objeção por si só é capaz de conduzir à rejeição imediata do plano apresentado, porquanto este pode ser objeto de alterações. Da mesma forma, nenhum credor tem o poder de rejeitar o plano de imediato, por mais expressiva que seja sua participação na massa de credores. Sua eventual discordância sempre conduzirá à convocação de uma assembleia geral para deliberar sobre o plano apresentado. De outro lado, por menor que seja a participação do credor, qualquer oposição justificada também levará à convocação da assembleia de credores, para que seja discutido e analisado o plano apresentado. Havendo oposição justificada, não há outro caminho ao juiz, a não ser a convocação da assembleia<sup>22</sup>.

Não havendo objeção, o plano será tido como aprovado tacitamente pelos credores. Havendo objeção, deverá ser convocada uma assembleia geral de credores para deliberar sobre a aprovação ou não do plano (Lei n. 11.101/2005 – art. 56). Tal assembleia dos credores será responsável pela aprovação ou desaprovação do plano de recuperação, em decisão, a princípio, soberana<sup>23</sup>. Terão direito de voto na assembleia os credores sujeitos à recuperação,

21 LOBO, Jorge. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 147; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 220; VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 170.

22 TJSP – Câmara especial de falências e recuperações judiciais – AG 569.351-4/6-00, Relator Desembargador JOSÉ ROBERTO LINO MACHADO, julgado em 19-11-2008.

23 SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185; MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 4, p. 227.



cujas condições de seus créditos sejam alteradas no plano de recuperação judicial.

A assembleia será convocada pelo juiz, com todas as formalidades legais, para realização em até 150 dias, contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. Tal prazo, a princípio, deverá abranger a primeira e a segunda convocações. A ideia desse prazo é permitir que haja uma deliberação definitiva sobre o plano antes de cessar a suspensão das ações e da prescrição, que perdura por até 180 dias da decisão de processamento.

Embora a intenção seja boa, a realização da assembleia, nesse prazo, nem sempre é possível. Outrossim, pode ser que haja um grande debate sobre o plano apresentado, ensejando a realização de diversas assembleias, impedindo assim que haja uma deliberação dentro do prazo de suspensão. Por essas razões, acreditamos que o juiz poderá estender o prazo da suspensão<sup>24</sup>, a fim de resguardar o resultado da negociação realizada no processo. Ademais, apesar da sua estipulação por lei, a desobediência ao prazo de 150 dias não possui qualquer sanção<sup>25</sup>, a não ser que configure retardamento injustificado do processo e, por isso, nada impede que haja a realização de assembleias após esse prazo.

Convocada a assembleia para apreciar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, caberá aos credores, a princípio, apenas a aprovação ou a rejeição do plano apresentado. Previamente a essa deliberação, obviamente deverá haver uma fase de discussão do plano, na qual inclusive podem ser feitas mudanças no plano originalmente apresentado.

Não se atribui à assembleia o poder de alterar o plano de recuperação unilateralmente<sup>26</sup>. Todavia, nada impede que a assembleia sugira alterações ao plano apresentado, a fim de melhor atender aos interesses envolvidos. As eventuais alterações propostas pela assembleia de credores só serão levadas à votação se contarem com a concordância do próprio devedor e não implicarem a diminuição exclusiva dos direitos dos credores ausentes (Lei n. 11.101/2005 – art. 56, § 3º).

Com ou sem alterações, o plano deverá ser submetido à votação pelos credores, isto é, deve-se verificar se o acordo poderá ou não ser firmado.

#### **4 EFEITOS ECONÔMICOS DO CORONAVÍRUS**

Há alguns sintomas, como dores de cabeça e noites sem dormir, que não são sintomas do coronavírus, mas reflexos que a pandemia oferece aos empresários. A situação se agrava, quando já há um processo de recuperação judicial em curso. Como muito bem ressaltado por Spinelli, Scalzilli e Tellechea estamos diante “de uma crise de ruptura, de natureza semelhante àquelas ocasionadas por guerras ou catástrofes naturais, de escala global e de duração indefinida”<sup>27</sup>.

Numa recuperação judicial que visa efetivamente à superação da crise econômico-financeira, naturalmente são considerados determinados cenários previsíveis dentro de determinado período, como o aumento de receitas e/ou a redução despesas. Ocorre que qualquer expectativa que se tivesse foi frustrada pela pandemia.

Os resultados da atividade econômica apurados até junho de 2020 demonstram uma

---

24 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 166.

25 MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 271; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 175.

26 SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 180.

27 SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência*. Porto Alegre: Buqui, 2020, p. 17.

queda considerável de receitas. Na indústria, no comércio e na prestação de serviços foram verificadas quedas de, respectivamente, 10,9%, 7,4% e 8,3, em relação ao primeiro semestre de 2019 (Fonte: IBGE). Essa redução da atividade econômica frustra todas as expectativas que pudessem ter sido criadas.

Diante disso, imagine-se um devedor que apresentou o plano de recuperação judicial antes da pandemia surgir, considerando todas as expectativas de mercado que existiam à época. Com efeito, tal plano, na maioria dos casos, se tornou irreal e inexecutável, o que poderá conduzir à sua rejeição ou ao seu descumprimento, acarretando, em ambos os casos, uma indesejada falência.

Como contornar esse problema?

Apesar das omissões da Lei n. 11.101/2005 sobre o tema, é certo que é possível conceber caminhos a serem seguidos diante de uma situação desse tipo.

## **5 POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÕES E REAPRESENTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NOS CASOS AINDA NÃO APRECIADOS DEFINITIVAMENTE**

Convocada a assembleia para apreciar o plano de recuperação apresentado pelo devedor, caberá aos credores, a princípio, apenas a aprovação ou a rejeição do plano apresentado. Previamente a essa deliberação, obviamente deverá haver uma fase de discussão do plano, na qual inclusive podem ser feitas mudanças no plano originalmente apresentado.

Não se atribui à assembleia o poder de alterar o plano de recuperação unilateralmente<sup>28</sup>. Todavia, nada impede que a assembleia sugira alterações ao plano apresentado, a fim de melhor atender aos interesses envolvidos. As eventuais alterações propostas pela assembleia de credores só serão levadas à votação se contarem com a concordância do próprio devedor e não implicarem a diminuição exclusiva dos direitos dos credores ausentes (Lei n. 11.101/2005 – art. 56, § 3º).

A previsão do artigo 56 da Lei n. 11.101 deixa clara a possibilidade de alterações no plano durante a assembleia. No entanto, alterações mais relevantes, como as decorrentes da crise do coronavírus, dificilmente serão conseguidas dentro de uma assembleia. Assim, é comum que se suspenda a assembleia para que o devedor apresente novas condições para os credores apreciarem. Ora, como se admite as alterações numa assembleia ou até no intervalo entre as suas realizações, é bem razoável admitir que mesmo antes da assembleia seja possível essa alteração, como se verá.

Decorre claramente do texto da lei que a não apresentação do plano no prazo conduz a falência do devedor. Todavia, não se pode excluir a possibilidade de que esse plano apresentado dentro do prazo legal se mostre inadequado diante da nova realidade econômica. Assim sendo, mesmo antes da assembleia de credores devem ser admitidas alterações no plano. Nesse sentido, Eduardo Secchi Munhoz afirma que “As alterações eventualmente imprimidas no plano devem ser havidas como naturais e inerentes a um processo de negociação que confira a possibilidade efetiva de os interessados influenciarem as decisões a serem tomadas.”<sup>29</sup>

28 SIMIONATO, Frederico A. Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 180.

29 MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (Coords.). *Comentários à lei e recuperação de empresas e falência*. Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.279. No mesmo sentido: CHAVES, Natália Cristina. Possibilidade de alteração do plano de recuperação judicial: requisitos e efeitos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, p.505 - 528, jan./jun. 2017; TJSP; Agravo de Instrumento 2002857-87.2020.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jundiá - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/08/2020; Data de Registro: 25/08/2020.

A autonomia privada e a ausência de proibições são justificativas para essa possibilidade de alterações no plano mesmo antes de uma assembleia, sem que isso viole o artigo 53 da Lei n. 11.101/2005. O plano foi apresentado no prazo cumprindo a determinação legal, mas, por motivos supervenientes ele não se mostra mais adequado para a superação da crise e, por isso, sua alteração se impõe.

O grande problema dessa permissão envolve aqueles credores que, tacitamente, anuíram aos termos originais do plano. Para não prejudicar nenhum credor nessa situação, é certo que se deve dar publicidade para as alterações do plano. Como sustenta Natália Chaves:

A exigência de publicidade da modificação ao plano de recuperação judicial justifica-se não só em virtude da necessidade de se preservar o interesse dos credores, com a concessão de um prazo de 30 (trinta) dias para que eles possam refletir sobre a nova proposta, mas também, pelo fato de que a discordância de um ou mais credores, quanto à modificação introduzida, ensejará a convocação de assembleia geral para deliberação acerca do plano modificado, do mesmo modo que ocorreria na hipótese de objeção ao plano originalmente proposto.<sup>30</sup>

Com a publicidade, os credores têm seus interesses protegidos, tendo nova oportunidade de se manifestar sobre os termos da proposta de acordo apresentada. Desse modo, é assegurada a oportunidade de conhecimento e manifestação para os credores, de modo que o acordo poderá ser devidamente celebrado. A própria boa-fé objetiva impõe informações completas, adequadas e suficientes, inclusive nos processos de recuperação judicial.

## **6 POSSIBILIDADE DE ADITAMENTOS AO PLANO NAS RECUPERAÇÕES JÁ CONCEDIDAS**

A mesma lógica vai se aplicar aos aditamentos de planos já aprovados, que funcionarão como aditivos contratuais e, nessa condição, dependerão de nova manifestação das partes envolvidas, nos moldes previstos para isso na Lei n. 11.101/2005. Com nova votação sobre o aditivo, conforme o caso, não computando os votos daqueles que eventualmente já foram quitados durante a vigência do plano original aprovado<sup>31</sup>. E aqueles credores que receberam parcialmente, deverão ser considerados pelo valor ainda pendente de pagamento.

Em todo caso, pela novação operada, deve-se considerar os créditos de acordo com as condições constantes do plano original aprovado, uma vez que aquela é a obrigação naquele momento. Não se pode reverter a novação pela simples existência da proposta de aditamento, pois só a falência dentro dos dois anos do período de observação é capaz de ter esse efeito.

Na mesma linha de raciocínio, deve haver nova decisão judicial sobre o acordo. Contudo, essa decisão judicial não terá o condão de alterar o prazo de duração do processo de recuperação judicial. Vale dizer, o prazo de 2 anos para o encerramento do processo será contada da decisão original e não dos aditamentos.

A propósito, o STJ já decidiu:

A apresentação de aditivos ao plano de recuperação judicial pressupõe que o plano estava sendo cumprido e, por situações que somente se mostraram

---

30 CHAVES, Natália Cristina. Possibilidade de alteração do plano de recuperação judicial: requisitos e efeitos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, jan./jun. 2017, p. 510.

31 CHAVES, Natália Cristina. Possibilidade de alteração do plano de recuperação judicial: requisitos e efeitos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, jan./jun. 2017, p. 517-518.

depois, teve que ser modificado, o que foi admitido pelos credores. Não há, assim, propriamente uma ruptura da fase de execução, motivo pelo qual inexistente justificativa para a modificação do termo inicial da contagem do prazo bienal para o encerramento da recuperação judicial.<sup>32</sup>

Como o artigo 61, § 2º da Lei n. 11.101/2005, que trata da possibilidade de perda dos efeitos da novação, está dentro do dispositivo que fala do prazo de duração do processo, acredito que só haverá o retorno às condições originais das obrigações, se houver a convalidação em falência dentro do mesmo processo. Sem a convalidação da recuperação em falência, devem ser mantidas as condições do plano, inclusive do eventual aditivo, ainda que o devedor venha a falir posterior. Se a falência for posterior ao encerramento do processo de recuperação, não se vislumbra aplicação do citado artigo.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pandemia do COVID-19 tem acarretado nefastas consequências para a vida econômica brasileira. A rotina empresarial tem sido impactada fortemente pela questão, engendrando uma reação em cadeia a contaminar a arrecadação pública e a vida privada. A legislação brasileira criou soluções para lidar com as dificuldades empresariais, tentando superá-las, com especial destaque para recuperação judicial. Todavia, a recuperação traz riscos que precisam ser muito bem ponderados.

A recuperação judicial depende de um acordo celebrado entre o devedor e a massa de seus credores que, naturalmente, vai considerar as perspectivas econômicas existentes quando a proposta de acordo (plano de recuperação) foi apresentada. Assim, mudanças nas circunstâncias econômicas, como as causadas pela atual pandemia, podem justificar alterações para planos em fase de apreciação pelos credores ou até em planos devidamente aprovados. Em todo caso, a ausência de proibições de mudanças e a autonomia privada justificam eventuais modificações aos planos.

Por afetar diretamente os interesses dos credores, não se pode deixar de dar a eles a oportunidade de conhecer o conteúdo das modificações e se manifesta sobre elas. Devem ser observados os instrumentos já previstos na legislação para a publicidade e votação dessas modificações. Assim, é possível resguardar os interesses dos credores e a própria situação do devedor, em prol da preservação da empresa, mesmo em tempos de coronavírus.

## **REFERÊNCIAS**

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BATTELO, Sívio Javier. *Principais controvérsias na nova lei de falências*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

BONFANTI, Mario Alberto; GARRONE, José Alberto. *De los títulos de crédito*. 2. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1976.

---

32 STJ - REsp 1853347/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 11/05/2020.

- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza; RODRIGUES NETTO, Nelson; RODRIGUES NETTO, Sílvia Maria Labate Batalha. *Comentários à Lei de recuperação judicial de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- CANTO, Jorge Luiz Lopes do. Os efeitos preponderantes do depósito judicial frente aos créditos sujeitos à recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, v. 3, jan./mar. 2017.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 5.
- CHAVES, Natália Cristina. Possibilidade de alteração do plano de recuperação judicial: requisitos e efeitos. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 70, pp. 505 - 528, jan./jun. 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DI PEPE, Giorgio Schiano (Coord.). *Il diritto fallimentare riformato*. Padova: CEDAM, 2007.
- FARIA, Mauro Teixeira de. Liberação de recebíveis por conta do desatendimento do requisito de especialização do bem objeto da garantia fiduciária. Sujeição do crédito garantido aos efeitos da recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 75, jan./mar. 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. IV, t. 2.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.III.
- JANTIN, Michel; LE CANNU, Paul. *Droit commercial: entreprises en difficulté*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.
- LIMIRO, Reinaldo. Negociando na assembleia de credores na recuperação judicial. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/248083/negociando-na-assembleia-geral-de-credores-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 19 jul. 2020.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.
- OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. III.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito cambiário*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José. *La junta de acreedores*. Madrid: Civitas, 2008.



PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di diritto fallimentare*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1955, v. 1.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. Barueri: Manole, 2008.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Títulos de crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007.

SHIRAI, Rodrigo. Hipóteses excepcionais de sujeição de operações garantidas por alienação fiduciária à recuperação judicial. *Crise Econômica e Soluções Jurídicas*, n. 59, dez./2015.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*. São Paulo: Campus, 2008.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

# CONTROLE DE PREÇOS ABUSIVOS DURANTE A PANDEMIA: UMA ARBITRARIEDADE JURÍDICA EM PREJUÍZO DA ECONOMIA

**Eduardo Caruso Cunha**

Master of Business Law, Freie Universität Berlin, Germany. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil. Pesquisador da Freie Universität Berlin, Germany.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A doutrina do preço justo (*iustum pretium*); 3 Controle de preços: inevitável recurso à arbitrariedade; 4 Teoria da ordem econômica de Walter Eucken; 4.1 A ambivalência do problema fundamental; 4.2 Tipos de ordem e a superioridade da economia de mercado; 5 Natureza e função do sistema de preços na economia de mercado; 6 Distorções do sistema de preços; 7 O papel do Estado na ordem econômica de mercado; 8 Efeitos da intervenção nos preços durante a pandemia; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 trouxe consigo o que pode ser considerado, sem exageros, uma das maiores crises da história recente. A Chanceler alemã Angela Merkel, reconhecida por sua objetividade e comedido pragmatismo, dirigiu-se à nação em raro pronunciamento para chamar a atenção para a gravidade da pandemia causada pelo SARS-CoV-2, que qualificou como o maior desafio da sociedade alemã desde o fim da Segunda Guerra Mundial.<sup>1</sup> Tal desafio certamente não é exclusivo da Alemanha ou da Europa, mas de todo o planeta.

Concomitantemente à chegada do vírus, tivemos toda oportunidade de verificar um fenômeno talvez tão desagradável quanto a própria pandemia: os preços de determinados produtos e serviços dispararam. No Brasil produtos como álcool gel, máscaras cirúrgicas, papel higiênico, entre outros artigos tiveram seus preços aumentados, em curto espaço de tempo, em pelo menos 161%.<sup>2</sup> Na Alemanha, farmácias estariam cobrando por álcool gel um valor 6 vezes maior do que o preço final recomendado pelo fabricante.<sup>3</sup> Aos olhos da população — tanto na Europa, quanto no Brasil —, comerciantes gananciosos passaram a lucrar com a pandemia e o sofrimento alheio, aproveitando-se da calamidade pública para cobrar preços abusivos e explorar os consumidores.

Diante de tal quadro, foram apresentadas inúmeras propostas ao Parlamento brasileiro com projetos de lei para combater “preços abusivos” em diversos setores da economia durante a pandemia do Covid-19. A esse respeito, vale fazer menção ao Projeto de Lei nº 881, de 2020, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues - REDE/AP, que “Dispõe sobre o congelamento de preços de medicamentos durante a vigência da Pandemia de Coronavírus”; ao Projeto de Lei nº 1.008, de 2020, do Deputado Túlio Gadêlha - PDT/PE, que “dispõe sobre o controle do Estado no combate à manipulação e ao abuso de preços em casos de decretação de Pandemia ou Estado de Calamidade Pública”; bem como ao Projeto de Lei (PL) 1.166/2020, do senador Alvaro Dias - PODEMOS/PR, que “estabelece teto de 20% ao ano para todas as modalidades de crédito ofertadas por meio de cartões de crédito e cheque especial para todas as dívidas contraídas entre os meses de março de 2020 e julho de 2021.”

Ao contrário do que sugere a simplicidade da proposta — limitação de preço —, a questão é na verdade matéria de grande complexidade e coloca em risco o próprio abastecimento do país. A questão central que se coloca é a seguinte: o que torna um preço abusivo? Sua causa seria meramente a ganância e má-fé do comerciante? Em caso positivo, a intervenção direta do poder estatal nos preços de mercado é o melhor remédio? Quais os reflexos para a economia causados pelas medidas de intervenção e repressão?

## 2 A DOCTRINA DO PREÇO JUSTO (IUSTUM PRETIUM)

Uma rápida leitura das frases introdutórias do Édito de Preços do Imperador Diocleciano do ano 301 d.C.<sup>4</sup> nos mostra que, em termos de intervenção do Estado na economia, muito pouco se evoluiu no curso dos últimos 1700 anos: aos olhos do governante e da população,

1 Pronunciamento legendado em língua portuguesa disponível no website da *Deutsche Welle* em: <https://www.dw.com/pt-br/o-apelo-inédito-de-merkel-devido-ao-coronav%C3%A9rus/av-52844181>. Último acesso: 28 ago. 2020.

2 Veja-se, por todos e a título de exemplo, reportagem do portal UOL com o título: *Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar?* Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controla-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus.htm>. Último acesso: 28 ago. 2020.

3 Reportagem do canal *Westdeutscher Rundfunk*. Disponível em: <https://www1.wdr.de/nachrichten/themen/coronavirus/coronavirus-desinfektionsmittel-100.html>. Último acesso: 28 ago. 2020.

4 Original: *Edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium*.

a única razão para aumento de preços era — tanto na Roma em decadência, quanto nos dias de hoje — a mera ganância humana por lucro e dinheiro.

No preâmbulo do referido documento vão explicitadas as razões e a finalidade do Édito em um estilo oficioso e elaborado: após uma referência à exitosa — mas duramente conquistada — restauração da paz e segurança no Império, afirma-se que a crescente usura dos preços estava causando prejuízos econômicos tão graves, sobretudo ao Exército, que uma “intervenção” do governo responsável pelo bem comum havia se tornado inevitável. Portanto, os preços foram fixados em uma tabela anexa, bastante ampla e minuciosa, que disciplinava os preços de uma enorme gama de bens e serviços disponíveis no comércio, inclusive os salários que deveriam ser pagos em virtude de trabalho. A violação era punível com nada menos do que a pena de morte. O preço ditado, bem entendido, devia ser considerado como o preço máximo admissível.<sup>5</sup>

Referido Édito Imperial se deu em sequência a uma dura desvalorização monetária no século IV. Depois de Aureliano, Diocleciano também havia realizado uma reforma monetária por volta de 294 d.C., adotando uma nova moeda que passou a ser chamada de *folles* — o nome, no entanto, só é documentado um pouco mais tarde — e que sofreu uma forte desvalorização inflacionária quase que desde o seu surgimento. No ano 301 d.C. o Imperador tenta, portanto, deter a acentuada perda do poder de compra da moeda pelo famoso Édito de Preços. A despeito do rigor da punição, a medida de Diocleciano não escapou de ser um estrondoso fracasso, tal qual todas as semelhantes tentativas em tempos modernos de imposição de preço por medida de Estado: as mercadorias desapareceram do mercado e passaram a comercializadas ilegalmente. Os assalariados, sobretudo os funcionários públicos, entraram em grandes dificuldades e o Édito vai então revogado após um curto período de tempo.<sup>6</sup>

Além da medida buscando proteger os compradores dos prejuízos com a progressiva desvalorização da moeda no decorrer do século IV d.C., Diocleciano introduziu ainda uma outra importante inovação no direito romano, desta vez a fim de proteger os vendedores. Com o sistema de preço livre até então vigente em Roma<sup>7</sup> tornando-se cada vez mais difícil de ser suportado, Diocleciano introduziu, por ocasião da venda de propriedades imóveis e a fim de proteger os vendedores em vendas de emergência contra preços insuficientes, a impugnação por *laesio enormis* (do lat. “prejuízo excessivo”, “lesão excessiva”). Com base nesse rescrito, o vendedor poderia dissolver o contrato e exigir a devolução do objeto da venda contra reembolso do preço caso este seja inferior à metade do “valor efetivo” do objeto da venda. O comprador poderia, no entanto, manter o contrato complementando o valor pago até atingir o valor estimado do bem.

Assim surgiu, pela primeira vez — pelo menos no mundo jurídico — a ideia de que todo o bem teria o seu “preço justo” (*iustum pretium*) e que quaisquer desvios desse preço deveriam ser desaprovados. Tal regra, após cair em desuso, foi restabelecida por Justiniano por interpolação em dois rescritos dos imperadores Diocleciano e Maximiano.<sup>8</sup> No plano econômico-filosófico, as bases para uma análise da dicotomia entre preço e valor já vinham sendo investigadas pelo menos desde Aristóteles e suas preocupações com o problema

---

5 LAUFFER, Siegfried. *Diokletians Preisedikt*. Berlin: Walter De Gruyter & Co., 1971, p.3-4.

6 PEKÁRY, Thomas. *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*. Wiesbaden: Franz Steiner, 1976, p.126.

7 Até então, a negociação do preço era questão a ser tratada e livremente discutida entre comprador e vendedor. Veja-se JÖRS, Paul. *Römisches Recht*. 2. Auf. Heidelberg/Berlin: Springer Verlag, 1935, §142.

8 JÖRS, Paul. *Römisches Recht*. 2. Auf. Heidelberg/Berlin: Springer Verlag, 1935, §142.

ético da justiça em preços — a denominada justiça comutativa.<sup>9</sup> Sabidamente Aristóteles não conseguiu oferecer qualquer teoria do valor e preço em sua busca por um cânone para justiça em preços, porém suas ideias formaram a base para um modelo de análise econômico (análise de preço e valor) que influenciou estudiosos até os dias de hoje.<sup>10</sup>

A doutrina do *iustum pretium* e do desfazimento de contrato por *laesio enormis* alcançaram entretanto um reconhecimento geral apenas na Alta Idade Média, já sob forte influência da lei canônica, o que pode ser verificado já a partir de São Tomás de Aquino, em que postula — tal como Aristóteles — a existência de um “valor objetivo” intrínseco a todo bem, que consiste na estimação geral (*iustum pretium... in quadam aestimatione consistit*),<sup>11</sup> idéia que seguiu com grande relevância pelo menos até o século XIX. A título de exemplo, a impugnação por *laesio enormis* encontrou espaço, sob muita controvérsia, no Código Napoleônico, pesando em seu favor a posição de Napoleão, que enfatizou a necessidade de proteger os proprietários de terras que haviam caído em dificuldades em consequência dos levantes revolucionários.<sup>12</sup>

De evidência que os limites do presente trabalho não comportariam uma análise em maior detalhe da evolução da teoria do valor ao longo da história, nem é este o propósito aqui. Importante é apenas ressaltar alguns aspectos que seguem relevantes até os nossos tempos. A primeira delas é que, mesmo depois de séculos de reflexão, a doutrina do preço justo jamais foi capaz de oferecer uma aplicação prática que permitisse razoavelmente identificar qual, afinal de contas, seria o preço efetivamente justo de um bem ou serviço. A esse respeito, vale fazer menção, por exemplo, aos esforços ligados à solução do paradoxo do valor (também conhecido como paradoxo diamante-água), relativamente à contradição de que, embora a água seja em geral mais essencial em termos de sobrevivência e necessidade do que os diamantes, são os diamantes que possuem um valor mais elevado no mercado.<sup>13</sup>

Por outro lado, a idéia de que há um valor justo intrínseco para cada produto torna toda flutuação de preço mero fruto da especulação, avareza e usura do comerciante. Um bom exemplo disso pode ser visto na França entre os séculos XVII e XVIII, sobretudo durante o reinado de Luís XV, em que iniciou-se o processo de liberalização do comércio de grãos. Conforme o relato de Steve Kaplan, àquela época a reputação dos comerciantes era execrável, sendo a visão da polícia e do povo em relação a eles bastante ambivalente: “se por um lado os comerciantes eram absolutamente necessários para a função pública de abastecimento da população, de outro lado as autoridades não conseguiam deixar de pensar que o comércio tendia a recrutar homens de caráter desprezível, que abrigavam desígnios malignos: afinal, a especulação estava na natureza do comércio e quem, senão homens desprezíveis, especularia com a subsistência de seus concidadãos?”<sup>14</sup> Com essa linha de pensamento, há registro de inúmeras queixas e sentenças contra comerciantes, acusados pelas autoridades em razão de qualquer elevação de preços e condenados independentemente de suas práticas comerciais per se, vale dizer, sem escrutínio de fatores como custo habitual,

9 Veja-se ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. Transl. by W.D.Ross. Book V, n.5. Disponível em: <http://classics.mit.edu/Aristotle/nicomachaen.5.v.html>. Último Acesso: 28 ago. 2020.

10 Sobre a contribuição de Aristóteles à análise econômica, veja-se: SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ed. by Elizabeth B. Schumpeter. London: Routledge, 1994, p.60-61.

11 THOMAS DE AQUINO. *Summa Theologiae*. Secunda Pars, Secundae Partis, Quaestio 77. Disponível em: <http://www.unifr.ch/bkv/summa/kapitel593-1.htm>. Último acesso: 28 ago. 2020.

12 KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 17. Auf. München: C.H. Beck, 2003, §41, n.14.

13 Sobre os estudos de pensadores italianos que se ocuparam do paradoxo, a partir de Davanzati (Leizione delle moneta, anno 1588), veja-se SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ed. by Elizabeth B. Schumpeter. London: Routledge, 1994, p.300 e ss.

14 KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976, p.54-55.



escala de salários, elasticidade da demanda e a probabilidade de recuperação da colheita. Tais queixas e condenações baseavam-se apenas na noção casuística e empírica de “preço justo”, desprovida de qualquer teoria coerente de justiça social ou comutativa.

O preço justo, segundo essas autoridades, era meramente um preço qualquer que não “desagradasse” aos comerciantes nem “ferisse” demasiadamente os consumidores, sem nenhum critério além de um obscuro e arbitrário “ideal de moderação”, variável ao sabor das circunstâncias. Um preço era considerado justo, portanto, quando os comerciantes se acomodavam a um lucro moderado e as pessoas, que já viviam em um estado de miséria crônica, não sofriam em demasiado, vale dizer, não mais do que normalmente já sofriam. Assim, em momentos tranquilos o preço justo era simplesmente o preço atual, fixado por estimativa comum e não imposto por manobras mercantis ou por decreto governamental.<sup>15</sup>

### 3 CONTROLE DE PREÇOS: INEVITÁVEL RECURSO À ARBITRARIEDADE

A partir do relato de Kaplan, resta claro que as práticas do Estado brasileiro — e de toda intervenção direta no sistema de preços<sup>16</sup> — para controle do assim chamado “preço abusivo”, tal como ainda hoje em discussão, pouco se diferenciam daquelas verificadas na França do *ancien régime*. O Projeto de Lei (PL) 1.166/2020 propunha originalmente limitar juros de cartão de crédito em 20% ao ano, já sofreu uma emenda para elevar tal limite a 30%a.a., tudo aparentemente com base no mesmo arbitrário “ideal de moderação” tipicamente empregado por qualquer *lieutenant général de police* de Paris, quando o preço dos grãos no século XVIII se elevavam *sans raison aucune*.

Mesmo instrumentos já estabelecidos de intervenção direta no preço ao consumidor seguem sem qualquer critério ou mesmo ponto de partida razoavelmente palpável para a análise da abusividade do preço. Exemplo disso é o remédio previsto com base no Art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor, que permite a autoridades públicas que promovam intervenção direta em preço de mercado caso se mostrem “arbitrários, leoninos ou abusivos”, com base em “análise casuística que o juiz e autoridade administrativa fazem, diante de fato concreto”,<sup>17</sup> ou seja, com os mesmos critérios vagos e subjetivos da autoridade francesa no século XVII e XVIII, que censuravam “repentinos aumentos de preço sem qualquer fundamento”.<sup>18</sup> Embora o autor do referido dispositivo do anteprojeto se esforce em mencionar que “não se trate de tabelamento de preços”, fato é que essas medidas, como se verá adiante, têm os mesmos efeitos nefastos de qualquer tabelamento.

No que aparentemente constitui a melhor tentativa de sistematizar critérios para aplicação do Art. 39, X, do CDC e alcançar uma redução da subjetividade em sua aplicação, Bruno Miragem propõe seja adotado um parâmetro de “anormalidade da conduta do fornecedor que leva à violação do princípio da equivalência material”, a ser revelada pelo “excesso quantitativo do aumento” — apurado com base em custos de produção — e excesso qualitativo, decorrente de falsas justificativas para aumento de preço ou exploração de uma situação de dependência do consumidor.<sup>19</sup>

15 KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976, p.58-59.

16 As práticas de controle de preço existentes e em discussão no Brasil são citadas aqui exemplificadamente, na medida em que evidentemente tais não são exclusividade do Brasil. A esse respeito, vale mencionar, entre tantos, não apenas as recente medidas de países vizinhos como a Argentina, mas também a legislação de inúmeros estados norte-americanos, que possuem legislação contra o chamado *price gouging*.

17 HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio. Das práticas comerciais (Cap. V). In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p.393-394.

18 KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976, p.57.

19 MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 104 (mar.-abr. 2016), p.99-127.

O critério proposto quanto à “anormalidade da conduta em violação ao princípio da equivalência material”, entretanto, não é apto a garantir maior objetividade a medidas empíricas de intervenção em preços. Primeiramente, o aspecto quantitativo sugerido não indica a partir de qual ponto um aumento é excessivo. Quanto ao critério qualitativo, não existe nenhuma falsa justificativa para aumento de preços em uma economia de mercado, cuja causa é sempre a mesma (desequilíbrio entre oferta e demanda), que pode ou não ser causada por conduta comercial atribuível ao fornecedor.

De qualquer maneira, a mera imposição de limitação de preço está longe de ser um instrumento adequado para lidar com o problema, ainda que a causa da elevação de preços seja a existência de poder de mercado. Tal se deve, antes de tudo, ao grande equívoco da idéia de “equivalência material”: nenhum objeto possui um valor intrínseco, objetivamente determinável; valor é sempre um juízo subjetivo de um agente em relação a um objeto econômico.<sup>20</sup> Qualquer que seja a sua natureza — econômico, moral, ético, etc. —, valor é uma percepção estritamente subjetiva: nada é valioso *per se*, nada é inútil em si mesmo, mas valor e insignificância são juízos perfeitamente atribuíveis ao mesmo objeto, conforme à percepção subjetiva do indivíduo em relação a ele. A inexistência de um valor intrínseco e objetivamente determinável da coisa é, portanto, circunstância que impede de maneira incontornável o uso da doutrina do preço justo para fins de justiça, tornando a intervenção do agente estatal nos preços de mercado um ato de pura arbitrariedade, vale dizer, de mera substituição do arbítrio das partes pelo arbítrio público.

O grande questão aqui, por outro lado, não diz respeito apenas à incontornável impossibilidade do Estado fazer justiça no caso concreto. Bem mais relevante é o fato de que a referida intervenção pública arbitrária nos preços de mercado, seja ou não em tempos de crise ou pandemia, causam graves distorções ao sistema ordenador do mercado e regulador da economia, colocando em sério risco o abastecimento da sociedade e a melhor alocação de recursos para atendimento das necessidades econômicas do consumidor. Aqui vale a regra: quanto mais generalizada for a intervenção direta no sistema de preços, maior o prejuízo social por má alocação de recursos (causadora, conforme o caso, de desabastecimento ou desperdício). Isso pode ser melhor demonstrado através da teoria da ordem econômica, tal como inicialmente concebida por Max Weber mas amplamente desenvolvida pelo economista Walter Eucken, cujo trabalho deu início à chamada Escola de Freiburg e deu origem ao chamado ordoliberalismo alemão, base do modelo econômico adotado pela Alemanha Ocidental após a Segunda Guerra Mundial.

#### **4 TEORIA DA ORDEM ECONÔMICA DE WALTER EUCKEN**

Ainda que a análise econômica tenha ganhado em complexidade a partir da metade do século XIX, sobretudo após o maior emprego da matemática a partir da obra de Cournot,<sup>21</sup> o fato é que o pensamento econômico em grande parte nunca abandonou completamente a perspectiva da relação de troca, ou seja, do mero intercâmbio em que dois agentes estabelecem a equivalência de preço e valor.<sup>22</sup>

---

20 OERTMANN, Paul. *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Iuris Civilis*. Berlin: R. L. Prager Verlag, 1891, p.39ff.

21 COURNOT, Antoine-Augustin. *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*. Paris: Hachette, 1838. Há versão disponível online disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6117257c.textelimage>. Último acesso: 03 set. 2020.

22 FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010, p.118. A respeito da evolução da teoria de mercado até a escola neoclássica ou marginalista, que mantém uma concepção de mercado e de concorrência baseada em uma análise de relações de preço-custo, veja-se HOVENKAMP, Herbert. *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*. In: SULLIVAN, E. Thomas. *The Political Economy of the Sherman Act. The first One Hundred Years*. New York/Oxford: Oxford Univ. Press, 1991, p.141 and ss.

Entretanto, mesmo o emprego da mais sofisticada análise matemática jamais permitiu à teoria econômica ultrapassar os limites da mera descrição de padrões sob condições gerais e bastante limitadas, conhecimento que jamais autorizou quaisquer previsões precisas de fenômenos específicos tais como ocorre, por exemplo, na física ou na química. Mesmo se considerados os complexos sistemas de equações simultâneas para representar as relações gerais entre preços e quantidades de todas as mercadorias compradas e vendidas — segundo as quais seria teoricamente possível calcular preços e quantidades de todas as mercadorias apenas com o preenchimento dos parâmetros dessas equações —, na prática tal tarefa sempre se mostrou impossível, sendo que os próprios fundadores desta teoria entenderam claramente que seria “absurdo” supor que todos os dados necessários pudessem ser efetivamente apurados.<sup>23</sup> O problema econômico, como de regra acontece com todo fenômeno social, depende de um número tão grande de circunstâncias condicionantes que possivelmente um investigador jamais estará apto a averiguar todas, fazendo com que o ideal de previsão e controle de eventos específicos permaneça em grande parte fora do controle humano.<sup>24</sup>

Primeiro pensador a finalmente romper com enfoque de preço e valor e buscar uma abordagem inteiramente nova para o problema fundamental da alocação econômica foi o economista alemão Walter Eucken, apontado como o grande iniciador da Escola de Freiburg (também chamada Escola Ordoliberal),<sup>25</sup> apontada como formadora da base teórica que caracteriza a ordem econômica da Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial e da União Europeia. Walter Eucken é, sem dúvidas, o mais importante e influente economista alemão do pós-guerra. Para ele, o problema econômico não poderia ser abordado através da análise de relações de preço e valor ou preço e custo, mas apenas sob a perspectiva das diversas ordens sociais (econômica, jurídica, política, social *stricto sensu*), que são interdependentes. Em outras palavras, o problema deveria ser investigado dentro do contexto das ordens (*Denken in Ordnungen*).

#### 4.1 A ambivalência do problema fundamental

Em sua obra *Grundlagen der Nationalökonomie* (“Fundamentos da Economia Nacional”)<sup>26</sup> publicada em 1939, Eucken abandona expressamente as bases da influente Escola historicista alemã de economia e busca uma nova perspectiva de tratar o problema da alocação econômica, partindo diretamente do que chamou de “problema fundamental”. No epicentro de tudo, segundo ele, estava na questão a respeito de quem deve controlar o fluxo econômico (*Lenkung des Wirtschaftsprozesses*), sintetizada em uma única pergunta: “Como ocorre o controle da enorme inter-relação causada pela divisão do trabalho, da qual depende o abastecimento de cada ser humano com bens”?

Pense-se, por exemplo, em um observador à janela de um avião, sobrevoando uma larga extensão de terras divididas em diversos lotes, cada um cultivado com os mais diversos tipos de alimentos. Quem define, por exemplo, o que e quanto plantar em cada lote? Quem define

---

23 PARETO, Vilfredo. *Manuel d'économie politique*. Trad. Alfred Bonnet. Paris: Giard et Brière, 1909, para. 217, p.233-234.

24 VON HAYEK, Friedrich A. The Theory of Complex Phenomena. In: MARTIN, Michael; MCINTYRE, Lee (Eds.). *Readings in the Philosophy of Social Science*. Cambridge (MA): MIT Press, 2000, p.55-70.

25 Para von Hayek, ganhador do Nobel de Economia em 1974, Eucken é “provavelmente o pensador mais sério no campo da filosofia social que a Alemanha produziu nos últimos 100 anos.” (VON HAYEK, Friedrich A. Die Wiederentdeckung der Freiheit — Persönliche Erinnerungen. In *Produktivität, Eigenverantwortung, Beschäftigung. Für eine wirtschaftspolitische Vorwärtsstrategie*. Ed. por Verband der Deutschen Maschinen- und Anlagenbau e Institut der deutschen Wirtschaft. Köln: Deutscher Instituts Verlag, 1983, p.9-22).

26 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.2.

o destino dessa produção (p.ex., quanto do trigo será utilizado para fazer pão, quanto para cerveja, quanto para biscoitos e assim por diante?). Quem define a técnica a ser empregada, a quantidade de empregados que deve ser alocada nas diversas atividades (plantio, colheita, comercialização, recepção, etc.)? Deve-se investir na aquisição de equipamentos mais modernos? É possível encurtar de alguma forma o tempo entre plantio e colheita?

Este problema fundamental tem, para Eucken, uma natureza dupla: por um lado, é individual-histórico e, portanto, muito diversificado dependendo do lugar e do tempo, variando de acordo com os diferentes costumes e idéias. Sob esta perspectiva, o problema deve ser tratado com base na respectiva situação histórica global, não separada do contexto histórico.<sup>27</sup> Por outro lado, é também um problema teórico-geral, já que a realidade é tão complexa que não pode ser reconhecida pela observação direta. Eucken chama esta ambivalência de “grande antinomia”, que só pode ser superada considerando as duas abordagens simultaneamente.

Reconhecendo que „o pensamento econômico tradicional fracassa diante da grande antinomia”, Eucken parte para uma abordagem completamente nova,<sup>28</sup> acrescentando que a única maneira de lidar adequadamente com a antinomia é pensar em termos de ordens econômicas. “Em que ordem econômica o sistema geral de divisão do trabalho se materializa?”<sup>29</sup>

Walter Eucken define ordem econômica como “a totalidade das formas em que o controle do processo econômico cotidiano se dá em concreto”.<sup>30</sup> Cada plano econômico e cada ação econômica, em cada país, a qualquer momento da história, é sempre realizada dentro da estrutura de alguma ordem econômica, ou seja, dentro de certas formas.<sup>31</sup> É irrelevante se esta ordem econômica de fato, historicamente dada, seja ruim e insatisfatória: mas sem uma ordem, a atividade econômica seria impraticável.<sup>32</sup> É bem verdade que a composição das ordens existentes podem ser bastante diversa em cada caso, porém o número de “formas puras” de ordem é bem mais administrável. Tal qual um grande número de palavras podem ser formadas a partir da combinação de duas dúzias de letras, uma ordem econômica concreta é formada pela combinação das ordens puras.<sup>33</sup>

Partindo do planejamento da atividade econômica, característica comum a todas as ordens,<sup>34</sup> ele chega assim às “duas formas básicas puras e constitutivas que a investigação histórica encontrou em todas as épocas: o sistema econômico ideal-tipo da “economia planejada centralmente” e o sistema econômico da “economia de trocas” ou de mercado, através das quais Eucken busca tornar compreensível “a estrutura das ordens econômicas concretas”, ganhar uma base para análise de questões teóricas e, assim, reconhecer o processo econômico em seu contexto.<sup>35</sup>

## 4.2 Tipos de ordem e a superioridade da economia de mercado

A primeira ordem pura, segundo Eucken, é a “economia de planejamento central”, caracterizada por um plano elaborado por uma autoridade estatal, segundo o qual todas

27 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.18.

28 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.67.

29 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.50.

30 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.180.

31 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.50.

32 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.50.

33 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.72.

34 “O diretor de cada entidade econômica age em cada caso com base em um plano de ação... “Sem planos... as pessoas nunca operam”. O planejamento da atividade é, portanto, elemento chave para a análise, ou, nas palavras de Eucken, “a porta através da qual a teoria pode penetrar na realidade econômica”.

(EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.78:230).

35 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.124.

as decisões econômicas relevantes relacionadas à produção são determinadas pela administração central: preços, quantidades a serem produzidas em um determinado período, técnicas a serem aplicadas, quais e quantos trabalhadores devem operar em uma determinada posição, etc., exatamente como observado nos países socialistas a partir de meados do século XX. Todas as decisões de alocação relevantes são tomadas por uma autoridade central e impostas por lei. Eucken levanta dúvidas quanto à viabilidade de um sistema planejado centralizadamente. Acima de tudo, faltaria um esquema confiável de medição de desempenho que permitisse à autoridade central reagir em caso de ser necessária alguma correção. Sem possibilidade de medição de desempenho, ao preparar o próximo plano de ação a autoridade estaria sem qualquer critério para eventual ajuste das atividades e, portanto, tateando no escuro.<sup>36</sup>

Além disso, a complexidade de todos os processos econômicos dentro de uma sociedade moderna torna a tarefa da autoridade central impraticável, especialmente considerando a falta de um método apropriado para determinar a escassez tanto dos meios de produção quanto dos produtos finais. As autoridades não são capazes, como resultado, de alocar a força de trabalho e os meios materiais de produção existentes de acordo com a real escassez.<sup>37</sup> Não por acaso, toda sociedade que adotou uma ordem econômica de decisão centralizada foi conduzida ao desastre econômico em um relativamente curto espaço de tempo — e.g. Estados socialistas do Leste Europeu, Cuba, etc.).

A segunda ordem econômica pura apontada por Eucken foi a denominada “economia de trocas”, caracterizada por tantos planos econômicos quanto o número de agentes econômicos individuais. Diferentemente do plano central, o plano individual dos sujeitos econômicos na economia de troca abrange apenas uma pequena parte de todo o processo econômico-social que se realiza. Esta incompletude impõe aos agentes individuais a consideração necessária de sua contraparte de mercado e de seu concorrente. Todos esses planos parciais devem, portanto, ser coordenados, o que acontece através da definição de uma escala de valores — basicamente expressa em uma quantia de dinheiro —, um sistema de preços indicando adequadamente a escassez e um método de medição de desempenho (lucro).<sup>38</sup>

Definidas as formas puras, não haveria a menor dúvida quanto à superioridade da ordem econômica baseada no controle do processo econômico por planos individuais. É que “produção” envolve a combinação de inúmeros itens complementares que podem ser agregados com um número incalculável de possibilidades. A combinação ideal desses meios de produção requer decisões rápidas e um processo constante de ajuste, para o qual os agentes econômicos precisam de uma certa esfera de liberdade, caso contrário não podem proceder esse difícil, contínuo e crucial ajuste de rumos.<sup>39</sup> A rápida decisão sobre a combinação otimizada dos meios de produção é central para a realização do processo econômico e é a expressão de um plano correspondente da unidade econômica, que é realizado *ex ante*: a distribuição dos trabalhadores entre os empregos, da terra entre os cultivos, etc. Por outro lado, é também crucial dispor de um instrumento que permita a verificação *ex post* quanto à correção das decisões tomadas *ex ante*. A verificação *ex post* do sucesso é uma base

---

36 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.79.

37 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.80.

38 EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unveränderte Auflage. Berlin [u.a.]: Springer Verlag, 1989, p.88 e ss.

39 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.271.



indispensável para a formulação de novos planos em um futuro próximo.

O fornecimento ideal de bens e serviços só é possível através da interação contínua da verificação *ex post* e do planejamento *ex ante*. Onde há falta de verificação econômica *ex post* suficiente, como na economia administrada de forma centralizada, simplesmente se perde uma ferramenta fundamental para a atividade econômica.<sup>40</sup>

Embora esta clara sugestão de que o fluxo econômico através de planos multi-individuais orientados por um sistema de preços flutuantes seja a melhor alternativa para enfrentar o problema da alocação, Eucken também adverte que também este tipo de ordem econômica pode funcionar muito inadequadamente caso o sistema de preços não cumpra seu papel de coordenação dos diversos planos individuais, qual seja, o de indicador fiel do grau de escassez.<sup>41</sup> Isto acontece quando os preços são fixados pelo Estado (ou outro agente com poder) e indicam apenas aleatoriamente — ou nem isso — a real escassez de bens e serviços. Além disso, a existência de monopólios e cartéis, ou ainda a concessão de subsídios pelo Estado, também são fenômenos capazes de prejudicar o funcionamento do sistema de preços e o cumprimento de seu essencial papel de indicador preciso dos níveis de escassez.<sup>42</sup>

Outra distinção fundamental é que a verificação do sucesso econômico só faz sentido na ordem econômica baseada na concorrência e nos planos individuais. Este é o único tipo de ordem econômica em que a direção do processo de fluxo econômico pode (e deve) ser determinado pelo consumidor, que determina o tipo e escopo da produção — com os empresários agindo em seu nome, com uma boa margem para ação. Esta influência do consumidor se estende não apenas à produção de bens de consumo, mas também às decisões de investimento, e isto também em termos de seu escopo e natureza.<sup>43</sup> A desejada soberania do consumidor na definição daquilo que deve ser produzido é consideravelmente limitada em caso de ocorrência de monopólios, ao passo que na administração central do processo econômico tal soberania é simplesmente aniquilada.

## **5 NATUREZA E FUNÇÃO DO SISTEMA DE PREÇOS NA ECONOMIA DE MERCADO**

Esta apertadíssima síntese da obra de Eucken já abre uma série de questões quanto ao papel do sistema de preços para a ordem econômica baseada na concorrência e no livre mercado. Primeiramente, o problema da ótima alocação de recursos escassos para atendimento das necessidades dos consumidores não depende de uma verificação de preço e uma noção incerta de valor em transações entre produtor e consumidor, mas da capacidade de produtores e fornecedores conseguirem interpretar os sinais de escassez e as necessidades/desejos dos consumidores de forma precisa, a ponto de avaliar e eventualmente corrigir o seu plano de ação comercial (enquanto agente individual) de acordo. Em uma ordem econômica constituída através dos planos de inumeráveis agentes, são a concorrência (devido a seu processo de nivelamento de preços por meio de tentativa-erro-ajuste) e o sistema flutuante de preços os elementos ordenadores do mercado.

---

40 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.158.

41 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.158.

42 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.159ff.

43 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.163.

Somente através do processo competitivo pode ser assegurada a necessária racionalidade econômica das trocas econômicas, permitindo a formação de preços capazes de medir as magnitudes relacionadas à demanda e à oferta e, assim, regular as escolhas tanto de vendedores quanto compradores.<sup>44</sup>

Diante da indefectível subjetividade da noção de valor, como já referido acima, uma doutrina de “preço justo” jamais poderia ser decidida individualmente, por estimativa de um único agente em relação ao bem. Preço justo pode ser somente aquele constituído pelo processo concorrencial, ou seja, o preço que corresponde à *volonté de tous*, formada no curso do processo competitivo como a vontade geral, nos mesmos moldes de um processo democrático.<sup>45</sup> Franz Böhm vê na formação dos preços concorrenciais semelhança a um processo eleitoral: “Todos os dias”, afirma, “milhões de consumidores vão ao mercado equipados com cédulas eleitorais na forma de papel moeda, orientam-se por meio de preços e da aparência dos bens em oferta, fazendo sua escolha na forma de decisões de compra de acordo com seu julgamento e sua escala de necessidades”.<sup>46</sup> A formação do preço concorrencial é, assim, uma expressão da democracia: “as chamadas leis do mercado nada mais são do que uma democracia plebiscitária diária e horária, levada ao extremo, tecnicamente aperfeiçoada ao nível mais sofisticado, um referendo popular realizado de manhã à noite durante todo o ano, a manifestação tecnicamente mais ideal da democracia que existe”.<sup>47</sup>

Os consumidores exercem, assim, uma influência decisiva na estrutura da economia e na direção da produção, pois ajustes diários — ou a falta deles — significam lucro ou prejuízo para os produtores, que devem levar em conta os desejos dos consumidores se quiserem sobreviver como empreendedores.

Preços justos são, portanto, um fenômeno social provocado pela interação do somatório das avaliações de todos os indivíduos que participam do funcionamento do mercado. Cada indivíduo, na compra ou não-compra e na venda ou não-venda contribui, com sua parte, na formação dos preços de mercado — e quanto maior for o mercado, menor é o peso da contribuição de cada indivíduo.<sup>48</sup>

Em uma economia fundada na livre concorrência, portanto, o sistema de preços deve ser visto como um sistema de sinais que permite aos agentes econômicos se adaptarem a circunstâncias desconhecidas - e muitas vezes em rápida mudança.<sup>49</sup> Tal percepção é acima de tudo mérito de Hayek, que em artigo publicado em 1937 já reconhecia que o mecanismo de preços é muito mais um sistema de sinais que permite às pessoas perceberem e compreenderem uma grande quantidade de informações dispersas, bem como se adaptarem a circunstâncias desconhecidas,<sup>50</sup> sistema que é a base de toda a ordem moderna, de toda a economia e prosperidade mundial, pois sem ele não poderia existir a coordenação necessária

44 FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010, p.119.

45 BÖHM, Franz. Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollendung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954, p.35.

46 BÖHM, Franz. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. In idem; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrg.). *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*. 1. Aufl. — Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980, p.88.

47 BÖHM, Franz. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. In idem; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrg.). *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*. 1. Aufl. — Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1980, p.89.

48 VON MISES, Ludwig. *Human action. A Treatise on Economics*. Auburn(AL): Ludwig von Mises Institute, 1998, p.328.

49 VON HAYEK, Friedrich A. Economics and Knowledge. In: *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 13 (Feb., 1937), p.33-54. Also VON HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. In *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (Sep., 1945), p.519-530.

50 VON HAYEK, Friedrich A. Economics and Knowledge. In: *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 13 (Feb., 1937), p.33-54.

dos esforços de milhões de pessoas engajadas no processo econômico.

Hayek assume assim uma abordagem fundamentalmente diferente da economia clássica e neoclássica sobre a teoria do valor: o valor não é uma relação necessária com os custos nem é determinado pelo que foi feito antes do tráfego econômico; o verdadeiro papel do valor é dizer aos indivíduos o que eles devem fazer no futuro.<sup>51</sup> A concorrência é importante, segundo Hayek, precisamente porque os dados relevantes não são conhecidos nem centralizados; o conhecimento está disponível sobretudo como local e efêmero, imperfeito e disperso; seu conteúdo, portanto, só pode ser detectado no decorrer de tentativas e erros descentralizados em concorrência e ser comunicado por meio de uma mudança regular de preços relativos.<sup>52</sup> Em outras palavras, para cumprir sua função de orientação, os preços devem ser o resultado de um processo competitivo no qual são utilizadas muito mais informações do que as normalmente disponíveis para qualquer pessoa. Dentro dessa linha de raciocínio, resta clara não apenas a impertinência das medidas de limitação de preço, como também a própria ingenuidade das autoridades que a propõe.

## 6 DISTORÇÕES DO SISTEMA DE PREÇOS

A formação dos preços indicando o grau real de escassez de bens e serviços de acordo com as percepções dos consumidores, no entanto, pode ser distorcida por atores com poder.<sup>53</sup> Caso, por exemplo, os preços sejam fixados pelo legislador, pelo governo ou por um cartel, não há a mais remota presunção de que este preço é economicamente correto e, devido à ausência do processo de concorrência, perde-se até mesmo a possibilidade de se determinar a sua correção.<sup>54</sup> O sistema de preços tem na economia de mercado uma função semelhante à de uma bússola, e na presença poder — seja ele público ou de cartéis, monopólios, etc. — em que um único agente pode interferir sozinho no sistema, a bússola não mais indicará a direção certa, mal direcionando investimentos, limitando a produção geral, reduzindo a elasticidade, adaptabilidade e capacidade de resposta da economia e, finalmente, comprometendo o processo fundamental de ajuste econômico. Poder não é uma ameaça porque pode ser abusado de forma ofensiva, mas porque o poder é capaz de fixar preços que são economicamente falsos, de modo que a avaliação de valor simplesmente perca a sua referência.<sup>55</sup>

Dessa forma, em termos de coordenação dos milhões de operadores do mercado (produtores, comerciantes e consumidores) dentro da ordem econômica para fim de suprimento e abastecimento, a sociedade depende de um sistema de preços flutuante, estabelecidos necessariamente de forma livre, (representando o grau de escassez de bens e serviços), bem como permitindo de verificação *ex post* de sucesso dos planos realizados *ex ante* (expressa em forma de lucro ou prejuízo), sem qualquer perturbação ou influência.<sup>56</sup> Se os preços não cumprem essa tarefa de forma suficiente em todas as circunstâncias - no caso, por exemplo,

51 VON HAYEK, Friedrich A. Dankadresse. In: HOPPMANN, Erich (Hrsg.). *Friedrich A. von Hayek: Vorträge und Ansprachen auf der Freiburger Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät zum 80. Geburtstag von Friedrich A. von Hayek*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982, p.38.

52 WOHLGEMUTH, Michael. Zur Einführung: Friedrich August von Hayek (1899-1992). In: GOLDSCHMIDT, Niels; WOHLGEMUTH, Michael. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p.617.

53 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.174-178.

54 BÖHM, Franz. Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollendung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954, p.35.

55 BÖHM, Franz. Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollendung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954, p.35-36.

56 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.158.

de intervenção direta do Estado nos preços, subsídios, agentes com poder de mercado significativo (monopólios ou oligopólios) ou mesmo instabilidade do sistema monetário - o mecanismo de coordenação de toda a economia opera inadequadamente, distorce a percepção dos produtores sobre a demanda dos consumidores e, conseqüentemente, sua capacidade de responder a ela.<sup>57</sup>

Tal sinalização precisa de escassez não ocorre fora da ordem competitiva. No caso de um monopólio, por exemplo, os preços expressam a escassez econômica geral com muito menos precisão do que sob a concorrência, a limitação externa e o incentivo interno para reduzir os custos são consideravelmente reduzidos, de modo que problemas como sub ou super-investimento podem ocorrer. Tudo isso resulta em uma oferta pior em comparação com a economia competitiva.<sup>58</sup> Na economia planejada centralmente (p. ex., de tipo socialista), por sua vez, os preços são apenas expressões numéricas de referência e não guardam qualquer relação com o grau de escassez, com a consequência de que, para a autoridade central responsável pela decisão e controle do todo processo econômico nacional, é praticamente impossível ajustar a produção de acordo com a demanda.

## 7 O PAPEL DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA DE MERCADO

Tudo o que foi dito acima, entretanto está longe de dizer que o Estado deva abster-se de agir ou intervir na economia, muito antes pelo contrário. Para a Escola de Freiburg, o Estado deve assumir um papel ativo e bastante central, desenvolvendo um espaço concreto e real no qual a estrutura formal da concorrência possa funcionar. O mercado livre e a concorrência não surgem por si mesmos, como a filosofia do *laissez-faire* do liberalismo dos séculos XVIII e XIX afirmava, nem como resultado de um comportamento completamente passivo do Estado; mercado livre e concorrência não são de forma alguma um surpreendente “produto positivo” de uma política econômica negativa — ou seja, de não-intervenção —, mas são vistos como um produto artificial extraordinariamente frágil, dependente de muitas condições, o que pressupõe não apenas um alto nível de ética econômica, mas também um Estado forte que crie a estrutura necessária de leis e instituições, definindo as regras da luta econômica e monitorando sua observância com rigor e imparcialidade.<sup>59</sup> O Estado deve, assim, assumir a responsabilidade de promover o desenvolvimento econômico tanto intelectual quanto materialmente através da promoção da concorrência.<sup>60</sup>

O Estado tem, portanto, o papel essencial de definir e moldar a ordem econômica, ações que devem ser entendidas como um contraste às intervenções políticas no mercado: o objetivo de uma boa ordem econômica é a formação e aplicação de “regras do jogo” gerais, e não a intervenção no decorrer do jogo em si. Outra tarefa de destaque das “regras do jogo” para uma constituição econômica é a proteção de mercados abertos em uma ordem competitiva, permitindo que mais gente possa entrar no mercado e intervir positivamente no aumento da oferta. Conseqüentemente, ao contrário da política de um “laissez-faire», não se trata do livre jogo das forças de mercado em si, mas de moldar as regras da concorrência no interesse dos consumidores,<sup>61</sup> de modo a alinhar o interesse privado de obtenção de lucro ao interesse comum de eficiência: a ordem econômica de livre concorrência se aproveita do

57 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.159.

58 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.162.

59 RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch Verlag, 1948, p.364-365.

60 BÖHM, Franz. *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*. Stuttgart-Berlin: Kohlhammer, 1937, p.10.

61 GOLDSCHMIDT, Neils; WOHLGEMUTH, Michael. *Entscheidung und Vermächtnis der Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. In ead. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p.13.

tremendo poder do egoísmo como força motriz para, ao mesmo tempo, dominá-lo e fazer com que mesmo o mais puro egoísta trabalhe em prol do interesse geral, premiando com lucro o comerciante ou empresário que, mesmo sem querer, contribui para atender as necessidades de seus consumidor e, dessa forma, superar a escassez de bens de consumo.<sup>62</sup>

A questão relativa ao papel da ação estatal no tipo de economia de mercado proposto pelo pensamento ordoliberal não é uma questão de quantidade, em algum lugar entre a não-intervenção do *laissez-faire* e, no outro extremo, a intervenção total do coletivismo. Aqui é necessário ir além da mera quantidade de intervenção e buscar a linha divisória em relação à qualidade da própria intervenção. Röpke traz à tona, neste sentido, dois grupos de intervenções estatais, as chamadas intervenções “mercado-conformes” e “não-mercado-conformes”. As primeiras são aquelas intervenções que basicamente não abolem o mecanismo de preços e a auto-regulamentação do mercado daí resultante. Elas se caracterizam como novos “dados” e são assimiladas pelo sistema de preços. As demais intervenções, não-conformes, são aquelas que perturbam o mecanismo de preços e causam um efeito semelhante ao observado em uma ordem econômica coletivista, planejada centralmente.<sup>63</sup>

Eucken condensa este posicionamento em uma passagem muito citada de suas palestras na London School of Economics:

O Estado deve fazer pouco ou muito? Pouco, é a resposta do *laissez-faire*. Muito - dizem os partidários do planejamento econômico central. Os amigos das soluções de compromisso buscam um meio-termo. ... Mas o problema deve ser abordado de maneira diferente para que possa ser resolvido. Quer sejam baixos ou altos níveis de atividade estatal, esta questão é irrelevante. Não se trata de um problema quantitativo, mas sim qualitativo ... Então, que tipo de atividade estatal deveria ser? A resposta é: o Estado tem que influenciar as formas nas quais a atividade econômica é realizada, mas não tem que liderar o processo econômico em si. ... Atividade estatal no planejamento das formas - sim; atividade estatal no planejamento e condução do processo econômico - não. Reconhecer a diferença entre forma e processo e agir em conformidade, isso é essencial.<sup>64</sup>

Sob o conceito ordoliberal de ordem econômica competitiva, os estados assumem, portanto, uma posição semelhante de árbitro em uma partida esportiva. *Laissez-faire* - sim, mas dentro das regras, que são determinadas por uma contínua e propositada vigilância do mercado no sentido mais amplo da palavra. O Estado deve acompanhar o mercado do início ao fim e é precisamente a liberdade dos participantes “de boa fé” do mercado que exige uma política econômica extremamente vigilante e ativa.<sup>65</sup>

## 8 EFEITOS DA INTERVENÇÃO NOS PREÇOS DURANTE A PANDEMIA

Já foi dito que o tabelamento geral de preços — e mesmo a intervenção tópica quanto a um fornecedor individual — colocam em risco o eficiente abastecimento da sociedade (item II supra). Com base nos fundamentos teóricos antes referidos, impõe-se investigar como tais

62 EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p.365.

63 RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch Verlag, 1948, p.259.

64 EUCKEN, Walter. *Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung. Londoner Vorträge zur Wirtschaftspolitik und zwei Beiträge zur Antimonopolpolitik*. Hrsg. vom Walter-Eucken-Archiv. Münster: LIT, 2001, p.77.

65 RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch Verlag, 1948. p. 365. See also FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics. Lectures at the Collège de France, 1978-1979*. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010, p.131-132.



efeitos negativos ocorrem em termos mais práticos.

Como demonstrado, preços não são números arbitrários e aleatórios, mas em um contexto de concorrência indicam uma determinada relação entre oferta e demanda, apurada com o emprego de um número de variantes e de informações muito maior do que o nível de informação disponível a — e processável por — qualquer pessoa. Da mesma forma, os níveis de preços que um determinado consumidor está acostumado não são mais especiais ou mais “justos” do que quaisquer outros preços que são mais altos ou mais baixos.

Diz-se que o sistema de preços e o processo concorrencial são agentes reguladores do mercado exatamente porque preços não servem apenas para permitir que vendedores recuperem seus custos, mas pelo fato que preços fazem com que oferta e demanda se limitem mutuamente, exatamente em seu ponto de maior equilíbrio.<sup>66</sup> Dessa maneira, em um momento de grande oscilação seja da oferta, seja da demanda, o nível de preços reage em curtíssimo prazo para, dentro da maior brevidade possível, trazer as relações de troca para o padrão habitual, o que não ocorre em caso de transtorno desse mecanismo.

Considere-se, por exemplo, um recente episódio de grave redução de oferta, a denominada “greve dos caminhoneiros” ocorrida em 2018, que causou bloqueio do suprimento de combustíveis aos postos de gasolina e grande redução da disponibilidade do produto. Nessas condições, como alocar o pouco combustível disponível entre o grande universo de consumidores que desejam adquirir o produto? Tome-se como exemplo dos milhões de consumidores e seus mais diversos graus de necessidade apenas três perfis hipotéticos: a) um idoso aposentado, que gostaria de visitar os netos em outra cidade no final de semana, b) um funcionário que usa o carro para se deslocar ao trabalho e c) uma ambulância em meio a uma emergência médica. Ocorrendo um grande e repentino aumento de preços, o consumidor “a” adiaría a viagem para um outro final de semana, o consumidor “b” consideraria a possibilidade de usar outro meio de transporte (e.g. uma bicicleta) para não pagar os elevados valores em vigor, sendo que o consumidor “c”, que não tem escolha, teria mais chances de encontrar o produto absolutamente essencial em razão de suas necessidades. Por outro lado, na hipótese dos preços se manterem em patamar inalterado, nenhum dos três tipos de consumidores deixaria de prosseguir com seus planos, eventualmente o primeiro que chegasse ao posto de gasolina compraria a maior quantidade possível do produto e o consumidor com maior grau de dependência — e maior disposição de pagar — correria muito maior risco de não ter acesso ao produto.

O aumento de preços em época de carência, portanto, forçam os compradores a restringir a demanda por determinado produto com elevado grau de escassez. De modo mais geral, os preços fazem com que as mercadorias e os recursos que as produzem fluam em uma direção economicamente mais racional e não o contrário. Quando uma lei ou uma autoridade impede o aumento de preços — ou mesmo o próprio comerciante deixa de fazê-lo para não ser estigmatizado como “aproveitador” —, isso reduz o fluxo de recursos limitados para onde eles são mais necessários, reduzindo a necessidade do consumidor limitar suas exigências e alocando os poucos recursos para finalidades menos relevantes (p. ex. o passeio de fim de semana) em prejuízo das essenciais (viagem de emergência para um hospital). Tal fenômeno pode ser facilmente verificado no início da pandemia do Corona vírus, quando inúmeros consumidores procuraram estocar comida e papel higiênico. Enquanto alguns consumidores compravam uma quantidade muito além do normal, outros não encontravam

---

66 SOWELL, Thomas. *Ever wonder why? And other controversial essays*. Stanford(CA): Hoover Inst. Press, 2006, p.102.

mais os produtos nas prateleiras. Um significativo aumento de preços dificultaria compras em exagero, garantindo assim maior acesso ao produto a um maior número de consumidores.

A limitação do consumo e a alocação racional do produto escasso, entretanto, não são os únicos aspectos positivos de um significativo — e às vezes brutal — aumento de preços em hipótese da demanda do consumidor ser maior do que a quantidade de oferta. O aumento de preço cria também grandes incentivos para a ampliação da oferta e retorno às condições anteriores à crise dentro do mais curto período possível, à medida em que sinaliza ao produtores a escassez do produto e, conseqüentemente, a boa oportunidade de lucro.

Na segunda quinzena de março deste ano os preços de álcool desinfetante para as mãos subiram na Alemanha em mais de 751%,<sup>67</sup> o que levou inúmeras destilarias a revender seus estoques de álcool etílico para fabricação de álcool gel, ao invés de usá-los na fabricação de bebidas.<sup>68</sup> O mesmo ocorreu com as máscaras cirúrgicas, que por sua estrutura de custos — bastante dependente de trabalho assalariado — não conseguia concorrer com os produtos extremamente mais baratos da Ásia e já não eram mais produzidas na Europa. Com o intenso aumento de preço, indústrias têxteis adaptaram a sua produção para reduzir a produção de artigos menos procurados durante a pandemia e se dedicar à produção de máscaras.<sup>69</sup>

Todas essas reações de fabricantes em sentido de alterar a produção na direção da maior demanda de mercado são fundamentais para o reequilíbrio da relação econômica, sendo que quanto maior o aumento, maior é a viabilidade e o incentivo econômico para atender o mercado, sobretudo se considerado que toda conversão de produção exige algum grau de investimento. À medida em que a oferta, atraída pelo aumento de preços, consegue se expandir de maneira a voltar a fazer frente à demanda, a própria concorrência — alavancada pelo desejo de lucro do produtor e pela necessidade de superar a oferta dos concorrentes — ocupa-se de trazer os preços para patamar igual ou ainda mais vantajoso ao consumidor no mais curto prazo possível, sobretudo porquanto o ingresso de novos competidores pode trazer consigo também novos e mais eficientes processos de produção.

O intervenção do Estado no sistema de preços flutuantes, portanto, longe de lograr uma maior justiça das relações de consumo, acaba por impedir os mecanismos de autorregulação próprios do mercado, alocando recursos escassos onde são menos necessários e impedindo o reequilíbrio de oferta e demanda dentro da maior celeridade possível, tudo em aberta contrariedade à ordem econômica baseada no princípio da livre concorrência.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. Transl. by W.D.Ross. Book V, n. 5. Disponível em <http://classics.mit.edu/Aristotle/nicomachaen.5.v.html>. Último Acesso: 28 ago. 2020.

COURNOT, Antoine-Augustin. *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*. Paris: Hachette, 1838.

BÖHM, Franz. *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*. Stuttgart-Berlin: Kohlhammer, 1937.

---

67 Fonte: Statistisches Bundesamt. Disponível em: [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/03/PD20\\_112\\_61.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/03/PD20_112_61.html). Último acesso: 03 set. 2020.

68 Veja-se reportagem do portal Deutsche Welle. Disponível em: <https://www.dw.com/en/distilleries-supply-alcohol-for-coronavirus-fight/av-52918707>. Último acesso: 03 set. 2020.

69 Veja-se reportagem do periódico *Finanzmarktweit*. Disponível em: <https://finanzmarktweit.de/atemmasken-objekte-der-begierde-nicht-nur-in-deutschland-das-deutsche-lohnniveau-164421/>. Último acesso: 03 set. 2020.

BÖHM, Franz. *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*. In idem; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrg.). *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*. 1. Aufl. — Baden-Baden: Nomos, 1980.

BÖHM, Franz. *Wir fordern von Regierung und Bundestag den vollständigen Leistungswettbewerb*. In LANG, Johann et al. *Wir fordern von Regierung und Bundestag die Vollendung der Sozialen Marktwirtschaft. Wortlaut der Vorträge, die auf der zweiten Arbeitstagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V. am 18. und 19. November 1953 in Bad Godesberg gehalten wurden*. Bad Nauheim: Vita Verlag, 1954.

EUCKEN, Walter. *Grundlagen der Nationalökonomie*. 9. unv. Aufl. Berlin [u.a.]: Springer, 1989.

EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Ed. por Edith Eucken-Erdsiek e K. Paul Hensel. 6. durchges. Aufl. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990.

EUCKEN, Walter. *Wirtschaftsmacht und Wirtschaftsordnung*. Londoner Vorträge zur Wirtschaftspolitik und zwei Beiträge zur Antimonopolpolitik. Münster: LIT, 2001.

FOUCAULT, Michel. *The birth of biopolitics*. Lectures at the Collège de France, 1978-1979. Ed. by Michel Senellart. New York: Picador, 2010.

GOLDSCHMIDT, Neils; WOHLGEMUTH, Michael. *Entscheidung und Vermächtnis der Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. In ead. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HOVENKAMP, Herbert. *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*. In: SULLIVAN, E. Thomas. *The Political Economy of the Sherman Act. The first One Hundred Years*. New York/Oxford: Oxford Univ. Press, 1991.

JÖRS, Paul. *Römisches Recht*. 2. Aufl. Heidelberg/Berlin: Springer Verlag, 1935.

KAPLAN, Steve L. *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. Vol. I. The Hague: Martinus Nijhoff, 1976.

KASER, Max; KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 17. Aufl. München: C.H. Beck, 2003.

LAUFFER, Siegfried. *Diokletians Preisedikt*. Berlin: Walter De Gruyter & Co., 1971.

MIRAGEM, Bruno. *O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 104 (mar.-abr. 2016), p.99-127.

OERTMANN, Paul. *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Iuris Civilis*. Berlin: R. L. Prager, 1891.

PARETO, Vilfredo. *Manuel d'économie politique*. Trad. Alfred Bonnet. Paris: Giard et Brière, 1909.

PEKÁRY, Thomas. *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*. Wiesbaden: F. Steiner, 1976.

RÖPKE, Wilhelm. *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*. 5. Aufl. Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch, 1948.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ed. from the manuscript by Elizabeth B. Schumpeter. London: Routledge, 1994.

SOWELL, Thomas. *Ever wonder why? And other controversial essays*. Stanford: Hoover Inst., 2006.

THOMAS DE AQUINO. *Summa Theologicae*. Disponível em <http://www.unifr.ch/bkv/summa/kapitel593-1.htm>. Último acesso: 28 ago. 2020.

VON HAYEK, Friedrich A. *Economics and Knowledge*. In: *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 13 (Feb., 1937), p.33-54.

VON HAYEK, Friedrich A. *The use of knowledge in society*. *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (Sep., 1945), p.519-530.

VON HAYEK, Friedrich A. Dankadresse. In: HOPPMANN, Erich (Hrsg.). *Friedrich A. von Hayek: Vorträge und Ansprachen auf der Freiburger Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät zum 80. Geburtstag von Friedrich A. von Hayek*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1982.

VON HAYEK, Friedrich A. Die Wiederentdeckung der Freiheit — Persönliche Erinnerungen. In: *Produktivität, Eigenverantwortung, Beschäftigung. Für eine wirtschaftspolitische Vorwärtsstrategie*. Ed. por Verband der Deut. Maschinen- und Anlagenbau e Institut der deutschen Wirtschaft. Köln: Deutscher Instituts Verlag, 1983.

VON HAYEK, Friedrich A. The Theory of Complex Phenomena. In: MARTIN, Michael; MCINTYRE, Lee (Eds.). *Readings in the Philosophy of Social Science*. Cambridge (MA): MIT Press, 2000.

VON MISES, Ludwig. *Human action. A Treatise on Economics*. Auburn: L. von Mises Inst., 1998.

WOHLGEMUTH, Michael. Zur Einführung: Friedrich August von Hayek (1899-1992). In: GOLDSCHMIDT, Niels; WOHLGEMUTH, Michael. *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsoekonomik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

# OS EMPRESÁRIOS E SEUS STAKEHOLDERS EM TEMPOS DE PANDEMIA

**José Barros Correia Junior**

Doutor em Constitucionalização das Relações Privadas pela FDR/UFPE. Professor dos cursos de graduação e mestrado da FDA/UFAL. Professor de cursos de graduação e especialização de várias instituições de ensino superior. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Constitucionalização das Relações Privadas da UFPE e Direito Privado e Contemporaneidade da FDA/UFAL. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A atividade empresarial e seus *stakeholders*; 3 Como deve o direito empresarial reagir em tempo de crise sanitária e econômica? 4 Conclusão; Referências.



## 1 INTRODUÇÃO

A maior crise enfrentada pela humanidade desde a 2ª guerra mundial caiu sobre o planeta e sobre a economia como uma bomba. Segundo o Secretário Geral da ONU, António Guterres, desde a criação da organização há 75 anos, nenhuma crise foi tão grande quanto a pandemia do COVID-19<sup>1</sup>.

Relações sociais, relações econômicas foram profundamente alteradas com alguns casos localizados de evolução, poucos passaram ilesos, mas na maioria das situações a pandemia tem deixado uma situação de terra arrasada na economia mundial. Poucos países do mundo tiveram crescimento econômico, sendo um padrão quedas drásticas no PIB de economias aquecidas.

Paralelamente à crise sanitária e à recessão econômica mundial por ela criada, surge a necessidade de o Direito, mais precisamente o Direito Empresarial se posicionar diante dos efeitos jurídicos da pandemia e a calamidade pública por ela criada.

A empresa deve ser encarada como um centro polarizador de múltiplos interesses e, como tal, se relaciona com sujeitos mais variados, em relações simétricas e assimétricas. Ademais, a política econômica do país vinha sofrendo alterações, reduzindo a interferência do Estado nas relações privadas, em claro processo de neoliberalização jurídica. A crise sanitária e econômica fez, mesmo que momentaneamente, se voltasse novamente ao Estado, ficando o questionamento se este retorno seria permanente, ou se duraria apenas nos efeitos da calamidade pública.

Além da crise sanitária e econômica, verifica-se uma crise relacional entre os empresários e os *stakeholders* da empresa. A pandemia fez com que se revisasse contratos, mas também jogou o direito empresarial e seus institutos definitivamente no século XXI e seus efeitos digitais. A verdadeira compreensão da empresa contemporânea, da sua importância e da interferência ou não do Estado em suas relações, depende da própria compreensão da teoria dos *stakeholders*.

## 2 A ATIVIDADE EMPRESARIAL E SEUS STAKEHOLDERS

O formato conservador da empresa era perfeito para os problemas do passado, mas não consegue se adequar aos problemas que surgem no presente e no futuro, sendo necessária uma completa revolução conceitual e atitudinal na gestão empresarial, destacadamente em relação a outros sujeitos interessados na atividade empresarial, direta ou indiretamente<sup>2</sup>. As soluções não podem mais ser vistas de forma fragmentada, representando interesses de poucos indivíduos, mas sim de forma global. Isso não implica, contudo, a desconsideração dos interesses mais conservadores, mas a inclusão de novos interesses.

A absorção pelos empresários e administradores contemporâneos de novas perspectivas empresariais se revela cada vez mais necessária para a continuação da empresa, não no modelo clássico, mas em um novo, levando-se em conta que a atividade empresarial deve cumprir com uma função e responsabilidade social, não interferindo apenas na vida dos empresários e investidores, mas na vida de cada indivíduo. Qual seria, então, a posição do Estado e do Direito ante esta questão?

---

1 Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/onu-diz-que-pandemia-de-covid-19-e-pior-crise-global-desde-a-2a-guerra/>. Acesso em: 10 set. 2020.

2 FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984, p.7 et seq.

Um dos maiores problemas da atualidade no Direito Empresarial (se não o maior) é considerá-lo refratário às evoluções da sociedade e do Estado, encastelando-se sob forte guarda de alguns doutrinadores e julgadores<sup>3</sup>. Todavia, o Direito como um todo, inclusive o privado, vem sofrendo fortes modificações em toda a sua história, com destaque ainda maior para as últimas décadas, com a sua constitucionalização e a aplicação de princípios sociais.

Com isso, cada vez mais se observa a necessidade de o Direito Empresarial e seus principais fundamentos, a saber, empresa, empresário e estabelecimento, sofrerem fortes influências e, com isso, adquirirem novos interesses e perspectivas além da lucratividade. Essa abertura a novos interesses se liga à própria sobrevivência do negócio, pois cada vez mais trabalhadores, consumidores e a sociedade como um todo se encontram mais esclarecidos e convictos da defesa de seus interesses. Assim, além da manutenção da lucratividade, os empresários devem se preocupar hoje com a perpetuação da empresa, atendendo, desta forma, a interesses múltiplos.

Surge, então, na área de estudo da administração de empresas uma teoria que procura demonstrar que a empresa é uma atividade concentradora de interesses múltiplos, indo além do tradicional negócio de interesses exclusivos dos investidores. Até mesmo esses investidores têm mudado de perfil com a ampliação do mercado para atingir novas classes sociais até então excluídas do mercado. Ocorre que esta teoria, mesmo existindo há quase três décadas, ainda não foi absorvida expressa e integralmente pelo Direito, mais especificamente o Empresarial, que, como mencionado, ainda encontra defensores de um formato tradicional e, muitas vezes, retrógrado.

Essa é a teoria denominada de *stakeholders*. O uso da expressão *stakeholder* não é necessariamente novo e não surgiu com a teoria, mas bem antes dela. Em 1963 a companhia SRI International (na época denominada Stanford Research Institute) fez referência à expressão *stakeholders* pela primeira vez em um de seus memorandos, definindo-os como “grupos sem cujo apoio a organização deixaria de existir [...] originalmente incluídos acionistas, empregados, clientes, fornecedores, credores e sociedade”<sup>4</sup>.

Todavia, quem ganhou fama e desenvolveu verdadeiramente a teoria dos *stakeholders* e fundamentou toda a literatura que veio posteriormente (a favor e contra) foi Robert Edward Freeman, quando escreveu sua primeira obra sobre o assunto, intitulada “*Strategic management: a stakeholder approach*” em 1984. Mas o que significaria *stakeholder*?

Na verdade, não há uma tradução precisa da expressão para o português. Normalmente se faz uma tradução literal como “partes interessadas”, contudo, há quem mencione que a etimologia da expressão decorre do jogo de pôquer, pois no jogo, quem tem um *stake* tem uma vantagem sobre os demais<sup>5</sup>. Segundo estes autores, a expressão parte aqui não se referiria a um sujeito ou grupo específico, mas a uma fração de algo, daí a preferência pelo uso da expressão original pela doutrina, mesmo a nacional. Esta origem não é, no entanto, abordada por Freeman em sua obra, que tratou pela primeira vez de forma acadêmica do assunto, daí a preferência deste texto pela expressão original. De qualquer forma, a tradução literal não está longe do que de fato acabaria por definir o alcance a ser tomado pelo tema, e este é justamente até hoje o grande problema da teoria.

Os críticos da teoria dos *stakeholders* acabam trazer para o plano político os seus

---

3 É possível observar que o entendimento conservador ainda é extremamente forte na doutrina e jurisprudência brasileiras. Isso se verifica pelos recentes enunciados emitidos pelo Conselho da Justiça Federal em 2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf>. Acesso em: 02 fev. 2013.

4 FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984, p. 31-32.

5 SADDI, Jairo. Por uma nova visão do regulador bancário. In: *Doutrinas essenciais de Direito Empresarial*, vol. VII. São Paulo: RT, 2011, p. 1207.

argumentos, utilizando-se das restrições pessoais do leitor. A teoria dos *stakeholders* surgiu, como já mencionado, nos Estados Unidos, e é sabida a restrição do povo americano à política socialista e ao anticapitalismo. Sabendo disso, os críticos se utilizavam destes argumentos para gerar restrições a sua assunção.

Um dos maiores críticos da responsabilidade social da empresa e da teoria dos *stakeholders* é Milton Friedman. Segundo o autor, minaria os fundamentos da sociedade livre defender que a empresa, através de seus administradores, buscasse cumprir uma eventual responsabilidade social que não fosse o lucro para o empresário e investidores. Para ele a defesa de outros interesses representaria um controle de preços e salários e “uma doutrina fundamentalmente subversiva”<sup>6</sup>.

Primeiramente, dizer que a responsabilidade social está ligada tão somente ao controle de preços e salários para a redução dos índices inflacionários é um argumento falho, pois tanto empresários como gestores abusam no exercício da empresa, e a responsabilidade social teria como objetivo evitar este abuso, privilegiando interesses maiores que os meramente individuais e atendendo a outros interesses como os dos *stakeholders*. Friedman tece esta crítica ao controle feito pelo governo americano na década de 1960 quanto ao preço do aço.

Todavia, um exemplo marcante de abuso que iria contraditar na mesma moeda o de Milton Friedman foi o ocorrido na crise econômica de 2008 nos EUA. Com a crise em pleno clímax, empresários procuraram o governo americano pedindo socorro para evitar a quebra generalizada, sendo atendidos. Quase que no mesmo momento, administradores foram vistos usando aeronaves pessoais e recebendo grandes bonificações, quando o presidente Obama declarou que se os empresários continuassem a gastar sem limites e a bonificar os administradores, iria supertributar tais bonificações e retirar os investimentos e incentivos feitos pelo governo. Esta reação se deu pelo abuso de empresários e administradores em apenas valorizar interesses individuais, a despeito de terem no momento da crise considerado que o governo teria o dever de auxiliá-los.

Ademais, ele relaciona liberdade e bem-estar como situações antagônicas, o que não deve ocorrer. Ele usa em seu discurso o conhecido receio americano ao socialismo para justificar a crítica à igualdade e ao bem-estar social, como se fossem políticas exclusivamente socialistas e não pudessem se inserir no processo econômico capitalista<sup>7</sup>. As boas conquistas do liberalismo devem ser enaltecidas, todavia, junto delas (ou logo após) vieram a exploração e a mudança de um centro de poder concentrado no Estado para um centro de poder concentrado no mercado, onde quem manda é o mais forte, o que mais tem, e se corre o risco de a sociedade retornar para um processo de autotutela disfarçada. É o mesmo considerar que se vive em uma sociedade em que o indivíduo vale pelo que tem e não pelo que é de fato, desumanizando o próprio Direito com isso.

O que se verifica de fato é que a teoria dos *stakeholders* representa uma nova visão, uma nova postura à frente do capitalismo, não a assunção de uma política socialista ou mesmo outra forma de contradição ao capitalismo. A sua redução a termos de opção política de esquerda ou direita implica usar os temores sociais como instrumento de convencimento, deixando de lado argumentos mais sólidos para a construção de uma melhor empresa e, por via de consequência, uma melhor sociedade. Mesmo assim, Friedman e defensores de um anarcocapitalismo insistem em críticas infundadas às teorias enfrentadas.

---

6 FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago, 1982, p. 112-113.

7 FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago, 1982, p.5;13.

A visão vem ganhando aceitação generalizada de que os funcionários da empresa e líderes trabalhistas têm uma “responsabilidade social” que vai além de servir o interesse de seus acionistas ou de seus membros. Esta visão mostra um equívoco fundamental do caráter e natureza de uma economia livre. Em tal economia, há uma e apenas uma responsabilidade social de negócios para usar seus recursos e se envolver em atividades destinadas a aumentar seus lucros, desde que permaneça dentro das regras do jogo, o que é dizer, se engaja em uma concorrência aberta e livre, sem enganos ou fraude<sup>8</sup>.

Na verdade a função e a responsabilidade social da empresa e a teoria dos *stakeholders* não atacam a economia capitalista, mas a transformam numa estrutura econômica e social equilibrada, privilegiando a propriedade privada, inclusive através dos meios de produção livre, adotando em contrapartida princípios como a função social da propriedade, do valor social do trabalho, a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Aqui o status quo econômico no que respeita à estrutura da propriedade e posse dos meios de produção mantém-se inalterado, mas se adota uma política social que abrange não apenas medidas de proteção existenciais (o que em língua alemã se chama *Daseinsvorsorge*), mas também a criação de infra-estruturas sociais conjugadas com uma política geral de desenvolvimento (o chamado *allgemeine Wachstumsvorsorge*)<sup>9</sup>.

Falar-se, então, em função social, seja da propriedade privada, do contrato ou da empresa, não é abstrair da ordem econômica a livre-iniciativa empresarial e a liberdade de concorrência, pelo contrário, é procurar coibir sim o abuso do poder econômico com prejuízo da sociedade na sua integralidade. O mesmo ocorre com a responsabilidade social da empresa e a teoria dos *stakeholders*. A sua defesa não importa em privilégio demasiado para terceiros em detrimento do empresário e dos investidores, mas em evitar que o ganho econômico seja o único objetivo da empresa e do Direito ao regulá-la.

As teorias da função e responsabilidade social e dos *stakeholders* não irão extinguir o capitalismo, pelo contrário, elas o mantêm, pois estudam o processo econômico não mais em curto prazo, mas em médio e longo prazo. Estas teorias defendem o uso ético da empresa e do capitalismo com uma maior interferência do Direito, seja de forma coercitiva, seja de forma promocional. São teorias inclusivas de outros valores além daqueles relativos aos *shareholders*, e não excludentes da livre-iniciativa, que passa a ser interpretada conforme elas, tal qual fez o art. 421 do Código Civil com os contratos.

Destarte, verifica-se que a partir da segunda metade do século XX o sistema político-econômico (de capitalismo liberal) até então vigente evolui para um sistema de capitalismo social inclusivo de outros interesses além do lucro dos empresários e investidores, elevando a atividade econômica de produção e/ou circulação de bens e/ou serviços a um nível de interesse social. Hoje, para o investidor, tão importante quanto a lucratividade é a imagem da empresa perante todos os atores que sejam influenciados ou influenciem esta atividade.

Essas novas características fazem com que as empresas, em particular as indústrias, percebam seu papel no contexto social, abrindo-se para novas demandas sociais, como o conceito atual de inclusão. Em virtude das mudanças na concepção social da participação das minorias, a questão da inclusão social assume a centralidade na sociedade<sup>10</sup>.

---

8 FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago, 1982, p. 112.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 409.

10 DARCANCHY, Mara Vidigal. Responsabilidade social da empresa e a constituição. In: *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. V. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 228-229.

Evolui-se de um sistema de influência da atividade empresarial única e exclusivamente endógena, com o mercado se autorregulando, considerando-se autossuficiente para enfrentar e evitar abusos, fraudes e crises econômicas, para uma empresa de influência também exógena.

Poder-se-ia dizer que a proposta da teoria dos *stakeholders* seria a de nacionalizar a economia e a atividade empresarial e que o viés social da empresa só se perfaz pelo capitalismo *laissez faire*, contudo, nenhuma das duas propostas reflete nem a teoria dos *stakeholders*, muito menos as necessidades da sociedade contemporânea, para enfrentar aquilo que Freeman chamou de períodos turbulentos atuais. Para ele, os gestores devem efetuar mudanças internas e externas à empresa de forma mais eficaz<sup>11</sup>.

As mudanças internas estariam relacionadas aos proprietários (empresários individuais ou sócios em empresários coletivos), consumidores, empregados e fornecedores. A ideia de Freeman não é referir-se à condição interna da empresa em relação ao sujeito, uma vez que obviamente consumidores e fornecedores são interesses externos à empresa, mas sim sob o ponto de vista da mudança de dentro para fora, incluindo, por este motivo, consumidores e fornecedores.

Em relação aos empresários individuais e sócios (proprietários) não se pode mais ter como único fim a ser alcançado o ganho individual com retorno dos investimentos, seja pela valorização de quotas e ações, seja pela percepção de dividendos e *pro labore*.

O Chefe Executivo (CEO) que se preocupa apenas com o pagamento de dividendos aos acionistas, ou aumentar o valor de seu patrimônio, por lucro, por ação e os aumentos de preços de ações, é certamente um excelente candidato para o desemprego por meio de aquisições.<sup>12</sup>

Diante dos consumidores os empresários conservadores se preocupam muito mais com questões cosméticas de produtos e serviços do que com a qualidade em si. Isso permite apenas um retorno em curto prazo pela visão quantitativa da venda de produtos ou serviços, não se sustentando com o passar do tempo e a falta de qualidade destes. Empresários não investem tanto em pesquisas como no passado, preferindo reduzir as inovações tecnológicas (qualidade) pela ênfase principalmente na imagem. Isso é facilmente demonstrado nos EUA, que em curto prazo deixarão de ser a maior economia do mundo, a ser superada pela China.

Esta anunciada queda econômica do padrão de produção americano, seguido por muitos países do mundo, reflete na relação aos empregados, forçando vários empresários a repensar a relação empregador-empregado para uma maior valorização e qualidade do trabalho, humanizando mais esta relação, até então vista de forma eminentemente patrimonialista. É o que a CF/1988 tratou como valorização do trabalho humano. É mudar a relação de trabalho de formato antagônico e beligerante para uma relação simbiótica, de mútua colaboração. Como afirma Eduardo Tomasevicius, “o ser humano não é autossuficiente, o que ensejaria uma interdependência inevitável. A atividade particular de cada ser humano deve harmonizar-se com as atividades dos demais, resultando numa divisão geral do trabalho”<sup>13</sup>.

Finalmente, em relação aos fornecedores, empresários e gestores devem entender que

---

11 FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984, p. 8.

12 FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984, p.9 (tradução livre).

13 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011, p. 46.



a globalização faz com que os interesses a ser atendidos não sejam locais apenas. Nenhum país no mundo pode se considerar autossuficiente, e relacionando-se com fornecedores do mundo inteiro, deve introjetar a ideia de que questões políticas são hoje tão importantes quanto o relacionamento de preço e qualidade com os fornecedores.

Por outro lado, as mudanças externas estariam ligadas ao(s) governo(s), aos concorrentes, aos grupos de defesa do consumidor, aos grupos de defesa do meio ambiente, aos grupos de defesas especiais e à mídia. Ao contrário das mudanças internas, que são perfeitamente controláveis pelo empresário e gestores, as mudanças externas são imprevisíveis e, dependendo do grau de interferência na empresa e na economia, geram insegurança. “É aquela área obscura do plano empresarial que prevê mudanças regulatórias, o aumento da inflação e das taxas de juros e mudanças na demografia”<sup>14</sup>. Apesar de obscuras à atividade empresarial, quando absorvidas de fato por empresários e gestores, convertem-se em mudanças internas, mais facilmente detectáveis, compreensíveis e aplicáveis na prática empresarial. Todavia, para que as mudanças externas se transformem em internas é necessária uma mudança de paradigmas (conceituais e de técnicas) nas práticas empresariais. Enquanto isso não ocorre, as mudanças e interesses externos são vistos como instrumentos de pressão e crise empresarial<sup>15</sup>.

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua<sup>16</sup>.

Dentre as mudanças externas de maior influência sobre a atividade empresarial está o governo ou os governos. O(s) governo(s) exerce(m) sua influência sobre a atividade empresarial através do Direito, contudo, a depender de cada país que se analise, estas mudanças se tornam mais ou menos críticas. É o que ocorre com os EUA; lá, cada Estado-Membro tem autonomia legislativa muito maior do que a verificada no Brasil, trazendo mais incertezas aos empresários do que aqui. No Brasil, a despeito da competência legislativa concorrente em outras áreas como o Direito Tributário e Econômico (art. 24, inciso I, da CF/1988), a competência para legislar sobre Direito Empresarial, Civil e Trabalhista pertence privativamente à União (art. 22, inciso I, da CF/1988), gerando (ou devendo gerar) mais segurança que em outras localidades.

De qualquer sorte, até mesmo no sistema brasileiro não há um formato monolítico de Estado, sofrendo a empresa múltiplas influências governamentais e em múltiplos níveis. Com isso, cada pessoa e órgão governamental podem gerar pontos de influência sobre a empresa, não só o Legislativo e Executivo, mas também o Judiciário.

Mesmo assim a influência estatal nem sempre é vista com bons olhos por influir sobre a atividade privada. Normalmente isso ocorre até eclodirem crises econômicas, passando os maiores críticos da mão visível do Estado a conclamar a sua ingerência e, muitas vezes, a culpá-lo pela crise, quando na verdade empresário e gestores fecharam os olhos a interesses diversos na gestão empresarial.

---

14 FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984, p. 12 (tradução livre).

15 FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984, p.13.

16 COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011, p. 77.

### **3 COMO DEVE SE PORTAR O DIREITO EMPRESARIAL EM TEMPO DE CRISE SANITÁRIA, ECONÔMICA E RELACIONAL?**

Com o surgimento da crise sanitária e econômica causada pela pandemia do COVID-19, notadamente a partir do Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020, quando se constituiu o estado de calamidade pública no Brasil. Nunca uma crise foi tão séria na história do país, não abalando apenas a economia, mas contratos e pondo em dúvida a própria postura do Direito frente às questões apresentadas.

Desde meados da gestão federal anterior, a crise econômica pela qual passava o país, começou a se arrefecer lentamente, tomando o final da gestão anterior (2018) e o início da atual (2019) a tomar medidas de redução da intervenção do Estado nas relações privadas, notadamente com a reforma trabalhista de 2017 (Lei n.º 13.467/2017) e a Declaração de Direito das Liberdades Econômicas (Lei n.º 13.874/2019).

Havia uma clara tendência de liberalização das relações privadas com um retorno gradual ao Estado Mínimo, ou pelo menos um Estado menor ao que vinha se apresentando, contudo, a pandemia de Corona Vírus, além de paralisar a economia mundial, fez também com que se revisse a ideia de se reduzir o Estado e de ampliar as liberdades do mercado, para regular relações privadas novamente.

Se por um lado houve redução do Estado a partir ainda se ampliou as liberdades contratuais através das Medidas Provisórias n.º 927 e 936/2020 dentro das relações laborais, por outro lado, buscou-se o apoio do Estado para que empresários pudessem arcar com suas folhas de pagamento, permitindo-se a redução de jornada e salário e até mesmo a suspensão de contratos, com a contrapartida do Estado que assumiria o pagamento de um benefício emergencial<sup>17</sup>.

Manteve-se, no entanto, ainda medidas reducionistas do Estado como a possibilidade de negociação individual entre empregadores e empregados, com o aval do STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363<sup>18</sup>. Mas será que todos os empregadores deveriam lançar mão de tais medidas? Enquanto uma parte considerável do meio empresarial entrou em profunda crise econômica, necessitando de fato de auxílios governamentais, alguns nichos empresariais ganharam força, vindo a crescer como nunca antes em sua história. É o que se viu com empresas de tecnologia que, seguindo rumo contrário do restante, acabaram crescendo, sendo irrazoável que lançassem mão de tais medidas protecionistas.

É justamente o problema daqueles que pretendiam auxílios governamentais quando já se encontravam em crise muito antes da pandemia do COVID-19. É a mesma situação daqueles que tinham obrigações inadimplidas e gostariam de ter revistos seus contratos diante da imprevisibilidade da pandemia. É impossível dar efeitos retroativos à pandemia para alcançar crises pretéritas, revisando e resolvendo contratos com base na crise sanitária. Bucar a segurança do Estado nestes casos, revela-se irrazoável e impossível.

O corona vírus, com isso, deixou mais claras os matizes do movimento pendular entre procura e fuga do Estado. Nada mais atual no mercado contemporâneo que o paradoxo entre a liberdade e segurança. O mesmo mercado que tende a fugir do Estado pedindo a

17 Observe-se que o texto original da MP n.º 927/2020 não propunha uma contra parte do Estado em casos de suspensão de contratos de trabalho, adotando uma posição mais liberal e reducionista do Estado, entretanto, a MP n.º 928/2020 tratou de revogar o dispositivo e, logo após, vir a MP n.º 936/2020, hoje Lei n.º 14.020/2020, com posição mais social do que a primeira medida.

18 BRASIL, STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>. Acesso em: 10 set. 2020.

redução de sua interferência nas relações privadas, garantindo um aumento na liberdade, em tempos de crescimento econômico, corre pedindo o auxílio estatal no primeiro aceno de crises econômicas, garantindo uma volta à segurança<sup>19</sup>.

Em tempo de pandemia, o empresário deve verificar no caso concreto a sua relação com seus *stakeholders*, pois não será possível interpretar todos os casos de uma forma única. Trabalhadores, consumidores, fornecedores e outros *stakeholders* têm regras em tempos de paz com interpretações e forças diferenciadas, mas em uma crise como a que hoje se apresenta deve-se analisar caso a caso, pois não há respostas únicas.

Um shopping-center que loca espaço aos lojistas e cobra alugueis, vê, do nada, os locatários movendo ações judiciais com a pretensão de a cobrança dos valores ser suspensa. É fato que, por ordem do Estado, eles tiveram que fechar as suas portas, todavia, a suspensão completa do valor acaba por ser injusta, visto que os shoppings cuidam da segurança das lojas e estoques dos lojistas, mesmo em tempo de pandemia. Tais custos se mantêm. Ademais, alguns lojistas mantiveram suas atividades em funcionamento, mas realizando entregas nos domicílios de seus consumidores. O que se observa é não existir uma resposta única para um único problema, cabendo a análise de cada caso buscando a situação mais justa para as partes.

Além disso, em contratos firmados entre empresários, há de se verificar se a relação será B2B ou B2b. Os contratos interempresariais firmados em relações paritárias e simétricas (B2B) a interferência estatal seria exceção em tempos normais. Por outro lado, podem ainda ser firmados de forma assimétrica (B2b), cabendo uma interferência do Estado nestas relações, especialmente quando surgirem situações de vulnerabilidade de um empresário em relação a outro, mesmo em tempos normais.

A mesma ideia acaba sendo aplicada em relações naturalmente assimétricas como relações de consumo e de trabalho, protegendo-se consumidores e trabalhadores em face de fornecedores e empregadores. Ocorre que com o advento da pandemia de COVID-19, empresários tiveram em alguns casos específicos uma inversão de vulnerabilidade.

É o exemplo de pequenas escolas que viram uma fuga de alunos, crescimento no inadimplemento e o surgimento de pais pedindo descontos em suas mensalidades. Em vários locais o Ministério Público e o Judiciário intervieram para determinar que as mensalidades fossem reduzidas, independentemente de uma análise do caso concreto, não apenas do empresário, mas também dos consumidores.

Muitos argumentam que seria aplicável a teoria da onerosidade excessiva diante do fato imprevisível da pandemia, mas esquecem que entre os requisitos para a sua aplicação está a necessidade de um desequilíbrio econômico na relação. Se alguns pais tiveram seus rendimentos reduzidos, as pequenas escolas passam pela mesma situação, havendo crise para ambos. Além disso, há ainda a possibilidade de apenas os empresários estar em crise, não havendo qualquer prejuízo ao consumidor, que não teve seus rendimentos prejudicados.

O verdadeiro paradoxo empresarial que surge com a pandemia é estar empresários entre a responsabilidade social e preocupação com os demais sujeitos que orbitam as suas relações e a sobrevivência na economia. Não é justo que relações que não sofreram alteração sejam revistas, na mesma medida que não é justo rever uma relação pendendo a balança

---

19 Zygmunt Bauman (O Retorno do Pêndulo) entende que a sociedade vive em um constante paradoxo entre a busca de liberdade e segurança. Quando se alcança um, ruma-se em busca de outro num caminho contrário ao primeiro. A perfeição seria um dia o pêndulo parar em um ponto de equilíbrio, fato impossível.

para um lado que não foi prejudicado pela crise, agravando ainda mais os prejuízos do outro.

Um outro ponto que a crise gerou foi a migração para os meios digitais. A crise está forçando um antigo anseio do direito empresarial, a sua digitalização. Durante longo período, o Direito Empresarial, a despeito da sua evolução do Direito Comercial, ainda vivia em um mundo baseado em atos físicos, não entrando no mundo digital, como tão esperado há décadas. A mudança de Direito Comercial para Empresarial, mais do que uma alteração de terminologia, abriu novos caminhos e fundamentos para este ramo jurídico, todavia, em termos digitais, o Brasil deixou a desejar.

Do registro de novas atividades empresariais à realização de reuniões e assembleias, o Direito Empresarial necessitava evoluir para abarcar as novas tecnologias, fato que já havia sido absorvida por outros países há muito tempo. A necessidade de isolamento social obrigou uma revisão da legislação para permitir o uso de novas tecnologias e do meio digital em vários de seus pontos.

A mudança das reuniões e assembleias para a sua forma telepresencial tem efeitos que vão bem além da pandemia do COVID-19. Um dos grandes problemas em sociedades anônimas de capital aberto é o fenômeno da pulverização do capital social e a baixa representação dos investidores em assembleias de acionistas. Com investidores extremamente heterogêneos, as assembleias tinham uma baixa participação de acionistas graças aos altos custos para sua realização presencial, tornando-a proibitiva para os pequenos investidores.

Em 2015, por conduto da Instrução n.º 561<sup>20</sup>, a CVM já havia permitido a realização de assembleias de acionistas de forma híbrida, dando acesso aos acionistas a um sistema eletrônico com registro de presença, votos de forma virtual e a transmissão da assembleia pela internet. Foi apenas em abril de 2020 que a CVM editou a Instrução n.º 622<sup>21</sup> que admitiu a realização exclusiva no formato digital.

Por outro lado, o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado – RJET – (Lei n.º 14.010/2020<sup>22</sup>), estendeu a todas as sociedades a possibilidade de realizar as assembleias e reuniões de forma eletrônica, no entanto, com permissivo para até 30 de outubro de 2020 apenas. A necessidade de virtualização das reuniões e assembleias vai muito além do isolamento social forçado pela pandemia. Permitir que tais encontros se deem de forma virtual leva as relações societárias ao século XXI e torna mais legítimas as suas decisões.

Quem de fato altera as regras e permite em definitivo a virtualização de reuniões e assembleias é a Lei n.º 14.030/2020<sup>23</sup>, fruto na MP n.º 931/2020. A despeito de ter sido aprovada em tempos de pandemia e com medidas emergenciais como a prorrogação dos prazos para a realização dos encontros societários, a Lei altera em definitivo textos normativos sobre sociedades cooperativas, anônimas e limitadas, admitindo a participação e votos por via eletrônica, permitindo-se, em definitivo, o uso de reuniões e assembleias por via digital.

Permitir a sua realização de forma virtual, não só oportunizou a redução de custos para as sociedades e sócios, mas teria o condão principal de atrair o interesse daqueles que, até então, viam as reuniões e assembleias como algo muito distante de suas realidades. A

---

20 BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução n.º 561*, de 7 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst561.html>. Acesso em: 10.09.2020.

21 BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários. *Instrução n.º 622*, de 17 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst622.html>. Acesso em: 10.09.2020.

22 BRASIL, Lei n.º 14.010, de 10 de junho de 2020.

23 BRASIL, Lei n.º 14.030, de 28 de julho de 2020.

despeito disto, existe ainda um abismo entre o Direito Empresarial brasileiro e a sua efetiva digitalização, mas a pandemia abriu perspectivas para relações melhores entre as sociedades e seus *stockholders*<sup>24</sup>.

Perdeu-se oportunidade de se implementar as mesmas evoluções e atualizações de processos de assembleia para a recuperação de empresas. A Lei n.º 11.101/2005 determina que a assembleia deverá ocorrer impreterivelmente no prazo de 150 dias do despacho que admitir o processamento da recuperação. Além dos mesmos fundamentos que permitiriam a legitimidade das decisões, vê-se na pandemia a necessidade da sua realização de forma virtual graças à impossibilidade de qualquer magistrado poder, por qualquer medida, adiar a sua realização.

O magistrado, durante a pandemia de corona vírus, se veria e uma encruzilhada entre adiar a realização da assembleia, fato proibido expressamente pela LRF, e permitir a sua realização e ir de encontro a medidas sanitárias e legais que exigem o distanciamento social. Diante do problema, muitos magistrados, mesmo sem previsão normativa, admitiram a realização das assembleias de forma virtual. É o caso do processo de recuperação do Grupo Odebrecht em que o juiz do caso autorizou a forma virtual para a assembleia de credores<sup>25</sup>.

A solução é a mais correta. A Lei n.º 11.101/2005 não prevê a sua possibilidade, mas não a proíbe, contudo, proíbe a prorrogação do prazo para a sua realização. Poder-se-ia dizer que a crise sanitária abriu precedentes para interpretações também excepcionais, todavia, o magistrado deve fazê-lo da forma menos gravosa às partes, devedor e credores. A virtualização, portanto, seria a decisão menos gravosa às partes, tendo sido realizada em vários juízos desde a pandemia, contudo, a aprovação de Projetos de Lei como o n.º 10.020/2018<sup>26</sup> da Câmara dos Deputados.

Então, como as empresas deveriam reagir? A aplicação da teoria dos stakeholders em perspectiva jurídica talvez amplie a visão de como deve de fato agir as empresas em tempo como os que hoje se apresentam. A análise concreta dos negócios e dos sujeitos que nela orbitam, verificando não apenas os seus anseios, mas também os problemas de cada um no sentido do verdadeiro equilíbrio entre Mercado e Pessoa<sup>27</sup>, a verificação de que o *homo economicus* não se dissocia do *homo politicus*.

#### 4 CONCLUSÃO

A pandemia, como mencionado no início, caiu como uma bomba no meio empresarial e jurídico, criando uma verdadeira crise econômica e relacional, além da sanitária em sua essência. Muitos empresários se viram em condições deficitárias e sem o mínimo para manter os seus negócios.

Surgiu a necessidade de se rever uma série de conceitos, não apenas para o período de pandemia, mas no (novo) mundo que dela adviria. Muitas alterações eram necessárias, mas a principal será uma mudança na forma de se ver a empresa.

A empresa não pode mais ser vista apenas como uma atividade na qual o empresário e investidores retirem uma lucratividade. É fato que sem ela não existe a empresa, todavia,

---

24 Os *stockholders* são, na essência, os mais antigos stakeholders na medida que, enquanto investidores de novos negócios, ou ainda fomentadores de negócios já existentes, representam o interesse central da empresa. Isto não importa dizer que eles seriam os únicos interessados na empresa.

25 VIAPIANA, Tábata. *Por causa da Covid-19, assembleia de credores da Odebrecht será virtual*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/covid-19-assembleia-credores-odebrecht-virtual>. Acesso em: 10 set. 2020.

26 BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 10.020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2171928>. Acesso em: 10 set. 2020.

27 DE CICCO, Maria Cristina. A pessoa e o Mercado. In: *Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2006, p.103 e ss.



ela não pode ser o único norte dos sujeitos que a orbitem. A empresa deve ser encarada no século XXI como um instrumento de circulação de riquezas, mas que congregue múltiplos interesses, formando verdadeira simbiose entre ela e seus *stakeholders*.

Se o sistema capitalista depende da atividade empresarial para existir, observa-se que ela depende não apenas de seus empreendedores, mas também de fornecedores, trabalhadores, consumidores, do Estado e muitos outros. Todos eles se retroalimentam, passando a empresa a ser um instrumento para a realização de múltiplos interesses, com destaque notável à pessoa em uma repersonalização das relações privadas.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011.

DARCANCHY, Mara Vidigal. Responsabilidade social da empresa e a constituição. In: *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. V. 1. São Paulo: RT, 2011.

FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston: Pitman, 1984.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago, 1982.

SADDI, Jairo. Por uma nova visão do regulador bancário. In: *Doutrinas essenciais de Direito Empresarial*, vol. VII. São Paulo: RT, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2006.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. In: *Doutrinas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: RT, 2011.

VIAPIANA, Tábata. *Por causa da Covid-19, assembleia de credores da Odebrecht será virtual*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/covid-19-assembleia-credores-odebrecht-virtual>. Acesso em: 10 set. 2020.

# **CROWDFUNDING E A PANDEMIA DE CORONA VÍRUS: UMA ALTERNATIVA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS**

## **Eduardo Goulart Pimenta**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Empresarial na Universidade Federal de Minas Gerais e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. Consultor em Direito Empresarial.

## **Wallace Fabrício Paiva Souza**

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito e Processo Civil pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais. Professor. Advogado.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A necessária relação entre Direito e Economia; 3 O crowdfunding como estímulo à atividade empresária; 4 O crowdfunding como instrumento de solidariedade constitucional em tempos de pandemia; 5 Considerações Finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O mundo atualmente passa pela pandemia de corona vírus, que trouxe inúmeros impactos para a sociedade, notadamente impactos econômicos, uma vez que as autoridades de saúde recomendam o isolamento social e, por conta disso, muitas atividades econômicas tiveram que ser paralisadas. Basicamente só funcionaram normalmente as atividades denominadas como essenciais, como supermercados e farmácias.

E no contexto de crise, um problema é a captação de recursos, uma vez que a economia fica extremamente prejudicada. Sendo assim, fundamental a utilização do ambiente digital, que traz inúmeras possibilidades, e uma delas é a captação de recursos via *crowdfunding*, também conhecido como “financiamento por multidões”, “contribuição colaborativa”, “investimento participativo” ou, simplesmente, “vaquinha online”. Com ele, não se utiliza a forma tradicional de obtenção de recursos por meio de empréstimos bancários ou de investimentos diretos junto a grupos de investidores, havendo a arrecadação de valores de inúmeras e desconhecidas pessoas, de forma simultânea.

O debate sobre o *crowdfunding* se torna, assim, de extrema importância, uma vez que surge como uma ótima forma de captação de recursos sendo um estímulo ao empreendedorismo. E essa importância se destaca no contexto da pandemia, tanto que houve um “boom” de utilização desse instituto para captar recursos, seja para financiamento de pesquisa médica, de compra de medicamentos, ou manutenção da atividade econômica.

Propõe-se para este trabalho, então, a análise do *crowdfunding* como alternativa de captação de recursos no contexto da pandemia de corona vírus, sendo inclusive uma forma de minimizar seus impactos negativos.

Para o desenvolvimento da pesquisa, com base na obra de Miracy Barbosa de Souza Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2002), qual seja, “(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática”, adotou-se a linha teórico-metodológica de sentido jurisprudencial, no que diz respeito à dialética entre problema e sistema. Houve uma análise do *crowdfunding* em face das exigências da sociedade no contexto de modernização tecnológica, por meio de obras especializadas sobre os temas pertinentes. Além disso, destaca-se a análise econômica do Direito, para que o instituto seja tratado com eficiência, com impacto positivo em toda sociedade.

Passa-se, então, à breve descrição capitular do trabalho, cujo conteúdo foi dividido em três tópicos. Inicialmente, detalhou-se a necessária relação entre Direito e Economia, notadamente para contextualizar a interpretação do *crowdfunding* sob um viés jurídico e econômico. Após, estudou-se o *crowdfunding* em si, com seu conceito e características principais. Por fim, houve a análise do instituto como instrumento de solidariedade constitucional em tempos de pandemia.

## 2 A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Atualmente, o mundo se encontra no contexto de uma pandemia, e o convívio social restou prejudicado, surgindo mais uma vez a discussão sobre a relação entre Direito e Economia e o papel do Estado. É fato que há uma influência da Economia no Direito e vice-versa, com uma mútua importância.

O Estado, que é uma pessoa jurídica soberana com a função de buscar o desenvolvimento social, permitindo que os cidadãos tenham qualidade de vida e se desenvolvam, nem sempre existiu, mas surgiu com a finalidade de buscar o bem-estar social. Como bem explica Fábio Tokars<sup>1</sup>,

---

1 TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jul./set. 2007, p. 30.

[...] o sinalagma característico do contrato social conduz a uma relação em que o cidadão aceita as restrições a sua liberdade individual (em consequência da sujeição ao ordenamento jurídico nacional) mas, em contrapartida, espera beneficiar-se da segurança jurídica e econômica, bem como do desenvolvimento social, oferecidos pelo aparelho estatal.

E nesse aspecto ganha enorme importância o Direito, uma vez que a compreensão do Estado faz com que o fenômeno estatal se revele no elemento pessoal (Estado-comunidade) e no elemento poder (Estado-aparelho), com ambos estando submetidos ao jurídico, que trará a segurança e justiça<sup>2</sup>.

Todavia, o desenvolvimento social perseguido pelo Estado pode ser atingido por diversas maneiras, e nesse aspecto entra a relação com a Economia, uma vez que os recursos estatais são escassos. Haverá vários posicionamentos, como a defesa por uma política paternalista e a defesa por um ambiente econômico propício para o desenvolvimento econômico que levaria ao social, como defende Fábio Tokars<sup>3</sup>.

Segundo o citado autor, a evolução da economia privada, ao incrementar a atividade empresarial, levaria à geração de empregos, pagamento de salários que possibilitam o consumo, aumento do faturamento das empresas e a geração de mais empregos. Seria um ciclo virtuoso, atingindo tanto o desenvolvimento econômico como o social.

Dessa forma, fica evidente a relação entre Direito e Economia, uma vez que o tratamento jurídico de determinados institutos pode ter um papel de incentivo ou de retração na Economia, e o Direito Estatal possui uma enorme relevância, por construir a base de todo o ordenamento jurídico. Importante, então, definir a Economia, que pode ser considerada como “o ramo das ciências sociais aplicadas destinado à análise da forma pela qual a população gera, organiza e usufrui de seus limitados recursos materiais com o objetivo de atender às suas necessidades e vontades”<sup>4</sup>.

Sendo os recursos escassos, faz-se necessário um gerenciamento com eficiência, que é o principal ponto a ser observado pela ciência econômica. Em um raciocínio puramente econômico se analisa a conduta de alguém de acordo com a sua contribuição para “a maximização dos recursos materiais disponíveis ou para sua ótima utilização ou distribuição”<sup>5</sup>.

Com a Economia, é possível quantificar resultados, construir identidades quantificáveis, estabelecer relações quantitativas entre diferentes categorias de transações, desenvolver modelos explicativos da realidade, baseados em sistemas de equações simultâneas, proceder a análises fundamentadas em parâmetros quantificados e desenvolver sistemas quantitativos para diagnósticos e prognósticos<sup>6</sup>.

Uma análise econômica, então, pressupõe “a apreensão das opções entre diferentes condutas, bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma dessas

---

2 Embora o conceito de “justiça” seja extremamente controverso, por ser um conceito fluido e abstrato, variando de pessoa para pessoa, entende-se aqui de uma forma mais aproximada ao conceito de Direito, como algo reto e correto. (DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.)

3 TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jul./set. 2007, p. 30.

4 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e relações patrimoniais privadas*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92839/Pimenta%20Eduardo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2020, p.160.

5 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e relações patrimoniais privadas*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92839/Pimenta%20Eduardo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2020, p.160.

6 ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.35.

escolhas”<sup>7</sup>. E é preciso dessa análise para se verificar os custos, benefícios e opções que uma legislação acarreta para os agentes. Ressalta-se que é

perfeitamente possível que analisemos as ações dos agentes econômicos e sobre elas construamos modelos em que tais condutas sejam explicadas em função de alterações na legislação que as discipline. Uma das razões do sucesso da análise econômica do Direito como método de estudo da legislação está na constatação de que, em um determinado modelo econômico, a legislação é uma importantíssima variável a ser considerada. Sua capacidade de influência sobre a ocorrência econômica estudada é potencialmente muito elevada e, por isso mesmo, não pode ser deixada de lado.<sup>8</sup>

O desenvolvimento econômico não virá apenas de regras jurídicas, mas também não virá somente das regras econômicas próprias do mercado, havendo inúmeros casos históricos de que a ausência do Estado também contribuiu para enormes crises, como no caso da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929. Propõe-se uma análise econômica do direito, para que haja a identificação dos efeitos de uma norma jurídica ou decisão, para que ela encontre seu lugar no ordenamento jurídico com uma alocação mais eficiente e para a identificação de quais normas devem ser acolhidas pensando em um desenvolvimento econômico, como bem explica David Friedman<sup>9</sup>.

A importância de uma análise econômica do Direito pode ser exemplificada com um caso simples trazido na obra *Freakonomics*, de Steven Levitt e Stephen Dubner<sup>10</sup>: em uma creche, as crianças deveriam ser buscadas às 16h, porém sempre havia pais que atrasavam. Para solucionar o problema, a creche estipulou uma multa para os pais atrasados. Ocorre que, ao invés de diminuir o número de pais atrasados, esse número aumentou, pois os pais entenderam que, por pagarem, não haveria mais problema em atrasar. Ora, foi estipulada uma norma com uma multa, mas visando ao efeito justamente contrário, ou seja, não houve eficiência.

Deixa-se claro que o objetivo não é uma análise puramente econômica, uma vez que há um ordenamento jurídico com força vinculante. Não se trata de “um ou outro” e sim “um e outro”. Isso afasta, por exemplo, o debate político se no contexto da pandemia deveria se preocupar com a economia ou com a saúde, mas ambas estão juntas, de forma indissociável, como uma amálgama. Paula Forgioni<sup>11</sup>, inclusive, destaca que deve haver entre Direito e Economia uma complementariedade e não substituição ou oposição. No mesmo sentido, cita-se Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>12</sup>:

A Economia nos ajuda a perceber o direito de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões de políticas públicas. Você provavelmente já está acostumado a conceber as regras da lei como ferramentas para a justiça. Com efeito, muitas pessoas veem o direito apenas em seu papel de provedor de

---

7 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e relações patrimoniais privadas*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92839/Pimenta%20Eduardo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2020, p.162.

8 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e relações patrimoniais privadas*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92839/Pimenta%20Eduardo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2020, p.162.

9 FRIEDMAN, David D. *L'ordine del diritto: Perché l'analisi economica può servire al diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004, p.40.

10 LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2019, p.17-18.

11 FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p.256.

12 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.33.



justiça. Este livro ensinará você a ver as leis como incentivos para mudar o comportamento – isto é, como preços implícitos – e como instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas (eficiência e distribuição).

Cooter e Ulen até destinam um tópico da sua obra “Direito & Economia” para dizer o porquê que advogados e economistas devem conversar mais. A ausência de uma segurança e previsibilidade no ordenamento jurídico leva à crise econômica, sendo exemplo o fato de uma ausência de propriedade privada e contratos confiáveis ter paralisado a economia em países da Europa oriental e em desenvolvimento<sup>13</sup>. Outro exemplo seriam as diferenças nas leis que influenciam diretamente a atuação de determinado país no mercado de capitais.

E o Direito Empresarial, especificamente, ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sendo tratado como propulsor do desenvolvimento econômico, por ter como base o funcionamento regular do mercado, preservação da empresa, a proteção de investidores, estímulo à atividade econômica, busca do pleno emprego, solidarismo constitucional e a boa-fé objetiva.<sup>14</sup>

É no mercado onde a atividade empresária é exercida, onde ela age e movimenta a economia e, com isso, “boa parte do ordenamento jurídico – em especial no que hoje constitui o Direito Empresarial – é estruturado a partir de interesses ou valores de natureza econômica. Por outro lado, o funcionamento da economia é limitado e direcionado por normas jurídicas”<sup>15</sup>.

Não se trata de uma realidade simples, mas que precisa ser estudada a todo instante, principalmente pelo mercado ser muito rápido e dinâmico. Dessa forma, escolheu-se para o debate neste trabalho o instituto do *crowdfunding*, ou simplesmente financiamento coletivo. Ele possui regulamentação estatal e adquiriu uma enorme importância neste ano por conta da pandemia de corona vírus, uma vez que é uma forma de se captar recursos para as mais variadas finalidades, porém se deve entender do que se trata e fazer uma análise da legislação, refletindo sobre suas possibilidades e empecilhos.

Passa-se, assim, à análise do referido instituto, mas sempre com fundamento em uma análise econômica do Direito, afinal o Direito não pode ser analisado dissociado da Economia, principalmente no contexto do Direito Empresarial.

### **3 O CROWDFUNDING COMO ESTÍMULO À ATIVIDADE EMPRESÁRIA**

Como se afirmou no tópico anterior, a sociedade possui os recursos escassos, e em tempos de pandemia a escassez se agrava. Nesse contexto, o *crowdfunding* viveu um “boom” tentando amenizar os estragos sociais provocados pelo coronavírus, como demonstra notícia do Portal Valor Econômico, de autoria de Marília de Camargo Cesar<sup>16</sup>. Mas antes de se mostrar a sua relevância no contexto da pandemia, importante entender o instituto em si.

Embora o nome *crowdfunding* seja o nome técnico mais comum, ele também é designado como “financiamento por multidões”, “contribuição colaborativa” ou “investimento participativo” e, de forma leiga, conhecido como “vaquinha”. É uma interessante forma de se captar recursos, uma vez que

---

13 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.33.

14 FERNANDES, Jean Carlos. *Direito Empresarial Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.5.

15 PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Porto Alegre: Fi, 2017, p.21.

16 CESAR, Marília de Camargo. *Financiamento coletivo vive boom para ajudar a combater coronavírus*. Portal Valor Econômico, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/04/08/solidariedade-campanha-digital-multiplica-arrecadacao.ghtml>. Acesso em: 08 ago. 2020.

o *crowdfunding* encerra alternativa à tradicional forma de obtenção de recursos por meio de empréstimos bancários ou de investimentos diretos junto a restrito grupo de investidores, permitindo a arrecadação simultânea de valores de inúmeras e desconhecidas pessoas – físicas e/ou jurídicas –, que fornecerão, cada uma, pequena quantia do total almejado, a viabilizar o implemento do projeto divulgado.<sup>17</sup>

De acordo com o Banco Mundial<sup>18</sup>, “*crowdfunding* is an Internet-enabled way for business or other organizations to raise Money in the form of either donations or investments from multiple individuals”<sup>19</sup>. Atualmente, há cerca de 30 plataformas eletrônicas de investimento participativo registradas na Comissão de Valores Mobiliários, e segundo o estudo realizado pelo Banco Mundial,

*the crowdfunding market is in its infancy, especially in developing countries, but the potential market is significant. It is estimated that there are up to 344 million households in the developing world able to make small crowdfund investments in community businesses. These households have an income of at least US\$10,000 a year, and at least three months of savings or three months savings in equity holdings. Together, they have the ability to deploy up to US\$96 billion a year by 2025 in crowdfunding investments. The greatest potential lies in China, which accounts for up to US\$50 billion of that figure, followed by the rest of East Asia, Central Europe, Latin America/the Caribbean, and the MENA region.*<sup>20</sup>

Como catalizador do *crowdfunding*, sem dúvidas se apresenta em primeiro lugar a internet, falando-se nesse instituto como um desdobramento do *crowdsourcing*, que “consiste na alocação do trabalho de terceiros pela internet, uma vez que seus usuários passam a ter a possibilidade de prestarem seus serviços a outros”<sup>21</sup>. Dessa análise, são extraídas as seguintes características do *crowdfunding*: apelo ao público, ocorre no ambiente virtual, é para financiamento de alguma atividade e tem como forma de realização a pequena contribuição por um número elevado de pessoas.

Ocorre que o *crowdfunding* é um gênero que admite várias espécies e, para a devida explicação, Maria Eugênia Reis Finkelstein<sup>22</sup> elaborou uma tabela em sua obra para sistematizar as diferentes formas de *crowdfunding*:

---

17 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Notas sobre o *Crowdfunding* no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria/RS, v.13, n.3, 2018, p.1134-1160. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31176/pdf>. Acesso em: 07 ago. 2020.

18 BEST, JASON; NEISS, SHERWOOD; SWART, RICHARD; LAMBKIN, ANTHONY; RAYMOND, SAM. *Crowdfunding's potential for the developing world*. InfoDev. Washington DC; World Bank Group, 2013. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/Crowdfundings-potential-for-the-developing-world>. Acesso em: 16 jun. 2020.

19 Em tradução livre: “O *crowdfunding* é uma maneira habilitada pela Internet para empresas ou outras organizações arrecadarem dinheiro na forma de doações ou investimentos de vários indivíduos”.

20 Em tradução livre: “O mercado de financiamento coletivo está em sua infância, especialmente nos países em desenvolvimento, mas o potencial do mercado é significativo. Estima-se que existam até 344 milhões de famílias no mundo em desenvolvimento capazes de fazer pequenos investimentos de *crowdfunding* em empresas comunitárias. Essas famílias têm uma renda de pelo menos US\$10.000 por ano e pelo menos três meses de poupança ou três meses de poupança em participações societárias. Juntos, eles têm a capacidade de implantar até US\$96 bilhões por ano até 2025 em investimentos de *crowdfunding*. O maior potencial está na China, que responde por até US\$50 bilhões desse valor, seguida pelo restante do leste da Ásia, Europa Central, América Latina/Caribe e Médio Oriente e Norte da África (MENA)” (BEST, Jason; NEISS, Sherwood; SWART, Richard; LAMBKIN, Anthony; RAYMOND, Sam. *Crowdfunding's potential for the developing world*. InfoDev. Washington DC; World Bank Group, 2013. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/Crowdfundings-potential-for-the-developing-world>. Acesso em: 16 jun. 2020).

21 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Crowdfunding* de participação: equity crowndfunding. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 820.

22 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Crowdfunding* de participação: equity crowndfunding. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 822.

FORMA	OBJETO	HÁ LEGISLAÇÃO?
Doação	Utilizada por quem vise promover projetos filantrópicos, como ações sociais, esportivas e/ou educacionais.	Não. No entanto, a depender do valor, pode haver incidência de ITCMD.
Retribuição	Utilizada por empreendedores que tenha como finalidade viabilizar a produção de produtos ou serviços, como a produção de filmes, pesquisas, ingressos de shows, entre outros.	Não.
Empréstimo (crowdfunding financeiro)	Empreendedores que possuem o intuito de obter empréstimos financeiros. A maior plataforma em funcionamento no Brasil é a BIVA, que atua como correspondente bancária.	Consulta pelo BACEN.
Participação (equity crowdfunding)	Usada por empreendedores, pessoas jurídicas, que buscam uma alternativa de financiamento das atividades de sua empresa nascente, dando, em troca do investimento efetuado pelos investidores, uma participação naquela.	Instrução CVM n. 588.

Embora o *crowdfunding* esteja se popularizando, não se verifica uma regulamentação detalhada, encontrando-se sobre o tema a Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017, que alterou a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e foi regulamentada pelo art. 23 da Resolução-TSE nº 23.553/2017, permitindo o *crowdfunding* para o financiamento de campanhas políticas, e a Instrução CVM 588, de 13 de julho de 2017, que focou suas atenções no de participação, trazendo a seguinte definição:

*Crowdfunding* de investimento é captação de recursos por meio de oferta pública de distribuição de valores mobiliários dispensada de registro, realizada por emissores considerados sociedades empresárias de pequeno porte (nos termos da ICVM 588) e distribuída exclusivamente por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo. As plataformas eletrônicas nas quais esses valores mobiliários são distribuídos devem ser regularmente constituídas no Brasil, além de registrada e autorizada pela CVM. As ofertas serão realizadas exclusivamente por meio de página na internet, programa, aplicativo ou meio eletrônico que forneça um ambiente virtual de encontro entre investidores e emissores nos termos da ICVM 588.<sup>23</sup>

23 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Plataformas eletrônicas de investimento participativo (crowdfunding)*. 2020. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/menu/regulados/plataformas\\_de\\_crowdfunding/Plataformas-eletronicas-de-investimento-participativo-crowdfunding.html](http://www.cvm.gov.br/menu/regulados/plataformas_de_crowdfunding/Plataformas-eletronicas-de-investimento-participativo-crowdfunding.html). Acesso em: 08 ago. 2020.

Independente da espécie de *crowdfunding*, trata-se de uma estrutura complexa, com três relações jurídicas distintas, como bem explica Aline de Miranda Valverde Terra<sup>24</sup>: entre o autor do projeto e os investidores, entre o autor do projeto e a plataforma online, e entre os investidores e a plataforma. Os contratos firmados podem ser típicos, regulamentados pelo Código Civil, ou decorrente da autonomia privada variando de acordo com as obrigações estabelecidas, mas independente disso importante a presença dos requisitos do art. 104 do Código Civil, quais sejam: capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Tratando-se de relações jurídicas diferenciadas entre os participantes do *crowdfunding*, importante detalhar as obrigações de cada um. Iniciando pelas obrigações da plataforma com relação aos usuários, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 1990, de modo que as plataformas tenham que dar “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”<sup>25</sup>. Caso se trate de um *crowdfunding* de investimento, as plataformas ainda devem observar as inúmeras obrigações do art. 19 da Instrução CVM 588, como agir com cautela e elevados padrões de diligência, obter a assinatura do investidor de termo de ciência de risco, manter serviço de atendimento ao investidor, dentre outras.

Um questionamento que se pode fazer é se as plataformas se obrigariam à realização dos projetos nos quais são investidos os recursos. Embora a princípio elas não se obriguem, trata-se da credibilidade e confiança do site, de modo que “qualquer irregularidade no projeto ativado em relação ao que foi prometido reflete negativamente na reputação da plataforma”<sup>26</sup>. Quem tem efetivamente a obrigação de executar o projeto é o seu diretor, que deve não só manter o compromisso assumido como ser transparente com os investidores e a plataforma sobre o seu andamento.

Há que se ressaltarem ainda as obrigações do apoiador, isto é, quem investe, como efetivamente cumprir com a obrigação assumida:

Cuidando-se, por exemplo, de *crowdfunding* de empréstimo, sua principal obrigação é disponibilizar o montante mutuado. No âmbito do *crowdfunding* de doação, o doador deve depositar os recursos na conta bancária indicada pela plataforma, incumbindo-lhe, ainda, declarar as doações em sua declaração de imposto de renda, apesar de estar isento do pagamento de impostos, sob pena de multa. Cuidando-se do modelo de *crowdfunding* de pré-venda, atribui-se ao apoiador o dever de pagar o valor ajustado para a aquisição do bem ou serviço futuro resultante do projeto, sendo certo que não está o comprador limitado legalmente por valor máximo de compra. No que tange ao *crowdfunding* de investimento, não há imposição de deveres específicos ao apoiador além daquele de transferir os recursos ou assinar o contrato de investimento a fim de confirmar o compromisso de participar da oferta (Instrução CVM 588, artigo 3º, § 2º).<sup>27</sup>

---

24 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Notas sobre o *Crowdfunding* no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria/RS, v.13, n.3, 2018, p.1138. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31176/pdf>. Acesso em: 07 ago. 2020.

25 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 de setembro de 1990. Art. 6º, III. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

26 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Notas sobre o *Crowdfunding* no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria/RS, v.13, n.3, 2018, p.1150. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31176/pdf>. Acesso em: 07 ago. 2020.

27 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Notas sobre o *Crowdfunding* no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria/RS, v.13, n.3, 2018, p.1151. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31176/pdf>. Acesso em: 07 ago. 2020.

No caso do apoiador, salientam-se os seus direitos, uma vez que caso não haja o cumprimento do projeto por parte do diretor e não haja a efetiva transparência da plataforma, pode incidir alguma causa de anulabilidade. Além disso, tratando-se de doação, ela não será pura e simples, mas com encargo, de modo que caso não haja a realização do projeto, o apoiador terá direito à restituição do valor investido.

Destaca-se que, como regra, não se exige autorização para a realização de um *crowdfunding*, prevalecendo o princípio da livre iniciativa conforme preceitua o parágrafo único do art. 170 da Constituição de 1988: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”<sup>28</sup>. Uma exceção se dá no *crowdfunding* de investimento, sendo que a Instrução CVM 588 determina a necessidade de registro perante a CVM, nos termos do seu art. 12<sup>29</sup>. Aqueles que arrecadarem doações para financiamento político-partidário também dependerão de prévio cadastro na Justiça Eleitoral. No caso do *crowdfunding* de empréstimo, a instituição financeira deverá observar a regulamentação do Banco Central do Brasil, mas não se exige autorização para a constituição da plataforma.

Com a atual regulamentação, não há nenhum órgão específico para controle de *crowdfunding*, mas obviamente deve-se observar o ordenamento jurídico, estando dentro da margem constitucional e legal. Entendido o instituto do *crowdfunding*, passa-se para a sua importância no papel de solidariedade social.

#### **4 O CROWDFUNDING COMO INSTRUMENTO DE SOLIDARIEDADE CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Como explicado por Marília de Camargo Cesar<sup>30</sup>, já em março de 2020 o *crowdfunding* ganhou muita força para a captação de recursos para as mais variadas causas. À título de exemplo, uma página criada pela Associação Brasileira de Captadores de Recursos (ABCR), na sua primeira semana, registrou a arrecadação de quase R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) em contribuições.

Outro exemplo é o site da Kickante<sup>31</sup>, considerada como o maior sistema de “vaquinhas” virtuais na América Latina. Em apenas duas semanas, houve mais de duas mil campanhas referentes ao combate ao novo coronavírus. Há campanhas para adquirir equipamentos em hospitais públicos, ajudar populações de aglomerados, comprar alimentos para moradores de ruas e trabalhadores autônomos. A Catarse, que também atua no mesmo sentido da Kickante, teve um aumento de 80% nos projetos de “vaquinhas” na primeira semana de abril.

Ocorre que, ainda assim, há basicamente apenas duas regulamentações referentes ao *crowdfunding*, embora possa se aplicar as regras gerais de direito contratual do Código

---

28 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

29 “Art. 12. A intermediação de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários dispensadas de registro nos termos desta Instrução é atividade privativa de plataforma eletrônica de investimento participativo registrada na CVM.” BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM n. 588. Dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo, e altera dispositivos da Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003, da Instrução CVM nº 480, de 7 de dezembro de 2009, da Instrução CVM nº 510, de 5 de dezembro de 2011, e da Instrução CVM nº 541, de 20 de dezembro de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst588.html>. Acesso em: 16 jun. 2020.

30 CESAR, Marília de Camargo. *Financiamento coletivo vive boom para ajudar a combater coronavirus*. Portal Valor Econômico, 08 abr. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/04/08/solidariedade-campanha-digital-multiplica-arrecadacao.ghtml>. Acesso em: 08 ago. 2020.

31 Caso o leitor deseje conhecer o site, segue o link: <https://www.kickante.com.br/>.



Civil. Mas isso não é automaticamente um problema, considerando que a autonomia privada também se faz presente e é plenamente permitida. Pode haver uma ilusão de que uma regulamentação estatal é importante, mas nem sempre é necessária, até porque a atividade legislativa não tem condições de abarcar tudo, tanto que o período positivista já ficou no século XIX/XX.

A autonomia privada, como definida por Francisco Amaral<sup>32</sup>, “é o poder jurídico dos particulares de regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. O Estado estará por trás garantindo a liberdade fiscalizando e não intervindo diretamente, o que é preponderante no Direito Privado.

É interessante observar que não se fala em um Direito Empresarial que coloca o social em primeiro lugar, porque o objetivo do Empresário permanece sendo o lucro. Mas é fato que a Constituição de 1988 trouxe uma nova forma de se interpretar o Direito Empresarial. Como explicado por João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>33</sup>, a citada Constituição trouxe um rompimento com o período político anterior, propiciando uma ideologia caracterizada por forte viés social. Pode-se dizer que ela busca um equilíbrio entre o Estado Liberal e o Estado Social, garantindo a liberdade econômica, mas com restrições para que essa não seja predatória de direitos fundamentais, podendo-se falar em um Estado do Bem-estar Social<sup>34</sup>.

O texto constitucional, então, ganhou um título no qual declara os princípios fundamentais, logo nos primeiros artigos, os quais informarão todo o Estado Democrático de Direito, inclusive a Ordem Econômica. Destaca-se, por exemplo, serem fundamentos da República a cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, bem como serem objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, não se defende aqui que a livre iniciativa ou os valores sociais do trabalho tenham uma hierarquia, tanto que normativamente se encontram nos mesmos dispositivos constitucionais<sup>35</sup>. O que se defende é a busca por institutos que atinjam os dois em equilíbrio, como se vê no *crowdfunding*.

São inúmeros os exemplos de como esse instituto está contribuindo como alternativa contra a pandemia, bastando uma pesquisa rápida na internet para verificar. Veja, por exemplo, texto de 26 jul. 2020 do Jornal do Campus, que é produzido pelos alunos de Jornalismo da Universidade de São Paulo:

O financiamento coletivo tem sido uma ferramenta valiosa na luta contra o corona vírus. Da busca pela vacina, até a distribuição de máscaras, instituições e lideranças comunitárias traçam objetivos de arrecadação para mitigar os efeitos da pandemia. Até o início da semana, uma página criada

---

32 AMARAL, Francisco. Autonomia Privada. *Revista CEJ*, v.3, n.9, set./dez. 1999. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/235/397>. Acesso em: 08 ago. 2020.

33 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 80.

34 LOPES, Alex Luís Luengo. *A empresa privada à luz da ordem econômica constitucional brasileira de 1988: papel, função e responsabilidade social*. Dissertação – Mestrado em Direito da Universidade de Marília, Marília, 20 out. 2006, p.33-34.

35 À título de exemplo, veja-se o art. 1º, inciso IV, da Constituição: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”. E o *caput* do art. 170 também da Constituição: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020).

pela Associação Brasileira de Captadores de Recursos (ABCR) registrava mais de R\$ 6 bilhões em contribuições para causas relacionadas à Covid-19. A USP e a comunidade São Remo, vizinhas de Butantã, estão utilizando esse modelo para financiar pesquisas científicas e projetos de assistência social. As metas estabelecidas ficam disponíveis nas páginas oficiais das campanhas, com empresas e pessoas físicas doando e acompanhando o progresso de cada projeto, que, de acordo com os organizadores, têm superado expectativas.<sup>36</sup>

O *crowdfunding* tem sido utilizado, então, para captar recursos para desenvolvimento de uma vacina, compra de medicamentos, respiradores, estudo de processos antivirais e para auxiliar moradores no isolamento social, com distribuição de cestas básicas. No caso da USP, foi criado um Comitê Gestor de Cientistas para administrar o dinheiro arrecadado, sendo coordenado pelo pró-reitor de Pesquisa e alocado em conta específica na Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo (Fusp).

Em outra notícia, um pouco mais antiga, de 2016, do Jornal Nexo<sup>37</sup>, percebe-se que o *crowdfunding* já era utilizado para financiamento de pesquisas científicas e acadêmicas, mas de fato a pandemia potencializou notadamente por ser tudo via internet e não comprometer o isolamento social recomendado pelas autoridades de saúde.

Em exemplos recentes, que mostraram o potencial do *crowdfunding*, tem-se o neurocientista Eduardo Schenberg, que queria investigar o uso do princípio ativo do *ecstasy* no tratamento de pacientes com Transtorno de Estresse Pós-Traumático e arrecadou o que precisava via financiamento coletivo, após não conseguir o financiamento pelas vias tradicionais. Conforme a Professora da Faculdade de Economia da USP Paula Pereda, “embora as agências de fomento tenham recursos para eventuais projetos e pesquisas, elas não contemplam todas as necessidades acadêmicas”<sup>38</sup>.

O *crowdfunding* se apresenta como uma solução inovadora para desenvolver projetos sem a ajuda estatal, que possui recursos escassos e não consegue atender a todos. E o mais interessante que tem um papel positivo para o Estado, estimulando a pesquisa e a economia, logo é importante o devido tratamento para não embarçar essa iniciativa que tem um potencial enorme. Iniciativas que deveriam partir do Poder Público, podem partir com eficiência da iniciativa privada.

E nesse aspecto se fala na solidariedade constitucional, um dos objetivos da República, conforme preceituado no inciso I do art. 3º da Constituição de 1988<sup>39</sup>, uma vez que em regra os projetos que se utilizam desse financiamento em sua maioria são de cunho social, educacional e cultural. Ainda que tenha a finalidade exclusiva de lucro, faz-se presente a função social da empresa, uma vez que a economia irá girar, além da possibilidade de se efetivar a livre iniciativa estar intimamente ligada à dignidade da pessoa humana.

---

36 VAZ, Hugo. *Financiamento coletivo vira alternativa contra pandemia*. Jornal do Campus – USP, 26 jul. 2020. Disponível em: <http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2020/07/financiamento-coletivo-vira-alternativa-contr-pandemia/>. Acesso em: 09 ago. 2020.

37 FREITAS, Ana. *Crowdfunding vira alternativa para pesquisas científicas e acadêmicas*. Jornal Nexo, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/02/26/Crowdfunding-vira-alternativa-para-pesquisas-cient%C3%ADficas-e-acad%C3%AAmicas>. Acesso em: 09 ago. 2020.

38 FREITAS, Ana. *Crowdfunding vira alternativa para pesquisas científicas e acadêmicas*. Jornal Nexo, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/02/26/Crowdfunding-vira-alternativa-para-pesquisas-cient%C3%ADficas-e-acad%C3%AAmicas>. Acesso em: 09 ago. 2020.

39 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária: [...]” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 08 ago. 2020.

Nesse sentido, Mariana Ribeiro Santiago e Bruno Modesto Silingardi<sup>40</sup> destacam:

Cumpra consignar, ademais, que a solidariedade intrínseca aos negócios mercantis oriundos do financiamento coletivo impõe o dever de cooperação e assistência aos entes da sociedade como forma de recompensar o apoio obtido da multidão de parceiros, sendo vedado qualquer tipo de lucro ou vantagem pessoal advindos da “imagem” veiculada nos mecanismos de publicidade proporcionados pela plataforma digital. As *Startups* são exemplos claros desse modelo hodierno de empresas custeadas pela captação de recursos de terceiros que fomentam a produção da atividade econômica adaptada ao contexto de democratização que, além de gerar riquezas e estimular o desenvolvimento da economia, jamais deverá se desvirtuar dos interesses sociais, sob pena de intervenção do Estado.

Fica claro que *crowdfunding* incentiva a consciência coletiva, com atos de cooperação visando a um objeto comum, de forma que todos possam participar e contribuir para as causas que entendem pertinentes, manifestando a sua liberdade de acordo com as suas possibilidades.

E como forma de incentivar o empreendedorismo, notadamente neste contexto de crise econômica, a senadora Zenaide Mais (Pros-RN) apresentou o Projeto de Lei 3.883 em julho de 2020, para uma alteração na Lei n. 4.595 de 1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. De acordo com o referido projeto, financiamento colaborativo seria o “tipo de financiamento de entidades, ou das suas atividades e projetos, mediante registro em plataformas digitais ou eletrônicas acessíveis na internet, a partir das quais procedem à angariação de parcelas de investimento provenientes de um ou vários investidores individuais”<sup>41</sup>

Como se verifica na justificação do projeto, o *crowdfunding* “ocorre sobretudo para financiamento de negócios inovadores, cujos empreendedores não contam com experiência de crédito normalmente requerida pelas políticas de crédito tradicionalmente utilizadas”<sup>42</sup>. Com isso, o pequeno empresário pode ser beneficiado, sendo notória a sua importância para a economia brasileira. Porém, como parte da burocracia para ser titular de uma plataforma de financiamento colaborativo, seria exigido o registro na CVM ou Banco Central, mas como beneficiário, qualquer pessoa poderia ser.

De toda forma, o debate sobre o *crowdfunding* se torna de extrema importância, uma vez que surge como uma ótima forma de captação de recursos sendo um estímulo ao empreendedorismo. Com uma análise econômica do Direito, o instituto pode ser tratado com eficiência, com impacto positivo em toda sociedade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se sabe, o mundo passa atualmente por uma pandemia, que trouxe inúmeros impactos negativos nas mais variadas facetas da sociedade, notadamente a econômica. E

---

40 SANTIAGO, Mariana Ribeiro; Silingardi, Bruno Modesto. A livre iniciativa na Pós-modernidade: o fenômeno no crowdfunding sob a perspectiva da solidariedade social. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Maranhão, v.3, n.2, p.57, Jul.-Dez. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/2306/pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

41 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 3.883, de 2020*. Acresce a Seção IV-A à Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, para dispor acerca do financiamento colaborativo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143583>. Acesso em: 09 ago. 2020.

42 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 3.883, de 2020*. Acresce a Seção IV-A à Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, para dispor acerca do financiamento colaborativo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143583>. Acesso em: 09 ago. 2020.

outro problema dessa pandemia, além de todas as questões de saúde, é a recomendação de isolamento social, o que prejudica ainda mais as atividades que dependam do contato social. Em função disso, é preciso pensar em alternativas para superar, e não se pode desprezar o contexto de globalização e ambiente virtual.

Além do aspecto econômico, também é importante lembrar da esfera jurídica, de modo que se busque alternativas para a economia dentro da margem constitucional e, como se verificou, a Constituição de 1988 preza por um equilíbrio entre a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho, sendo ambos fundamentos da República e princípios da ordem econômica. Ou seja, não se tem que pensar em uma hierarquia entre o social e o liberal, afinal deve-se buscar pelos dois.

Ora, um problema do empresário em períodos de crise é justamente a captação de recursos, e é preciso pensar em uma alternativa que utilize o contexto digital, uma vez que a pandemia impede que se façam ações no mundo material de forma efetiva, por conta da impossibilidade de aglomerações, e que esteja de acordo com o ordenamento jurídico. Para isso, apresentou-se o *crowdfunding*, que é um financiamento coletivo no meio virtual que reúne alguém que precisa captar recursos fora dos mercados tradicionais como o financeiro, alguém que tem recursos e quer investir e uma plataforma que fará a intermediação. Trata-se de uma forma que permite a implementação de projetos, integrando pessoas em missões geralmente de ordem social, educacional e cultural, afinal é preciso ter uma razão para alguém investir.

Com isso, verificou-se uma crescente em projetos que buscavam a captação de recursos via *crowdfunding* após o início da pandemia, e muitos projetos voltados para o combate aos seus impactos negativos, financiando a busca pela vacina, compra de equipamentos médicos e manutenção das atividades empresárias para que não houvesse um desemprego em massa. E isso deixa a economia aquecida, formando um ciclo virtuoso.

Ainda que haja muitos empresários captando recursos, e se sabe que a atuação deles é com a finalidade lucrativa, haverá a efetivação da função social da empresa, de modo que junto com o lucro do empresário o trabalhador seja mantido em seu emprego, o fornecedor tenha seu contrato cumprido, o Estado receba os impostos para aumentar a receita e poder desenvolver políticas públicas também no combate ao coronavírus.

Portanto, fica claro que o *crowdfunding* será um instrumento muito importante no estímulo ao empreendedorismo, além de incentivar a consciência coletiva, como trabalhado ao longo da análise, com atos de cooperação e contribuição para as causas que entendem pertinentes, sendo uma manifestação da liberdade, autonomia e, conseqüentemente, da dignidade.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Autonomia Privada. *Revista CEJ*, v.3, n.9, set./dez. 1999. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/235/397>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BEST, Jason; NEISS, Sherwood; SWART, Richard; LAMBKIN, Anthony; RAYMOND, Sam. *Crowdfunding's potential for the developing world*. InfoDev. Washington DC; World Bank Group, 2013. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/Crowdfundings-potential-for-the-developing-world>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM n. 588. Dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo, e altera dispositivos da Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003, da Instrução CVM nº 480, de 7 de dezembro de 2009, da Instrução CVM nº 510, de 5 de dezembro de 2011, e da Instrução CVM nº 541,

de 20 de dezembro de 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst588.html>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Plataformas eletrônicas de investimento participativo (crowdfunding)*. 2020. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/menu/regulados/plataformas\\_de\\_crowdfunding/Plataformas-eletronicas-de-investimento-participativo-crowdfunding.html](http://www.cvm.gov.br/menu/regulados/plataformas_de_crowdfunding/Plataformas-eletronicas-de-investimento-participativo-crowdfunding.html). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm). Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Crowdfunding: projeto de lei regulamenta financiamento colaborativo*. Agência Senado, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/31/crowdfunding-projeto-de-lei-regulamenta-financiamento-colaborativo>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 3.883, de 2020*. Acresce a Seção IV-A à Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, para dispor acerca do financiamento colaborativo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143583>. Acesso em: 09 ago. 2020.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Jean Carlos. *Direito Empresarial Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERNANDES, Jean Carlos; SOUZA, PAIVA, Wallace Fabrício. A aplicação da teoria do finalismo mitigado nos contratos empresariais pelo Superior Tribunal de Justiça e o desestímulo ao empreendedorismo. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v.18, n.1, p.43-68, Jan.-Abr. 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/255/87>. Acesso em: 08 jan. 2020.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. Crowdfunding de participação: equity crowdfunding. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.). GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.819-830.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação?. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, jul.-set. 2005.



FREITAS, Ana. *Crowdfunding vira alternativa para pesquisas científicas e acadêmicas*. Jornal Nexo, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/02/26/Crowdfunding-vira-alternativa-para-pesquisas-cient%C3%ADficas-e-acad%C3%AAsicas>. Acesso em: 09 ago. 2020.

FRIEDMAN, David D. *L'ordine del diritto: Perché l'analisi economica può servire al diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2019.

LOPES, Alex Luís Luengo. *A empresa privada à luz da ordem econômica constitucional brasileira de 1988: papel, função e responsabilidade social*. Dissertação – Mestrado em Direito da Universidade de Marília, Marília, 20/10/2006, 125 p.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, Economia e relações patrimoniais privadas*. Brasília a.43 n.170 abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92839/Pimenta%20Eduardo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 ago. 2020.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Porto Alegre: Fi, 2017.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; Silingardi, Bruno Modesto. A livre iniciativa na Pós-modernidade: o fenômeno no crowdfunding sob a perspectiva da solidariedade social. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Maranhão, v.3, n.2, p. 0-60, Jul.-Dez. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/2306/pdf>. Acesso em: 08 ago. 2020.

SOUZA, Wallace Fabrício Paiva; MAIA, Danilo Cordeiro. A importância da Análise Econômica do Direito e conexões com o Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Salvador/BA, v.4, n.1, p.61-79, Jan.-Jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/4273>. Acesso em: 06 ago. 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Notas sobre o Crowdfunding no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria/RS, v.13, n.3, 2018, p.1134-1160. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31176/pdf>. Acesso em: 07 ago. 2020.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jul./set. 2007.

VAZ, Hugo. *Financiamento coletivo vira alternativa contra pandemia*. Jornal do Campus – USP, 26 jul. 2020. Disponível em: <http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2020/07/financiamento-coletivo-vira-alternativa-contrapandemia/>. Acesso em: 09 ago. 2020.

# **PARTE II**

## **REPERCUSSÕES DO CORONAVÍRUS NA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO**

# O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA: DOS “CORONATION CASES” AOS “CORONAVÍRUS CASES”

**Nelson Rosenvald**

Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade Roma Tre, Itália. Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Visitante na Universidade de Oxford, Reino Unido. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

*“It is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for... It was not this that I promised to do”.<sup>2</sup>*

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A trajetória do direito inglês; 3 Considerações finais; Referências.

---

1 Artigo originalmente publicado em: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). *Direito Em Tempos De Crise: Covid 19*, v.5: Direito Privado. São Paulo. Quartier Latin, 2020.

2 Lord Radcliffe. *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] UKHL 3.

## 1 INTRODUÇÃO

Praticamente 1/3 de todas as pessoas vivem em locais aonde a lei é fortemente marcada pela *Common Law*. Esse é o legado da Grã-Bretanha do período em que foi a maior potência colonial do mundo. A célebre expressão *Common Law* recolhe três significados: a) um direito comum para todos os ingleses, que no medievo substituiu o sistema de esparsas normas locais; b) um sistema fundamentalmente baseado em decisões judiciais ao invés da lei e dos costumes; c) o conjunto de países que seguem não apenas a lei inglesa substantiva e processual, mas também o seu sistema judicial, a estrutura das profissões jurídicas e o estilo de pensamento jurídico. Destaca-se o fato de que as decisões dos outros países eram em última instância sujeitas à confirmação em Londres, o que acabou gerando uma uniformidade de longo alcance do direito, através da *commonwealth*.

Especificamente com relação ao direito inglês, alguns fatores determinam até hoje o seu peculiar estilo legal. Primeiramente, instituições especialmente características como o *trust*, deveres fiduciários, e a *doutrina da consideration*. O princípio da liberdade contratual é venerado, havendo um forte ceticismo contra o viés funcionalista do Estado social ou mesmo da *law and economics*. O coração do sistema jurídico reside na *legal certainty*, que deve ser promovida mesmo que em detrimento da justiça substancial em um caso individual. A ideia da codificação nunca teve muitos adeptos, pelo ceticismo diante do método de submeter inteiras áreas do direito ao império de regras abstratas. Uma exceção foi Jeremy Bentham, que via os códigos como perfeito remédio para combater a tradição inglesa que ele reputava como arcaica, assistemática e inacessível ao cidadão.<sup>3</sup>

Evidentemente, destaca-se o direito inglês como sendo um *judge-made law*, pois por séculos a função de criação da lei era deixada aos tribunais. A ideia do direito como um sistema harmônico nunca teve prestígio na Inglaterra, pois lá o raciocínio jurídico sempre se baseou em um procedimento indutivo ao invés de uma dedução com base em amplos princípios. Quando a prática legal e o ensino do direito são puramente empíricos, o raciocínio jurídico se move do "particular para o particular" e nunca a partir do caso particular para princípios gerais de onde a decisão daquele caso será solucionada. Um bom exemplo é a ausência de um princípio geral da boa-fé, como guia para a solução de casos individuais. Diferentemente, no direito inglês esse papel é exercido por um conjunto de doutrinas legais específicas, funcionalmente equivalentes a várias características da versão continental do princípio (*estoppel*, *duty to mitigate*).

## 2 A TRAJETÓRIA DO DIREITO INGLÊS

Em 26 de junho de 1902 ocorreria a coroação de Eduardo VII da Inglaterra. O Sr. Krell era proprietário de uma casa no caminho da procissão da coroação, alugando-a para o Sr. Henry por um dia. A procissão foi cancelada em razão de uma cirurgia de urgência sofrida pelo futuro monarca. Consequentemente, o contratante se recusou a pagar o preço fixado. O tribunal entendeu que não houve violação do contrato com direito à indenização

---

<sup>3</sup> De fato, Max Weber pontuou a enorme influência exercida pelos mais prestigiados advogados sobre o estilo legal de toda uma sociedade. Na cena inglesa, os mais notáveis causídicos nunca foram professores ou funcionários públicos, mas exclusivamente praticantes da advocacia, que não apenas desempenham atividades diárias nos tribunais, como também exercem o monopólio da educação jurídica dos jovens profissionais. Tradicionalmente, os advogados deixam de lado a teorização e se dedicam à produção de listas de contratos e ações que sejam úteis para atender as necessidades particulares dos litigantes.

("breach of contract"), porém uma impossibilidade que atingiu a raiz da avença por frustração da finalidade contratual almejada. Vale dizer, mesmo que o fim específico de locação para festejos da coroação não estivesse expresso em cláusula contratual, esvaiu-se a razão pela qual o demandado realizaria a sua prestação. O julgado *Krell v. Henry* (1903), serviu como uma espécie de um segundo capítulo de uma novela, a partir do precedente *Taylor v. Caldwell*. No *leading case* de 1863, *Caldwell & Bishop* era o titular do *Surrey Gardens & Music Hall*, concordando em alugá-lo para *Taylor & Lewis* por 100 libras por dia. Taylor havia planejado utilizar o Music Hall para quatro shows e festas diurnas e noturnas de junho a agosto de 1861, oferecendo ao público uma variedade de entretenimento. Então, em 11 de junho de 1861, uma semana antes do primeiro concerto, o auditório foi totalmente destruído. Os demandantes processaram os proprietários do *Music Hall* por quebra de contrato, pela não concretização da locação. O juiz Blackburn argumentou que a existência continuada do *Music Hall* em *Surrey Gardens* era uma condição implícita essencial para o cumprimento do contrato. A destruição do auditório não foi culpa de nenhuma das partes e impossibilitou a execução do contrato, sendo que ambas as partes estavam dispensadas de suas obrigações contratuais. No precedente a discussão sobre impossibilidade de cumprimento por eventos supervenientes de um contrato decorreu da própria cessação da existência física do objeto do contrato, enquanto no segundo julgado (*coronation case*), a extinção por impossibilidade foi ampliada para a inviabilização da performance da parte pela não existência de um estado de coisas que justifica a essência do contrato.

O terceiro capítulo se deu em casos de direito marítimo ao longo da segunda metade do século XIX, em tempos de guerra. Processos originados do fato de que proprietários de embarcações eram incapazes de entregar o frete no tempo e local ajustados, pois sem qualquer culpa de sua parte, o barco era requisitado pela marinha ou o porto ajustado para a entrega havia fechado em razão do conflito. Estas hipóteses de impossibilidade jurídica foram condensadas com àquelas de impossibilidade factual e frustração de propósito, alcançando então as hipóteses em que a alteração das circunstâncias modifica a tal ponto a natureza da performance devida, que, caso cumprida, seria algo completamente diferente do que fora originariamente previsto pelas partes. Com base em seguidas decisões, as distinções se deram conforme a alteração das circunstâncias tornasse a prestação impossível ("impossibility"), extremamente dificultada ("impracticability") ou inútil ("frustration"),<sup>4</sup> não se permitindo que as partes contratantes simplesmente se furtassem ao cumprimento utilizando um evento extremo (v.g uma guerra) como escusa para se eximir de uma "bad bargain". Se em uma primeira fase prevaleceu a teoria pela qual juízes deveriam decidir tais casos construindo um hipotético contrato, com base em cláusulas implícitas, em uma segunda etapa, cortes e magistrados passaram a decidir conforme o que lhes parecesse razoável e justo nas circunstâncias do caso

---

4 John Cartwright enfatiza que para ocorrer a frustration "it is not even necessary that a change in the factual circumstances renders the performance literally impossible. The question is whether continued performance would be radically different from that which was intended by the parties when the contract was formed". In *Contract law, And introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, p. 265. Assim, além da Impossibilidade (por perda superveniente de objeto) e ilegalidade (performance proibida) são exemplos clássicos de "frustration", o cancelamento de um evento esperado (os chamados "coronation cases" decorrentes da coroação cancelada do rei Eduardo VII), naquele episódio frustrando a finalidade subjacente ao contrato de locação de um apartamento ao longo de pall mall, por onde ocorreria a procissão (*Krell v Henry*). Igualmente, uma conferência cancelada pode justificar a execução de contratos relacionados, se esses contratos subjacentes forem concebidos por ambas as partes com o único objetivo do evento. No direito brasileiro, o termo "frustration" é utilizada em um sentido estrito, apenas englobando a última hipótese aqui referida: Conselho de Justiça Federal "Enunciado 166 "A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil".



individual, observando se a mudança de circunstâncias é um daqueles riscos que empresários razoáveis imputariam à contraparte que buscasse evitar o contrato.

Com base na experiência angariada desde meados do século XIX, o que impressiona o observador estrangeiro não é apenas a cuidadosa análise dos fatos e dos casos individuais, mas a clara deferência jurisprudencial às necessidades do comércio. Quando se constata que as cortes inglesas são menos suscetíveis que as alemãs a admitir que uma alteração de circunstâncias conduza um contrato ao seu encerramento, isto certamente é atribuível ao fato de que os tribunais da Inglaterra estão prontos para compreender as demandas dos contratos internacionais, nos casos em que homens de negócio manteriam o contrato em execução. A confiança em princípios e cláusulas gerais pode negligenciar o fato de ser o contrato a lei adotada pelas partes e, portanto, direitos devam ser analisados tendo como ponto de partida as cláusulas nele consubstanciadas, seja conforme a expressa gestão de riscos antecipada pelos contratantes ou, em sua falta, pelo preenchimento das lacunas com relação ao evento imprevisto e causador da alteração das circunstâncias, conforme os *standards* desenvolvidos por homens com reputação comercial para contratos desta natureza, na extensão necessária para que se descubra a alocação de riscos típica de contratos semelhantes.

O respeito à historicidade do conceito de contrato e de sua interpretação não é a única variável em jogo. Diante de uma pandemia de coronavírus, é necessário vislumbrar o seu impacto na execução de contratos pela lente de uma tradição jurídica diversa daquela em que estamos imersos. A globalização impôs o receituário contratual das jurisdições da *common law*, um misto entre a tradição inglesa depurada pelo pragmatismo norte-americano. Os contratos internacionais pressupõem a paridade entre atores de diversos países. Nada obstante, a despeito da presunção de simetria das relações interempresariais, a assimetria econômica entre os países de origem e, sobretudo institucional, perante ordenamentos jurídicos que oferecem uma longa história de previsibilidade e segurança jurídica, normaliza os instrumentos, práticas e remédios contratuais norte-americanas e ingleses. Se após a edição da LLE o direito brasileiro tende a entender o contrato não apenas como uma espécie de negócio jurídico, porém como instrumento jurídico de alocação de riscos, é da tradição anglo-saxônica o significado do contrato como instrumento econômico para as partes, baseado em um modelo comercial de "bargain". A privacidade do contrato é sustentada pelo princípio do "at arm's length", promovendo-se acordos equitativos do ponto de vista legal, nos quais cada parte não se sujeita à pressão ou influência indevida da outra. Atribui-se à cada parte a faculdade de buscar a melhor barganha, cuja tutela demanda restritas e cirúrgicas limitações à liberdade contratual, relutando os tribunais em interferir na substância do ajuste, mesmo quando circunstâncias supervenientes perturbem severamente o contrato. Não há um princípio geral de revisão de contrato ou a imposição de um dever de renegociar, pois mesmo diante de significativas dificuldades, prevalece a noção de que o contrato é para as partes e não para os tribunais.<sup>5</sup>

Na tradição brasileira, o Código Civil é um instantâneo dos contratos e "saber o direito" significa uma ávida busca pela mais recente decisão das cortes superiores. Contudo, na

---

5 "The contract is the law adopted by the parties, and it is the contract which the judge must use a starting point for his deliberations; if it has a gap, he must fill it in accordance with the standards developed by reputable commercial men for contracts of that type. No doubt this investigation leaves the judge a great deal of room for play, but it remains true that he must take functional and equitable considerations into account only to extent necessary for the performance of his proper task, namely the discover of the allocation of risks typical of contracts of the same type". (ZWEIGERT K.; KÖTZ, H. An introduction to comparative law, 3. Ed., Oxford, 1998, p.536).

*common law*, onde inexistente uma estrutura legislativa sistemática, o regramento contratual se encontra em livros nas prateleiras das bibliotecas. Ingleses e norte-americanos não se afeiçoam a amplos princípios e cláusulas gerais. Com exceção do princípio da força obrigatória dos contratos, prevalecem as provisões particulares, pois juízes desconfiam de regras indefinidas. As noções fundamentais provêm de precedentes de meados do século XIX, que determinam uma forte noção comercial dos contratos. Tal como preconizado no "chain novel" de Dworkin, para responder a novas perguntas, ao invés de princípios, parte-se dos "cases" – dos mais antigos aos mais atuais – atribuindo-se às cortes o papel de escrever novos capítulos do romance, tendo como base a racionalidade e coerência com os capítulos anteriores. Fora dos casos, vêm as regras. Estatutos são excepcionais e existem para preencher as lacunas, lidando com problemas específicos (como o *consumer rights act* de 2015).

Todos os sistemas jurídicos modernos enfatizam que de certa forma um contrato é "agreement", e esta é a regra na *common law*. A peculiaridade é a de que cada contratante é uma espécie de garante de sua promessa e será responsabilizado por uma indenização por seu eventual descumprimento - "breach of contract". O contratante só se exonera da "guarantee liability" caso determinadas circunstâncias obstaculizem a performance subsequentemente à contratação. Sendo objetiva a responsabilidade por descumprimento na *common law*, a avaliação da impossibilidade do cumprimento será aferida conforme as razoáveis expectativas de um homem honesto, caracterizados como "empresários sensatos" em contratos comerciais. Partindo da premissa de que "contract is for the parties, not for the courts", ao contrário do que ocorre na maior parte das jurisdições da *civil law*, a tradição da *common law* não comunga com juízes que intervêm no contrato para adequá-lo à alteração das circunstâncias que rompem a sua base objetiva, ou magistrados que impõem às partes uma fase de renegociação contratual. Para sistemas nos quais inexistente um princípio geral de agir conforme a boa-fé, a renegociação ou a revisão são aspectos comerciais que concernem exclusivamente aos contratantes.

Propositalmente, omiti a razão pela qual o título do artigo se relaciona aos "coronation cases", quando apenas relatei um único litígio relacionado ao adiamento da coroação. Na verdade, houve um segundo "coronation case", no qual não se suprimiu a eficácia do contrato. Em *Herne Bay Steamboat v. Hutton (1903)*, o demandado alugou o barco do demandante para o dia da coroação, pois Edward VII iria passar a marinha naval em revista na localidade de Spithead. Apesar do evento ter sido suspenso, foi mantido o pagamento do valor estipulado, pois o propósito contratual fora parcialmente alcançado, já que o demandado aproveitou o dia viajando de barco até o porto, mostrando a frota aos seus convidados. Esta comparação entre resultados diversos oriundos do mesmo evento, aplica-se à "enxurrada" de processos que terão a pandemia como gênese. Trazendo as repercussões para o direito brasileiro, as situações fáticas oscilarão e conseqüentemente a repercussão jurídica. Por vezes surgirão casos de *hardship*,<sup>6</sup> outras vezes de força maior,<sup>7</sup> por vezes haverá uma simples desculpa para alguém se eximir de um contrato incômodo. Em alguns casos uma alteração imprevisível de circunstâncias incidirá em certos contratos de forma a tornar impossível o cumprimento, em

---

6 Tallon observa que: "There is a paradox here. The English language, which appears to be the new lingua franca for contract law, has no appropriate word, perhaps because it does not really know the notion". D. TALLON, 'Supervening Events in the Life of Contract', in H. BEALE, A.; HARTKAMP, H. KÖTZ; D. TALLON (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart, Oxford 2002, p.639 et seq.

7 Referindo-se a força maior, Barry Nicholas frisa que: "The precise meaning of, if it has one, has eluded the lawyers for years. Commercial men have no doubt as to its meaning. Unfortunately, no two commercial men can be found to agree upon the same meaning, so perhaps in this, as in so many other matters, there is very little difference between the commercial and legal fraternity". (NICHOLAS, Barry. *French law of contract*. 2. ed., Oxford, Clarendon press, 1992, p.203).

outros contratos, contudo, a performance ainda será possível, mas extremamente dificultada ou dispendiosa, com uma distorção de paridade. No que tange ao Coronavírus, o cenário ideal seria aquele em que as partes previamente gerissem o risco de definir se uma pandemia representaria uma impossibilidade ou uma dificuldade e quais as consequências se extraem em termos remediais (resolução contratual, suspensão, renegociação). Na omissão do contrato, se a parte invoca força maior, terá em vista o desejo de que a sua inexecução seja escusada. Todavia, caso alegue *hardship*, esta será a primeira instância para a proposição da renegociação dos termos do contrato, permitindo a sua sobrevivência em termos revisados. Em termos pragmáticos, o coronavírus poderá se manifestar como um *hardship* e alteração fundamental no equilíbrio contratual de duas diferentes maneiras. A primeira será caracterizada por um substancial acréscimo no custo do cumprimento do contrato para uma das partes. Este contratante será normalmente aquele que deve efetivar a prestação não monetária. O substancial acréscimo de custos poderá resultar, ilustrativamente, do vertiginoso aumento do preço da matéria prima necessária para a produção da mercadoria, a prestação de serviços, ou mesmo a introdução de novas regulamentações que demandam procedimentos de segurança mais onerosos. A segunda manifestação do *hardship* será caracterizada pela substancial redução do valor da performance recebida por uma das partes, incluindo casos em que objetivamente a prestação já não terá qualquer valor para o destinatário, seja em razão de drásticas alterações nas condições do mercado ou a frustração do propósito para o qual a prestação foi solicitada (v.g. como efeito da proibição de pessoas em cidades/países em razão da pandemia ou a proibição de abertura de estabelecimentos comerciais no mercado em que o contratante se insere). Evidente que quanto à frustração do propósito da performance, o *hardship* requer que o dito propósito seja conhecido ou presumivelmente teria que ser conhecido por ambas as partes.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aprimoramentos jurídicos da segunda metade do século XX alteraram tanto o direito inglês como o direito europeu continental, de forma a criar uma grande convergência. O nascimento de uma doutrina jurídica tornou o direito inglês muito mais acadêmico. Na área dos contratos o legislador intervém para trazer maior racionalidade às decisões dos juízes. Por outro lado, a influência doutrinária na Europa (e Brasil) está em declínio e a influência do judiciário cresceu enormemente. Assim, não é mais possível relacionar a *civil law* ao direito codificado e a *common law* com a jurisprudência: a realidade das fontes legais é muito mais complexa em ambos os lados. É claro que subsistem diferenças significativas, mas o antigo ideal das diferenças irreconciliáveis em termos de mentalidades jurídicas, torna-se cada vez mais insustentável.

Este escrito é uma homenagem a Miguel Reale que sustentava a posição transcendental pela qual o direito é inconcebível como valor em si, desvinculado do processo histórico ou sem referibilidade à experiência, havendo em todo fenômeno jurídico dois aspectos a serem analisados: um quanto à sua gênese, outro quanto as suas condições de possibilidade e de validade. No momento em que O CPC/15 verteu a noção de experiência para o respeito aos precedentes, espera-se que os tribunais individualizem as origens dos julgados, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto. Talvez, em 100 anos possam os acadêmicos de direito citar os casos de Coronavírus "de cor", como primeiro capítulo de um romance, com coerência e integridade.

## REFERÊNCIAS

CARTWRIGHT, John. *Contract law, And introduction to the English law of contract for the civil lawyer*. 3. Ed. Oxford: Bloomsbury, 2016.

FARNSWORTH Allan. *Farnsworth on contracts* Aspen Publishers: Aspen, 2004.

NICHOLAS, Barry. *French law of contract*, 2. Ed, Oxford: Clarendon press, 1992.

TALLON, D. Supervening Events in the Life of Contract, in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ & D. TALLON (eds), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford: Hart, 2002

ZWEIGERT K.& KÖTZ, H. *An introduction to comparative law*, 3. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

# IMPACT OF CORONAVIRUS GLOBAL HEALTH EMERGENCY ON SPORTS LAW. SPECIAL REFERENCE TO THE CANCELLATION OF TOKYO 2020 OLYMPIC GAMES

**Elena Atienza Macías<sup>1</sup>**

University Lecturer in Sports Law Masters, San Pablo Andalucía CEU University Foundation and “Juan de la Cierva” Postdoctoral Research Fellow, Spanish Ministry of Science, Innovation and Universities, University of the Basque Country UPV/EHU. Chair in Law and the Human Genome Research Group (Bilbao, Spain). Professional e-mail: elena.atienza@ehu.eus.

**Juan Francisco Rodríguez Ayuso**

Assistant Professor Doctor, accredited by ANECA, in the area of Administrative Law. Academic Coordinator of the master’s degree in Data Protection por la Universidad Internacional de La Rioja-UNIR (Madrid, Spain). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4721-1465>. Professional e-mail: juanfrancisco.rodriguez@unir.net.

“I am not your hero! Our heroes are the social and healthcare professionals”  
Rory McIlroy  
(Official World Golf Rankings. No 1).

---

**Sumário:** 1 State of the Art; 2 Legal implications of sport as a socio-economic sector; 2.1 Impact on sport as an industry; 2.2 On the cancellation of sports events; 2.2.1. The tricky concept of “force majeure” in private law; 2.2.2 The Court of Arbitration for Sport (CAS) and “force majeure” cases; 3 The postponement of the Tokyo 2020 Olympic Games and its effects; 3.1 Significant precedentes; 3.1.2. The “zika” virus outbreak and the Brazil 2016 Olympic Games; 3.1.3. HIV/AIDS and the paradigm shift; 3.2. Cancellation versus postponement of the Olympic Games; 3.2.1. The controversial decision of the International Olympic Committee; 3.2.2 Effects of the postponement; 4 Conclusions; Bibliography.

---

<sup>1</sup> This research is part of the Postdoctoral Program “Juan de la Cierva Formación 2017” of the Spanish Ministry of Science, Innovation and Universities, to which the author is attached. It has also been supported (Ref. No IT1066-16) by the Department of Education of the Basque Government to support the activities of Research Groups of the Basque University System, specifically the Chair in Law and the Human Genome Research Group.



## 1 STATE OF THE ART

The coronavirus pandemic (COVID-19), currently in an acute phase worldwide and the resulting crisis has acquired a multidimensional character affecting the various areas of the social framework. Sport, as part of the recreational spectrum —both in its professional and amateur aspects— has not been immune to this virus.

Since the early stages of 2020, we have witnessed, with perplexity, constant and pervasive changes in the national and international regulatory landscape. Variations in the rules of the game have meant that, what some have already called “*Ius coronavirus*”, has become the winner of an autonomy and entity of its own as a legal discipline, specifically in the field of Sports Law where the so-called “coronavirus clauses”<sup>2</sup> have been gaining ground in certain contracts.

Sport at a professional level was, without a doubt, a breeding ground for the virus to play with its spreading effect with two incandescent elements: an audience made up of large crowds and the physical contact inherent in sporting activity.

It is true that the sports industry built on live events, where large crowds of spectators gather to watch professional sports leagues, has seen the *domino effect* of canceling, suspending or postponing current or upcoming seasons. The interaction and physical contact required in all sporting disciplines<sup>3</sup> has meant that the vast majority of competitions are suspended *sine die* pending minimum health conditions.

Overall, the explosive spread of the COVID-19 virus around the world and the frenetic struggle of states to face this battle and find a solution soon, has dramatically affected the sports industry. Two major events in the summer 2020 sports calendar have been dramatically affected: UEFA (Union of European Football Associations)<sup>4</sup> Euro 2020 and the Tokyo 2020 Olympic Games. Doubts, polemics and a final postponement have characterized the actions of the International Olympic Committee (IOC) regarding the immovable mark “Olympic Games Tokyo 2020” which, however, will be held in 2021.

For its part, at the amateur level, sports clubs put in place all the necessary sterilisation measures at first, but finally they were later forced to temporarily close their facilities, with the legal consequences that this entailed.

## 2 LEGAL IMPLICATIONS OF SPORT AS A SOCIO-ECONOMIC SECTOR

### 2.1 Impact on Sport as an industry

There are many questions about the consequences of this health crisis on the legal, economic and social framework that underpins the all-powerful sports industry. We are undoubtedly facing an unforeseen pandemic, the durability of which is unpredictable and

---

2 Indeed, the new contracts that the National Football League (NFL) teams that are presenting to players who want to get into the free agent market have included clauses related to the coronavirus. These clauses contemplate that a physical failure would mean the loss of the signing bonus money. In this sense, in a more conventional year in the NFL, a physical exam is required to consummate a deal. Vid. HAYSLOP, Tadd. New coronavirus clauses in NFL free agency contracts could cost players millions, *SportingNews*, march 19, 2020. Available at: <https://www.sportingnews.com/us/nfl/news/coronavirus-clauses-nfl-free-agency-contracts/1gjc7nydyhrk16jsdpepbeav> [Last accessed: September 8, 2020].

3 With the exception of this point and because every crisis brings with it the search for opportunities, Singapore finds its niche in golf. In this sense, golf clubs saw their reserves increasing as the sport has been perceived as “safe” (or relatively safe) during this outbreak, as it is a sport practiced outdoors. Infectious disease specialist Leong Hoe Nam indicated that it is relatively safe as an outdoor sport and because viruses (this particular COVID-19) “hate” the sun (some experts estimate that high temperatures would end the outbreak of coronavirus). Vid. Coronavirus: Boom time for golf in Singapore with courses full; spending time outdoors seen as ‘safe’, *The Politician*, 1 April, 2020; Gleason, Patrick. Golf in a time of coronavirus, *Forbes*, April 6, 2020. Available at: <https://www.forbes.com/sites/patrickgleason/2020/04/06/golf-in-a-time-of-coronavirus/#7f6421a52d8c> [Last accessed: September 8, 2020].

4 Vid. COVID-19, networks and sport, *Managing Sport and Leisure*, march 2020.

which has required the adoption of a “legal package” of urgent measures.

The economic impact<sup>5</sup> was foreseeable in the short term with the first of the approved decisions on holding matches behind closed doors (i.e. stadiums without spectators) and/or suspending competitions. This measure, accepted by the vast majority of national and world Leagues and Federations, clearly affects the income of the stakeholders in sport.

The first challenge has fallen on the sports entities and the search for protection of their players, therefore, workers, who have had to analyze their contracts to adapt them to the exceptional situation that is taking place. Along these lines, the clubs have opted for the optimisation of players’ salaries, in some cases asking them to reduce their salaries, which would reduce costs and consequently generate savings, or in other cases establishing the reduction directly<sup>6</sup>.

Despite these efforts, it seems difficult to find the ideal option in the interest of cost reduction for clubs. The match day accounts for approximately 15-40% of the clubs’ income and is one of the parties most affected by the sudden extension of COVID-19. Both the suspension of leagues and the holding of matches behind closed doors lead to unforeseen costs for clubs: firstly, for the compensation of tickets and season tickets, followed by the cleaning and disinfection of areas, losses due to the closure of shops linked to clubs’ licensed products, sponsorship and supplier costs, among others. It is true that, behind closed doors, matches can still be broadcast, but even if costs are reduced, it is no less true that there are still losses for the clubs. This would in any event be one of the most consistent measures, bearing in mind that television accounts for nearly 90% of the income of most clubs. In any event, the negative impact on television broadcasting rights and advertising contracts is clear.

But the situation is having its positive effects, which are exemplified in the solidarity of sportsmen and sportswomen and sports entities, such as donations<sup>7</sup>, voluntary salary reductions, charity tournaments, among others. In addition, many clubs are also focusing on the social aspect for the loyalty of their followers by developing the virtual market through social networks, competitions, work from home for daily management of telematics, among other measures.

In this situation, the question is whether it will have a specific legal effect or, more specifically, whether it will create precedents or be subject to exceptional measures for this specific situation (since, as we announced at the beginning, “coronavirus clauses” are already being included in contracts). What seems certain is that there will be a remodelling of the sports business.

## **2.2 On the cancellation of sports events**

### *2.2.1. The tricky concept of “force majeure” in private law*

Attempts to combat the spread of the coronavirus have led to the cancellation of numerous sporting events in the world of sport and, for their part, the companies affected by

---

5 Vid. Rische, Patrick. Coronavirus impact upon sports industry most felt by hotel, restaurant industries and sports venue service workers. *Forbes*, march 12, 2020. Available at: <https://www.forbes.com/sites/prische/2020/03/12/coronavirus-impact-upon-sports-industry-most-felt-by-hotel-restaurant-industries-and-in-venue-service-workers/#516cb6e85bc6> [Last accessed: September 8, 2020].

6 They are an example of this, the NBA team of the Philadelphia Sixers, lowering salaries by 20%. Vid. Helin, Kurt. Philadelphia 76ers staff faces temporary 20 percent paycuts due to coronavirus fallout, *NBC Sports*, march 24, 2020. Available at: <https://nba.nbcsports.com/2020/03/24/philadelphia-76ers-staff-faces-20-percent-paycuts/> [Last accessed: September 8, 2020].

7 Donations from football stars like Lionel Messi or tennis stars like Roger Federer. “Roger Federer joins FC Barcelona legend Lionel Messi in making big donation to help coronavirus fight”, *Tennishead*, march 26, 2020. Available at: <https://tennishead.net/roger-federer-joins-fc-barcelona-legend-lionel-messi-in-making-big-donation-to-help-coronavirus-fight/> [Last accessed: September 8, 2020].

the cancellations to review their contracts and, in particular, to examine the widely used “force majeure” clause.

The provisions on force majeure, as a phenomenon of exoneration from contractual liability of a party for a breach due to circumstances beyond its control, deserve special attention since a coronavirus outbreak presents a *sui generis* situation consisting of a natural element (the virus itself) and of an element of government action (which refers to quarantines, cancellations and other mechanisms set up in response to the outbreak)<sup>8</sup>.

From the Latin *vis maior* meaning superior force, it refers to an event that triggers an exception to the principle of liability for duty to perform, whether contractual or non-contractual. It is based, in fact, on the Roman principle of “*vis maior*”, which was described as an act of God and limited to causes arising from nature. However, the principle of force majeure soon extended to man-made events.

To better illustrate, force majeure refers to an extraordinary event, such as natural disasters of all kinds, i.e., storms, earthquakes, floods, epidemics, volcanic eruptions, as well as fires, traffic accidents, wars, riots, terrorist attacks, kidnappings, revolutions and strikes. Force majeure could generally be described as an unforeseeable event affecting contractual relations and is inevitable despite extreme efforts by the parties.

The conditions justifying a party’s failure to comply are also recognised in both English<sup>9</sup> and American law<sup>10</sup>. It has been defined in private law in relation to the effects of obligations, configuring it as a cause that prevents the fulfilment of an obligation and that is a cause beyond the will and control of the obligor, which is why the law exonerates him from responsibility for the non-fulfilment derived from the cause of force majeure.

A constant question in recent months for the sports-legal framework is whether the coronavirus situation constitutes force majeure. According to the general opinion<sup>11</sup>, the coronavirus pandemic is included in force majeure as long as it meets the three criteria of externality, unpredictability and irresistibility, and has made the fulfilment of the players’ contracts at least partly impossible. At first sight, it might seem that it is only the athletes who cannot fulfil their contractual obligations - since they cannot train or compete - while the obligation of the clubs to pay is not impossible as such. However, the problem certainly needs to be examined more broadly, as the financial losses of clubs and other stakeholders are

---

8 Vid. VV.AA.. Managing the commercial impact of the coronavirus: implications for the sports & entertainment industry, *The National Law Review*, march 13, 2020. Available at: <https://www.natlawreview.com/article/managing-commercial-impact-coronavirus-implications-sports-entertainment-industry> [Last accessed: September 8, 2020].

9 A key issue in many of these potential disputes will be whether the outbreak of Covid-19, or the mandatory measures imposed on sports event organizers to cancel, delay or play them behind closed doors, will release a party from its contractual obligations. Common law has developed its own responses to this problem, often in the context of events with large numbers of spectators. The first is the common law doctrine of “frustration” which will take effect when an event occurs, which the parties have not foreseen in their contract, which makes the performance of the contract impossible and which does not occur as a result of the failure of one of the parties to perform. The second is the inclusion in contracts of “force majeure” clauses, in which the parties expressly provide that they are released from their obligations by the occurrence of a certain event beyond their control. The position with respect to force majeure differs in different jurisdictions, but in England it is for the parties, when negotiating a contract, to decide which events will constitute force majeure and the consequences of their occurrence. De Marco, Nick. Coronavirus, sport & the law of frustration and force majeure, *Sports Law Bulletin*, march 13, 2020. Available at: <https://www.sportslawbulletin.org/coronavirus-sport-law-frustration-and-force-majeure/> [Last accessed: September 8, 2020].

10 In American law, force majeure (the illustrative “Act of God” is stated in similar terms: Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP. *Force Majeure in the wake of the coronavirus (COVID-19)*, march 3, 2020. Available at: <https://www.paulweiss.com/practices/litigation/litigation/publications/force-majeure-in-the-wake-of-the-coronavirus-covid-19?id=30746> [Last accessed: September 8, 2020].

11 Vid. Milanovic, Luka; Bergant Rakocevic, Vesna. COVID-19: the impact on players’ contractual rights & obligations (key principles from case law), *LawInSport*, march 30, 2020. Available at: <https://www.lawinsport.com/topics/item/covid-19-the-impact-on-players-contractual-rights-obligations-key-principles-from-case-law> [Last accessed: September 8, 2020].

significant for the same external reason. It would be appropriate for the fundamental principles of fairness, honesty and good faith to prevail in these relationships.

### 2.2.2 *The Court of Arbitration for Sport (CAS) and “force majeure” cases*

The jurisdiction of the Court of Arbitration for Sport in Lausanne has ruled with respect to the “force majeure” clause, and within its broad casuistry the cases that have reported on this point, a greater legal significance, are referred to below.

In the case of TAS Alexandria Union Club *versus* Juan José Sánchez Maqueda & Antonio Cazorla Reche, the Court declared that the Egyptian civil war which ended the 2012-13 football season and which, as is known, occurred on 1 April 2013, constituted a case of force majeure<sup>12</sup>. However, other CAS cases reflect extremely different views. For example, it is worth mentioning case CAS 2015/A/3920<sup>13</sup> in which the Court of Lausanne ruled that the Royal Moroccan Football Federation (RMSF) did not have the right to postpone the Africa Cup of Nations tournament in 2015 because of concerns about the Ebola virus. CAS determined that Ebola was not a force majeure event because it did not make the organization of the tournament impossible, but only difficult. Caution must be exercised with regard to this case given its highly specific nature in fact: it depended partly on expert evidence suggesting that, at the time, Ebola was transmitted by direct contact with organic liquids and there was no evidence that it could be transmitted by air or touch. In addition, CAS was sympathetic to the legitimate fears of the WRF about Ebola and, although it did not agree that it was a case of force majeure, it allowed the WRF to appeal against the strong financial and other sanctions imposed on it by the Confederation of African Football<sup>14</sup>.

## 3 THE POSTPONEMENT OF THE TOKYO 2020 OLYMPIC GAMES AND ITS EFFECTS

### 3.1 Significant precedents<sup>15</sup>

This is not the first time that a global health crisis has impacted on sport on a global scale. From HIV to SARS to avian flu and Ebola<sup>16</sup>, the world of sport has already been through a similar trance, if not on such a large scale.

#### 3.1.1 *Avian Influenza and SARS and the 2008 China Olympics*

SARS, which was recognized as a global threat in March 2003, was believed to be caused by a type of coronavirus and was of particular concern to the scientific community

---

12 A similar approach was taken by the Basketball Arbitration Tribunal (BAT) in its case of Anis Georges Feghali v. Cercle sportif maristes, club of Champville. According to BAT, the club established the existence of a force majeure “... by having disrupted and negatively affected its organisation and activities during at least the first half of the 2013-2014 season, that is to say from August to December 2013, as the club had no responsibility for and no control over the postponement of the Lebanese first division basketball championship during that period.” Vid. BAT 0529/14, *Anis Georges Feghali v. Cercle sportif maristes, Champville club*, award of 31 July 2014, paras. 50 et seq., Available at: <https://www.fiba.basketball/en/Module/85132837-66aa-4ff3-a063-8cdf44ea14d/0ada486c-0343-423f-9c18-58e83fe4ea8a> [Last accessed: September 8, 2020].

13 CAS 2015/A/3920 *Fédération Royale Marocaine de Football v. Confédération Africaine de Football*, Award of 17 November 2015. Available at: [https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2016\\_1.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2016_1.pdf). [Last accessed: September 8, 2020].

14 Vid. Bône, Nicolas. CAS 2015/A/3920 *Fédération Royale Marocaine de Football v. Confédération Africaine de Football*, Award of 17 November 2015, *Yearbook of International Sports Arbitration 2016*. Duval, Antoine; Rigozzi, Antonio (Eds.), T.M.C. Asser Press, The Hague, Netherlands, 2017.

15 Skinner, James; Smith, Aaron CT. Coronavirus: not the first global health crisis to impact sport, *The Conversation UK*, march 18, 2020. Available at: <https://theconversation.com/coronavirus-not-the-first-global-health-crisis-to-impact-sport-133318> [Last accessed: September 8, 2020].

16 Relating to the African Cup of Nations, originally scheduled to take place in early 2015 in Morocco.

because its structure made it very easy for the virus to mutate. Avian influenza also emerged in late 2003 as another potential global health problem. The new strain was capable of infecting humans and countries were urged to maintain a high level of vigilance and not to relax their surveillance and detection efforts.

Both diseases emerged around the time Beijing was preparing to host the 2008 Olympic Games. The effects were strongly felt in 2005, although three years before the event, and past mismanagement and new cases cast doubt on the country's ability to host the games. As a result, a number of sporting events, which Beijing hoped would demonstrate its readiness for the Olympic Games, were cancelled or moved to other countries.

As the games approached, with millions of visitors and unprecedented global press coverage, fears arose that another outbreak of avian flu could prove disastrous. As a precaution, thousands of hospital beds were kept empty during the Beijing Olympics to deal with the possibility of an outbreak.

### *3.1.2. The "zika" virus outbreak and the Brazil 2016 Olympic Games*

With regard to the outbreak of "zika" virus infection in Brazil, there was even a controversy about the convenience of delaying or relocating the Olympic Games<sup>17</sup>. The year 2016 began with the disturbing news of a possible "zika" virus pandemic in America. The epidemic of this virus caused great concern among world health authorities, due to the fact that the Olympic Games were being held in Rio de Janeiro, Brazil. At the same time, a heated international controversy<sup>18</sup> would arise about the continuation of the games with a debate based on the principle of social responsibility and health according to the Universal Declaration of Bioethics and Human Rights<sup>19</sup>.

A clear parallel with this situation has been the one experienced on the stage of the Tokyo 2020 Olympic Games, this time because of the COVID-19.

### *3.1.3. HIV/AIDS and the paradigm shift*

The AIDS crisis, at its peak in the late 1980s and early 1990s, had a different effect. Rather than impacting on individual events, it changed the way the game was played. Because it is transmitted by blood, WHO worked with sports medicine professionals to allay concerns about how the disease is spread and developed a set of guidelines for dealing with blood-related injuries. As a result, for ethical and legal reasons, many sports do not require HIV testing of athletes or other game personnel for fear of lawsuits resulting in an invasion of privacy. Several governing bodies, particularly in contact sports, have adopted practices to address blood-related injuries, for example, the NBA and FIFA instituted a rule requiring a player with an open wound to leave the game until he receives treatment.

All in all, the Tokyo Olympics have already been postponed. The lessons of this

---

17 VV.AA.. Zika virus infection during the Olympic Games in Rio: A fear or an actual risk?, *Revista Clínica Española*, No. 3, Vol. 217, 2017, p.155-160.

18 The disagreement within the international scientific community intensified in May 2016 when a group of 177 scientists, mostly from the areas of bioethics and public health, from 28 different countries, including one from Brazil, sent an open letter to the WHO. The authors of the letter, led by Amir Attaran, argued that holding the Games in Rio would be "unethical" and proposed that "in the name of public health" the 2016 Olympic Games should be transferred from the country or postponed due to uncertainties regarding the threat of the Zika. Vid. Attaran, Amir. Off the podium: why public health concerns for global spread of Zika virus means that Rio de Janeiro's 2016 Olympic Games must not proceed, *Harvard Public Health Review*, No. 10, Special Edition, ZIKA, 2016.

19 VV.AA.. Social responsibility and global health: lessons from the Rio Olympics Zika controversy, *Indian Journal of Medical Ethics*, march 30, 2018.



outbreak are not yet clear, but it is not risky to say that the severity of COVID-19 will have a lasting impact and set a precedent, as it did with the AIDS crisis.

### **3.2. Cancellation versus postponement of the Olympic Games**

#### *3.2.1. The controversial decision of the International Olympic Committee*

At first, the IOC, still in the midst of a host of suspensions and postponements of sporting competitions around the world, stood firm in its non-deferral of the major event, scheduled to take place between 24 July and 9 August 2020. The decision of the organization presided over by Thomas Bach to go ahead, despite the global pandemic, generated immediate controversy<sup>20</sup>. Some positions were in fact aligned with the IOC and others called for an Olympic extension given the difficult circumstances generated.

A few reasons come to mind. Firstly, the health crisis itself and the fact of watching over people's health, that is, reasons based on Public Health (avoiding possible contagion among athletes). This reason is obvious and does not require much detail or assessment.

On the other hand, the reason for the forced isolation as a measure to stop the spread of the coronavirus should be addressed in greater depth, assuming, as is the case, for example in Spain, that it is impossible for athletes to train under normal conditions. In other words, a not inconsiderable reason for the postponement refers to the equality of conditions for participants or fair play insofar as some professional sportsmen and women lack optimal conditions for training and others do. We are basically talking about the principle of equality. Specifically, in Spain, the regime of isolation since the Spanish government declared a state of alarm on 14 March 2020 has raised an issue regarding the preparation of sportsmen and women, in order to be able to carry out part of their profession, such as training. Confined to their homes, like the rest of society obviously, they have had to devise formulas to be able to maintain their physical condition (note that confinement does not affect all sporting disciplines equally). Many people think that the Spanish government did not take into account the Olympic athletes in the Royal Decree that declared the State of Alarm. In other countries, however, such as France and Italy (and this is where the aforementioned principle of equal opportunities plays a role) where the fight against the disease is also being virulent, they have indeed found solutions for their athletes. Even Italy, the epicentre of the coronavirus in Europe, has authorised Olympic athletes to train in the open air while complying with the security measures for other citizens (i.e., distance of one and a half metres from others and prior medical control).

One aspect (which is the third we are addressing) that has not received the attention it deserves in relation to the postponement of the Olympic Games concerns the impossibility of doping controls. The lack of doping controls would be an additional reason for the postponement of the games. Without competition, with athletes confined and borders closed, anti-doping was paralysed in most countries and sports. Closing borders as a preventative measure is also key for two main reasons. The first relates to compliance with whereabouts<sup>21</sup> reporting obligations (athletes are required, among other things, to be physically present

---

20 Vid. V.A.A.. The COVID-19 outbreak and implications for the Tokyo 2020 Summer Olympic Games, *Travel Medicine and Infectious Disease*, February 2020.

21 Vid. Atienza Macías, Elena. Algunas consideraciones sobre la protección de datos en el tratamiento de muestras biológicas y datos de salud con finalidad de control antidopaje en el ámbito deportivo: el Pasaporte Biológico, *Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, No. 2, Vol. 3, 2017, p.14-36.

at the place where they indicate that they are located) as international mobility has clearly decreased dramatically. The second reason is the practical impossibility of sending Samples to specialized laboratories located abroad (many of which have temporarily suspended their operations) due to closed borders and lack of transportation.

Finally, the decision taken, by common agreement, by the IOC and the Government of Japan was to postpone the Olympic (and Paralympic) Games to 2021 because of the world health crisis by COVID-19<sup>22</sup>. The lack of knowledge about the evolution of the pandemic and the health of athletes and fans has been the main reason why the games will not be held on their scheduled date for the third time in history (the two previous ones were held during World War I and II).

To illustrate the situation. In an official statement<sup>23</sup>, the IOC explained that the reasons taken into account for the choice of these new dates for the Olympic Games were: 1) To protect the health of athletes and all persons involved in the Games, as well as to promote the containment of the coronavirus; 2) To safeguard the interests of athletes and Olympic sport; and 3) The global international calendar of all sports.

### 3.2.2 Effects of the postponement<sup>24</sup>

It is clear from the above that the cancellation of the Tokyo Olympics was not a decision to be taken lightly. Without going any further, for economic impact<sup>25</sup> it seems that it will reduce, according to some estimates, Japan's annual GDP growth by 1.4%<sup>26</sup>. Not surprisingly, one of the major criticisms surrounding the initial hesitations about the decision to cancel the Olympic Games was that monetary issues had taken precedence over the protection of public health.

The IOC's decision to postpone the games has a number of practical and commercial consequences, including the impact on athletes, ticketing, sponsorship and broadcasting obligations, insurance payments and the wider issue of brand reputation.

It is worth remembering that the IOC is not just any sports body. The organization requires significant public funding from the host country organizing the games. The contract between the IOC and the host city, in this case Tokyo, is equally demanding. It is worth noting Clause 71 of the contract<sup>27</sup>, which provides that if any provision of the contract poses an undue hardship to the Tokyo organizing committee that could not be foreseen at the time of signature, it may request IOC to consider changes in circumstances that are reasonable. The only caveat is that such changes will not adversely affect the Games or IOC. Thus, any changes are also at the final discretion of the IOOC, and they are not obliged to consider, agree or otherwise accommodate such changes.

The decision to cancel or postpone the games is ultimately a decision of the IOC.

---

22 The official decision is available on the IOC website: <https://www.olympic.org/news/health-and-safety-paramount-as-ioc-executive-board-agrees-to-continue-scenario-planning-for-the-olympic-games-tokyo-2020> and <https://tokyo2020.org/en/news/tokyo-2020-postponement-task-force-launched> [Last accessed: September 8, 2020].

23 <https://www.olympic.org/news/ioc-ipc-tokyo-2020-organising-committee-and-tokyo-metropolitan-government-announce-new-dates-for-the-olympic-and-paralympic-games-tokyo-2020> [Last accessed: September 8, 2020].

24 Anderson, Jack. Why haven't the Olympics been cancelled from coronavirus? That's the A\$20bn question, *The Conversation*, march 17, 2020. Available at: <https://theconversation.com/why-havent-the-olympics-been-cancelled-from-coronavirus-thats-the-a-20bn-question-133445> [Last accessed: September 8, 2020].

25 Vid: <https://iusport.com/art/104317/el-coi-reconoce-el-golpe-economico-que-ha-causado-aplazar-los-iiio> [Last accessed: September 8, 2020].

26 Vid: Canceling Olympics would reduce Japan's GDP by 1.4%, study says, *The Japan Times*, march 7, 2020. Available at: <https://www.japantimes.co.jp/news/2020/03/07/business/economy-business/canceling-tokyo-olympics-gdp/#.XpGycMgzblU> [Last accessed: September 8, 2020].

27 The Host City Contract 2020 is available at the TOKIO 2020 official website: <https://gting.tokyo2020.org/image/upload/production/rtd40rja1u5m4p7oifej.pdf> [Last accessed: September 8, 2020].

And, as other clauses in the contract make clear, any liability arising from a cancellation will be assumed by the host city's organizing committee. Normally, when a sports body is forced to cancel a match or suspend a season, it will have to apply cost-cutting measures to compensate for the loss of ticket receipts, season ticket and pre-paid ticket refunds, and potentially, the loss of revenue from broadcasting and sponsorship arrangements. One way to reduce costs in sport is to reduce player salaries. The contractual basis for this is the so-called "adverse change" (or force majeure) clause, which refers to sudden, unexpected or unavoidable circumstances that prevent a contract from being fulfilled. These could include natural disasters and presumably a pandemic such as the coronavirus. In contrast, the IOC does not have this particular problem in that it does not pay athletes. The thorny issue for the IOC is with regard to its sponsors and broadcasting partners.

#### **4 CONCLUSIONS**

The emergence of COVID-19 has been spreading around the world at a vertiginous growth rate. The generality of the countries of the world is affected, and the great majority of them have decided to postpone and/or suspend their sporting events. Without a doubt, the more relevant postponement has been that of the Tokyo 2020 Olympic Games. The economic effects on the sports industry that COVID-19 has involved are extremely high. In fact, perhaps the most worrying issue is whether sports associations, teams and athletes will be able to recover (at least partially) their current losses.

Nevertheless, we can conjecture that this health crisis, like other previous ones, could become an economic reservoir for the sports market, becoming the new cybernetic scenario of Sport in a substantial source of income. And this challenge could also be the basis for the future strategy of sports associations since the world could stop being the same after this health emergency. The internet of things, bigdata, algorithms would probably also have come to sport to stay.

#### **BIBLIOGRAPHY**

ANDERSON, Jack. Why haven't the Olympics been cancelled from coronavirus? That's the \$20bn question, *The Conversation*, march 17, 2020.

ATIENZA MACÍAS, Elena. Algunas consideraciones sobre la protección de datos en el tratamiento de muestras biológicas y datos de salud con finalidad de control antidopaje en el ámbito deportivo: el Pasaporte Biológico, *Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, No. 2, Vol. 3, 2017.

ATIENZA MACÍAS, Elena, *Las respuestas del derecho a las nuevas manifestaciones de dopaje en el deporte*. Madrid, Spain: Ed. Dykinson, 2020.

ATTARAN, Amir. Off the podium: why public health concerns for global spread of Zika virus means that Rio de Janeiro's 2016 Olympic Games must not proceed, *Harvard Public Health Review*, No. 10, Special Edition, ZIKA, 2016.

BÔNE, Nicolas. CAS 2015/A/3920 Fédération Royale Marocaine de Football v. Confédération Africaine de Football, Award of 17 November 2015, *Yearbook of International Sports Arbitration 2016*. DUVAL, Antoine; RIGOZZI, Antonio (Eds.). The Hague, Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2017.

DE MARCO, Nick. Coronavirus, sport & the law of frustration and force majeure, *Sports Law Bulletin*, 13 march, 2020.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo; ATIENZA MACÍAS, Elena; ARMAZA ARMAZA, Emilio José. The European Union Integrated Political Crisis Response Arrangements: Improving the European Union's Major Crisis Response Coordination Capacities. *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, No. 3, Vol. 9, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, June 2015.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo; ATIENZA MACÍAS, Elena. What can we expect from the EU legal framework in a pandemic outbreak?, *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, No. 2, 2020.

EDITORIAL. How the coronavirus is impacting sport. CNN, March 2, 2020.

EDITORIAL. Canceling Olympics would reduce Japan's GDP by 1.4%, study says. *The Japan Times*, March 7, 2020.

EDITORIAL. Roger Federer joins FC Barcelona legend Lionel Messi in making big donation to help coronavirus fight. *Tennishead*, March 26, 2020.

FIFA. *COVID-19 Football Regulatory issues*, April 2020.

GLEASON, Patrick. Golf in a time of coronavirus, *Forbes*, April 6, 2020.

HAYSLOP, Tadd. New coronavirus clauses in NFL free agency contracts could cost players millions, *SportingNews*, March 19, 2020.

HELIN, Kurt. Philadelphia 76ers staff faces temporary 20 percent paycuts due to coronavirus fallout, *NBC Sports*, March 24, 2020.

MILANOVIC, Luka; BERGANT RAKOCEVIC, Vesna. COVID-19: the impact on players' contractual rights & obligations (key principles from case law), *LawInSport*, March 30, 2020.

PAUL, WEISS; RIFKIND, WHARTON; GARRISON LLP. *Force Majeure in the wake of the coronavirus (COVID-19)*, March 3, 2020.

RISHE, Patrick. Coronavirus impact upon sports industry most felt by hotel, restaurant industries and sports venue service workers, *Forbes*, March 12, 2020.

RODRIGUEZ AYUSO, Juan Francisco. *Figuras y responsabilidades en el tratamiento de datos personales*. Barcelona, Spain: Ed. Bosch, 2019.

SKINNER, James; SMITH, Aaron CT. Coronavirus: not the first global health crisis to impact sport, *The Conversation UK*, March 18, 2020.

VV. AA.. Zika virus infection during the Olympic Games in Rio: A fear or an actual risk?, *Revista Clínica Española*, No. 3, Vol. 217, 2017.

VV. AA.. Social responsibility and global health: lessons from the Rio Olympics Zika controversy, *Indian Journal of Medical Ethics*, March 30, 2018.

VV. AA.. The COVID-19 outbreak and implications for the Tokyo 2020 Summer Olympic Games, *Travel Medicine and Infectious Disease*, February 26, 2020.

VV. AA.. Managing the commercial impact of the coronavirus: implications for the sports & entertainment industry, *The National Law Review*, March 13, 2020.

VV. AA.. COVID-19, networks and sport, *Managing Sport and Leisure*, March 2020.

VV. AA.. *Economics in the Time of COVID-19*. BALDWIN, Richard; WEDER DI MAURO, Beatrice (Eds.). CEPR Press, Centre for Economic Policy Research, London, United Kingdom, 2020.

WREN-LEWIS, Simon. The economic effects of a pandemic. *Economics in the Time of COVID-19*. BALDWIN, Richard; WEDER DI MAURO, Beatrice (Eds.). CEPR Press, London, United Kingdom, 2020.

# LEGAL SYSTEM OF EPIDEMIC PREVENTION AND CONTROL IN CHINA

**Yifei Chen**

Doctor of Law at Xiangtan University (Hunan/China). Professor in Law School at Anhui University of Finance and Economics (Bengbu/China).

**Mingsun Yang**

Master of Law at National Taiwan University/China. Assistant research fellow in Dr. Sun Yat Sen Research Center (Taipei/China).

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Régimen Jurídico Contractual y Covid-19: posible aplicación de excepciones; 2.1 Principios contractuales; 2.2 Breve análisis de la situación generada por el COVID-19 y sus implicaciones e incidencia en el ámbito contractual: la buena fe; 2.3 Mecanismos jurídicos invocables ante las circunstancias producidas por el coronavirus; 3 Principales conclusiones; Referencias.



## 1 INTRODUCTION

At the end of January 2020, the original lively and peaceful Spring Festival, was broken by a sudden major epidemic, and the land of China was shrouded in the haze of a COVID-19 threat. Hubei Wuhan, tens of thousands of people were infected, thousands of people died, national economic life was greatly affected. At this critical juncture, the CPC Central Committee made wise decisions and directed all localities to mobilize quickly, and the whole country launched a war of epidemic prevention against the COVID-19. In response to this campaign, which posed a serious challenge to the ability of the party and the state to govern, General Secretary Xi Jinping, when he presided over the third meeting of the Central Committee on the Comprehensive Rule of Law, pointed out that the state “comprehensively improves the ability of preventing and controlling the epidemic according to law and provides strong legal protection.”<sup>1</sup>

Since the reform and opening-up, especially after entering the twenty-first century, China has successively promulgated the Law of the People’s Republic of China on the Prevention and Control of Infectious Diseases (hereinafter referred to as the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases), the Regulations on Emergency Response to Public Health Emergencies (hereinafter referred to as the Emergency Regulations) and the Law on Emergency Response of the People’s Republic of China (hereinafter referred to as the Law on Emergency Response), which have basically solved the problems of incomplete legal system, unscientific classification and inadequate institutional mechanisms in the prevention and control of epidemic situations, for China to effectively deal with the 2003 SARS epidemic, 2009 influenza A H1N1, 2012 Middle East respiratory syndrome, and Ebola haemorrhagic fever and other major outbreaks play an effective role in guidance, regulation and protection. However, with the emergence of sudden acute infectious diseases in the world, the risk of overseas import of infectious diseases and useless misuse of biotechnology is increasing. In recent years, the epidemic situation in China has entered a period of high incidence, which poses more and more serious challenges to China’s ability to deal with the epidemic situation, especially the major epidemic situation. In response to the COVID-19 epidemic, which has swept across the country and even spread to the world, although all Chinese departments, under the unified leadership of the CPC Central Committee and the State Council, have made decisive decisions in accordance with laws and regulations, made clear division of labor, acted quickly, joined forces, and ensured that the rapid spread of the virus has been curbed in a very short period of time, and good management effects and rule of law effects have been achieved, but many problems have also been exposed. According to the analysis of the 13<sup>th</sup> Five-Year Plan for the Construction of the National Emergency response system, the development of China’s emergency response system is not suitable for the severe public security situation. The main performance is: “after-treatment, less preparation, risk hidden trouble investigation and management is not in place, laws and standards system is not perfect, information resources sharing is not adequate.”<sup>2</sup> In view of the fact that the current legal system can no longer meet the overall needs of prevention and control, the Central Committee has proposed that “the relevant legislation on epidemic prevention and control, the construction of supporting systems, the improvement of punishment procedures, the strengthening of public safety and security, and the construction

---

1 People’s net. Chairman Xi Jinping convenes the Central Committee for the Comprehensive Rule of Law [OL]. Available at: <http://politics.people.com.cn/n1/2020/0206/c1024-31573100.html>. Access on: Feb. 06, 2020.

2 Baidu encyclopedia. Construction of National Emergency Response System [OL]. Available at: <https://baike.baidu.com/item/国家突发事件应急体系建设“十三五”规划/22035756?fr=aladdin>. Access on: July 01, 2017.

of a complete, scientific and operational legal system for epidemic prevention and control should be improved.” General requirements. It is an urgent task to study and perfect the legal system of epidemic prevention and control in China.

## **2 OVERVIEW OF CURRENT CHINESE LAW SYSTEM**

As part of the emergency legal system, China’s current content on epidemic prevention and control is mainly concentrated in the Law of the People’s Republic of China on the Prevention and Control of Infectious Diseases, the Regulations on Emergency Response to Public Health Emergencies and the Law of the People’s Republic of China on Emergency Response. The formulation of these three legal norms has its special historical background. As part of the legal system of administrative emergency, it follows special administrative principles and plays an important institutional support and guarantee role in the prevention and control of the epidemic situation.

### **2.1 Sources of law for the prevention and control of the epidemic**

China has always attached special importance to the prevention and control of infectious diseases. On February 21, 1989, the Standing Committee of the National People’s Congress adopted the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, which made China have laws to abide by. After the 1980s, with the rise of the concept of administrative emergency, countries, especially in Europe and the United States, began to pay attention to the huge impact of emergencies on the country. It is one of the most important non-technical support systems in the national public emergency system. Chinese academics follow the tide, the emphasis of theoretical research has gradually changed from normal administration to abnormal administration. At the same time, the epidemic situation as an important emergency has been more and more concerned by the theoretical community. However, due to objective constraints, the breadth and depth of the epidemic study has been inadequate, the legal system under the guidance of theory also shows lag. The SARS outbreak in 2003 was an opportunity and a turning point, in order to deal with the shortage of SARS, the State Council enacted the Emergency Regulations that year, this regulation was amended in 2011. After SARS, in accordance with the overall framework of the “one case, three systems” (emergency plan, emergency system, emergency mechanism and emergency legal system), step by step began the construction of the epidemic prevention and control legal system. By time, the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases was amended and perfected by the Standing Committee of the National People’s Congress in 2004 and 2013, on the basis of the State Council’s General Emergency Plan for Public Emergencies (hereinafter referred to as the Emergency Plan), the Law on Emergency Response was enacted on August 30, 2007. These two laws and the Emergency Regulations are the main sources of law for the prevention and management of the epidemic. Laws such as the Martial Law of the People’s Republic of China and the National Security Law of the People’s Republic of China, as part of the administrative emergency legal system, Fill in the lack of epidemic prevention and control.

### **2.2 Legal characteristics of epidemic prevention and control**

As a kind of administrative emergency law, the law of epidemic prevention and control embodies the characteristics of law and policy more than the administrative law in the conventional state. It mainly adjusts the relationship between state power, state power and

civil rights and civil rights under the outbreak of epidemic situation. In terms of legal function, the epidemic prevention and control law “mainly ensures that the abstract administrative regulations formulated by the administrative organs in response to all aspects of the emergency and the specific administrative decisions made can ‘prevent and reduce the occurrence of the emergency, control, mitigate and eliminate the serious social hazards caused by the emergency, protect the safety of people’s lives and property, and safeguard national security, public security, environmental security and social order’.”<sup>3</sup>

According to this requirement, the current epidemic prevention and control law has the characteristics of full inclusion, full coverage and all departments. “Full inclusion” refers to the inclusion of all infectious diseases in the epidemic prevention and control objects, and classified prevention and control. “Full coverage” refers to the whole process of monitoring and tracking the occurrence, outbreak and epidemic of the epidemic situation, to do a good job in the prevention, reporting, control and treatment of the epidemic situation, and to establish a mechanism for accountability. The whole system refers to the establishment of the epidemic prevention and control legal system with the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases as the overall plan, the Emergency regulations and the Emergency Plan as the emergency mechanism, the Emergency Law and other laws as the supporting laws, and the improvement of the public health emergency response mechanism from the central to the provincial and municipal levels.

In order to pay attention to the realization of the goal of epidemic prevention and control, the content of the law pays more attention to the means and measures to achieve the goal. Generally speaking, compared with the conventional state, the law of epidemic prevention and control has a certain degree of super-legal, centralized and expansion, more restrictions on civil rights, less relief, in other words, follow the “no law in emergency” provisions. Specifically, the current epidemic prevention and control legal system has the characteristics of “power priority, emergency treatment, procedural particularity, social cooperation, limited relief” and so on.<sup>4</sup>

### **2.3 Relevant provisions of the law on the prevention and control of the epidemic**

The Emergency Response Law, as a law regulating emergency response activities at the national level, highlights the concept of “comprehensive emergency management”, which is “all kinds of disasters on the object, whole process and multi-agent structure”, and strives to organize and mobilize all subjects. The whole process (including prevention and preparation, early warning and monitoring, rescue and disposal, rehabilitation and recovery) covers all kinds of public emergencies. The corresponding “emergency general plan” is also built into a “vertical to the end, horizontal to the edge” plan. Under this concept of comprehensive emergency response, the Emergency Response Law can not achieve the detailed provisions of the epidemic situation. In addition to Article 3, paragraph 1, of the Emergency Response Law, which explains the meaning of the emergency time, including the epidemic situation, the provisions that refer separately to the disposal of the emergency situation include Article 21 (risk sources, investigation and assessment of dangerous areas, etc.), Article 41 (monitoring system), Article 42 (early warning system), Article 49 (emergency measures), Article 56 (on-site rescue and disposal), and Article 58 (measures to stop emergency disposal). Most of these provisions are similar to the Infectious Disease Prevention and Control Act and the Emergency

---

3 JIANGANG, Qi. The rise of Emergency Administration and the Construction of Administrative Emergency Law [J]. *Law Research*, 2012, n.4, p.24-26.

4 CHUAN, Mo Yu. It is proposed to establish emergency procedure clause in China’s administrative procedure code [J]. *Politics and Law*, 2003, n.6, p.8-11.

Regulations, but more principled.

The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, as a special law for the prevention and control of infectious diseases, classifies infectious disease areas into categories A, B and C according to the outbreak, prevalence and degree of harm of infectious diseases, of which category A is the most harmful, and currently only includes plague and cholera (according to article 4 of the Law, three types of infectious diseases, such as infectious atypical pneumonia, are subject to the prevention and control measures of class A infectious diseases). The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases stipulates that people's governments at various levels shall lead the prevention and control of infectious diseases (Article 5), and the health administrative departments at all levels shall be responsible for the prevention and control of infectious diseases and their supervision within the region (Article 6). Starting from the construction of the whole process system for the prevention and control of infectious diseases, the Law stipulates that people's governments at all levels must do a good job in the prevention, reporting, notification and publication of infectious diseases, epidemic control, medical treatment, supervision and administration, and safeguard measures, and stipulate the legal responsibilities of the corresponding responsible departments. It should be said that the revised law is more informative, more hierarchical, more complete and more operational.

In order to solve the problems of inaccurate information, lack of response and insufficient emergency preparedness in the work of SARS period, a unified, efficient and authoritative emergency handling mechanism for epidemic situation was established to ensure public health and life safety, and to maintain social stability. The State Council adopted the Emergency Regulations on 7 May 2003 and revised them in 2011. In terms of content, first of all, the regulations stipulate the departments responsible for the prevention and control of the epidemic, and clarify the relevant principles of the prevention and control of the epidemic; secondly, the regulations establish a more detailed working mechanism from three aspects: prevention and emergency preparedness, reporting and information release, emergency handling, among which prevention and emergency response include early warning monitoring, information collection, analysis and processing, construction and training of emergency teams, and storage of emergency supplies; reporting and information release stipulate the time limits and procedures for reporting information to governments at all levels; and emergency handling prescribes specific measures for emergency disposal in various departments;

### **3 SHORTCOMINGS IN CURRENT LEGISLATION**

#### **3.1 The definition of the epidemic is unclear and the classification is inaccurate**

At present, the law does not give an accurate definition of "epidemic situation", it is not scientific in the classification of epidemic situation, and does not distinguish between general epidemic situation and major epidemic situation, which brings some difficulties to the prevention and control of epidemic situation.

The Law on Emergency Response as a law to deal with all emergencies is relatively broad, and does not define the concept, scope and specific operational norms of the epidemic. The Emergency Regulations only define the concept of "public health emergencies", which include not only outbreaks, but also mass diseases of unknown origin, major food and occupational poisoning.

The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, as the main law regulating infectious diseases, does not define infectious diseases clearly, and the classification is not

scientific. There are four outstanding issues:

First, the names of various infectious diseases are listed only by example, but the concept of infectious diseases is not summed up. The classification of infectious diseases is highly subjective and lacks objective standards.

Second, the word “epidemic” has been used in many places, but there is no accurate definition of “epidemic”, and the use of infectious diseases and “epidemic” is ambiguous. Since ancient times, the word “epidemic” refers to a disease that can be transmitted. In “Shuo Wen Jie Zi”, the word “epidemic.”<sup>5</sup> In modern times, infectious diseases are generally not distinguished, and the two are equivalent. The term “epidemic” is now generally interpreted as “the occurrence and spread of infectious diseases”, describing the process of epidemic occurrence of infectious diseases. The second chapter of the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases, “Prevention of Infectious Diseases”, includes the surveillance system and early warning system of infectious diseases, in which the contents of surveillance and early warning include the occurrence and prevalence of infectious diseases (Article 17). Chapter III Outbreaks in the Report, Notification and Publication of Outbreaks include outbreaks and epidemics (Article 31). It can be seen that “infectious disease” and “epidemic situation” both contain the meaning of occurrence and epidemic, the law does not make an effective distinction between the two, such cases in the Infectious Diseases Prevention and Control Law is not uncommon.

Third, the classification of epidemic situation is not scientific. According to the National Health Commission, the difference between influenza and COVID-19 infection is in four aspects: first, the source of the disease is different. Influenza is not a common cold, it is a respiratory infectious disease, it is caused by influenza virus, and the pneumonia infected by COVID-19 is an infectious disease, and it has a clear epidemiological history; secondly, the onset time is inconsistent. The high incidence of influenza is mainly in winter and spring, and the COVID-19-infected pneumonia is a newly developed disease in winter at the end of 2019; Thirdly, influenza has a very obvious fever, often high fever, but few systemic symptoms of muscle pain or fatigue, but COVID-19 infections often have fever, cough, fatigue, vomiting, abdominal pain, diarrhea, sore limbs, etc. Finally, the severity of the two is different from that of the susceptible population. Although both are susceptible to death in the whole population, the COVID-19 is more severe in the elderly and patients with chronic underlying diseases. People who first understand medical common sense can feel that the National Health and Health Commission is more reluctant to distinguish the two, can not be completely convincing.

Influenza is an acute respiratory infectious disease caused by influenza virus. There are many viruses causing influenza, there are thousands, from the performance, can be divided into simple influenza, pneumonia influenza, toxic influenza, gastrointestinal influenza and so on. Among them, pneumonia influenza and infectious atypical pneumonia have many similarities in the pathogenesis, not only the harm to the human body, but also the symptoms after the illness. Because the two are difficult to distinguish, it is understandable why people who are initially infected with the COVID-19 do not pay attention to it and treat it only as a common influenza.

At the same time, China can find that the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases lists rabies, neonatal tetanus and schistosomiasis as Class B infectious diseases, while influenza as Class C infectious diseases. Unlike influenza, other infections are generally transmitted between individuals in one-to-one form, with very little harm. But influenza is very

---

5 SHEN, Xu. (Eastern Han Dynasty). Explanation of Shuo Wen [M]. *Jiangsu Ancient Books Press*, 2001, p.156.



harmful to society, according to incomplete statistics, hundreds of thousands of people die from influenza every year. Therefore, there are some scholars doubt the rationality of the distinction between infectious diseases.

Fourth, there is no distinction between general and major epidemics. In the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases, infectious diseases are classified only by etiology, not according to the influence of epidemic situation, and the general epidemic situation and major epidemic situation are distinguished, which results in inaccurate judgment of major epidemic situation and untimely disposal, which brings great difficulties to practical work.

### **3.2 The legal system for the prevention and control of the epidemic is not sound**

After years of hard work, China's epidemic prevention and control legal system has been initially established, basically achieved the law to abide by. But from the actual treatment effect, such legal system is still very imperfect, including the following three points: first, the construction of the legal system for epidemic prevention and control is relatively backward.

As early as the 1990s, China promulgated laws such as the Law of the People's Republic of China on Flood Control and the Law of the People's Republic of China on Earthquake Prevention and Disaster Reduction. Compared with the work of flood control and earthquake resistance, China's prevention and control of the epidemic situation is still in its infancy, the relevant legal system is also relatively backward, and the supporting system is not perfect. Second, there is a conflict between the legal norms of the epidemic situation. In terms of content, the contents of the three laws are intersected (as mentioned earlier), and the classification is unreasonable. As far as the legal effect is concerned, the Emergency Regulations, as the regulations promulgated by the State Council, are lower than the other two laws, but they are the main basis for the prevention and control of the epidemic situation. Third, the link with other administrative laws is not enough. First, the link with the normal administrative law is not enough. Major outbreaks may have a huge impact on the normal operation of the economy, industry, medical care, education and culture, making national life and social order completely out of control. For example, Article 52 of the Emergency Regulations stipulates that "In the event of an emergency, the public security organ or the administrative department for industry and commerce shall impose administrative penalties according to law; if a crime is constituted, criminal responsibility shall be investigated according to law." Such provisions are too vague and lack maneuverability. Second, the lack of a unified administrative emergency law coordination mechanism. In the absence of a state of emergency law in China, if the state enters a state of emergency because of the epidemic, how to balance the various administrative emergency laws, especially in the areas of administrative coercive measures such as restricting personal freedom, and traffic control, there is still a certain conflict between the laws, which needs to be coordinated by a unified and perfect legal system.

### **3.3 The content of the law is not comprehensive and targeted**

#### *3.3.1 The lack of Chinese administrative emergency legal theory research*

The basic principle of administrative law is the importance that the basic spiritual value of administrative law can be carried out in the administrative legal system, which is the basis or origin of the rules of administrative law. It guides all stages of administrative law, such as administrative legislation, administrative law enforcement, administrative judicial and administrative legal supervision, and runs through the whole of modern administrative law."<sup>6</sup> At

---

6 WANGHONG, Liu. Editor in chief. *Administrative Law* [C]. Nanjing: Nanjing normal University Press, 2005, p.57.

present, the mainstream view of China's administrative law circles holds that the basic principles of administrative law are "the principle of administrative legality (including the principle of legal reservation and legal priority), the principle of administrative reasonableness (including the principle of administrative openness, administrative justice, proportionality, trust protection and respect for human rights protection)."<sup>7</sup> Some scholars have also added the "principle of administrative efficiency", which focuses on restricting the power of the administrative subject in order to protect the legitimate rights of citizens. However, in the case of emergency, the academic circles of administrative subject exercising power according to what principles are not deep enough. According to the general viewpoint, the principle of emergency is followed in emergency state. Administrative organs will use summary procedures to formulate emergency rules and decisions, and give full play to the functions of administrative limitation and term system. The principle of contingency will weaken the principle of legal superiority and the principle of legal reservation in traditional administrative law".<sup>8</sup> Under the guidance of this principle, the law of epidemic prevention and control shows the characteristics of "emphasizing entity and procedure, power expansion and human rights protection, punishment and relief." When the major epidemic comes, many administrative organs do not act or act indiscriminately. During the prevention and treatment of the COVID-19 epidemic, the author found that many areas have issued emergency measures, such as "administrative detention of all people who refuse to wear masks to enter public places, administrative detention of all business owners in advance" and many other restrictions on personal freedom. What's more, in order to prohibit the movement of people, each place is separate, all the highway junctions leading to this area are closed, resulting in the first high speed of the people can not get off the high speed, artificially created in the high speed stranded on the homeless tragedy of more than ten days. These phenomena are different in the epidemic, regardless of whether these acts have a legal basis, whether there is a way for innocent people to recover in the future, the loss of compensation by the laws and regulations are not guaranteed. How to limit the infringement of citizens' basic rights by the expansion of emergency administration and how to guarantee the citizens' basic right of relief is an urgent subject to be discussed in the field of legal theory under the major epidemic situation, and it is also a major problem before legislators, judiciaries and law enforcers.

### 3.3.2 *The exposure of major outbreaks*

On the one hand, the law stipulates too much principle, not meticulous enough. "Emergency Response Law" contains "all kinds of disasters", is a large and wide emergency response law, it is impossible to make a detailed special provisions on the epidemic. The Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases focuses on prevention and treatment, but one focuses on treatment rather than prevention, with only a few mistakes on how to establish effective preventive measures and early warning mechanisms. It is clearly insufficient to estimate the problems in response to the outbreak, and the other lacks provisions on the content of recovery and reconstruction after the outbreak. The problem of the Emergency Regulations is that one of the targets includes not only the epidemic situation, but also the major food and occupational poisoning events, and the prevention and treatment of the epidemic situation is not strong. Second, the purpose of the Emergency Regulations is to deal with SARS in an

---

7 HAOCAI, Luo; ZHONGLE, Zhan. Editor. *Administrative Law* [C]. Beijing: Peking University Press, 2016, p.29-35.

8 JIANGANG, Qi. The rise of Emergency Administration and the Construction of Administrative Emergency Law [J]. *Law Research*, 2012, n.4, p.24-26.

emergency. The contents are not only rough, but also the times have changed, which can not meet the needs of the current epidemic prevention and control work.

On the other hand, it is also the most important drawback. The current legal system for epidemic prevention and control does not treat major outbreaks as major sudden disasters. The treatment of major outbreaks is not only a matter of medical level, but can not be summarized simply from the perspective of prevention and control. A major sudden disaster is likely to lead to systemic risk and plunge the whole country into a huge crisis. Therefore, the law must give all the problems at the time of the epidemic to explain and regulate, otherwise it is contrary to the requirements of the rule of law. From the point of view of the prevention and control of the COVID-19 incident, the current legal system lacks the exercise prevention and control mechanism for the daily epidemic situation, the specific standards and procedures for the detection and reporting of the epidemic situation, and the grading standards for the measures taken after the spread of the epidemic situation. And how to rebuild and restore the specific provisions after epidemic control. From the point of view of the specific details involved, there is a lack of provisions on the detailed contents, including emergency state release, public opinion control, blockade of epidemic areas, personnel investigation and isolation, epidemic situation release, medical material support, etc. From the main body involved in the response, there is a lack of authorization and regulation for almost all government departments, including medical and health care, public security fire control, traffic management, industrial and commercial quality supervision, and all non-administrative organizations and individual acts of the army, streets and village committees. Therefore, in the actual work, many administrative acts have no legal basis, many of the content of legal basis is too broad, operability is not strong. Departments are either afraid to act because there is no basis, or more than the principle of proportion of human rights violations occurred in large numbers, seriously affecting the credibility of the government and the efficiency of the epidemic. Therefore, the current legal system of epidemic prevention and control can not fundamentally solve all the problems of dealing with major epidemics, and it can even be said that it is quite pale in many places and has caused many problems in dealing with major epidemics.

## **4 HOW TO IMPROVE THE LEGAL SYSTEM ON EPIDEMIC CONTROL**

### **4.1 Clarify concepts and scientifically classify outbreaks**

China should changing the current practice of defining infectious diseases only by example, which is dangerous when China meet unknown disease. China should combing medical, biological and other knowledge and using semantic hermeneutics to scientifically define infectious diseases. At the same time, the connotation and extension of the epidemic situation are clearly defined, and the meaning of each word such as occurrence, outbreak and epidemic is accurately distinguished, so as to prevent the mixed use of infectious diseases and epidemic situations.

However, the classification of the current Law on Prevention and Control of Infectious Diseases is sublated, and the degree of social harm of infectious diseases under different circumstances is determined from the epidemiological point of view, according to the characteristics of infectious disease transmission, and so on, so as to carry out comprehensive scientific classification. Because of the need of epidemic prevention and control, special regulations can be made on the prevention and control of the epidemic situation above the major level at the legal level, while the epidemic situation below a large degree can be stipulated by the provinces and cities separately.

## 4.2 Aim-oriented improvement of the existing legal system

The purpose of epidemic prevention and control is to actively and effectively prevent and control the occurrence and spread of the epidemic. On the one hand, the law is formulated as a system guarantee to achieve the purpose, and the advantages and disadvantages of the law are also tested by the effect of prevention and control.

### 4.2.1 *Building an internal coordinated and unified epidemic legal system.*

China urgently needs to straighten out the internal logic of existing laws and regulations and coordinate the laws in form. As for the way, I put forward two ideas: First idea, because the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases has been relatively perfect in the framework, China can adjust and enrich the original provisions, increase the content of major epidemic disasters, perfect the punishment procedure, and formulate a law such as the Law on the Prevention and Mitigation of Infectious Diseases, which can be named as the Law on the Prevention and Mitigation of Infectious Diseases, on the basis of absorbing the relevant contents of the Law on Emergency Response and the Emergency Regulations, and on the basis of practical experience. The author believes that the benefit is to maintain the stability of the system, and the disadvantage is to make the whole law too large.

Second idea is formulating a separate “Emergency Regulations for Major Outbreaks” to partially absorb the “Emergency Regulations” on the basis of maintaining the original “Prevention and Control of Infectious Diseases” and “Emergency Response Law”, in this way, dealing with all kinds of problems under major epidemic situations as a whole. The advantage is simple and clear, but the disadvantage is that the rank is low, it is not easy to maintain the stability of the system.

### 4.2.2 *Speed up the construction of legal theory and fill in legal gaps*

Under the premise of scientifically assessing the trend, scope and magnitude of the epidemic situation, according to the “principles of public interest, moderation and necessity, openness and transparency, responsibility and timeliness”<sup>9</sup>, so it is necessary not only to give the administrative subject full exercise of the power to prevent and control the epidemic situation, but also ask the administrative subject to deal with it in a timely and decisive manner, to ensure the effect of prevention and control, but also to strictly prevent and control the abuse of public power to private rights.

At the same time, the law must clarify the relevant punishment standards and procedures, such as stipulating that the operator’s sale at a price exceeding the entry price is a bid up price, and strictly inform the punished person of the legal basis and discretion standard of punishment in accordance with the procedure. At the same time, after the epidemic situation, the judicial organs are given the corresponding supervision power and the public certain relief right (even if this relief right is reduced compared with the normal), so as to achieve fairness and justice to the greatest extent and ensure the authority of the law.

At the same time, China should improve the content of prevention and control of related epidemic situation. Although the current epidemic prevention and control law has basically achieved “full coverage, full coverage, all departments”, but the content is too simple, all but not detailed phenomenon is more prominent. Therefore, China should start from two aspects to speed up the filling of existing legal gaps. On the one hand, on the basis of the

---

9 CHENGUANG, Wang. [J]. *Journal of Tsinghua University*, 2003, n.4, p.11-18.

provisions of the original laws and in accordance with the needs of the current situation of epidemic prevention and control, it is necessary to refine the contents of the Emergency Regulations and the Emergency Plan, establish and improve the mechanism for responding to major outbreaks, refine the reporting procedures under early warning of different outbreaks, classify and formulate specific emergency measures for different levels of outbreaks, improve the process of investigation and isolation of suspected patients, and so on, so as to make the Emergency Regulations and the Emergency Plan more operational; On the other hand, China should improve the system and mechanism for the prevention and control of major epidemics, improve the national public health emergency management system, make up for the incompleteness of existing prevention and control links, combine special treatment with systematic management, comprehensive management, legal management and source control, extend the prevention and control process to the maximum extent, reach all stages of early warning, prevention, recovery and reconstruction, strengthen the mechanism of daily prevention and control drills, prepare plans, teams, funds and technical preparations, and strive to stifle the epidemic in its cradle.

At the same time, China should pay attention to perfecting the guarantee mechanism of recovery and reconstruction, restore the normal life of society in time, and carry out psychological guidance and post-disaster propaganda to the masses, so as to make the prevention and control of the epidemic situation more comprehensive and effective.

#### *4.2.3 How to Chain the other laws and regulations*

The major epidemic involves all aspects of society, so it threatens national security. Therefore, China must adhere to the concept of overall national security concept, raise the prevention and control of major epidemic situations to the point of view of national security, do a good job in the design of the top level system, and earnestly improve the construction of the legal system for the prevention and control of epidemic situations.

First of all, China must obey the absolute authority of the Constitution and strengthen the docking with the administrative emergency laws such as the National Security Law and the State martial law under the constitutional framework, which not only affirms the universality of the epidemic situation as a kind of emergency, but also highlights the particularity of the epidemic prevention and control, so that these laws become an organic whole. On the basis of the Law on the Prevention and Control of Infectious Diseases and the Law on the Protection of Wild Animals, China should push forward the introduction of bio-safety law as soon as possible and speed up the construction of national bio-safety laws and regulations system and system guarantee system.

Secondly, it is necessary to coordinate and resolve the construction of the relevant supporting legal systems in various fields, such as criminal law, civil law and other fields, all elements and all levels, intensify the crackdown on illegal acts of violence against medical personnel, severely investigate and deal with all kinds of illegal acts that drive up the price of epidemic prevention supplies and people's livelihood commodities, severely crack down on illegal and criminal acts that disrupt the prevention and control of the epidemic situation, such as resisting epidemic prevention and control, violent injury to medical doctors, making fake sales, spreading rumors and spreading rumors, and so as to ensure social stability and order.

Thirdly, it is necessary to do a good job in linking up the laws and regulations among the various departments in various localities, and to appear a farce of detaining medical materials transported elsewhere by any means for local prevention and control, so that the epidemic prevention and control system is sound, the system is complete, the system is scientific and standardized, and the operation is effective.



### 4.3 Reconstruction of epidemic prevention and control system.

In modern society, public emergencies are often characterized by mass events, diversity (mass disasters) and chain events (derivative and secondary events).<sup>10</sup> This puts forward higher requirements for the ability of the main body of epidemic prevention and control. The main body of prevention and control must be “risk, disaster (emergency), crisis.”<sup>11</sup> Three levels of prevention and control process forward and backward extension, covering the whole process of epidemic prevention and control. According to Professor Qi Jiangang’s analysis, China must combine “peace with war, need to combine with reality, unified leadership, classification and classification.”<sup>12</sup> The principle of establishing a permanent, professional, can coordinate the various departments of the epidemic prevention and control of the main body. China has established an emergency management department in 2018, responsible for production safety, disaster management and emergency rescue work throughout the country. Therefore, the author thinks that the emergency management department, as the permanent coordination department of epidemic prevention and control, is responsible for the coordination and coordination of daily epidemic prevention, emergency handling during disasters, and disaster recovery and construction, while the health administrative departments at all levels are specifically responsible for the monitoring and early warning of the epidemic situation and the specific medical treatment. On this basis, the law must provide the necessary system guarantee for the grass-roots organizations to exercise the power of epidemic prevention and control, give full play to the great role of the rural and community grass-roots units in the prevention and control of the epidemic situation, and weave the first line of defense. At the same time, using the advantages of non-governmental public organizations in the prevention and control of the epidemic, such as material assistance, psychological assistance and the provision of effective information, China should give full play to the important complementary role of social organizations in the whole process of prevention and control, and create a good legal environment for social organizations to participate in social activities and build a “small government, large society” rule of law country.

To perfect the main body system of epidemic prevention and control, China must further refine the responsibility of compacting the main body and enhance the ability of the main body to deal with the major epidemic situation, including improving the level of medical treatment of medical and nursing personnel and the ability of scientific research departments to tackle key problems. These systems need to be supported by sound laws, so as to jointly build a solid dam to prevent and control major outbreaks.

## 5 CONCLUSION AND PERSONAL EXPERIENCE

Savigny said that “there is nothing in the law to be self-consistent, but rather the essence of human life itself.”<sup>13</sup> The development of a country’s legal system is not smooth, most of the time will jump forward, or even break away from the original legal framework, this is the need for the law to adapt to reality, so the vitality of the law comes from reality rather than the provisions. The extraordinary period often exposes the gap between law and society and the defects of law itself, which provides a rare opportunity for the deep development of the rule of law. SARS in 2003, as a sudden and important event, prompted China to establish a preliminary legal framework for the

---

10 RUXI, Gao; SHOUGUI, Luo. A study on the Integrated Management Model of disaster Accidents in Big cities [J]. *China soft Science*, 2002, p.110-113.

11 Child Star. Evolution and current trend of Emergency Management in China [J]. *Public Management and Policy Review*, 2018, n.6, p.11-20.

12 JIANGANG, Qi. Reflection and Reconstruction of the Subject System of Emergency Administration in China [J]. *Law and Commerce Research*, 2007, n.3, p.112-118.

13 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Discussion on the contemporary mission of legislation and law*. Translated by Xu Zhangrun. Beijing: China Legal Publishing House, 2001, p.24.

prevention and control of the epidemic. In this campaign, General Secretary Xi stressed at the 12<sup>th</sup> meeting of the Central Committee for Comprehensive Reform in order to “ensuring the safety and health of the people is a major task for our party in governing the country”.

Both first author and corresponding author suffer a lot in 2020. The first author lost his grandpa in September and his teacher (who is like grandma for him) in October. Their deaths are indirectly related to the COVID-19. Because of the COVID-19, the hospital for the treatment of other chronic diseases are deeply affected. May the world be a better place in 2021.

## REFERENCES

Baidu encyclopedia. Construction of National Emergency Response System [OL]. Available at: <https://baike.baidu.com/item/国家突发事件应急体系建设“十三五”规划/22035756?fr=aladdin>. Access on: July 01, 2017.

CHENGUANG, Wang. [J]. Journal of Tsinghua University, 2003, n.4, p.11-18.

Child Star. Evolution and current trend of Emergency Management in China [J]. Public Management and Policy Review, 2018, n.6, p.11-20.

CHUAN, Mo Yu. It is proposed to establish emergency procedure clause in China's administrative procedure code [J]. Politics and Law, 2003, n.6, p.8-11.

HAOCAI, Luo; ZHONGLE, Zhan. Editors. Administrative Law [C]. Beijing: Peking University Press, 2016.

JIANGANG, Qi. Reflection and Reconstruction of the Subject System of Emergency Administration in China [J]. Law and Commerce Research, 2007, n.3, p.112-118.

JIANGANG, Qi. The rise of Emergency Administration and the Construction of Administrative Emergency Law [J]. Law Research, 2012, n.4, p.24-26.

People's net. Chairman Xi Jinping convenes the Central Committee for the Comprehensive Rule of Law [OL]. Available at: <http://politics.people.com.cn/n1/2020/0206/c1024-31573100.html>. Access on: Feb. 06, 2020.

RUXI, Gao; SHOUGUI, Luo. A study on the Integrated Management Model of disaster Accidents in Big cities [J]. China soft Science, 2002, p.110-113.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. Discussion on the contemporary mission of legislation and law [M]. Translated by Xu Zhangrun. Beijing: China Legal Publishing House, 2001.

SHEN, Xu. (Eastern Han Dynasty). Explanation of Shuo Wen [M]. Jiangsu Ancient Books Press, 2001.

WANGHONG, Liu. Editor in chief. Administrative Law [C]. Nanjing: Nanjing normal University Press, 2005.

# JUS COVID 19, SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVA Y AMBIENTAL EN ARGENTINA

**Juan Claudio Morel**

Dr. en Derecho UAlicante. Master en RRIL por la UNICEN (Arg). Master en Derecho Ambiental UNAndalucía. Posgraduado JICA y UPEACE (C. Rica). Profesor Titular de Derecho Ambiental UNICEN Tandil, Argentina.

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Dimensión constitucional; 2.1 Marco teórico legal; 2. 1.a Marco constitucional; 2.1.b Marco legal; 2.1.c Marco administrativo; 2.1.d Marco Judicial, la jurisprudencia dominante; 3 Dimension administrativa; 3.1 Emergencia Pública en materia económica; 3.2 Derecho Administrativo stricto sensu; 3.3 Administración pública; 3.4 Aislamiento preventivo; 3.5 Educación; 3.6 Medidas Sociales; 3.7 Migraciones; 3.7.1 Suspensión de ingreso; 3.7.2 Excepciones; 3.7.3 Obligación adicional; 3.7.4 Prohibición de ingreso; 3.7.5 Ampliación de la prohibición; 3.7.6 Programa de asistencia de argentinos en el exterior; 3.7 Transporte; 3.8 Tributario; 4 Dimensión ambiental; 5 Conclusiones; Referencias.

## 1 INTRODUCCION

a.- Para poder ayudar y hacer un verdadero aporte en una situación de guerra, como lo es una pandemia, hay que ponerse en el lugar del otro. Salir de la visión institucional y ponerse en los zapatos de quien la encarna. Preguntarse por dónde empezar, *para empezar....* estaría bien.

Ahora, que ya podemos leer el diario del lunes, y si fuera posible dar consejo a un Premier nacional para la próxima pandemia, sería todo un detalle, hacerle llegar la sugerencia de que: *si puede volver a empezar lo haga por el Derecho Ambiental*. Esta es la primera tesis de este artículo.

Porque si se piensa en clave ambiental, con poco Derecho se cambian muchos Hechos. Esto se comprueba, tan sólo con ver la geométrica batería normativa administrativa necesaria, para preparar la estrategia defensiva reactiva de la Argentina contra la Pandemia<sup>1</sup>; y simultáneamente, advertir la mínima producción de normativa ambiental para prevenir de ataques al Planeta. Con ello, se puede advertir una noción de eficiencia, eficacia y efectividad en términos de costo beneficio que es abrumadora en favor del Derecho Ambiental: hacer tanto con tan poco. Para demostrar esta afirmación, estudiaremos todo el Derecho que se dictó en inteligencia del Corona Virus y al final estudiaremos el Derecho Ambiental dictado en el mismo período. Esperamos que el contraste sea suficiente para mostrar esta posición.

La segunda tesis que de manera secundaria reafirma la tesis anterior es que: la cantidad de normativa administrativa para disponer el armazón estratégico que moviliza el aparato sanitario preventivo dictada por el Poder Administrador, es inversamente proporcional a su eficacia, podríamos decir a su efectividad que es la medida de la eficacia. Cuanto más normativa menos efectividad y por ende más enfermedad y más pandemia.

La tercera tesis que se orienta en el mismo sentido que la segunda es que a mayor cantidad de normativa administrativa, para disponer el armazón estratégico que moviliza el aparato sanitario preventivo, es inversamente proporcional al desarrollo de los derechos individuales de primera generación de derechos humanos: locomoción, comercio, industria, vida privada, y otros.

b.- Para justificar estas tres afirmaciones, una principal y dos secundarias es necesario estudiar el Derecho disponible, dictado en este lapso de tiempo de pandemia. En principio, entonces, se trata de estudiar todo el Derecho que se dictó en la inteligencia del Corona Virus, Covid 19: que es de naturaleza constitucional y dentro de ella orientada hacia las normas de necesidad y urgencia que justificarían, en principio, la restricción a las garantías individuales como la libertad de movimiento o locomoción, entre otras. Para ello, corresponde determinar: primero la congruencia y justificación constitucional de las normas en estudio, en la que nos valdremos de la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. En seguida, las características del Derecho que se ha generado en el Estado argentino para movilizar su estructura administrativa y enfrentar los efectos de la actual pandemia de corona virus Covid 19.

Por esa razón se estudian los diferentes aspectos del proceso de formación de la voluntad estatal y de la acción desarrollada por el Estado en una situación que pone a prueba a los métodos de la Democracia que estamos acostumbrados a aceptar como válidos en todo tiempo y lugar. Porque lo que caracteriza al funcionamiento estatal, después de todo, es también una burocracia, y analizarla en tiempo de crisis es ponerla a prueba y validar sus

---

<sup>1</sup> De las que solamente nos hemos concentrado en normas de Marzo y Abril 2020.

alcances universales, porque nada o “casi nada” en un Estado de Derecho justifica la restricción de libertades individuales. También nos proponemos indagar si tal “casi nada” da margen de maniobra a legislación de excepción, dada la naturaleza del mal que debe ser conjurado.

Como las razones de espacio no permiten un análisis exhaustivo, la selección de material de muestra nos lleva a seleccionar material. Primero elegimos de los actos administrativos en cuestión sólo los más testimoniales que son centrales para detectar la línea argumental del Gobierno argentino y detectar por ahora si hay abuso de poder en la restricción de las garantías individuales, con pretexto sanitario. Dejamos de lado legislación provincial y municipal porque se han orientado en el mismo sentido que la nacional y se trata de una mera reiteración su abordaje circunscripto a un marco de competencia territorial que corresponde al Estado provincial en estudio para cada caso. Con el examen cuidadoso de ese material será posible establecer si su eficacia y efectividad determinan el carácter inversamente proporcional que adelantamos en el punto anterior.

Dejamos para el final un análisis rápido sobre la dimensión ambiental de este plexo jurídico con el cual el Estado enfrenta a una pandemia y hace gimnasia para enfrentar los efectos del cambio climático, que, sin ser iguales, tienen similitudes y comparten los mismos valores: la defensa de la vida. Con ello, terminamos de establecer nuestra tesis principal.

## **2 DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL**

### **2.1 Marco teórico legal**

En este acápite estudiamos el contexto de legislación de emergencia para conjurar la amenaza sanitaria del Corona Virus. Con tal objetivo, estudiamos, de mayor nivel de legalidad comenzando con la Constitución y siguiendo por los niveles inferiores protagonizados por las instituciones o poderes que la misma ha creado.

#### *2.1.a Marco constitucional*

El marco constitucional para el dictado de leyes de emergencia, se encuentra en el artículo 99 y que es conveniente recordar que presenta las siguientes características:

Art. 99.- El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:  
Inciso 3º. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.



Se puede ver que un Decreto de Necesidad y Urgencia no está prohibido por la Constitución de la Argentina, pero sí tiene que observar el tránsito procesal por un camino muy estricto so pena de caer a la banquina de la ilegalidad institucional porque la Constitución da las atribuciones y confiere un procedimiento estricto que hace a la integridad de las facultades, lo vemos en el próximo punto. No cumplir estrictamente con este procedimiento o excederlo es violar la Constitución. Porque sería alterar el equilibrio que debe mantener la división del poder en tres funciones, separadas, equidistantes e intercontroladas entre sí. Por lo tanto, esta facultad presidencial actúa dentro de sus límites (dentro de sus atribuciones) sólo si es ejercida “razonablemente”.

### *2.1.b Marco legal*

Establecido el principio de supremacía constitucional, determinado por el artículo 31 CN, estudiamos las leyes que sobre el particular, en consecuencia, se ha dictado por el Congreso Federal. Así, primero, examinamos la Ley N° 27.541<sup>2</sup> como Ley de emergencia económica, que fungió de marco constitucional general para dictar posteriormente toda la legislación y reglamentación de crisis epidémica.

La segunda Ley que opera de marco teórico general viene de las consecuencias de una emergencia anterior<sup>3</sup> y funge de fundamento en la presente. Tal es así, que está mencionada en todas las motivaciones de los Decretos de Necesidad y Urgencia: Ley N° 26.122<sup>4</sup>. Esta ley, sólo es operativa para situaciones de crisis y regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso de la Nación respecto de tales Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en mérito a lo dispuesto por artículo 99 inciso 3 de la Constitución de la Argentina, ley que establece el procedimiento o “*trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de decretos que dicta el Poder Ejecutivo, a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes,*”.

### *2.1.c Marco administrativo*

Habíamos adelantado que el temperamento del Poder Ejecutivo Nacional en el dictado de sus Decretos de Necesidad y Urgencia era actuar con “razonabilidad”. La definición de los términos de la palabra “razonabilidad” para la legislación que sea animada a actuar con urgencia y saltando etapas institucionales, es definida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina como último guardián de la Constitución para reafirmar el orden que en 1853 estableció el artículo 31 de la Constitución argentina (a ejemplo de *Marbury vs Madison*) que estableció la supremacía y que ahora es compartida con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

### *2.1.d Marco Judicial, la jurisprudencia dominante*

En nuestro ejemplo, a falta de un “caso concreto” (art 116 CN<sup>5</sup>) sobre un tema de corona virus llegado a su conocimiento, sólo podemos examinar casos análogos en los que intervino la Corte en “casos” de crisis similares. Y lo que tiene que examinar la Corte si una causa sobre el particular es llegada a su conocimiento, es una cuestión fundamental: si el

---

2 B.O.R.A. en adelante *Boletín Oficial de la República Argentina*, 23/12/2019. N° 34268.

3 Corralito financiero crisis 2001.

4 B.O.R.A. 27/06/2006 N° 30957.

5 Constitución Nacional (CN)

Poder Ejecutivo actuó dentro de los límites constitucionales en el DNU<sup>6</sup> sometido a examen. Para ello, la Corte también tiene límites, porque juzga, pero no gobierna, por lo tanto, no puede analizar si el DNU es conveniente o si es oportuno, solo determinar si están presentes o no los elementos y puntos procesales del mismo en su examen de legalidad. Asimismo, unificar la jurisprudencia; para ello establecer un criterio único entre todos los criterios judiciales que en formato de sentencia llegan a sus estrados, porque el Derecho es opinable y cada Juez como es un ser humano con distinta formación, creencias y experiencias en la vida puede tener una opinión sobre el particular que difiera sustancialmente de otro ubicado en otro lugar de la Argentina con un paisaje totalmente diferente. Por esa razón, para unificar y procesar en vehículo único todas esas experiencias de vida actúa la Corte como órgano judicial de tercera instancia que dice y discierne lo que universalmente debe ser entendido por “razonable” en el caso concreto.

Si el caso fuera la interposición de una acción de amparo de las habilitadas por la ley federal de rito 16986<sup>7</sup> o el artículo 43 de la Constitución Nacional que también regula el amparo para los derechos de incidencia colectiva, pueden encontrarse resoluciones diferentes. Por ejemplo, si un comerciante, entre tantos, rompe el horario de aislamiento preventivo porque entiende que su comercio debe estar abierto al público en esta época de aislamiento para proveer artículos de extrema necesidad para una pandemia, o si un colectivo de enfermos por la epidemia solicita la apertura de este comercio. Más aún, en estos días el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires solicita a Municipios del interior de su Provincia camas de hospitales para atender a enfermos de otros lugares, quebrando la lógica del cordón sanitario y llevando el riesgo a territorios que con mucho sacrificio lo han conjurado y que pone en balanza el valor solidaridad con el de la salud pública. Sólo por citar ejemplos, entre tantos. Por esta razón es importante la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación porque es el intérprete final de la misma. Sobre este punto, y para conocer la opinión de la Corte cuando tuvo que resolver sobre casos similares, cabe analizar una decisión de hace aproximadamente diez años que fue el caso “*Consumidores Argentinos c. Estado Nacional Poder Ejecutivo de la Nación s. Dto.558/02*”<sup>8</sup>. En esta sentencia la Corte, se pronunció sobre las facultades conferidas por el artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional, al Poder Ejecutivo Nacional.

El caso: “*Consumidores Argentinos, Asociación para la Defensa, Educación e Información del Consumidor*”, promovió acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad del DNU 558/02<sup>9</sup> que modificó la ley 20.091<sup>10</sup> de entidades de seguros y permitió a las Cías de Seguro ante una situación de iliquidez transitoria, realicen y constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro y realizar cesiones de cartera sin publicidad. El impugnante argumentó que se había privado a los consumidores a oponerse a este ítem contractual privado, y ese detalle atentaba al art. 42 de la Constitución Nacional y permitía la exclusión de activos de la aseguradora sin dar ninguna noticia a los asegurados, en violación al derecho de propiedad (art. 17 CN). En primera y segunda instancia se hizo lugar a este reclamo y llegó a la Corte por Recurso Extraordinario. La Ley 26122 que hoy regula al DNU no estaba vigente.

---

6 Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU). Abarca aspectos ejecutivos y legislativos dentro de los límites de la Constitución.

7 BORA 20/ 10/ 1966 Nº 21050. Ley Federal de Amparo.

8 CSJN: C. 923. XLIII.

9 BORA 03/04/2002 Nº 29974.

10 BORA 07/ 02/ 1973. Nº 22602

La sentencia: En lo general, lleva opinión de todos los jueces que coinciden en que el DNU es inconstitucional. Hay diferencias en temas puntuales que se pueden ver después:

1) Las facultades del Poder Ejecutivo para dictar un DNU son solo pueden ser admitidas en condiciones de rigurosa excepcionalidad para limitar y no para ampliar el sistema presidencialista.

2) Los constituyentes de 1994, al incorporar los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), tuvieron en cuenta la extralimitación del Poder Ejecutivo con consecuente debilitamiento del sistema republicano democrático. Y por esta razón, la finalidad fue atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.

3) El principio que organiza el funcionamiento del poder es la división de funciones y el control recíproco.

4) La admisión del ejercicio de facultades legislativas al Poder Ejecutivo es excepcional y con exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida.

5) Los jueces pueden controlar la existencia del estado de necesidad y urgencia, la que no es igual a la mera conveniencia política.

6) “En el precedente “Verrocchi”, esta Corte resolvió que para que el Presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias:

a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o

b) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes (CSJN in re Verrocchi y Colegio Público)<sup>11</sup>.

De estas sentencias surge la definición de términos sobre el vocablo “razonabilidad” aplicado al caso por la Corte Nacional. Se trata de definir el ejercicio “razonable” por el Poder Ejecutivo para ejercer las facultades que otorga el artículo 99 inciso 3 de la Constitución de la Argentina que excepcionalmente le permite ejercer facultades legislativas. Por lo tanto, de llegar al Máximo Tribunal Federal una causa por corona virus, lo probable es que la Corte asuma al concepto “razonabilidad” como la materia principal a resolver en el examen de la actividad de emergencia realizada por el Poder Ejecutivo Nacional. ¿Cuántas normas dictadas para el mismo fin ingresan en el concepto de razonabilidad? Es una tesis que no hemos explorado, pero entendemos que los abusos normativos en el número, pueden eventualmente desplazar al Poder Ejecutivo Nacional a una zona de irrazonabilidad y de restricción a garantías individuales.

### **3 DIMENSIÓN ADMINISTRATIVA**

En este apartado exhibimos una ley especial, la única que se ha dictado en ocasión de esta pandemia y las ordinarias de todo orden jurídico de Derecho Administrativo que resultan

---

11 CSJN Fallos 322:1726, in re “Verrocchi (considerando 9º). El mismo criterio se siguió en Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ PEN - ley 25.414 -dto. 1204/01 s/ amparo (CSJN Fallos 331: 2406)

aplicables en toda circunstancia con efectos asimilables y que fueron resorte de hechos que las llamaron a su aplicación. Todo lo demás es Derecho Administrativo con mayor o menor fuerza legislativa.

### **3.1 Introducción**

Desarrollamos el marco legal en dos partes, en el primero hacemos un repaso rápido de las Leyes (3) que tienen vigencia para actuar y ser operativas en caso de pandemia, con comentarios sobre los reglamentos que abordan diferentes aspectos, no se aborda el sustantivo impacto de la legislación de emergencia en el Derecho del Trabajo y en menor medida en el Derecho Civil y Comercial y Derecho Penal porque ameritan un estudio particular. Y en el punto siguiente (3.1) la emergencia pública en materia económica, el Derecho Administrativo (3.2.) que ha sido el que más desarrollo ha tenido y merece su abordaje particular, y finalmente el Derecho ambiental (4).

En el siguiente párrafo presentamos el marco legal positivo solamente en el orden federal. Un marco provincial con 24 provincias y una ciudad autónoma, tendría una dimensión tan colosal que haría casi imposible su lectura y sería de difícil utilidad práctica. No obstante, sin pretensiones de exhaustividad, pretendemos entregar un estudio lo suficientemente abarcador y puntual que puede lucir como si tuviera tal pretensión. Sin embargo, trata este estudio de emprender una tarea superficial en algunos aspectos y con mayor profundidad en otros. El criterio para esta elección lo ha sido la impresión en el autor de la opinión pública y la publicada.

### **3.2 Emergencia Pública en materia económica**

Se aprobó la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541<sup>12</sup> en virtud de la referida pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus Covid-19. Se trata de una Ley de emergencia económica, promulgada por el Gobierno que asumió su período de cuatro años para ejercer la Presidencia de la Nación el 10 de diciembre de 2019, y declaró por su artículo 1° ....”*la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020* “.... por su falta de recursos para dar cuenta de las necesidades generales del Estado. A tal efecto facultó...”*al Poder Ejecutivo nacional a llevar adelante las gestiones y los actos necesarios para recuperar y asegurar la sostenibilidad de la deuda pública de la República Argentina* “...

Ahora bien, en tal contexto, el de un Gobierno recién electo por triunfar en las recientes elecciones presidenciales, que se dictó una suerte de Ley colectiva de emergencia porque era de emergencia la situación con que se recibió el Poder Ejecutivo Nacional en el momento de la transmisión del mando presidencial. En ese contexto, una de las cláusulas de tal Ley Colectiva de emergencia, previó para cualquier contingencia de una situación eventual de riesgo sanitario, sin imaginar sus redactores que a escasos sesenta días de su sanción iban a tener el mecanismo ideal que oficiara de marco para desarrollar la estrategia sanitaria para hacer frente al Corona virus en estos días de 2020. Naturalmente, la redacción original no podía incluir ni siquiera intuir el 23 de diciembre de 2019 la expresión “*corona virus Covid 19*”

---

12 B.O.R.A. 23/12/2019

porque tal nombre muy probablemente todavía no existía, refería más bien al mantenimiento de las partidas presupuestarias para solventar los programas sanitarios que conduce el Ministerio de Salud de la Nación, tales como: Plan Nacional a favor de la Madre y el Niño, Lucha contra el VIH; Detección y Tratamiento de Enfermedades Crónicas No Transmisibles y Conductas Adictivas. También se incluyeron partidas presupuestarias para las Emergencias Sanitarias, Prevención y Control de Enfermedades Inmuno prevenibles, Cobertura Universal de Salud, Medicamentos, Prevención y Control de Enfermedades Crónicas No Transmisibles.

La inclusión del Corona Virus como materia de emergencia sanitaria, se hizo mediante un Decreto reglamentario que estudiaremos en las próximas páginas y fue publicado en Marzo 2020<sup>13</sup> y es quizás el mayor mérito del actual Gobierno Nacional surgido de las elecciones del 10 de Diciembre de 2019, la elaboración de un plan económico (porque de eso trata la ley en comentario) que no permitió a los fríos números tomar el control. Con ello, el Presupuesto General de la Nación estaba preparado para una contingencia y pudo ser adaptado rápidamente a un fenómeno sanitario que nadie podía prever. Veremos también si su alongamiento indefinido lo hacer escapar del control de constitucionalidad por tornar irrazonable su cuantificación.

### **3.3 Derecho Administrativo stricto sensu**

La cuestión desde el punto de vista del Derecho Administrativo es cómo se aplican las medidas de gobierno en orden a la prevención, ahora ya no como función de la reparación sino como principio informador de la Administración Pública.

Aislar a un infectado en una epidemia no es una situación nueva para el Estado, ni antes ni después de Montesquieu. No sólo el ataque a la salubridad producida por una epidemia sino el caso de las primeras industrias que también atacaban la salubridad de la población. Atenas y Roma aislaban sus industrias insalubres lejos del centro de las ciudades, el derecho consuetudinario medieval las reglamenta en 1579 en Metz se dispone el establecimiento de fraguas en un lugar donde no hubiera con anterioridad y autorizada “...sólo después que los vecinos hayan sido previamente escuchados acerca de la comodidad o incomodidad del lugar que se la desea construir” ...”<sup>14</sup> De hecho, como apuntan Rémond y el maestro Martín Mateo<sup>15</sup> la clasificación tradicional en la reglamentación en la industria del siglo XIX ha sido la de considerar a los establecimientos como peligrosos, incómodos o insalubres, reglamentación que a su vez viene del modelo francés y más en concreto del Decreto de 15 de octubre de 1810 de Manufacturas y talleres insalubres, incómodos o peligrosos<sup>16</sup>. De modo que siempre se pretendió aislar a las enfermedades del lugar donde vive el ser humano y para ello se utilizó el Derecho como expresión del Estado Moderno y específicamente el Derecho Administrativo.

En este caso, la Argentina, como heredera de la evolución que sintetizamos en las pocas líneas anteriores inició su trabajo administrativo con un centenar de normas, en marzo 2020, si solo se tiene en cuenta el más alto nivel federal que corresponde al análisis en ciernes en este trabajo, cada Provincia ha hecho lo propio.

Desde este preciso enfoque y con el recorte del universo efectuado y circunscripto a lo federal es posible realizar un análisis que ordene el despliegue normativo realizado por la

---

13 DNU 220/2020 BORA 12/03/2020, Nº 34327.

14 RÉMOND GOUILLOU, Martine. *El derecho a destruir, ensayo sobre el derecho del medio ambiente*. Losada Buenos Aires. 1994, p.94 y ss.

15 MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. Tomo 1. Madrid: Trivium, 1987, p.5; Tomo 2. 1991, p.337.

16 FORTES MARTÍN, Antonio. *El régimen jurídico de la Autorización Ambiental Integrada*. Madrid: Ecoriuris, 2004.



Presidencia de la Nación y su cartera de Ministros y agruparlos por temas, con independencia del Ministerio o Secretaria de Estado interviniente, aunque en muchos casos se dé coincidencia. En este punto se advierte en primer término temporalmente los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) que pretenden abordar zona legislativa autorizados y con el procedimiento formal especial que la Constitución ha diseñado para estos casos. El contenido son las medidas necesarias para actuar ante la crisis sanitaria con dos medidas centrales y otras que acompañan su instalación y sostenibilidad institucional: la declaración de emergencia sanitaria, el aislamiento preventivo obligatorio, la prohibición de circular y todas las medidas que acompañan la situación: que es posible ordenar en los siguientes temas: medidas para ordenar la administración pública para lo que viene, comercio, educación, emergencia, justicia, trabajo, subsidios, migraciones, seguridad social, transporte, impuestos y turismo.

### **3.4 Administración pública**

En este punto el Poder Ejecutivo realizó tres tipos de acciones: sanitarias, seguridad y administrativas.

1) En las acciones sanitarias, la cartera del área elaboró instrucciones para llevar información y conocimiento a la población para que sepa a qué atenerse respecto de esta pandemia y como responder con acciones sencillas ante la misma. El Jefe de Gabinete creo una aplicación por teléfono móvil para ser utilizada por los argentinos que ingresan al país desde el exterior y cargar datos útiles para la actuación estatal sobre la pandemia<sup>17</sup>. El Ministro de Salud las indicaciones para el aislamiento preventivo eficaz en donde se explica por primera vez qué es un grupo de riesgo los cuales están integrados por personas que tienen enfermedades respiratorias crónicas, enfermedades cardíacas, insuficiencia renal crónica en diálisis, diabéticas, personas con Inmunodeficiencias. También se establecen condiciones para el aislamiento preventivo de las tripulaciones de transportes con destino fuera de la Argentina. Se exceptúa a los pasajeros en tránsito.

2) Seguridad: Las fuerzas armadas y de seguridad civil y fronteriza son instruidas para actuar en soporte de las autoridades sanitarias y se conforma un comando unificado para actuar en esta hipótesis de conflicto sanitario con todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas y servicios de inteligencia, unidad gabinete de asesores, seguridad y política criminal, articulación federal de seguridad<sup>18</sup>.

3) En las acciones dirigidas a la Administración Pública, eso es el aparato público que atiende al público y gestiona su atención: se produjo suspensión de todos los plazos administrativos con excepción claro está de los trámites relacionados con la pandemia. No tendría lógica suspender un concurso de precios para la compra de jabón o alcohol en gel para los hospitales públicos. Pero sí todos los demás trámites que hacen al giro normal del Estado como la impugnación a una suspensión disciplinaria a un policía de seguridad que produjo una infracción de tránsito o una orden de pago para un proveedor del Estado, etc.<sup>19</sup>. El registro civil prorrogó el vencimiento de los DNI cuya vigencia fenecía el 17/03 por treinta días, prorrogables para evitar que las transeúntes queden sin identificación<sup>20</sup>. El Gerente de

---

17 DA JG 432 BORA 24/03/2020 (DA: Decisión Administrativa. Se trata de actos administrativos ejecutados por el Jefe de Gabinete, Institución creada por los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional, profundizadas en el art. 16 del Decreto 684/2003.

18 Resolución Ministerio de Seguridad Nº 40 - BORA 17/03/2020.

19 Decreto 298/ 2020 - BORA 20/ 03/2020.

20 Disposición DRNP 162/ 2020 - BORA 18/03/2020.

la Administración de Comisiones Medicas de las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo cesó todas sus actividades<sup>21</sup>. El Ministerio del Interior diseñó un esquema reducido de atención al público<sup>22</sup>. Lo propio hizo la Agencia Nacional de Seguridad Social para la atención a jubilados y pensionados<sup>23</sup>.

### **3.5 Aislamiento preventivo**

Organizada la Administración pública para la tarea corresponde entrar en conocimiento de las medidas para conjurar la epidemia, propiamente dichas. Esta tarea se instrumentó por varios Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) que tratamos por orden cronológico porque los subsiguientes agregan y derogan aspectos de los anteriores.

El marco legislativo emanado del Congreso Federal surge de la ya estudiada ley 27541, que adelantamos era una ley de emergencia económica por las dificultades en este rubro con las cuales asumió el actual Presidente. La misma fungió para enhebrar todo el entramado sanitario que requería esta pandemia. El aislamiento preventivo y las medidas que acompañan para su implementación. Citamos los primeros Decretos de Necesidad y Urgencia dictados durante el transcurso del mes de Marzo y principios de Abril 2020 que son los que armaron la red de emergencia. El resto de los Decretos son prorrogas de estos, no vale la pena engrosar el espacio de citas a pie de página con reiteraciones sucesivas.

El primer DNU es el 260<sup>24</sup> que solamente amplió la “emergencia sanitaria” establecida en esa Ley, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus Covid-19, por un año. Pero preparó el terreno para que la autoridad sanitaria comenzara su trabajo, todavía pensaban que tenían más tiempo. En esa inteligencia, la norma habilitó al Ministerio de Salud para las siguientes medidas preliminares: disponer recomendaciones y medidas por la situación epidemiológica, a fin de mitigar el impacto sanitario; hacer difusión de medidas sanitarias y docencia con campañas de información; desalentar viajes a zonas afectadas; adquirir por compra directa equipamiento sanitario; reincorporar personal sanitario jubilado con experiencia en estos temas; contratar expertos en el extranjero; coordinar la distribución de fármacos; aplicar medidas sanitarias obligatorias; coordinar con autoridades de migración para evitar el ingreso de turistas por cualquier medio de transporte; desinfectar todo lugar de aglomeración de personas especialmente los de transporte; declaración jurada de control para viajeros; autorizar hospitales de campaña; articular comunicación de riesgo en un país de tamaño extensión; etc.

Limitó el aislamiento obligatorio (art 7º) por 14 días, solamente a los “casos sospechosos” que es una nueva figura creada para el caso, que son quienes presenten cuadro febril y síntomas respiratorios tales como tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. Desde luego la medida alcanzó a también a “quienes tuvieran confirmación médica de haber contraído la enfermedad” o “tenido contactos estrechos” y “provengan de “zonas afectadas”. Prohíbe permanencia a extranjeros que no cumplan con medidas sanitarias, y la obligación de denuncia a la población. También se limitaron los vuelos internacionales por treinta días y la inmediata coordinación de acciones

---

21 Disposición 4 GCM - BORA 04/03/2020.

22 Resolución MI Nº 30 - BORA 17 /03/ 2020

23 Resolución ANSES Nº 70 - BORA 14/03/2020.

24 BORA 12/03/2020.

de todos los organismos nacionales. Se instruyó a ministerios de seguridad interior y defensa para respaldar a autoridades sanitarias que tendrán que prestar funciones en fronteras. El ministerio de Trabajo debía preparar el cuadro de licencias de los empleados públicos, el de Educación las condiciones de escolaridad en todos los niveles en todas las jurisdicciones, el de Acción Social la asistencia a los sectores más carenciados en condiciones óptimas de sanidad, el de Turismo actuación con turistas provenientes de zonas afectadas y difusión de información oficial que se indique para la prevención de la enfermedad, operadores de medios de Transporte medidas sanitarias y las acciones preventivas que se establezcan. Los eventos masivos podrán ser cerrados para evitar aglomeraciones.

El segundo DNU es el 287<sup>25</sup> que reforzó y dotó de mayor discrecionalidad al Jefe de Gabinete de ministros para llevar a cabo las urgentes medidas dispuestas en la norma de urgencia anterior fundado según los considerandos en que...” la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas para hacer frente a esta emergencia”... También le asignó funciones para intervenir en la economía y fijar precios para elementos de extrema necesidad.

El tercer DNU es el 297<sup>26</sup>. Se establece el “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” mucho antes del vencimiento del plazo previsto en el primer DNU analizado en este apartado con vigencia desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive. Todos los habitantes deberán ...” *permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta*” ... Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.

Por primera vez se establecen las excepciones al cumplimiento del aislamiento que es el personal mínimo del Estado que es necesario para hacer efectivas las medidas dispuestas (Art 6º): personal de salud, fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo; autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y su personal convocado al efecto; Poder Judicial de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. Personal diplomático y consular extranjero acreditado; personal que trabaje con discapacitados; quienes deban atender una situación de fuerza mayor; servicios funerarios; atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos; Periodistas; Obra Pública; Supermercados mayoristas y minoristas; Telecomunicaciones y redes sociales; comercio exterior; servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y emergencias; Transporte público; Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. Servicios postales y de distribución de paquetería; Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia; Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación; servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales.

Finalmente, el artículo 8 trata un tema ya abordado: que los trabajadores del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, lo que ponía límites al ejercicio de ciertos derechos en el contrato de trabajo.

---

25 BORA 18/03/2020  
26 BORA 20/03/2020

El cuarto DNU es el 329<sup>27</sup> en el mismo marco de la emergencia pública y dispuso la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el citado Decreto N° 260/20 y su modificatorio, el Decreto N° 297/20 que estableció la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, hasta el día 12 de abril inclusive y posteriormente prorogado. Prohibió despidos, un tema en el que el Estado ingresa en la esfera contractual de los particulares y que como tal está definido en una ley del Congreso Federal que es la Ley de Contrato de Trabajo que no admite en esta esfera como en ninguna otra, regulación de conducta por Decreto presidencial.

### **3.6 Educación**

El Ministerio de Educación de la Nación recomienda medidas preventivas a todos los niveles educativos, incluyendo Universidades públicas y privadas. Hasta que cede a la presión de los hechos y a las medidas decretadas por el poder ejecutivo y se licencia a todo el personal:

En la primera de las intervenciones, la Resolución 82<sup>28</sup>, establece medidas de adecuación y mantenimiento, tales como la desarrollar actividades escolares y académicas según los calendarios establecidos, reforzar prevención de infecciones respiratorias y ante la menor presencia de fiebre y síntomas respiratorios no asistir al establecimiento. En caso de estudiantes o personal que regresen de viaje desde áreas críticas se sugiere que permanezcan en su domicilio sin concurrencia y evitar contacto social por catorce días, todo ello con justificación de inasistencias para maestros y estudiantes. Tan solo cuatro días después, la Resolución 103<sup>29</sup> estableció tres posibilidades para los criterios de actuación ante la aparición de enfermos de corona virus (alumno, docente, directivo servicios, etc.). Con un solo caso confirmado debe procederse al cierre del establecimiento por 14 días. Con un caso sospechoso, presente en el aula, debe procederse a cerrar el salón, o área donde transcurría el identificado por igual plazo. Y si el sospechoso no se encuentra presente proceder a su aislamiento preventivo en su casa por idéntico plazo.

En lo que viene, se inicia una brecha entre la educación presencial y virtual que termina por cerrarse definitivamente en favor de los medios virtuales porque lo presencial ya no es posible si se quiere mantener el aislamiento. Así la primera de las normativas incluye lo virtual como elemento adicional y el transcurso de los días la confirma totalmente. La Resolución 104<sup>30</sup>, dirigida a las Universidades, efectúa una recomendación que dura cuatro días y da un ejemplo del avance a una velocidad inusitada de los reflejos administrativos ante una enfermedad que aumenta sus números estadísticos a velocidad geométrica en el mundo. Esta norma es preventiva y sigue pensando en mantener el calendario académico dentro del claustro y por ello recomienda adecuar la actividad presencial en el marco de la emergencia, y procurar garantizar el desarrollo del calendario académico, los contenidos mínimos de las asignaturas y su calidad. Esto podrá contemplar uso de campus virtual, o cualquier otro entorno digital disponible como complemento de una actividad presencial que todavía se estima posible. No obstante, ya se recomendaba la suspensión transitoria de clases presenciales y prácticas o cualquier tipo de actividad presencial en hospitales, centros de salud o instituciones públicas o privadas que concentren población de riesgo. Asimismo, la reprogramación de toda la actividad científica o académica tales como actos, congresos, seminarios, si implican aglomeraciones o concentraciones de personas y re agendar la

---

27 BORA 31/ 03/2020

28 BORA 10/ 03/2020

29 BORA 14/ 03/2020

30 BORA 16/ 03 /2020

actividad de extensión internacional.

La Resolución 105<sup>31</sup>, es la que produce el vuelco total en favor de la ecuación virtual que es la única posible en estas circunstancias. Así se insta a otorgar licencia y no computar inasistencias por catorce días a todo el mundo educativo con goce íntegro de haberes, a los trabajadores y trabajadoras docentes, no docentes o auxiliares y personal directivo de todos los niveles y modalidades de la educación obligatoria y en las instituciones de la educación superior, que se encuentren comprendidas en las previsiones del artículo 7° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260 del 12 de marzo de 2020. Ello sin computo de inasistencias. Asimismo, esta resolución crea otro supuesto excepcional que se superpone en alguna medida con el anterior que es general porque crea una facultad de dispensa para determinados grupos de riesgo, tales como: mayores de 60 años, embarazadas, grupos de riesgo, enfermedades respiratorias, cardíacas, congénitas o adquiridas, diabéticos, renales. Desde luego insta a la inmediata actividad de superarse la epidemia y a medidas de desanexión y limpieza extremas. Como soporte a la actividad virtual que se inicia sin intervalo de tiempo y para la cual mucho personal y alumnos aún no están preparados se dicta la Resolución 106<sup>32</sup>. Crea el programa “Seguimos educando” con la finalidad de colaborar con la continuidad de las actividades de enseñanza en el Sistema educativo nacional, asegurar la distribución de recursos y elaborar y difundir materiales y/o recursos culturales para el uso familiar y/o comunitario.

### **3.7 Medidas Sociales**

Analizamos las medidas implementadas directamente por el Poder Ejecutivo Nacional a través de Decretos comunes o Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU). Las medidas paliativas de las cuotas hipotecarias o alquileres propiamente dichas no se estudian por considerarlas en la esfera civil y que fueron excluidas por razones de espacio en este estudio.

La primera de estas medidas denominadas sociales porque pretenden aliviar la dura y pesada carga del presupuesto familiar en un contexto de reducción de ingresos económicos, es el Decreto 309<sup>33</sup> que otorgó un subsidio extraordinario por tres mil pesos (unos treinta euros) a los jubilados, pensionados, madres de siete hijos y a titulares de pensiones gratificables. Ese mismo día se firmó el Decreto 310<sup>34</sup>, que creó el denominado “*ingreso familiar de emergencia*” con destino al desocupado, monotributistas de baja categoría y trabajadores de casas particulares. Los requisitos mínimos son residencia mínima de dos años para extranjeros, edad 18 a 65 años, y no poseer otro ingreso registrado, otras jubilaciones o pensiones, y planes sociales. El valor es de diez mil pesos (unos 100 euros) y se paga solamente en el mes de abril 2020. El DNU 311<sup>35</sup> aborda el tema del mantenimiento de los servicios públicos y privados durante este tiempo y así se prohíbe por los siguientes plazos (a contar desde el 01/03/2020) las suspensiones o cortes de servicio:

- 90 días o tres facturas seguidas: energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital.
- 180 días: servicios de telefonía fija o móvil, Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, con servicio reducido.
- 30 de abril, hasta esa fecha servicios prepagos, de telefonía móvil o Internet.

---

31 BORA 16/ 03 /2020

32 BORA 16/ 03/ 2020

33 BORA 24/ 03/ 2020

34 BORA 24/ 03/ 2020 N° 34337.

35 BORA 25/ 03/ 2020 N° 34338.



Se establece un listado de gente carenciada en varias categorías como jubilados, pensionados, en desempleo, monotributistas de baja categoría para su acceso.

En cuanto a las Medidas Sociales Bancarias, en un contexto de aislamiento preventivo obligatorio que también toca al personal bancario, surge el problema del vencimiento de los cheques por falta de personal para conciliar sus acreditaciones de caja. Por ello el DNU 312<sup>36</sup> autoriza a suspender hasta el 30 de abril la obligación de cierre de cuentas bancarias por cheques que serían interpretados sin fondos por falta de personal bancario que pueda constatar la regularidad de estas órdenes de pago.

Otra medida en este sentido redujo en un 95% todas las cargas sociales a las empresas que se dedican a la medicina privada, DNU 300<sup>37</sup>.

### **3.8 Migraciones**

El control de migraciones para impedir el ingreso de personas infectadas y realizar así el primer control idóneo en una epidemia se hizo desde esta dependencia nacional en dos etapas, la primera desde la Autoridad de Aplicación con suspensiones de ingreso de manera transitoria y la segunda por parte del Poder Ejecutivo y fue más grave porque trató la prohibición de ingreso de personas proveniente de países críticos como fuente pandémica.

#### *3.8.1 Suspensión de ingreso*

El ingreso y salida de personas desde y a la Argentina se ha regulado. En este punto la Dirección Nacional de Migraciones dictó una normativa para regular ese ingreso<sup>38</sup>, y suspendió transitoriamente, la tramitación de solicitudes de admisión como “residente temporario” de extranjeros que se encuentren en el exterior y sean nacionales y/o provenientes de países críticos: trabajador migrante, rentista, pensionado, inversionista, científicos y personal especializado, deportistas, artistas, religiosos de cultos reconocidos oficialmente, académicos y estudiantes. Naturalmente el personal diplomático no ingresa en estos límites. Los mismos alcances para los pedidos de ciudadanos extranjeros que quieran ingresar como “residente transitorio” en la subcategoría “académicos” y tramitación de “residencia transitoria especial” para realizar tareas en el campo científico, profesional, técnico, religioso o artístico. Se suspendió la tramitación *online* de Autorización de Viaje Electrónica (AVE) para el mismo rubro de extranjeros que deseen ingresar a la Argentina de países críticos. También se suspendió la facultad de los consulados argentinos la tramitación de permisos de ingreso y visas como residentes temporarios y/o transitorios de los países críticos.

#### *3.8.2 Excepciones*

Los pasajeros en tránsito cuando pernoctan algunas horas en algún aeropuerto internacional de la Argentina esperando su vuelo. Para ello deben estar asintomáticos, cumplir todas las recomendaciones y asimismo exhibir pasaje de salida<sup>39</sup>.

---

36 BORA 25/ 03/2020 N° 34338.

37 BORA 20/ 03/2020 N° 34334.

38 Disposición DNM 1644 - BORA 12/03/2020.-

39 Disposición DNM 1709 - BORA 18/ 03/ 2020.

### *3.8.3 Obligación adicional*

Deber de todo ingresante a la Argentina, de adherir y utilizar antes de 12 horas de su ingreso y por 14 días la aplicación “COVID 19-Ministerio de Salud” en su versión para dispositivos móviles, que podrá descargarse en forma gratuita de las tiendas de aplicaciones oficiales<sup>40</sup>.

### *3.8.4 Prohibición de ingreso*

El DNU 274<sup>41</sup>, establece por regla general la prohibición de ingreso, por quince días a extranjeros no residentes. Excepciones:

- a. las personas que estén afectadas al traslado de mercaderías por operaciones de comercio internacional de transporte.
- b. los transportistas y tripulantes de buques y aeronaves;
- c. las personas afectadas a la operación de vuelos y traslados sanitarios.

Requisito: personas exceptuadas asintomáticas, y den cumplimiento, tanto dentro como fuera del país, a las recomendaciones e instrucciones que disponga la autoridad sanitaria nacional.

### *3.8.5 Ampliación de la prohibición*

Se ampliaron los alcances de la prohibición de ingreso a las personas residentes en el país y a los argentinos con residencia en el exterior, hasta el 31 de marzo, del corriente año. Este plazo fue prorrogado hasta el 12 de abril<sup>42</sup>, y posteriormente renovado en su prórroga.

### *3.8.6 Programa de asistencia de argentinos en el exterior*

Este programa ha sido concebido e instrumentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto<sup>43</sup>. El contexto es un menú de disposiciones, recordemos:

La Resolución N° 567/20<sup>44</sup> del Ministerio de Salud había establecido la prohibición de ingreso al país, por treinta días a extranjeros no residentes que hubieren transitado por “zonas afectadas” en catorce días previos a su llegada.

Posteriormente por Decreto N° 274/20<sup>45</sup> se estableció la prohibición del ingreso de extranjeros no residentes al territorio nacional. Por el Decreto N° 313/20<sup>46</sup> se ampliaron los alcances de la prohibición, a residentes en el país y a nacionales con residencia en el exterior, con vigencia hasta el 31 de marzo. A través de las representaciones argentinas en el exterior, se dispuso asumir las medidas pertinentes a efectos de facilitar la atención de las necesidades básicas de los nacionales argentinos o residentes en el país que no pudieran ingresar al territorio nacional, hasta tanto puedan retornar a la Argentina. En virtud de lo dispuesto en la presente Resolución, quien esté a cargo de cada representación argentina en el exterior podrá adoptar las medidas que resulten pertinentes a los fines de garantizar: hospedaje,

---

40 Disposición DNM 1771 - BORA 26/ 03/ 2020.

41 BORA 16/03/2020.

42 DNU 331 - BORA 01/04/2020.

43 Resolución MRREyC N° 62 - BORA 28/03/2020.

44 Resolución 567 MS BORA 14/ 03/ 2020 N° 34329.

45 DNU 274/2020 BORA 16/ 03/2020 N° 34330.

46 DNU 313/2020 BORA 27/ 03/ 2020

alimentación, asistencia familiar, etc., siempre que se encuentre en situación de vulnerabilidad.

### **3.9 Transporte**

El Ministro de Transporte aplicó una serie de medidas para la actuación sanitaria desde su competencia. Lo primero fue mantener condiciones de higiene y exigir la misma a las Operadoras de Servicios de Transporte Automotor, Ferroviario, Marítimo, Fluvial y Lacustre sujetos a la Jurisdicción Nacional. También deberán difundir la cartelería y/o información que brinde el Ministerio de Salud<sup>47</sup>. Otra Resolución – estableció que los servicios de transporte automotor y ferroviario de pasajeros urbanos, suburbanos y regionales de jurisdicción nacional sólo podrán circular con una cantidad de pasajeros que no supere la capacidad de asientos disponibles. Se recomienda mantener el distanciamiento social<sup>48</sup>. Esa semana, una nueva norma emanada de la misma Autoridad de Aplicación presentó nuevos esquemas para la prestación de servicios<sup>49</sup>.

### **3.10 Tributario**

Entre los ejemplos de asistencia tributaria, la Agencia Federal de Ingresos Públicos, quizás fue la que reaccionó con mayor lentitud. La Resolución 4682<sup>50</sup> fijó un periodo fiscal extraordinario en la última semana de marzo 2020 y la Resolución 4683<sup>51</sup>, ayudó al cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, y extendió hasta el día 30 de junio de 2020 inclusive, la vigencia transitoria correspondiente a la cantidad de planes de facilidades de pago admisibles, así como la cantidad de cuotas y la tasa de interés de financiamiento aplicables.

## **4 DIMENSIÓN AMBIENTAL**

La dimensión legislativa ambiental es el paradigma que se propone en subsidio de la inflación normativa estudiada, poco Boletín Oficial y mucha actividad muscular de sus agentes. Se trata el sistema jus ambiental, de un sistema holístico que ha probado exhibir marco teórico<sup>52</sup> suficiente para conjurar esta pandemia desde su lugar de reproducción normativa.

El corona virus covid 19 tuvo la virtud de realizar manifestaciones explosivas en muchos ámbitos de la realidad. Por los miles de contaminados y muertos en todo el mundo, con una expansión global en meses, esta pandemia se ha exhibido como tal como una enfermedad con grandes números, que afecta no sólo a individuos, sociedades de algunos países sino de todo el mundo y cuando los efectos son globales son ambientales.

Ahora bien, si se observan las características de las normas aprobadas por los diversos Estados que ensayan respuestas contra esta pandemia, una de las características es que la mayor parte de la legislación sancionada es administrativa, en menor medida laboral, tránsito, transporte, migraciones, salud. Pero poco derecho ambiental para comentar. Por esa razón y porque la forma de pensar el Derecho Ambiental es útil para actuar en una epidemia pretendemos

---

47 Resolución MT 60 - BORA 14/03/2020.

48 Resolución MT 69 - BORA 14/03/2020.

49 Resolución MT 61 - BORA 20/03/2020.

50 BORA 18/ 03/ 2020

51 BORA 20/ 03/ 2020

52 Una forma de pensar los problemas de grandes dimensiones territoriales como habitualmente son los problemas ambientales.

reiterar y volver a presentar nuestros enfoques, para ayudar a reimpulsarlos como soluciones útiles para esta circunstancia excepcional pero que son corrientes en nuestra disciplina y que serían más útiles si el Derecho Ambiental tuviera mayor inserción en el diseño de las normas de habilitación bromatológica y comercial, que parece ser la que estuvo ausente donde todo empezó: un simple mercado de especies silvestres de dimensiones colosales, y que es el objeto desde siempre del Derecho Ambiental cuando pretende fundirse en otras ramas del Derecho para dar virtualidad a la prevención como principio porque se trata de defender valores.

El marco teórico que pretendemos impulsar para intervenir sociológica y jurídicamente es la defensa del valor vida, que sufre uno de los ataques más fulminante de nuestra era. Por esa razón, los enfoques desde el Derecho deben dar relevancia a la defensa de la vida, enfoque clásico del Derecho Ambiental, que defiende la especie. Como señalaba el querido y recordado maestro Raúl Brañes<sup>53</sup>, el Derecho Ambiental tiene que ver con la continuidad de la vida sobre la Tierra. Y esta idea tiene que ver con el mantenimiento de las condiciones que hacen posible la vida. Es el Derecho de la Especie del cual habla Gabriel Real Ferrer<sup>54</sup>, en su inteligencia, si el derecho al ambiente... "es adecuado, lo es para todos y no sólo para el que lo exige en los Tribunales. No se puede compartimentar, o lo disfruta la especie o no lo disfruta nadie" .... Y esta necesidad impulsa la actuación de otros valores como el de la solidaridad impulsada por la convicción de que todos estamos en una situación de riesgo porque el "corona virus, Covid 19" es el más democrático de todos los virus conocidos en esta era: llega a todos los continentes y ataca a todas las personas. El veneno está en el aire y todos respiramos. Tenemos que ser solidarios para defender la vida porque ninguno puede salvarse solo. Por esa razón consideramos acertado que el Poder Ejecutivo Nacional en la Argentina hubiera mencionado a la palabra "solidaridad" en las motivaciones de sus actos administrativos con una reiteración tal, que ni vale la pena buscar ejemplos.

Sobre el particular, vale acompañar unas palabras sobre la razón que moviliza esta solidaridad que es el "riesgo" y nadie mejor que citar a quien describió estos temas hace 35 años, no en estos días. Así las cosas, Ulrich Beck, en 1986 sensibilizado por Chernóbil escribía en la introducción de su obra "La sociedad del riesgo" antes de enviarlo a la imprenta:

...En verdad, el siglo XX no ha sido pobre en catástrofes históricas: dos guerras mundiales, Auschwitz, Nagasaki, luego Harrisburg y Bhopal, ahora Chernóbil. Esto obliga a ser prudentes en la elección de las palabras y agudiza la mirada para las peculiaridades históricas. Hasta ahora todo el sufrimiento, toda la miseria, toda la violencia que unos seres humanos causaban a otros se resumía bajo la categoría de los "otros": los judíos, los negros, las mujeres, los refugiados políticos, los disidentes, los comunistas, etc. Había por una parte vallas, campamentos, barrios, bloques militares, y por otra parte, las cuatro paredes propias; fronteras reales y simbólicas tras las cuales podían retirarse quienes en apariencia no estaban afectados. Todo esto ya no existe desde Chernóbil. Ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas, un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Se puede dejar fuera la miseria, pero no los peligros de la era atómica. Ahí reside la novedosa fuerza cultural y política de esta era. Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad.<sup>55</sup>

---

53 BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, México. 2000 pp 74.

54 REAL FERRER, Gabriel. -La construcción del Derecho Ambiental. Revista de Derecho Ambiental Nº 1. Aranzadi. Madrid 2001, pp 94 y ss.

55 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001, p.11.

Hoy, años después, aquellas palabras tienen vigencia en muchos sentidos, no es necesario pensar en guerras nucleares para apreciar la manera en que nuestra sociedad contribuye a degradar el ambiente, en este caso con el desaprensivo exterminio de biodiversidad con animales silvestres en uno de los confines de China, en un mercado sin asepsia o desinfección alguna pero que es un gran negocio y mueve un importante sector de esa economía. Pero, no se había reparado que el riesgo chino no solo es chino, como cualquier otro riesgo en cualquier lugar del planeta. El riesgo está globalizado y con él la necesidad de prevenir. Ello porque, “...en la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos...” y de esta manera, la lógica del reparto de la riqueza que primaba en la sociedad industrial de clases es desplazada dando lugar, en la modernidad desarrollada, a la lógica del reparto de los riesgos<sup>56</sup>. Se enfatiza la relativización de las diferencias y los límites sociales, porque el riesgo produce un efecto igualador entre los afectados. Para Beck, “*las sociedades del riesgo no son sociedades de clases; sus situaciones de peligro no pueden pensarse como conflictos de clases*”. Según Beck, en la sociedad del riesgo: “*la miseria es jerárquica, el smog es democrático*”.

Éste es el contexto en el que crece el Derecho Ambiental y por esta razón el ambiente es un sector de regulación en donde se evidencia más claramente la incidencia del control previo en aplicación del principio preventivo. Antes de que sea tarde y se produzca un daño ambiental irreparable, la Administración somete la actividad a un sistema de control previo y si fuere necesario una serie de cautelas o medidas correctivas. Esto puede darse en un reclamo individual, pluri-individual o ya cuando afecta a la generalidad de un sector afiliado a una determinada asociación gremial como es en los casos de los conflictos colectivos de trabajo. Es que el Derecho Penal no alcanza cuando se ha producido el daño. El Derecho Ambiental por definición «siempre previene» porque el principio preventivo es uno de sus pilares conceptuales. El riesgo de daño ambiental impone una actuación administrativa previa y necesaria. Es por ello que junto a Betancor Rodríguez<sup>57</sup> puede afirmarse que el Derecho Ambiental no regula peligros sino riesgos. Porque el aspecto fundamental de la variable ambiental que consideramos radica en que la intervención administrativa previa opera antes que la actividad industrial, o como en este caso el comercio de especies en China: en una gigantesca carnicería o charcutería que se ofrece del matarife al consumidor, directamente. El Derecho Ambiental no se puede basar en certezas causales lineales, porque de ser así sólo podrían regularse las actividades que produjeran realmente daños ambientales, imposibilitando de ese modo la prevención misma, sino más bien en probabilidad de que una actividad pueda provocar un daño. Ningún sentido tendría ahora recomendar una evaluación de impacto ambiental que es una herramienta que se utiliza para evaluar daños futuros, que de nada sirve para evaluar los actuales (desde un basural a cielo abierto a este mercado de especies vivas) porque no hay nada que evaluar cuando hay certeza de que los daños están producidos, y más en este caso con tremenda proyección de víctimas en todo el mundo en los meses que siguen. Para esos casos caben otras herramientas como las Auditorías Ambientales si fuera una situación común, para este caso cabe solo la eliminación total de ese mercado de especies vivas. Y que las especies vivan... se reproducen solas, la naturaleza hace su trabajo sin nuestra preocupación y perspicacia.

El Derecho Ambiental acuñó dos instituciones que tienen importancia, y que

---

56 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001, p.42.

57 BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid, 2001, p.91 y ss.



fundamentan su presencia en la legislación Corona Virus Covid 19 de estos días. Por un lado, la aplicación del principio preventivo ambiental (ppio. 15 Rio 92 y Art 4º ley 25675) y por otro la evaluación de impacto ambiental (ppio. 17 Rio 92 y 11/ 13 ley 25675) que permite al funcionario actuante firmar el certificado de aptitud ambiental que habilitará al peticionante a ejercer la industria lícita, en el caso el mercado de especies en China o cualquier país en el mundo. Los principios generales del derecho aplicables en toda Nación miembro de las Naciones Unidas, nos permiten ver Derecho Ambiental en la Evaluación de Impacto Ambiental, Derecho Administrativo en la “Autorización”, “Licencia” o “Habilitación” y Derecho Laboral en la relación patrono/ empleado, y a un principio como el preventivo que es común a todas las ramas del derecho, con fisonomía particular según el enfoque que usemos para contemplar el entuerto. No es lo mismo ejercer la prevención en el ambiente como principio, que observar la prevención como función de la reparación del daño en lo civil. Conforme a la parte del problema que miremos, diferentes serán las herramientas. Es el mismo cuerpo, pero diferentes especialistas en el hospital.

Para finalizar este comentario solo es posible esperar que una vacuna para prevenir esta pandemia esté disponible en algún momento. Pero las otras enfermedades que producen condiciones infinitamente peores como las del cambio climático no avizoran que el ser humano entienda que también debería emprender y encaminar su voluntad para consensuar una suerte de vacuna conceptual que conjure estos males. Esa deuda ambiental está pendiente.

En cuanto a las medidas asumidas por la Autoridad de Aplicación, cabe destacar que la Administración de Parques Nacionales ratificó que todas las áreas protegidas bajo su jurisdicción se encuentran cerradas al público hasta nuevo aviso. Que no sólo no se prestan los servicios habituales en los Parques, sino que el tránsito por las áreas de uso público de los mismos se encuentra restringido totalmente para los visitantes, sin excepciones<sup>58</sup>. También se dispuso la actuación de los guardaparque en apoyo logístico a las autoridades sanitarias en toda la Argentina, con provisión de equipos sanitarios de emergencia a las poblaciones locales cercanas a las áreas protegidas en custodia.

## 5 CONCLUSIONES

Al comparar uno y otro extremo jurídico que coadyuvan en el diseño estratégico para poner en orden las acciones del Estado de Derecho en torno a su poder de policía sanitario a los fines de atacar esta pandemia y defender la salud de la población, es dable observar los siguientes resultados:

- Se desató una dinámica multiplicadora e inagotable de producción de Derecho Administrativo dirigido a restringir directamente las normas de convivencia.
- El principio ordenador de estas normas de convivencia es la libertad.
- También es cierto que para ordenar conductas no se lo hace repartiendo abrazos.
- No se ha normado para operar sobre el impacto ambiental, en consecuencia, no hay un correlato en Derecho Ambiental que proyecte el valor de la igualdad ante la ley, porque si se mejora el ambiente se mejora a un colectivo con aspiraciones de respirar más limpio y sano.
- Sino hay Derecho Ambiental, no hay pensamiento verde, no hay actividad holística, ni actuación mediante el mecanismo de soft law.
- Se han dictado en tres meses más de un centenar de normas federales. Y otras tantas

---

58 Resolución APN Nº 55. BORA 18/03/2020, (APN Administración Parques Nacionales).

por cada provincia, estimativamente. Su correlato ha sido un aumento de la restricción de las libertades individuales.

Por estas razones verificamos nuestras hipótesis. Primero, proponemos observar la naturaleza del Derecho Ambiental y nos permitimos suponer que la próxima vez que se enfrente a una pandemia, se puede empezar por el orden normativo propuesto por el Derecho Ambiental: más soft, con estabilidad normativa, alejado de la inflación administrativa que abunda en los ejecutivos del Occidente, y, pueda ser inspirador al Derecho Administrativo para conjurar males presentes en el ambiente, no en el Boletín Oficial, o en los escritorios de los asesores.

En segundo término, acaso la inflación normativa examinada solo para el mes de marzo de 2020 que ha sido el material examinado para este trabajo, ¿se ha traducido en un aumento significativo de la eficiencia sanitaria? Por el contrario, a mayor aumento del número de normas administrativas, no se ha mostrado eficiente para bajar los grandes números que produce la pandemia.

Finalmente, la inflación normativa es productora de un significativo aumento de la restricción de las libertades individuales. A más Derecho Administrativo, menos Constitución, porque la permanencia en el tiempo de un estado de excepción lo torna en permanente y no por eso en regular.

## REFERENCIAS

AEMA (Agencia Europea del Medio Ambiente). Evaluación del riesgo medioambiental. Enfoque, experiencias y fuentes de información. Madrid 1998. Elaborado por Fairman, Mead, & Williams. Centro de Seguimiento y Evaluación del King's College, London. Madrid 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1986.

BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. Barcelona: El Roure, 1998.

BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. *Derecho Ambiental Mexicano. Fundación mexicana para la educación ambiental*. Fondo de Cultura Económica. México, 2000.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. *Revista de Derecho Ambiental* N° 1. Aranzadi. Madrid, 2001.

FORTES MARTÍN, Antonio. *El régimen jurídico de la Autorización Ambiental Integrada*. Madrid: Ecoriuris, 2004.

MARTÍN MATEO. Ramón. *El hombre una especie en peligro*. Madrid: Campomanes, 1993.

MARTÍN MATEO. Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental*. T 1. Madrid: Trivium, 1991.

MARTÍN MATEO. *Tratado de Derecho Ambiental*. T II. Madrid: Trivium, 1992.

RÈMOND GOUILLOUD, Martine. *El derecho a destruir, ensayo sobre el derecho del medio ambiente*. Buenos Aires: Losada, 1994.

RÈMOND GOUILLOUD, Martine. 1994 (1ª Edición). Primera edición en Francia en 1989 por Presses Universitaires de France.

VALENCIA MARTÍN, Germán. El régimen jurídico del control integrado de la contaminación. En *Noticias de la Unión Europea*, octubre 1997, Año XII, N° 153, p.139-153.

# DERECHO A LA EDUCACIÓN EN COLOMBIA: LOS RETOS DE LA POLÍTICA EDUCATIVA DE CARA A LA PANDEMIA

**Walter Pérez Niño<sup>1</sup>**

Doctor en Derecho Universidad Autónoma de Chile. Docente investigador Universidad Libre – Sede Candelaria, Bogotá, Colombia.

**Andrea Gutiérrez Simbaqueva**

Especializada en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social por la Universidad Nacional de Colombia. Abogada Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

---

**Sumario:** 1 Introducción; 2 Educación como derecho en Colombia. Viejos problemas; 3 Acciones del estado colombiano en contra de la pandemia; 4 Los retos de la educación de cara a la pandemia; 5 Conclusiones. Referencias.

---

<sup>1</sup> El autor elabora este aporte como resultado de investigación del proyecto “Trabajadores de la cultura: Entre maestros, artistas, artesanos y deportistas. Garantía de los derechos sociales en Colombia”.

## 1 INTRODUCCIÓN

La educación es uno de los instrumentos sociales más relevantes para el progreso y el buen vivir de las sociedades. Por esta no sólo se imparten los conocimientos necesarios para que las personas se puedan desenvolver en la sociedad democrática, sino que, en tiempos de crisis como los de pandemia, puede aportar elementos para que los sujetos puedan resolver problemas críticos como la escasez de recursos, el hambre y la acción para mejorar las condiciones de bienestar<sup>2</sup>.

Así, el Covid-19, ha demostrado lo trascendental que puede ser la educación, pero también ha hecho más notables malestares sociales. La educación en el confinamiento ha sacado a relucir un sistema caracterizado por la exclusión, la pobreza y la marginación que se ha agravado por las condiciones de la pandemia. Asegurar la educación se ha convertido en un reto de gobiernos, personal administrativo, docentes, directivos docentes y en general de toda la comunidad educativa. Por eso se han iniciado una serie de acciones para poder garantizar condiciones adecuadas para el ejercicio del derecho.

Mediante la expedición de varios decretos, resoluciones y demás normatividad, el Gobierno de Colombia ha tratado de reaccionar a la situación de urgencia implementando medidas para ayudar a la continuidad de la educación. Su principal apuesta es la educación mediada por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), aunque igualmente ha aplicado otras políticas como beneficios en materia de crédito, gestión de los exámenes estatales para el ingreso a la universidad, ayudas financieras para los colegios, etc.

La aplicación de esas directrices constituye un desafío en la medida en que el sistema educativo se destaca por traer profundas desigualdades en relación con el acceso al sistema en condiciones de calidad y pertinencia en los conocimientos. Bajo la óptica actual, la educación es un producto del mercado cuya calidad se compra dependiendo de la capacidad de pago, lo que provoca que millones de personas vulnerables no puedan acceder a un derecho a la educación digno.

El presente trabajo tiene como propósito darle una mirada al derecho a la educación en Colombia y resaltar algunas propuestas de respuesta de cara a la pandemia. Para esto se divide en tres partes. En la primera se hará una contextualización sobre el derecho a la educación en Colombia. En la segunda, se realizará una exposición de las principales medidas estatales implementadas para mitigar los efectos de la pandemia. En tercer lugar, se establecerá una reflexión sobre algunas ideas que se proponen para la implementación de políticas públicas educativas de cara a la pandemia.

## 2 EDUCACIÓN COMO DERECHO EN COLOMBIA. VIEJOS PROBLEMAS

La educación debela varias dimensiones: i) es una vía para la apropiación de conocimientos y herramientas que permiten el desarrollo de los individuos y la convivencia social a través del empoderamiento en derechos para saberlos y exigirlos, así como de valores que permitan el cuidado personal y colectivo; ii) como un escenario en el que se materializan derechos —por ejemplo la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión—; iii) desde una perspectiva social, como un elemento que ayuda al

---

2 SANTIAGO, María; PARRA José; MURILLO Misael. Docente Intelectual: Gestor de La Reflexión Crítica, *Perfiles Educativos*, Vol 34. No 137, 2012, p.164-178, p.165.

avance científico y tecnológico<sup>3</sup>; iv) como un medio para alcanzar las aspiraciones de vida<sup>4</sup>; v) como guía de dinámicas sociales, marcando periodos por ejemplo las vacaciones; vi) como espacio de cuidado de los niños, permitiendo que los padres se puedan capacitar y; vii) como determinante de los ciclos vitales de los niños y niñas<sup>5</sup>.

En el plano normativo colombiano, la educación es protegida como derecho por múltiples normas nacionales e internacionales. En la Carta Política el artículo 44 resalta a la educación como uno de los derechos fundamentales del niño que debe prevalecer sobre los derechos de los demás. En el artículo 46 rescata el derecho a la participación de los adolescentes en los organismos que tenga a cargo la educación. En el artículo 67 se presenta a la educación como un derecho y un servicio público a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, con función social con el que se busca el acceso a conocimiento, la ciencia, la técnica y los demás bienes y valores de la cultura. Finalmente, el artículo 68 ordena la participación de la comunidad educativa en la dirección de las instituciones de educación, y señala los derechos de los padres de escoger la educación para sus hijos menores y de los indígenas a tener una formación conforme su identidad cultural.

Dentro de las normas internacionales más relevantes se encuentra el artículo 13 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), en el que se indica que i) toda persona tiene derecho a la educación y esta se deberá orientar hacia el respeto de los derechos humanos; ii) la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita, la secundaria generalizada implementando gradualmente la igualdad, y la superior accesible progresivamente teniendo en cuenta el mérito; iii) los Estados deben implementar un programa adecuado de becas; iv) el derecho de los padres a escoger la educación de los hijos y; v) el deber de realizar mejoras en las condiciones materiales de los docentes. El artículo 13 del Protocolo de San Salvador, se proyecta en el mismo sentido, pero agrega como deber en el ámbito de la educación: vi) lograr una subsistencia digna y; vii) establecer programas de enseñanza diferenciada para las personas con impedimentos físicos o deficiencia mental.

El Comité de derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), hace alusión a las obligaciones que se desprenden de la interpretación del artículo 13 del PIDESC, a saber: tener disponibilidad de instituciones en óptimas condiciones entre ellas servicios públicos y herramientas tecnológicas; otorgar acceso a todos sin discriminación, atendiendo a una proximidad geográfica evitando las barreras económicas; enseñar contenidos de calidad y; tener flexibilidad de los contenidos para acoplarlos con las necesidades sociales<sup>6</sup>.

En contraposición, el neoliberalismo se impuso como versión del capitalismo sometiendo, bajo la lógica del sector financiero, a una crisis global permanente<sup>7</sup>. El neoliberalismo ha desdibujado la educación como derecho. La ha convertido en un producto del mercado que depende de la capacidad adquisitiva de las personas o en un símbolo de pertenencia a un

3 PEREZ NIÑO, Walter. Derecho a la educación y libertad religiosa en el tribunal europeo de derechos humanos, *Revista Direito Mackenzie*, Vol 8, No. 2, 2014, p.190-215, p.191.

4 CEPEDA RODRÍGUEZ, Emerson. Usos Alternativos del Derecho y Movimientos Sociales. Lecturas desde los derechos de los niños, la calidad de la educación y la participación, en AYALA BURGOS, Aracely; VEGA, Daniel; MORENO, José (eds.) *Instituciones Educativas Vivas*, Tunja: Fundación Universitaria Juan de Castellanos, 2013, p.195-226, p.196-200.

5 PLÁ, Sebastián. La pandemia en la escuela: entre la opresión y la esperanza, En CASANOVA CARDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pandemia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.30-38, p.31. Disponible en: [http://132.248.192.241:8080/xmlui/bitstream/handle/IISUE\\_UNAM/536/PlaS\\_2020\\_La\\_pandemia\\_en\\_la\\_escuela\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://132.248.192.241:8080/xmlui/bitstream/handle/IISUE_UNAM/536/PlaS_2020_La_pandemia_en_la_escuela_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acceso en: 23 jul. 2020. Educación y pandemia: una visión académica (pp. 30-38).

6 CDESC. *Observación General 13*, New York: ONU, 1999, para. 6.

7 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La cruel pedagogía del virus*, Buenos Aires: CLACSO, 2020, p.18. Disponible en: [http://209.177.156.169/libreria\\_cm/archivos/La-cruel-pedagogia-del-virus.pdf](http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/La-cruel-pedagogia-del-virus.pdf).



grupo social privilegiado<sup>8</sup>. De esta manera, se incrementan las desigualdades materiales y la falta de oportunidades para las personas de bajos recursos<sup>9</sup>.

En Colombia los colegios oficiales tienen menores puntajes para el ingreso a la educación superior: el 63% de los estudiantes no tiene internet y el 50% no tiene siquiera acceso a computador. El 76% de los directivos de colegios oficiales indican que son insuficientes los dispositivos digitales y el 24% de ellos señalan que no cuentan con plataformas efectivas para apoyar el aprendizaje. El 48% de los rectores de colegios oficiales considera que sus docentes no tienen capacidad técnica ni pedagogía para involucrar los dispositivos digitales. En algunos departamentos del suroriente la cobertura del Plan de Alimentación Escolar (PAE) es del 37%. Además, el 50% de estudiantes manifestaron sentir tristeza<sup>10</sup>.

En cuanto a la educación superior, esta tampoco está cumpliendo sus promesas de mejora de vida para las personas. Las reformas neoliberales han flexibilizado y tercerizado las relaciones laborales, permitiendo contrataciones precarias, con una tendencia clara a reducir cada vez más los salarios y prerrogativas por considerarlo una desventaja competitiva<sup>11</sup>. Las personas terminan la educación superior con el ánimo de encontrar un buen trabajo con una remuneración digna, pero se chocan con el desempleo —que en febrero de 2020 fue de 12.2%<sup>12, 13</sup>— y con deudas por los créditos adquiridos para poder estudiar.

La materialización del derecho a la educación históricamente ha encontrado inconvenientes: su financiación es insuficiente, no existe un trabajo institucional para dar una visión a largo plazo, no hay un manejo eficiente de los recursos que permita una especial consideración con las escuelas mayormente afectadas por la desigualdad, es deficiente en zonas rurales, la provisión por parte de privados no asegura la calidad, la ayuda a los estudiantes vulnerables es superflua y, la profesión docente no goza de buena remuneración, reconocimiento social o estabilidad laboral<sup>14</sup>.

Así, la perspectiva neoliberal ha perdido el enfoque de la educación como un bien de provecho social. La narrativa explica a las personas la educación dentro del marco del individualismo que tiende a fragmentar el papel de lo social y lo colectivo frenando su poder emancipatorio<sup>15</sup>. Se valora con mayor aceptación la competitividad, donde más que compañeros con los que se construye una comunidad educativa, hay rivales que se pelean por promedios. Se castiga el trabajo colectivo y está mal visto aliarse con los otros para responder, ignorando que esta conducta es muy necesaria para la vida<sup>16</sup>. También desde los discursos docentes se pueden establecer significados de tal forma que justifiquen la injusticia como inevitable o natural<sup>17</sup>.

8 BAUMAN, Zygmunt. *Los Retos de La Educación En La Modernidad Líquida*, Barcelona: Gedisa, 2005, p. 24.

9 TOMASEVSKI, Katarina. *El Asalto a La Educación*, España: Intermón Oxfam, 2004, p.102-105.

10 ABADÍA Luz, BERNAL, Gloria, y otros. *Hechos y recomendaciones para enfrentar los efectos negativos del Covid--19 en la educación colombiana*, Bogotá: Universidad Javeriana, 2020, p.1-13, p.13. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1URZk7ZE2fHTORXQ482Momw60h6YjRy8C/view>.

11 PEREZ NIÑO, Walter. Derechos sociales y orden internacional, *Principia Iuris*, Vol 11, No. 31, 2018, p.63-90, p.80. Disponible en: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1827/1632>.

12 Esta cifra no entra dentro del impacto provocado por el aislamiento provocado en la pandemia, decretos desde el 24 de marzo de 2020.

13 DANE, *Principales indicadores del mercado laboral*, Bogotá, 2020, p.1-28. Disponible en: [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol\\_empleo\\_feb\\_20.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_feb_20.pdf).

14 RADINGER Thomas y otros. *OECD Reviews of School Resources: Colombia 2018*, Paris: OECD, 2018, p.16-27. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.1787/9789264303751-en>.

15 NOSEI, Cristina. Rol docente: su importancia social, *Praxis Educativa*, No 8, 2012, p.50-54, p.50-51.

16 OSPINA, William. *La Lámpara Maravillosa*, Bogotá: Mondadori, 2012, p. 19.

17 SANTIAGO, María; PARRA José; MURILLO Misael. Docente Intelectual: Gestor de La Reflexión Crítica, *Perfiles Educativos*, Vol 34. No 137, 2012, p.164-78, p.166.

Respecto a los beneficios sociales de la educación, el país no se destaca por ser un creador de ciencia y tecnología. Por el contrario, ha confiado su desarrollo a la extracción de materias primas<sup>18</sup>. El modelo educativo, no ha desplegado esfuerzos para la creación de conocimiento a fin de no depender de los avances de los otros países. La inversión de ciencia y tecnología se encuentra por debajo del 0.5 del PIB<sup>19</sup>, cuando el promedio global se encuentra en 2.2%, y en países como Alemania se invierte el 3.09%<sup>20</sup>.

La educación en Colombia tiene males relevantes y estructurales. No está otorgando los conocimientos suficientes a las personas, se ha convertido en un producto del mercado con un componente de desigualdad en la adquisición de contenido de calidad y de segregación de clases sociales. No permite el ejercicio de los derechos dentro de los establecimientos debido a la falta de inversión e infraestructura. Tampoco ha servido para el avance científico y tecnológico.

En ese contexto surge la pandemia en Colombia. No parece entonces que ella genere una crisis, sino que la ha hecho más evidente e intensificado. Por ello no cabe duda de que los que padecen más los efectos de la pandemia son los pobres, los trabajadores que viven de sus ganancias diarias o quienes no cuentan con una protección o salud dignas<sup>21</sup>.

### 3 ACCIONES DEL ESTADO COLOMBIANO EN CONTRA DE LA PANDEMIA

Con la pandemia llegó la medida más impactante en el sistema educativo mundial: el cierre de los establecimientos educativos. En Colombia la medida ha afectado a más de doce millones de personas: 1.309.386 en preprimaria, 4.303.833 en primaria, 4.821.209 en secundaria y 2.408.041 en educación terciaria<sup>22</sup>.

La educación como actividad se ha basado principalmente en el trabajo en las aulas de clase. Es decir, en la presencialidad, por eso la aparición del nuevo coronavirus ha impactado fuertemente la eficiencia del modelo<sup>23</sup>. Así, el cierre de establecimientos educativos ha traído problemas relacionados con la interrupción del aprendizaje, insuficiente alimentación, falta de capacidad de los padres para complementar las labores de enseñanza, acceso desigual a las plataformas digitales de aprendizaje, aumento de costos, mayor presión para los centros de educación y abandono escolar<sup>24</sup>. En ese sentido la pandemia afecta primordialmente a los estudiantes en condición de vulnerabilidad<sup>25</sup>.

Dentro del marco de normas para atender la contingencia de la Pandemia, el gobierno colombiano ha expedido la siguiente normatividad:

18 PÉREZ RINCÓN, Mario. Caracterizando las injusticias ambientales en Colombia: estudio para 115 casos de conflictos socio-ambientales, *MA-CA Univalle*, 2016, p.6-9.

19 PRESIDENCIA DE COLOMBIA, *Colombia necesita salir del letargo de ser un país cuya inversión en ciencia, tecnología e innovación está por debajo del 0,5% del PIB*, 2019. Disponible en: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2019/190531-Colombia-necesita-salir-letargo-de-ser-un-pais-cuya-inversion-ciencia-tecnologia-innovacion-esta-por-debajo-0-5-PIB.aspx>. Acceso en: 30 jul. 2020.

20 BANCO MUNDIAL. *Gasto En Investigación y Desarrollo (% Del PIB) | Data*, 2020. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>. Acceso en: 30 jul. 2020.

21 DIDRIKSSON, Alex. Ante la pandemia, evitar reproducir la desigualdad social y educativa. En CASANOVA CARDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pnademia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.154-163, p.154.

22 UNESCO. *Seguimiento mundial de los cierres de escuelas causados por el COVID-19*, 2020. Disponible en: [es.unesco.org/covid19/educationresponse](https://es.unesco.org/covid19/educationresponse).

23 CIMADEVILLA, Gustavo, Interrogantes En Tiempos de Educación Virtual. *Question/Cuestión*, No 1, 2020, p.1-5, p.1. Disponible en: <https://doi.org/10.24215/16696581e281>.

24 MURILLO, Javier; DUK, Cynthia. El Covid-19 y las brechas educativas, *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, Vol 14, No 1, 2020, p.11-13, p.11. Disponible en: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-73782020000100011>.

25 UNICEF. *La educación frente al covid-19*, Madrid: UNICEF, 2020, p.3. Disponible en: <https://www.unicef.es/educa/biblioteca/la-educacion-frente-al-covid-19>.

Norma	Título	Descripción
Decreto Legislativo 467 del 23 de marzo de 2020.	Por el cual se dictan medidas de urgencia en materia de auxilios para beneficiarios del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior -ICETEX, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica	El Ministerio de educación da a entidades con convenio con el ICETEX la posibilidad de ofrecer uno de estos beneficios: i) periodo de gracia en créditos vigentes; ii) reducción de intereses para beneficiarios de clases media y alta; iii) ampliación de plazos en planes de amortización y; vi) otorgar nuevos créditos para el segundo semestre de 2020
Decreto Legislativo 470 del 24 de marzo de 2020.	Por el cual se dictan medidas que brindan herramientas a las entidades territoriales para garantizar la ejecución del Programa de Alimentación Escolar y la prestación del servicio público de educación preescolar, básica y media, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica	Permite que el plan de alimentación escolar dirigido a niños, niñas y adolescentes matriculados en escuelas públicas sea brindado para consumo en casa, durante el estado de Emergencia Económica, social y Ecológica.
Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.	Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades Decreto y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica	Respecto a la educación, el artículo 15 del Decreto ordena a las autoridades que dentro del tiempo del aislamiento procurar porque los docentes de educación superior sin importar su calidad cumplan sus funciones de trabajo en casa. Asimismo, prohíbe que se suspenda el pago de remuneración a los mismo.
Decreto Legislativo 532 del 8 de abril de 2020	Por el cual se dictan medidas para el ingreso de estudiantes a los programas de pregrado en instituciones de educación superior, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica	Ordena eximir de la presentación del examen de Estado como requisito para el ingreso a los programas de pregrado de educación superior a los estudiantes que se inscribieron para presentarlo el 15 de marzo de 2020. Esto aplicará para los inscritos para presentarlo el 9 de agosto si persisten las condiciones de salud pública.
Decreto Legislativo 533 del 9 de abril de 2020	Por el cual se adoptan medidas para garantizar la ejecución del Programa de Alimentación Escolar y la prestación del servicio público de educación preescolar, básica y media, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica	Permite que el programa de alimentación escolar se brinde a niños, niñas y adolescentes matriculados en el sector oficial sea consumido en casa hasta que permanezca la emergencia sanitaria.
Decreto Legislativo 660 del 13 de mayo de 2020	Por el cual se dictan medidas relacionadas con el calendario académico para la prestación del servicio educativo, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica	Modifica la Ley 115 de 1994 en el sentido de adicionar que, hasta que permanezca la emergencia sanitaria provocada por la pandemia, el Ministerio de Educación Nacional podrá organizar las semanas de trabajo académico en lo que resta del año en periodos distintos a los establecidos en la norma
Decreto Legislativo 662 del 14 de mayo de 2020	Por el cual se crea el Fondo Solidario para la Educación y se adoptan medidas para mitigar la deserción en el sector educativo provocada por el Coronavirus COVID-19, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica	Crea un fondo solidario para la educación con el objeto de mitigar la deserción y fomentar la permanencia en el sector educativo, con el fin de aportar para: i) el plan de auxilios del Decreto 467 de 2020, ii) una línea de crédito educativo para pago de pensiones de jardines y colegios privados; iii) línea de crédito educativo para el pago de matrícula de jóvenes en condición de vulnerabilidad en programas de educación para el trabajo y; iv) auxilio económico para el pago de matrícula de jóvenes en condición de vulnerabilidad en instituciones de educación superior pública
Decreto Legislativo 815 de 2020	Por el cual se modifica el Decreto Legislativo 639 de 2020 y se disponen medidas sobre el Programa de Apoyo al Empleo Formal -PAEF, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020	Establece auxilios económicos para el pago de nómina de empleo formal a personas jurídicas, entre ellas a establecimientos educativos no oficiales de la educación formal.
Resolución No 00210 del 26 de marzo de 2020 proferida por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES)	Por la cual se modifica el cronograma del examen de Estado Saber TyT para el Primer Semestre de 2020 contenido la Resolución No. 888 de 2019	Modifica el calendario para la presentación de las pruebas Saber TyT, realizadas a quienes están culminando los estudios en educación técnica y tecnológica.

Resolución No. 000220 del 8 de abril de 2020 proferida por el ICFES	Por la cual se suspenden las fechas de inscripción ordinaria y extraordinaria del examen de Estado Icfes Saber 11 calendario A, y se adoptan otras disposiciones	Decide aplazar las fechas de registro para la presentación de las pruebas Saber 11, realizadas a estudiantes que están terminando la educación secundaria y que sirve para el acceso a la educación superior.
Resolución No. 000276 del 5 de junio de 2020, proferida por el ICFES	Por la cual se suspenden las fechas de preinscripción, inscripción ordinaria y extraordinaria del examen de Estado Icfes Saber Pro y TyT para el segundo semestre y se adoptan otras disposiciones	Decide aplazar las fechas de preinscripción, inscripción ordinaria y extraordinaria de los exámenes Saber Pro y TyT hasta que estén dadas las condiciones de sanidad necesarias.
Resolución No. 000299 del 10 de julio de 2020	Por la cual se fija el cronograma de unos exámenes de Estado y se modifica la Resolución No. 888 de 2019, modificada por las Resoluciones No. 196, 210, 233, 258 y 291 de 2020, y se dictan otras disposiciones	Modifica las fechas para la presentación de los exámenes de Estado, entre ellos saber 11, saber pro y saber TyT. Además, permite que estos sean presentados de forma virtual.
Resolución No. 003963 del 18 de marzo de 2020, proferida por el Ministerio de Educación.	Por la cual se suspenden los términos legales dentro de las investigaciones administrativas adelantadas por el Ministerio de Educación Nacional en contra de las Instituciones de Educación Superior por motivos de «salubridad pública»	Suspendió los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias en contra de instituciones de educación superior entre el 17 de marzo y el 30 de mayo de 2020
Resolución No. 004193 del 19 de marzo de 2020, proferido por el Ministerio de Educación Nacional.	Por intermedio del cual se suspenden los términos de trámites administrativos del Ministerio de Educación Nacional.	Suspendió desde la fecha de expedición hasta el 30 de mayo de 2020, los términos para trámites como: i) reconocimiento de personería jurídica de instituciones de educación superior privada; ii) autorización para la creación de seccionales de instituciones universitarias y; iii) convalidación de estudios de preescolar, básica y media realizados en el exterior.
Resolución No. 547 del 15 de julio de 2020 proferida por ICETEX	Por la cual se ordena la incorporación de recursos de unos fondos en administración en cumplimiento de los Decretos Legislativos 467 y 662 de 2020	Transfiere \$815-963.317.43 al Fondo Solidario para la Educación y para su operación se incorporarán al presupuesto de Ictex a través de un rubro presupuestal dispuesto para tal fin, para ser utilizada en el Plan de Auxilios Educativos Coronavirus COVID-19.
Resolución 004751 del 24 de marzo de 2020, proferida por el Ministerio de Educación.	Por medio de la cual se suspenden términos administrativos en los trámites de convalidación de títulos de educación superior otorgados en el exterior”	Decide suspender desde el 24 de marzo al 13 de abril o hasta que se supere el aislamiento preventivo obligatorio, los trámites de “contestación de traslado de consulta de viabilidad” y “complementación de información”, del trámite de convalidación de títulos.
Resolución No. 381 del 28 de julio de 2020 proferida por el ICFES	Por la cual se aplaza el examen Saber TyT primer semestre de 2020 a las personas que lo presentarían en sitio de aplicación, se ofrece la opción de presentación en modalidad virtual en la residencia del examinando y se modifica la Resolución número 888 de 2019	Aplaza el examen Saber TyT del primero semestre únicamente para los estudiantes citados en el sitio de aplicación programado para los días 1 y 2 de agosto de 2020. Ofrece la opción de presentar el examen virtual en la residencia del estudiante.
Resolución No. 0001346 del 5 de agosto de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social	Por medio de la cual se adopta el protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo del Coronavirus COVID-19 en el proceso de aplicación de las pruebas de Estado Saber y otras pruebas que realiza el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes)	Insiste en las medidas generales de bioseguridad indicadas en la Resolución No. 666 de 2020. Además, dispone medidas locativas de adecuación en los sitios de aplicación de las pruebas, medidas de desinfección y manejo de residuos, manipulación de insumos y las medidas especiales durante cada una de las etapas en las que se divide la presentación de la prueba.
Resolución No. 000385 del 3 de agosto de 2020 proferida por el ICFES	Por la cual se aplaza parcialmente el examen Saber TyT primer semestre de 2020 programado para los días 1º y 2 de agosto de 2020	Aplaza la aplicación del examen para el 22 y 23 de agosto debido a dificultades en la integración de las bases datos, que generaron intermitencias en el proceso y dificultades de ingreso de los estudiantes a la prueba.
Directivas del ministerio de educación No. 3, de 20 de marzo y No 10 del 07 de abril de 2020.	Orientaciones para el manejo de la emergencia por Covid – 19 por parte de los establecimientos educativos privados.	Entre las orientaciones se encuentra: i) no realizar clases presenciales; ii) modificar los calendarios educativos; iii) no suspender o terminar anticipadamente los contratos educativos; iv) se pone a disposición los contenidos digitales del ministerio; vi) no se puede modificar los contratos de personal docente y administrativo y; vii) las medidas que se tomen se deben basar en la prevalencia de los derechos de los niños.

Directivas del Ministerio de Educación No 4, y No. 6 del 22 y 25 de marzo de 2020	Uso de tecnologías en el desarrollo de programas académicos presenciales.	Permite que los programas de educación de carácter presencial sean atendidos por las tecnologías de la información y las comunicaciones durante el periodo de emergencia sanitaria.
Directiva del Ministerio de Educación No 5, del 25 de marzo de 2020.	Orientaciones para la implementación de estrategias pedagógicas de trabajo académico en casa y la implementación de una modalidad de complemento alimentario para consumo en casa.	Se propone: i) la flexibilización del plan de estudios; ii) el uso de “aprender digital: contenidos para todos” con recursos educativos y “profesor en casa” como fortalecimiento del aprendizaje desde la televisión; iii) distribución de recursos a los fondos para la adquisición de material pedagógico y educativo para el trabajo académico en casa; iv) extender el programa de alimentación escolar en casa y; v) cumplir con la caracterización de los estudiantes
Directiva del Ministerio de educación No. 07, del 6 de abril de 2020	Orientaciones para el manejo de la emergencia por Covid-19 en la prestación privada del servicio de educación inicial.	Se invita a los prestadores de servicios privados de educación inicial y preescolar para acompañar, asesorar y articular acciones permanentemente con familias.
Directivas del Ministerio de Educación No 11 del 29 de mayo de 2020 y 12 del 2 de junio de 2020.	Orientaciones para la prestación del servicio educativo en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.	Como orientaciones del sector educativo oficial se indica entre otras: i) avanzar en protocolos para la transición progresiva del sector educativo a la modalidad de presencial y; ii) asigna las autoridades de cada territorio la obligación de implementar la gradualidad para la apertura de instituciones educativas-

De la lectura de las medidas ordenadas por el Gobierno tenemos que, a lo que se apunta con los Decretos Legislativos 467 y 662 de 2020, es a crear un fondo solidario para la educación. Sin embargo, este tiene como propósito, dentro de la óptica neoliberal, establecer planes de créditos para la educación superior y los colegios privados, reducir intereses sobre créditos educativos ya establecidos, fijar periodos de gracia y aplicar nuevos créditos. Esto no parece ser una ayuda que comprenda la complejidad de la crisis económica producto del confinamiento que ha causado el 19.8% de la población en desempleo para junio<sup>26</sup> de 2020. Millones de personas se han quedado sin lo mínimo para subsistir, incrementándose el hambre en las familias<sup>27</sup>. En ese sentido, la incapacidad de pago será permanente o muy prolongada y los planes de ayuda no atienden a esas realidades.

Las consecuencias económicas impactan de manera relevante la educación superior esperándose el incremento dramático de la deserción, aunque este es un problema estructural que se había venido mostrando desde hacía varios años sin que se dieran acciones concretas por parte del Estado<sup>28</sup>. Aunque sumado al factor económico las instituciones no están respondiendo a las expectativas. Ya no se ve a la educación superior como una alternativa que genere progreso social entre las personas. Esto porque el mismo sistema ha generado espacios laborales precarios para personas que han invertido y endeudado para acceder a ese tipo de educación.

Una medida positiva, fue permitir con los Decretos Legislativos 470 y 533, y la Resolución 0006 de 2020, que el PAE pueda ser consumido en casa. Esto es una ayuda para las personas de bajos recursos, principales afectados por las consecuencias de la emergencia sanitaria. No obstante, existen algunas preocupaciones. Por una parte, esta política social se caracteriza por su baja cobertura, pues, si bien esta dirigido a menores matriculados como

26 DANE. *Empleo y Desempleo*- 2020. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>. Acceso en: 30 jul. 2020.

27 MURILLO, Javier; DUK, Cynthia. El Covid-19 y las brechas educativas, *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, Vol 14, No 1, 2020, p.11-13, p.13. Disponible en: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-73782020000100011>.

28 ABADÍA, Gomez Luz Silvia y otros, *Educación superior en tiempos de covid-19: estado del arte y prospectivas*, Bogotá, 2020, p.2. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1NDPK2AaGB8BwgXALIGSO3DJW\\_H80YNTM/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1NDPK2AaGB8BwgXALIGSO3DJW_H80YNTM/view?usp=sharing).



estudiantes oficiales, es requisito que el menor haya sido previamente focalizado y registrado en el Sistema de Matricula SIMAT. Por otra parte, el PAE se ha visto gravemente afectado por escándalos de corrupción, existiendo denuncias por compra de alimentos por hasta 5 veces su valor, en estado de descomposición, o en porciones minúsculas, incumpliendo la finalidad de brindar una alimentación saludable a los niños, niñas y adolescentes beneficiados.

También parece tranquilizar un poco la normatividad en relación con la estabilidad de los docentes que se ve en los Decretos 491 y 815 de 2020. Por lo menos dentro del periodo de la pandemia, ya que se ordena el respeto de los contratos realizados con docentes y se dan incentivos para subsidiar la nómina de los colegios privados. Sin embargo, debe advertirse que la crisis económica producto del confinamiento impactará el sistema educativo, sobre todo el privado a mediano plazo. Muchos docentes, en vista de la deserción pronosticada, probablemente serán despedidos y, en esa línea, no se dilucidan acciones estatales para poder asegurar su derecho a al trabajo.

Sumado a lo anterior, están las medidas que han aplicado las regiones o particulares. Algunas universidades públicas de ciertas zonas han podido con mucho esfuerzo garantizar la matrícula con costo cero a los estudiantes. Esto sin duda es un paso importante para incentivar la continuidad en el sistema educativo. Las universidades privadas por su parte han hecho algunos descuentos para impulsar las matrículas.

Medidas como la establecida en el Decreto Legislativo 532 de 2020, que permitió la omisión de la presentación del examen Saber 11, requisito y parámetro para ingresar a la educación superior se ha convertido en un asunto controversial para los estudiantes. Según esto el ingreso para el segundo semestre del 2020 ha tenido que ser definido con otros parámetros como las calificaciones o la presentación de exámenes anteriores. Muchas personas con puntajes bajos que querían redimirse presentando un nuevo examen no han tenido la oportunidad de hacerlo. Como solución el ICFES con la Resolución 299 de 2020 dispuso la presentación de exámenes en la modalidad virtual. La implementación de esta modalidad a dejado un sabor agridulce tanto para estudiantes como para los organizadores, en vista de que las pruebas Saber TyT tuvieron que ser aplazadas debido a las dificultades técnicas que tuvieron lugar el 1 y 2 de agosto de 2020. Esto trae muchos interrogantes teniendo en cuenta las precariedades que existen en cuanto al acceso a las herramientas informáticas, la capacidad del Estado para realizar todos los exámenes virtuales o la transparencia con que los alumnos realizarán el examen.

Es polémica, de igual modo, la decisión de suspender términos en los procesos administrativos sancionatorios del Ministerio de Educación con la Resolución 3963 de 2020 y en los trámites de convalidación de títulos con la Resolución 4751 de 2020, por las siguientes razones: en primer lugar, porque la suspensión en investigaciones puede provocar que ciertas instituciones que trasgreden el derecho a la educación de los estudiantes sigan operando con normalidad, con la gravedad de que estas vulneraciones se acentúan en situación de pandemia. En segundo lugar, sobre las convalidaciones, es relevante considerar que muchas de estas son relativas a personal médico esencial en esta época, así que la parálisis implica menos personal médico habilitado para el trabajo.

Una cuestión positiva es la establecida en el Decreto Legislativo 660 ya que permite dar flexibilidad en el calendario académico, en atención a las situaciones extraordinarias que se está presentando. Esta es una herramienta para permitir maniobrar en el marco de la contingencia.

Igualmente se valora como positivas las Directivas Ministeriales 3, 4, 5, 6, 7 y 11 de 2020 que dan orientaciones en cuanto a restringir clases presenciales, modificar calendarios educativos, poner a disposición contenidos digitales, permitir la continuidad de programas

digitales en la modalidad virtual, flexibilizar los programas de estudios, fomentar la educación televisiva en casa, caracterizar a los estudiantes, invitar a los prestadores de servicio de educación inicial y preescolar a acompañar a las familias, y de cara al futuro, impulsar a las instituciones para que realicen avances en los protocolos para el regreso a la modalidad presencial de mano de las autoridades de cada territorio.

Como se ha visto, una de las principales apuestas para atender esta situación es la educación en casa utilizando TIC's como método de transición hacia la normalidad. No obstante, y a pesar de que la ministra de educación anunció a partir del mes de septiembre el plan piloto de alternancia en los municipios con ninguna o baja afectación por Covid-19, las cifras que se reportan día a día parecen no dar un panorama que permita cuando menos en este año volver a las aulas, especialmente en los municipios con alta afectación. Por ello, una medida a corto y mediano plazo no puede prescindir de la tecnología. A pesar de esto, como se ha indicado es poco el acceso que tienen las personas, especialmente en las áreas rurales a internet, de hecho, solamente el 52.7 de los colombianos tiene este servicio, el 41.6% tiene computador o tableta, y el 90.7% tiene televisor. Esto sumado a los problemas hablados anteriormente sobre las dificultades estructurales como la falta de acceso a los estudiantes y las deficiencias de capacitación de los profesores, hacen que las políticas planteadas por el gobierno colombiano no puedan ser efectivas.

Adicional a lo anterior, llama la atención que las medidas implementadas no hagan alusión a personas con discapacidad, migrantes, niños en zonas rurales y población indígena entre otros, a pesar de las obligaciones especiales establecidas en la constitución y los tratados internacionales. Estas personas se encuentran en un estado mayor de vulnerabilidad y merecen una atención especial por parte del Estado. Tampoco parece importante el esfuerzo que se realiza con políticas como las de salud mental. Es claro que esta época de pandemia puede incrementar la ansiedad y la depresión en los estudiantes, por ello, al igual que la alimentación escolar, se deberían llevar programas de bienestar mental a las casas de los estudiantes.

Finalmente, como debilidades en el papel del gobierno para afrontar la pandemia se pueden adicionar dos aspectos. El primero es que de las acciones realizadas tampoco parece existir una política clara para impulsar de manera masiva una educación que permita comportamientos y actitudes que sirvan para contrarrestar la pandemia. En segundo lugar, no se encuentra alguna proyección para que, por lo menos en el futuro, la educación apunte a la creación de ciencia y tecnología.

Cuando el Estado desampara a las personas protegiendo los intereses del capital y separándose de sus obligaciones sociales propicia las condiciones necesarias para que la pandemia aumente su poder<sup>29</sup>. Así, la respuesta del Estado colombiano, más preocupada por la liquidez de los bancos que por el bienestar de las personas, está produciendo fuertes impactos que pueden tener consecuencias asociadas con los derechos sociales y mucho más en el campo de la educación donde las desigualdades ya se presentaban como preocupantes.

#### **4 LOS RETOS DE LA EDUCACIÓN DE CARA A LA PANDEMIA**

La pandemia ha traído intentos de los Estados para el mejoramiento de las políticas y, en esa línea se han formulado algunas alternativas que gobiernos como el colombiano pueden atender. A continuación, se enumerarán algunas de las alternativas que se han

29 TRAINER, José y otros. Concatenaciones fronterizas: pedagogías, oportunidades mundos sensibles y COVID, *Praxis Educativa*, Vol 24, No 2, 2020, p.1-18, p.4. Disponible en: <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.19137/praxiseducativa-2020-240213>.

expuesto para la época.

Al inicio de la propagación de la Covid-19, Reimers y Schleicher<sup>30</sup> como parte de la OECD proponían algunas medidas esenciales que pueden ayudar en el transcurso para superar de la mejor manera la pandemia. Dentro de las sugerencias se encuentran:

- Establecer comités que tengan la responsabilidad de desarrollar e implementar una respuesta a la pandemia.
- Crear canales de comunicación regulares, entre ellos un sitio web para la comunicación entre profesores, estudiantes y padres.
- Evaluar las prioridades en relación con las metas que se quieren alcanzar con el currículum.
- Examinar opciones para recuperar el tiempo de aprendizaje perdido en la pandemia.
- Asegurar un adecuado apoyo para las personas más vulnerables.
- Definir mecanismos de evaluación apropiados.

Los mismos Reimers y Schleicher<sup>31</sup> en un documento posterior han realizado estas sugerencias para la continuidad de la educación:

- Preparación de todos los actores, abarcando los factores requeridos para proporcionar una educación adecuada.
- Aprender de la primera fase de la pandemia
- Promover protocolos para mantener la distancia física, siguiendo los lineamientos de las autoridades.
- Crear un sistema adecuado para entregar elementos de enseñanza remota, para los alumnos que tengan estos servicios.
- Extender el ecosistema de aprendizaje, no solo en la educación que proporciona la escuela sino con televisión o estaciones de radio.
- Efectuar planes para el desarrollo profesional docente, para el uso de tecnologías y nuevas pedagogías.
- Evaluar necesidades de los estudiantes. Se debe establecer su estado académico y sus necesidades emocionales.
- Recuperar el tiempo de aprendizaje perdido, esto puede ser con algunas horas extras o incrementado los días de escuela.
- Desarrollar un sistema de comunicaciones efectivo entre padres, maestros, personal, estudiantes y demás miembros de la comunidad.
- Tratar de hacer un balance entre trabajo autónomo y trabajo guiado.
- Movilizar recursos. La educación debe ser una prioridad presupuestal.

La UNICEF<sup>32</sup> por su parte ha traído sugerencias relevantes para el periodo de transición de la pandemia proponiendo:

---

30 REIMERS Fernando; SCHLEICHER Andreas. *A framework to guide an education response to the covid-19 pandemic of 2020*, Paris: OECD, 2020, p.5-6. Disponible en: <https://www.educatemagis.org/documents/a-framework-to-guide-an-education-response-to-the-covid-19-pandemic-of-2020/>.

31 REIMERS, Fernando; SCHLEICHER, Andreas. *Schooling disrupted, schooling rethought how the covid-19 pandemic is changing education*, Paris, 2020, p.9-11. Disponible en: [https://globaled.gse.harvard.edu/files/geii/files/education\\_continuity\\_v3.pdf](https://globaled.gse.harvard.edu/files/geii/files/education_continuity_v3.pdf).

32 UNICEF. *La educación frente al covid-19*, Madrid UNICEF, 2020, p.5-7. Disponible en: <https://www.unicef.es/educa/biblioteca/la-educacion-frente-al-covid-19>.

- Realizar programas de enseñanza a distancia con materiales digitales online y reforzado por medios de comunicación.
- Desarrollar plataformas digitales que garanticen la igualdad, el acceso y la protección de datos personales
- Implementar un programa de apoyo escolar para el seguimiento educativo especialmente de las personas en situación de vulnerabilidad.
- Luchar contra el abstencionismo, identificando a los alumnos que no se han podido comunicar con los centros educativos y solicitar visitas a las familias.
- Promover de grado a los estudiantes y por lo tanto no ordenar repeticiones de curso realizando en lo posible estudios posteriores.
- Dejar sin constancia académica la calificación en la evaluación para evitar que se apliquen criterios desiguales que afecten el expediente académico del alumnado.
- Ejecutar programas de apoyo escolar en vacaciones que permitan reforzar hábitos de estudio y autonomía.
- Enseñar contenidos específicos de educación para la salud.
- Elaborar planes de actuación de emergencia frente al Covid-19 en los centros educativos
- Reanudar actividades de educación dirigidas a las familias.
- Coordinar con las autoridades para hacer seguimiento frente a sospechas de caso de violencia y abuso infantil, fracaso y abandono escolar, falta de acceso a medios digitales y falta de garantía frente a necesidades especiales.
- Capacitar en competencias de TIC's a los docentes y en general a la sociedad.
- Utilizar la estructura escolar como centro de recursos comunitarios para garantizar los derechos de los menores.

La OECD<sup>33</sup> además, ha desarrollado algunas propuestas para ser consideradas en la implementación de una política pública, dentro de las cuales se encuentran:

- Evaluar los recursos disponibles.
- Fomentar la cooperación con otras instituciones y actores privados.
- Considerar políticas de salud y bienestar.
- Realizar una construcción conjunta con los interesados, como padres, directivos docentes, docentes, asociaciones de padres y especialistas.
- Establecer una guía con principios estratégicos.
- Fortalecer el empoderamiento en las escuelas y fomentar la resiliencia en el futuro.
- Monitorear para identificar progresos y obstáculos.
- Establecer estrategias de educación.

Finalmente, los investigadores del Laboratorio de Economía en la Educación (LEE) de la Universidad Javeriana de Colombia<sup>34</sup> aconsejan:

- Cuidar de la salud mental y física de los miembros de la comunidad educativa

---

33 OECD. Education Responses to COVID-19: An Implementation Strategy Toolkit, *OECD Education Policy Perspective*, 2020, p.1-11, p.4. Disponible en: <http://www.oecd.org/publications/education-responses-to-covid-19-an-implementation-strategy-toolkit-81209b82-en.htm>. Acceso en: 26 jul. 2020.

34 ABADÍA, Gomez Luz Silvia y otros, *Educación superior en tiempos de covid-19: estado del arte y prospectivas*, Bogotá, 2020, p.14-25. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1NDPK2AaGB8BwgXALIGSO3DjW\\_H80YnTm/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1NDPK2AaGB8BwgXALIGSO3DjW_H80YnTm/view?usp=sharing).

con medidas como el uso del tapabocas y la adecuación de instalaciones con lavamanos y cabinas de desinfección.

- Tomar medidas que limiten la densidad y permitan el distanciamiento social.
- Diseñar instrumentos para evaluar la salud mental y emocional de los estudiantes.
- Dar programas de apoyo financiero, especialmente en las instituciones privadas.
- Repensar las estrategias pedagógicas para impartir clases remotas y fortalecer las habilidades digitales.
- Garantizar el acceso a internet y computador o tabletas a estudiantes y profesores que carecen de herramientas.
- Ser flexibles y creativos al momento de evaluar a los estudiantes.
- Tener en consideración que la productividad de la investigación de los docentes puede bajar.
- Diseñar planes para que los estudiantes y profesores sigan teniendo acceso a libros, revistas y textos académicos.

Sin duda las propuestas son bastante concretas y abarcan una diversidad de fines desde distintas perspectivas. Por eso su implementación en la mayor medida posible traerá dignidad al ejercicio educativo. Pero existen retos significativos.

Las propuestas de acceso a internet y equipos se enfrentan a los rezagos ya vistos en materia de cobertura en la conectividad. En zonas rurales, la falta de infraestructura es tan sustancial que no existe si quiera señal de teléfono. Surge de allí quizá uno de los desafíos que es superar el rezago que en materia tecnológica tienen instituciones públicas, especialmente de zonas rurales y remotas. Ahora bien, frente al acceso equipos tecnológicos e internet, esto puede incrementar el riesgo de abandono estudiantil<sup>35</sup> por la falta de recursos. Dentro de los planes para el acceso a tecnología es necesaria la caracterización de los alumnos para que todos los que más lo necesitan se puedan ver beneficiados.

Respecto a la virtualidad se debe reflexionar sobre la magnificación de las expectativas puestas en esta<sup>36</sup>. Se ha creado como una alternativa inmediata sin considerar que, aunque se tenga acceso a internet y a un equipo, existen otros factores pedagógicos y de entorno de los estudiantes. La educación a distancia, en cualquiera de sus plataformas, redefina las relaciones entre maestros y alumnos<sup>37</sup>. Incluso la de los estudiantes con sus familias. Es importante generar estrategias que permitan el aprendizaje autónomo y capacitación a los docentes para implementar nuevas pedagogías y priorizar los contenidos esenciales de los cursos<sup>38</sup>. Asimismo, hay que considerar que el hogar pasa a ser el punto principal de aprendizaje y los padres están aún más obligados a acompañar los procesos educativos. En tiempos del Covid-19 las familias juegan un rol fundamental en el apoyo al estudiante<sup>39</sup>. El reto

35 LÓPEZ RAMÍREZ, Mónica y RODRÍGUEZ Santiago Andrés. Trayectorias escolares en la educación superior ante la pandemia ¿continuar, interrumpir o desistir, En CASANOVA CÁRDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pnademia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.103-108, p.105. Disponible en: [http://132.248.192.241:8080/jspui/handle/IISUE\\_UNAM/544](http://132.248.192.241:8080/jspui/handle/IISUE_UNAM/544). Acceso en: 23 jul. 2020.

36 CIMADEVILLA, Gustavo. Interrogantes en tiempos de educación virtual, *Question/Cuestión*, No 1, 2020, p.1-5, p.2. Disponible en: <https://doi.org/10.24215/16696581e281>.

37 RUIZ LAGARRAGUIVEL, Estela. La práctica docente universitaria en ambientes de educación a distancia. tensiones y experiencias de cambio, En CASANOVA CÁRDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pnademia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.109-113, p.111.

38 LÓPEZ RAMÍREZ, Mónica; RODRÍGUEZ Santiago Andrés. Trayectorias escolares en la educación superior ante la pandemia ¿continuar, interrumpir o desistir, En CASANOVA CÁRDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pnademia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.106-107, p.105. Disponible en: [http://132.248.192.241:8080/jspui/handle/IISUE\\_UNAM/544](http://132.248.192.241:8080/jspui/handle/IISUE_UNAM/544). Acceso en: 23 jul. 2020.

39 OECD. Education Responses to COVID-19: An Implementation Strategy Toolkit, *OECD Education Policy Perspective*, 2020, p.1-11, p.2. Disponible en: <http://www.oecd.org/publications/education-responses-to-covid-19-an-implementation-strategy-toolkit-81209b82-en.htm>. Acceso en: 26 jul. 2020.



es enorme ya que los padres además de esto se ven enfrentados a las presiones económicas, laborales y sociales de la pandemia. Frente a la virtualidad, se debería tener en consideración las experiencias que ya se han realizado con la educación a distancia para aprender las fortalezas de esta, de cara al desarrollo de la educación post pandemia. Asimismo, robustecer los programas de salud mental para estudiantes, profesores, padres de familia y en general a toda la comunidad educativa debido a los diversos padecimientos mentales que puede desembocar la experiencia del aislamiento y el encierro<sup>40</sup>.

Además, el cierre de escuelas ha significado que los estudiantes pierdan espacios de socialización que ellos requieren, toda vez que la formación académica engloba la capacidad de interactuar con los demás y generar relaciones con los pares. Mientras dure el aislamiento y cuando se reanude la presencialidad, es indispensable recapacitar sobre alternativas que permitan la socialización teniendo en cuenta las restricciones que se realicen como medida de bioseguridad<sup>41</sup>. Especialmente, un reto que se tendrá que afrontar es el de la adaptación de la infraestructura de las escuelas a los nuevos requerimientos para minimizar el riesgo de exposición al nuevo coronavirus. Se sabe que previo a esto los colegios públicos y especialmente aquellos de regiones apartadas, no contaban con las mejores instalaciones, ahora, además de superar ese rezago se tendrán que hacer los acondicionamientos necesarios.

Aunado a lo anterior, para que los procesos encaminados a asegurar el derecho a la educación funcionen es fundamental el acompañamiento a los docentes, ya que es un momento crítico<sup>42</sup>. Ellos también se encuentran enfrentados a los riesgos de salud física y mental. Sufren mayores cargas académicas y domésticas. Asegurar su bienestar también permite una materialización del derecho a la educación. Además, en contexto de pandemia deben capacitarse en las medidas de bioseguridad y en TIC's ya que la presencialidad cambiará por lo menos a corto y mediano plazo.

Por su puesto que estas son alternativas que llevan a responder de manera mediata e inmediata a las nuevas circunstancias. Sin embargo, se debe tener en cuenta que los malestares ya se manifestaban mucho antes de la aparición del Covid-19 y son consecuencia de la ideología neoliberal que ha recortado la inversión pública en educación y la ha convertido en un objeto de mercado. De seguir por esta senda en lugar de soluciones definitivas se encontrarán políticas de austeridad que implicarán la degradación de los derechos sociales<sup>43</sup> como la educación.

Valdría la pena hacer una pausa y preguntarse qué escuela se quiere y para qué sociedad, lo que permitirá establecer un norte sobre su papel dentro de la coyuntura<sup>44</sup>. También para pensar el sistema educativo, evaluar los fines de la educación, revisar las inequidades que se están presentando fruto de la privatización y la marginalización de la educación pública a fin de construir un mejor sistema para todos. Es necesario también evaluar el papel del país

40 GUTIERREZ-MORENO, Alex . Educación en tiempos de crisis sanitaria pandemia y educación, *Praxis*, Vol 16, No 1, 2020, p.1-4, p.2. Disponible en: <https://doi.org/10.21676/23897856.3040>.

41 Los contenidos de televisión, radio o incluso virtuales tampoco resuelven todas las cuestiones acerca del aprendizaje toda vez que el proceso de formación también comprende las relaciones sociales entre estudiantes y ellos con los alumnos, que determinan enseñanzas de socialización y convivencia.

42 TRAINER, José y otros. Concatenaciones fronteras: pedagogías, oportunidades mundos sensibles y COVID, *Praxis Educativa*, Vol 24, No 2, 2020, p.1-18, p.13. Disponible en: <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.19137/praxiseducativa-2020-240213>.

43 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La cruel pedagogía del virus*, Buenos Aires: CLACSO, 2020, p.69. Disponible en: [http://209.177.156.169/libreria\\_cm/archivos/La-cruel-pedagogia-del-virus.pdf](http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/La-cruel-pedagogia-del-virus.pdf).

44 PLÁ, Sebastián. La pandemia en la escuela: entre la opresión y la esperanza, En CASANOVA CARDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pnademia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.30-38, p.37. Disponible en: [http://132.248.192.241:8080/xmlui/bitstream/handle/IISUE\\_UNAM/536/PlaS\\_2020\\_La\\_pandemia\\_en\\_la\\_escuela\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://132.248.192.241:8080/xmlui/bitstream/handle/IISUE_UNAM/536/PlaS_2020_La_pandemia_en_la_escuela_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acceso en: 23 jul. 2020. Educación y pandemia: una visión académica (pp. 30-38

en el escenario internacional con el desarrollo de ciencia y tecnología. La construcción de una política educativa que abarque los nuevos y viejos problemas debe tener un trabajo de toda la comunidad educativa. La inclusión, por ejemplo, permitirá tener en cuenta contextos ignorados en la actualidad como los de las personas en situación de discapacidad e indígenas.

Se puede concluir que, para dar un buen funcionamiento a la educación en pandemia y se superen los enormes rezagos con que se venía otorgando, la aplicación de esta especie de medidas deberían ser una suerte de inicio de una reestructuración necesaria para que esta sea asequible, accesible, aceptable y adaptable en el largo plazo.

## **5 CONCLUSIONES**

La educación en Colombia desde una perspectiva neoliberal ha sido tomada como un producto de mercado, de calidad para quienes tienen recursos económicos y precario para quienes acceden a la educación pública. Esto se refleja en diferencias en infraestructura, capacitación, recursos disponibles, resultados alcanzados y la capacidad de resiliencia para afrontar la pandemia. Por eso, las personas más vulnerables han sido las que han sufrido con más fuerza las consecuencias de la actual emergencia sanitaria. El sistema educativo ya contaba con serias falencias desde hacía varias décadas, pero el surgimiento del coronavirus Covid-19 les han dado notoriedad.

Las políticas estatales para afrontar la educación en tiempos de pandemia, dadas en los decretos citados, tienen aspectos positivos, entre ellos, permitir que la alimentación escolar llegue a casa de los estudiantes, apoyar el pago de la nómina de algunos establecimientos educativos privados, aportar para el desarrollo de la educación virtual, abrir ventanas con contenidos digitales gratis por intermedio de la radio y la televisión, dar flexibilidad para la organización del calendario académico, modificar fechas y modalidad de presentación de exámenes estatales, promover el respeto por el cumplimiento de los contratos docentes, invitar a prestar acompañamiento a los padres con hijos en educación inicial y preescolar, y promover la realización de protocolos de seguridad de cara la educación presencial. Sin embargo, lo propuesto es insuficiente, estas no aseguran el acceso a la educación para todas las personas, especialmente para las más débiles como aquellas de escasos recursos, en zonas rurales, población indígena o personas en situación de discapacidad; no dan verdaderos alivios ya que las ayudas corresponden a diferir créditos; suspendieron tramites encaminados a la mejora y control del sistema educativo y que podrían apoyar a la pandemia; no otorgan estabilidad de los docentes; no garantizan calidad educativa; pueden crear más segregación; no se ocupan de la salud mental de las personas; y no ofrecen mayor apoyo a los padres de familia.

Frente a todas estas circunstancias existe un reto de la política educativa colombiana. Si de lo que se trata es de asegurar el derecho a la educación de las personas es preciso financiar el sistema, proporcionar medidas para otorgar herramientas tecnológicas, condonar las deudas, coordinar acciones con la comunidad educativa, promover políticas de bienestar y capacitación docente, incentivar la enseñanza de hábitos que ayuden a frenar el impacto de la pandemia, mejorar la estructura académica, caracterizar los estudiantes y monitorear las políticas. No obstante, también requiere tomar acciones de fondo para la reforma del sistema educativo con miras a acabar los problemas estructurales que han afectado principalmente a la población más vulnerable.

## REFERENCIAS

- ABADÍA, Luz; BERNAL, Gloria; GOMEZ, Silvia; ALONSO, Santiago; ASTORGA, Luis; MONSALVE, Daniel; VEGA, Cesar; GARZÓN, Omar. *Hechos y recomendaciones para enfrentar los efectos negativos del Covid-19 en la educación colombiana*, Bogotá: Universidad Javeriana, 2020, p.1-13. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1URZk7ZE2fHTORXQ482Momw60h6YjRy8C/view>.
- ABADÍA, Luz; BERNAL, Gloria; GOMEZ, Silvia; ALONSO, Santiago; ASTORGA, Luis; MONSALVE, Daniel; VEGA, Cesar; GARZÓN, Omar. *Educación superior en tiempos de covid-19: estado del arte y perspectivas*, Bogotá, 2020. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1NDPK2AaGB8BwgXALIGSO3DjW\\_H80YNtM/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1NDPK2AaGB8BwgXALIGSO3DjW_H80YNtM/view?usp=sharing).
- BANCO MUNDIAL. *Gasto En Investigación y Desarrollo (% Del PIB) | Data, 2020*. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>. Acceso en: 30 jul. 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. *Los Retos de La Educación En La Modernidad Líquida*, Barcelona: Gedisa, 2005.
- CDESC. *Observación General 13*, New York: ONU, 1999.
- CEPEDA RODRÍGUEZ, Emerson. Usos Alternativos del Derecho y Movimientos Sociales. Lecturas desde los derechos de los niños, la calidad de la educación y la participación', en AYALA BURGOS, Aracely; VEGA, Daniel; MORENO, José (ed.). *Instituciones Educativas Vivas*, Tunja: Fundación Universitaria Juan de Castellanos, 2013, p.195-226.
- CIMADEVILLA, Gustavo, Interrogantes en tiempos de educación virtual, *Question/Cuestión*, No 1, 2020, p.1-5. Disponible en: <https://doi.org/10.24215/16696581e281>.
- DANE. *Empleo y Desempleo- 2020*. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>. Acceso en: 30 jul. 2020.
- DANE. *Principales indicadores del mercado laboral*, Bogotá, 2020, p.1-28. Disponible en: [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol\\_empleo\\_feb\\_20.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_feb_20.pdf).
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La cruel pedagogía del virus*, Buenos Aires: CLACSO, 2020. Disponible en: [http://209.177.156.169/libreria\\_cm/archivos/La-cruel-pedagogia-del-virus.pdf](http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/La-cruel-pedagogia-del-virus.pdf).
- DIDRIKSSON, Alex. Ante la pandemia, evitar reproducir la desigualdad social y educativa. En CASANOVA CARDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pnademia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.154-63.
- GUTIERREZ-MORENO, Alex . Educación en tiempos de crisis sanitaria pandemia y educación, *Praxis*, Vol 16, No 1, 2020, p.1-4. Disponible en: <https://doi.org/10.21676/23897856.3040>.
- LÓPEZ RAMÍREZ, Mónica y RODRÍGUEZ Santiago Andrés. Trayectorias escolares en la educación superior ante la pandemia ¿continuar, interrumpir o desistir, En CASANOVA CARDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pnademia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.106–107. Disponible en: [http://132.248.192.241:8080/jspui/handle/IISUE\\_UNAM/544](http://132.248.192.241:8080/jspui/handle/IISUE_UNAM/544). Acceso en: 23 jul. 2020.
- MURILLO, Javier y DUK, Cynthia. El Covid-19 y las brechas educativas, *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, Vol 14, No 1, 2020. Disponible en: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-73782020000100011>.
- NOSEI, Cristina. Rol docente: su importancia social, *Praxis Educativa*, No 8, 2012, p.50–54.
- OECD. Education Responses to COVID-19: An Implementation Strategy Toolkit, *OECD Education Policy Perspective*, 2020, p.1–11. Disponible en: <http://www.oecd.org/publications/education-responses-to-covid-19-an-implementation-strategy-toolkit-81209b82-en.htm>. Acceso en: 26 jul. 2020.
- OSPINA, William. *La Lampara Maravillosa*, Bogotá: Mondadori, 2012.

PÉREZ RINCÓN, Mario. Caracterizando las injusticias ambientales en Colombia: estudio para 115 casos de conflictos socio-ambientales, *MA-CA Univalle*, 2016.

PEREZ NIÑO, Walter. Derecho a la educación y libertad religiosa en el tribunal europeo de derechos humanos, *Revista Direito Mackenzie*, Vol 8, No. 2, 2014, p.190–215.

PEREZ NIÑO, Walter. Derechos Sociales y Orden Internacional, *Principia Iuris*, Vol 11, No. 31, 2018, p.63-90. Disponible en: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1827/1632>.

PLÁ, Sebastián. La pandemia en la escuela: entre la opresión y la esperanza, En CASANOVA CARDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pandemia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.30–38. Disponible en: [http://132.248.192.241:8080/xmlui/bitstream/handle/IIISUE\\_UNAM/536/PlaS\\_2020\\_La\\_pandemia\\_en\\_la\\_escuela\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://132.248.192.241:8080/xmlui/bitstream/handle/IIISUE_UNAM/536/PlaS_2020_La_pandemia_en_la_escuela_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acceso en: 23 jul. 2020. Educación y pandemia: una visión académica (pp. 30-38)

PRESIDENCIA DE COLOMBIA, *Colombia necesita salir del letargo de ser un país cuya inversión en ciencia, tecnología e innovación está por debajo del 0,5% del PIB*, 2019. Disponible en: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2019/190531-Colombia-necesita-salir-letargo-de-ser-un-pais-cuya-inversion-ciencia-tecnologia-innovacion-esta-por-debajo-0-5-PIB.aspx>. Acceso en: 30 jul. 2020.

RADINGER, Thomas; ECHAZARRA, Alfonso; GUERRERO, Gabriela; VALENZUELA, Juan Pablo. *OECD Reviews of School Resources: Colombia 2018*, Paris: OECD, 2018. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.1787/9789264303751-en>.

REIMERS, Fernando y SCHLEICHER, Andreas. *Schooling disrupted, schooling rethought how the covid-19 pandemic is changing education*, París, 2020, p.9–11. Disponible en: [https://globaled.gse.harvard.edu/files/geii/files/education\\_continuity\\_v3.pdf](https://globaled.gse.harvard.edu/files/geii/files/education_continuity_v3.pdf).

REIMERS Fernando y SCHLEICHER Andreas. *Schooling disrupted, schooling rethought how the covid-19 pandemic is changing education*, París, 2020, p.9–11. Disponible en: [https://globaled.gse.harvard.edu/files/geii/files/education\\_continuity\\_v3.pdf](https://globaled.gse.harvard.edu/files/geii/files/education_continuity_v3.pdf).

REIMERS Fernando y SCHLEICHER Andreas. *A framework to guide an education response to the covid-19 pandemic of 2020*, Paris: OECD, 2020, p.5–6. Disponible en: <https://www.educatemagis.org/documents/a-framework-to-guide-an-education-response-to-the-covid-19-pandemic-of-2020/>.

RUIZ LAGARRAGUIVEL, Estela. La práctica docente universitaria en ambientes de educación a distancia. tensiones y experiencias de cambio, En CASANOVA CARDIEL, Hugo (ed.). *Educación y Pandemia: Una Visión Académica*, CDMX: UNAM, 2020, p.109–113.

SANTIAGO, María; PARRA José; MURILLO Misael. Docente Intelectual: Gestor de La Reflexión Crítica, *Perfiles Educativos*, Vol 34. No 137, 2012, p.164–178.

TOMASEVSKI, Katarina. *El Asalto a La Educación*, España: Intermón Oxfam, 2004.

TRAINER, José; BAZÁN, Sonia; PORTA, Luis; DI FRANCO María. TRAINER. Concatenaciones fronteras: pedagogías, oportunidades mundos sensibles y COVID, *Praxis Educativa*, Vol 24, No 2, 2020, p.1–18. Disponible en: <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.19137/praxiseducativa-2020-240213>.

UNESCO., *Seguimiento mundial de los cierres de escuelas causados por el COVID-19*. 2020. Disponible en: [es.unesco.org/covid19/educationresponse](https://es.unesco.org/covid19/educationresponse).

UNICEF. *La educación frente al covid-19*, Madrid: UNICEF, 2020. Disponible en: <https://www.unicef.es/educa/biblioteca/la-educacion-frente-al-covid-19>.

# RENDA BÁSICA, EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y SU POSIBLE ADOPCIÓN EN COLOMBIA PARA AFRONTAR LA CRISIS ECONÓMICA GENERADA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

**Luis Carlos Álvarez**

Magister en Derechos y garantías fundamentales de la Universidad Federal de Uberlândia. Académico e Investigador en Derechos Humanos, salud, migración, derecho internacional. Miembro de los grupos de investigación: Red Jurídica Internacional RED compara, Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados LAECC, UFU.

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Renda Básica; 3 Algunos Países con Experiencias en Renda Básica; 3.1 Canadá; 3.2 Finlandia; 3.3 Brasil; 4 La Cepal y la Solicitud de Implementar la Renda Básica Universal; 5 Renda Básica-Caso Colombia; 6 Financiación de la Renda Basica; 7 Obligación Jurídica del Deber del Estado Colombiano. 8 Conclusiones; Referencias.



## 1 INTRODUCCIÓN

En la actualidad la expansión de la pandemia covid-19<sup>1</sup> por la mayoría de países del mundo, ha traído no solo pérdidas humanas, sino que ha provocado una parálisis en la cotidianidad en todos los aspectos, sociales, políticos y sobre todo económicos, lo cual ha generado un estancamiento y decaimiento en la mayoría de los sectores de la economía, afectando a grandes, medianas y pequeñas empresas quienes se han mirado en la obligación de tomar medidas necesarias para sobrevivir en el mercado, esto ha llevado a grandes despidos de trabajadores, así como aquellas personas de pequeños empleos tanto formal como informal se ven fuertemente afectadas, no dejando a un lado las reducciones de salarios, mirándose reflejado el índice de carencia de productos en la canasta familiar.

Todo esto ha llevado a despertar la preocupación de los gobiernos, organizaciones internacionales<sup>2</sup> que velan por los Derechos Humanos, como de la población en general quienes miran la necesidad de ayuda, entendiendo que no es un problema en particular, sino que trae unas consecuencias mayores en el impacto social en general.

La preocupación va en mirar que pasara después del control de la pandemia, la situación económica y social de los Estados, se ven venir la activación de créditos, endeudamientos, crisis económica y pobreza extrema, el desempleo en Colombia siempre ha sido uno de los factores a combatir por los gobiernos, de acuerdo al Departamento Nacional de Estadística DANE en el mes de julio de 2020, en Colombia la tasa de desempleo fue de un 20.2%, reflejando un incremento de 9.5 puntos porcentuales frente al mismo mes del año 2019, así mismo como la tasa de ocupación tuvo una disminución de 11,1 puntos respecto de 2019<sup>3</sup> esto nos lleva a reflexionar de la difícil situación que vive el país, además nos lleva a pensar que pasa con aquellas personas de grupos desventajados, que no se encuentran en condiciones para volver a comenzar; esto conlleva a pensar en cuáles serían las estrategias que el gobierno debería optar en la búsqueda del equilibrio social, es por ello que nos podemos trasladar a aplicar estrategias que ya hubieran sido aplicadas y que organizaciones como la CEPAL ya han solicitado, se realice estudio de implementación como lo es la renta básica como mecanismo de aplicación en los países como en el caso de Colombia.

## 2 RENTA BÁSICA

Para entrar en el concepto de renta básica es importante primeramente plantearnos qué es un ingreso básico (IBU) y qué no es. Para contestar esto, podemos recurrir a la definición pionera propuesta por Phillippe Van Parijs:

Un ingreso básico es un ingreso pagado por el gobierno a cada miembro pleno de la sociedad. a) Incluso si no quiere trabajar. b) Sin tener en cuenta

---

1 El brote de la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19), causado por el virus del síndrome respiratorio agudo severo tipo-2 (SARS-CoV-2), fue declarado como una pandemia en marzo de 2020. Las tasas de letalidad se estiman entre 1% y 3%, afectando principalmente a los adultos mayores y a aquellos con comorbilidades, como hipertensión, diabetes, enfermedad cardiovascular y cáncer. (DIAZ-CASTRILLÓN, Francisco Javier; TORO-MONTOYA, Ana isabel. SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia. *Med. Lab*, vol. 24, núm. 3, p. 183-205, 2020).

2 El nuevo escenario global en tiempos de COVID-19 hace que sea necesario tomar medidas urgentes y evaluar los impactos de estas acciones. Para apoyar el seguimiento y monitoreo del progreso a mediano y largo plazo y en respuesta a la solicitud hecha por la CELAC, la CEPAL ha desarrollado este Observatorio, que recopila y pone a disposición tanto las políticas públicas que los 33 países de la región latinoamericana y caribeña están tomando para limitar el impacto de la pandemia de COVID-19, como el análisis de los impactos económicos y sociales que éstas van a tener a nivel nacional y sectorial. (Comisión Económica por América Latina. *propone avanzar hacia un ingreso básico para ayudar a la población más vulnerable a superar los efectos del coronavirus*, 2020).

3 Departamento Nacional de Estadística. *Gran encuesta integrada de hogares (GEIH) Mercado laboral*, 2020.

si es rico o pobre. c) Sin importar con quién vive. d) Con independencia de la parte del país en la que viva<sup>4</sup>.

Así mismo Daniel Raventós establece:

Un subsidio universal garantizado es, ni más ni menos, que un ingreso pagado por el gobierno a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre, o dicho de otra forma, independientemente de sus otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva<sup>5</sup>

Por su parte la renta básica puede ser definida como una cantidad modesta de dinero pagado incondicionalmente a los individuos de forma regular (por ejemplo, mensualmente). A menudo se la llama renta básica universal (RBU) porque está diseñada para proporcionársela a todo el mundo<sup>6</sup>. Se establece además que al hacer referencia a básica como aquella cantidad de ingresos mínimos que permita a una persona a sobrevivir in extremis en una sociedad, es decir en lo entendido como un derecho, el que trae inmerso, la comida, un sitio para vivir y solvente de las demás necesidades básicas.

La Renta Básica (RB en lo sucesivo) es un pago que el Estado realizaría mensualmente a cada ciudadano o residente en su territorio, de forma individual e incondicional, independientemente de cualquier otro ingreso que pueda tener, así como de su situación familiar o laboral<sup>7</sup>.

En el sur de Europa, Francia fue el primer Estado en establecer un programa de garantía de ingresos que actuara a modo de cierre del sistema de protección social, creando un nuevo mecanismo asistencial con vocación de atención universal a la población. De esta forma, en diciembre de 1988 se aprueba la ley que establece el 'Revenu Minimum d'Insertion', una modalidad de protección que iba a tener una influencia decisiva en la evolución de la política social en Europa.

Esta nueva ideología o mecanismo constituye la primera y principal expresión Europea que consolida un ingreso de garantía de los años 80 y 90. mediante el cual éste modelo presentó una alternativa diferente a las otras partes del mundo, centrando su presentación en una naturaleza exclusivamente económica, en este sentido RMI delimita es su objetivo aquellas rentas mínimas, estando dirigida a la población que no cuente con recursos o que posea recursos mínimos dejando de estos ser suficientes y con un enfoque social el cual trae consigo la inserción de los beneficiarios de estos programas.<sup>8</sup>

La implementación del RMI en Francia, fue la fuente de inspiración y modelo aplicar, el cual fue adoptado en su ideología por países del sur de Europa, como en Portugal que después de haber iniciado un proceso piloto en los años 1996 y 1997 se aprueba teniendo un rendimiento mínimo garantizado.<sup>9</sup> De igual manera se introduce de forma experimental en algunos municipios de Italia cuyo tiempo fue prorrogado hasta el año 2002. Únicamente Grecia fue el único que no optó por tomar el modelo francés en los países del sur de Europa.<sup>10</sup>

---

4 VAN PARIJS, Phillipe. *Libertad real para todos*. Barcelona: Paidós, 1996.

5 DANIEL RAVENTÓS (ed.). *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelona, Ariel, 2001.

6 CAVA, Julio Martínez. *LA RENTA BÁSICA: Un derecho para todos y para siempre*. Barcelona, 2018, p.13.

7 VAN PARIJS, Phillipe. *Libertad real para todos*. Barcelona: Paidós, 1996.

8 SANZO GONZÁLEZ, L.. «*La introducción de la renta básica en España*». Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 23, núm. 2, 2005.

9 SANZO GONZÁLEZ, L.. «*La introducción de la renta básica en España*». Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 23, núm. 2, 2005.

10 SANZO GONZÁLEZ, L.. «*La introducción de la renta básica en España*». Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 23, núm. 2, 2005.

Esta renta básica expandida por Europa contaba con tres premisas las cuales buscaba cubrir:

1. En primer lugar, la renta básica se plantea como una prestación económica de contenido monetario, pagada con carácter periódico por la comunidad política de referencia (Unión Europea, Estado, Comunidad Autónoma, etc.) a todos sus miembros. La renta básica se presenta como un derecho universal, teniendo acceso al mismo todos los miembros de pleno derecho de la comunidad política. 2. El acceso universal a la renta básica, en segundo lugar, se realiza con carácter individual y de manera uniforme. El tercer rasgo a destacar es que el derecho a la renta básica es incondicional, no exigiéndose por ello ningún tipo de contraprestación ni ninguna actuación específica orientada a la consolidación de determinados comportamientos<sup>11</sup>.

De esta manera la renta básica comenzó a dejar a un lado de ser un pensamiento añorado por muchas personas que necesitan de unos ingresos mínimos, y de una ideología de igualdad, para convertirse en una realidad social, en busca de generar mayores oportunidades y el desarrollo social.

Es por ello que la renta básica, es un mecanismo que contribuye a la estabilidad económica en los países, el bienestar social de los ciudadanos, plasmado en una inyección de capital para la activación del talento humano dentro de una esfera social y jurídicamente constituida.

### **3 ALGUNOS PAÍSES CON EXPERIENCIAS EN RENTA BÁSICA**

La renta básica siempre ha sido una estrategia que se ha buscado implementar, para lo cual países principalmente europeos, entre ellos Francia, España, Portugal, y de igual manera de países americanos como lo son Canadá y Brasil, este último con el avance en el tema más grande del mundo, ésta serie de experiencias permiten colocar la mirada para determinar las condiciones y alcances obtenidos.

#### **3.1 Canadá**

En Canadá se realizó un estudio experimental con la participación de la universidad McMaster y la Universidad de Ryerson en la ciudad de Ontario, con el propósito de evaluar la implementación de una renta básica, para lo cual se realizó un pago mensual de 1.400 dólares canadienses al mes por persona. Esto equivale a 17.000 dólares al año, o 24.000 dólares para una pareja.<sup>12</sup>

Dentro del experimento las personas que recibían el ingreso de renta básica, seguían laborando y del dinero que ganasen se descontaba la paga fija en un 50% indicando que quien ganaría US1000 se le descontarían US 500 y si alguien alcanzaba los US34000 en un año dejaría de recibir la ayuda.<sup>13</sup>

La forma de evaluación del mecanismo adoptado para la búsqueda de resultados empleado fue a través de encuestas anónimas a 257 de los 4000 participantes que cuenta el experimento arrojando los siguientes resultados,

En cuanto a la calidad de vida,

---

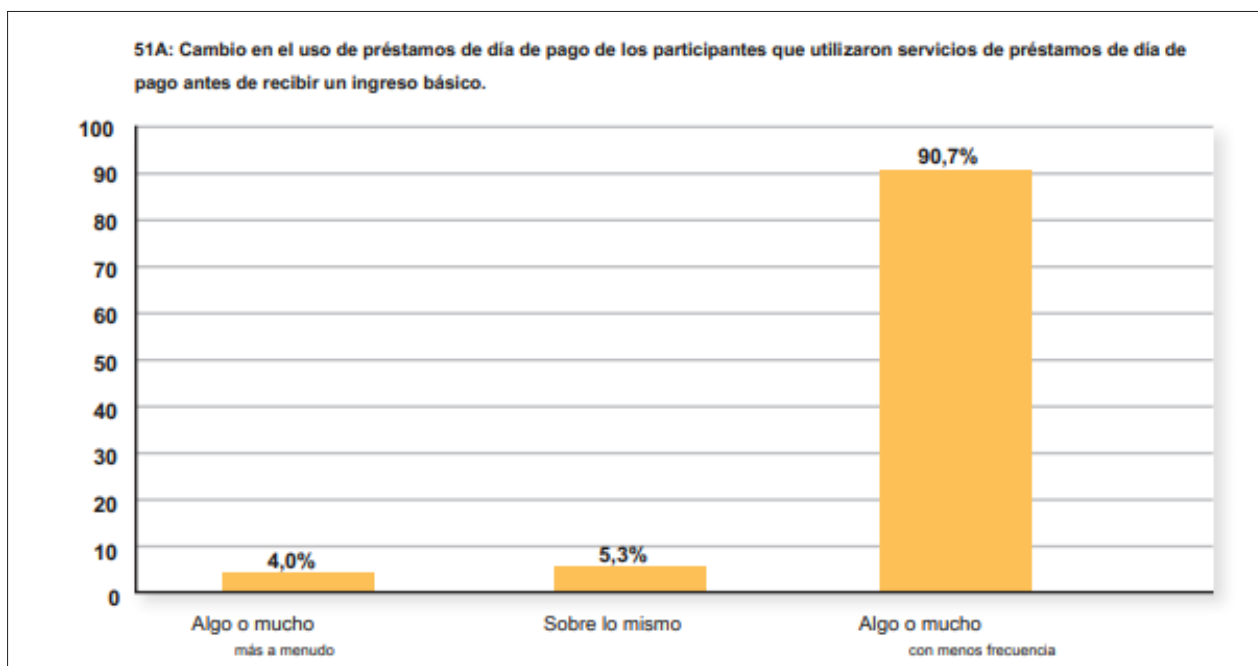
11 SANZO GONZÁLEZ, L.. «La introducción de la renta básica en España». Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 23, núm. 2, 2005.

12 Mac Master University, Hamilton Community Foundation, *Southern Ontario's Basic Income*. Experience, 2020, p.3.

13 Mac Master University, Hamilton Community Foundation, *Southern Ontario's Basic Income*. Experience, 2020, p.3.

Los encuestados aseguraron haber experimentado una mejora de su calidad de vida desde el inicio del estudio. También mejoró su salud (79%), seguramente porque pudieron dedicar más tiempo a la actividad física (74%), se sintieron menos cansados (71%), menos enfermos (57%), consumieron menos tabaco (56%) y menos alcohol (48%). El 69% también vio una mejoría en el bienestar de sus hijos.<sup>14</sup>

En cuanto a la situación financiera la siguiente grafica representa que los beneficiarios que recibieron una renta básica, dando como resultado un menor uso de proveedores de préstamos, una mayor estabilidad financiera.<sup>15</sup>



Fuente: Southern Ontario's Basic Income Experience

De acuerdo a los resultados obtenidos se logró demostrar que el programa en Ontario mejoró las vidas de los participantes del programa piloto en Hamilton-Brantford de manera significativa en los diferentes aspectos sociales requeridos, en cuanto en temas de salud,

En términos de salud física de los participantes de nuestra encuesta, un número significativo informó un mejor bienestar general (79%), mayor actividad física (74%), menos cansancio (71%) y dolor (57%), menor consumo de tabaco (56%) y alcohol (48%) y mayor bienestar infantil (69%). En términos de salud mental indicadores, la mayoría de los encuestados indicaron un mejor bienestar mental (83%), estrés / ansiedad menos frecuente (86%), depresión (83%) e ira (78%), mayor confianza en sí mismos (81%) y una perspectiva de vida más positiva (86%). La renta básica también tuvo un impacto notable en la uso de los servicios de salud, y muchos de los encuestados indicaron visitas menos frecuentes a los profesionales de la salud (33%) y a las salas de emergencia de los hospitales (37%), un acceso más fácil a la atención dental (74%), medicamentos en farmacias (83%) y servicios de asesoramiento profesional (50%).<sup>16</sup>

14 Mac Master University, Hamilton Community Foundation, *Southern Ontario's Basic Income. Experience*, 2020, p.3.

15 Mac Master University, Hamilton Community Foundation, *Southern Ontario's Basic Income. Experience*, 2020, p.3, traducido.

16 Mac Master University, Hamilton Community Foundation, *Southern Ontario's Basic Income. Experience*, 2020, p.3.

Por su parte dentro del grupo de encuestados, se realizó el análisis en cuanto a la contribución en las mejoras laborales, y la participación dentro del mercado del trabajo arrojando resultados,

En cuanto a participación en el mercado laboral de los encuestados, más de la mitad indicó haber trabajado antes y durante el piloto (54%), mientras que menos de una cuarta parte estaban desempleados antes y durante el piloto (24%). Algo menos de una quinta parte estaban empleados antes, pero desempleados durante el piloto (17%) y un número menor informó no haber trabajado antes, pero haber encontrado trabajo durante el piloto (5%). Poco menos de la mitad de los que dejaron de trabajar durante la prueba piloto regresaron a la escuela para mejorar su empleabilidad futura (40,6%). Aquellos que estaban trabajando tanto antes como durante el piloto informaron mejoras en su salario (37%), condiciones laborales (31%) y seguridad laboral (27%). Toda la muestra de la encuesta Experiencia de ingresos básicos del sur de Ontario 59 reportaron otras mejoras relacionadas con el trabajo, como buscar más fácilmente un trabajo (61%), mantenerse motivado para encontrar un mejor empleo (79%) y comenzar la escuela o un programa de capacitación educativa (26%).<sup>17</sup>

Este experimento fue cancelado de manera prematura por parte del gobierno del país dejando de llevar su prueba piloto hasta el final, aun así, fue exitoso a pesar del corto tiempo.

### 3.2 Finlandia

El instituto del seguro social de Finlandia dio a conocer los resultados de la aplicación de renta básica en su país, tratándose del mayor experimento realizado a gran escala, lo más resaltante de este experimento es que no deja claro si es buena o mala la implementación de una renta básica. El experimento consistió que en los años 2017 y 2019 se eligieron a 2000 personas que se encontraban con desempleo aleatoriamente en el país, y se les proporcionaron 560 Euros mensuales durante dos años.

Sin embargo en el año 218 se decidió que no se renovarían el programa para el siguiente año así que en el 2019 se le dio finalización y se procedió a analizar los datos dando como resultados,<sup>18</sup>

Lo primero de todo son los beneficios en el empleo, si el grupo de control trabajó una media de 73 días entre noviembre de 2017 y octubre de 2018, el grupo de los beneficiarios trabajó 78 días. Es decir, parece que con pequeñas cantidades de dinero no parece que la gente pase a trabajar menos, sino que incluso puede que trabajen más; respecto al nivel de vida vemos que si en el grupo de receptores, el 60% consideraban que estaban bien, en el grupo de control este porcentaje se reducía al 52%, con lo cual la mejora al respecto del nivel de vida existía, pero tampoco era muy sustanciosa. También mejora la autopercepción del estado mental y la satisfacción con la vida. Del grupo de receptores el 22% se consideraban deprimidos, frente a los no receptores que se consideraban en un 32%. Además, los receptores estaban satisfechos con su vida en un 7,3, frente a los receptores que lo están en un 6,8 sobre diez.<sup>19</sup>

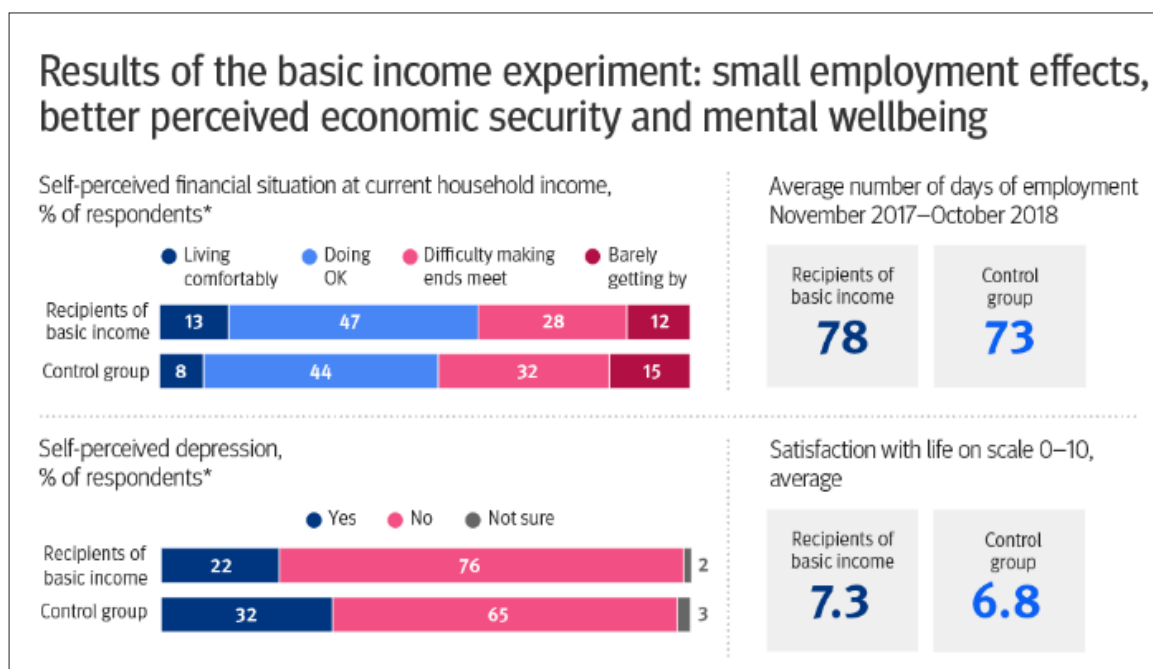
---

17 Mac Master University, Hamilton Community Foundation, *Southern Ontario's Basic Income. Experience*, 2020, p.3.

18 KANGAS, Olli; HARINA, Signe; SIMANAINEN, Miska; YLIKÄNNÖ (ed.), *Evaluación del experimento finlandés de renta básica* Minna. 6 de mayo de 2020.

19 KANGAS, Olli; HARINA, Signe; SIMANAINEN, Miska; YLIKÄNNÖ (ed.), *Evaluación del experimento finlandés de renta básica* Minna. 6 de mayo de 2020.





Fuente: Results of the experiment of Finlandia

A pesar de no cumplir con los parámetros del experimento en cuanto al tiempo realizado, se percibe de acuerdo a los resultados, el impacto positivo en los ciudadanos lo que ha generado la implementación de ésta estrategia.

### 3.3 Brasil

Con el fin de evitar inestabilidades políticas, en cabeza de su organismo del senado en el año 2002 se aprobó una ley para la entrega de renta básica incondicional, la cual en el año 2003 la cámara de representantes la aprobó por unanimidad, posteriormente debía ser sancionada por el presidente de la república, quien además estaba acompañado del Ministro de hacienda con el fin de hacer una valoración sobre la factibilidad, lo cual llevo a Brasil a partir del 8 de enero de 2004 a ser el único país en el mundo que tiene una ley sobre la materia de renta básica.<sup>20</sup>

Brasil logro un gran avance a través del programa “bolsa de familia” llego a más de trece millones de familias, llegando a cincuenta millones de personas, lo que llega a equivaler a una cuarta parte de la población brasilera; en el año 2003 beneficio a 3.5 millones de familias, de alguna manera se avanzó en la reducción de desigualdad, e incremento en la mejora de los servicios de educación, salud, micro-créditos y viviendas.<sup>21</sup>

En cuanto al espacio laboral, a pesar de pensar que las personas dejarían de trabajar, la realidad de acuerdo a Suplicy, las personas que no desearon trabajar fue reducida, la población es productiva, por lo que muchas veces no podían desempeñar su productividad ha sido por al a falta de ingresos, una vez se les otorgo los ingresos lograron desarrollar su potencial de talento humano en el campo laboral.

En la actualidad Brasil cuenta con un mecanismo denominado “auxilio emegercial residual” el cual mediante medida provisoria No. 1000 del 2 de septiembre de 2020 en

20 Comisión Económica por América Latina. *Seminario Internacional de renta Básica y distribución de la riqueza*, 2016.

21 Comisión Económica por América Latina. *Seminario Internacional de renta Básica y distribución de la riqueza*, 2016.

cumplimiento del artículo 62 de la constitución, da un auxilio al trabajador beneficiario en cuotas mensuales de trescientos reales hasta el 31 de diciembre de 2020.<sup>22</sup>

La ley No. 13.982 del 2 de abril de 2020 otorga una renta a aquellas personas mayores de 65 años cuyos ingresos sean inferiores a una cuarta parte del salario mínimo con el fin de solventar las necesidades previstas por la pandemia covid-19.<sup>23</sup>

El decreto 10.316 del 7 de abril de 2020 provee una renta básica a aquellos grupos de personas: trabajadores informales activos, trabajador informal que no tenga una bolsa de desempleo, empleados intermitentes, madres cabeza de familia, madre adolescente de 12 a 17 años, cuyo auxilio de emergencia fue concedido por un periodo de tres meses a partir de la publicación de la presente ley con un valor de 600 reales.

#### **4 LA CEPAL Y LA SOLICITUD DE IMPLEMENTAR LA RENTA BÁSICA UNIVERSAL**

La comisión económica para américa latina (CEPAL), en su pronunciamiento mediante conferencia realizada en Santiago de Chile, en su preocupación por las consecuencias económicas y sociales que trae la pandemia de COVID-19 para todos los países Latinos, dio a conocer la opción de aplicar un mecanismo de Ingreso básico de emergencia que pueda equivaler a una canasta básica de alimentos y otras necesidades básicas durante un periodo de seis meses, en la búsqueda de llegar a 215 millones de personas o el 34,7% de la población regional). Esto implicaría un gasto adicional del 2,1% del PIB para abarcar a todas las personas que se encontrarán en situación de pobreza este año<sup>24</sup>.

Además, dio a conocer que la principal preocupación para la CEPAL y de todos los gobiernos radica en la pobreza extrema y la desigualdad, lo cual se ve reflejado en la caída del -5,3 % del PIB aumentando el desempleo en 3,4 puntos,

En 2020 la pobreza en América Latina aumentaría al menos 4,4 puntos porcentuales (28,7 millones de personas adicionales) con respecto al año previo, por lo que alcanzaría a un total de 214,7 millones de personas (el 34,7% de la población de la región). Entre estas personas, la pobreza extrema aumentaría 2,6 puntos porcentuales (15,9 millones de personas adicionales) y llegaría a afectar a un total de 83,4 millones de personas.<sup>25</sup>

La preocupación de la CEPAL es en brindar una señal de alerta a los gobiernos de los países de América del Sur y del Caribe de la tendencia a los índices de pobreza, así mismo les brinda una alternativa que recae sobre la renta básica con el fin de establecer una alternativa para mitigar el daño interno en cuanto al tema de pobreza de cada Estado.

#### **5 RENTA BÁSICA-CASO COLOMBIA**

Colombia es un país que desde hace mucho tiempo atrás de acuerdo a los índices económicos se necesita políticas que contribuyan a mejorar la situación económica de los colombianos más aun en los tiempos actuales de pandemia, a razón que los índices de pobreza siempre se encuentra en la mira de los gobiernos, el Departamento Nacional de Estadística DANE en el mes de julio de 2020, la tasa de desempleo fue de un 20.2%, reflejando un incremento de 9.5 puntos porcentuales frente al mismo mes del año 2019, así mismo como

---

22 Ley N° No. 13.982. Diario Oficial de la República de Brasil, Brasilia, Brasil, 2 de abril de 2020.

23 Ley N° No. 13.982. Diario Oficial de la República de Brasil, Brasilia, Brasil, 2 de abril de 2020.

24 Comisión Económica por América Latina. *Seminario Internacional de renta Básica y distribución de la riqueza*, 2016.

25 Comisión Económica por América Latina. *propone avanzar hacia un ingreso básico para ayudar a la población más vulnerable a superar los efectos del coronavirus*, 2020.

la tasa de ocupación tuvo una disminución de 11,1 puntos respecto de 2019<sup>26</sup> lo que visualiza la actual situación que se complica aún más en consecuencia de la crisis del COVID-19; tratar de recurrir a la renta básica, como mecanismo de solventar las necesidades básicas de los colombianos que se encuentran en condición de desventaja frente a otros sectores sociales, el profesor Jorge Espitia, investigador del Centro de Pensamiento en Política Fiscal de la Universidad Nacional de Colombia (UNAL), explica cómo se podría implementar en Colombia establece que la renta básica de 1 salario mínimo legal mensual vigente sea otorgado al 100% de las familias pobres durante un periodo de 3 meses llegaría a 4 millones de hogares, aproximadamente 12 millones de personas, así mismo a una renta de igual monto al ciento por ciento de las familias vulnerables que perdieron sus ingresos por el confinamiento, lo cual llegara aproximadamente a 9 millones de personas.<sup>27</sup>

La idea de la aplicación de una renta básica no va enfocada regalar dinero y desenfocar la economía del país, sino por el contrario es una idea que vale la pena estudiar a fondo para poder extender la red de ayudas, incluyendo las ya impuestas por el gobierno como lo son en el momento “Familias en Acción”, “Jóvenes en Acción”, “Adulto Mayor”, y devolución del IVA. Además, contribuir aquellas personas que no forman parte del cumulo de empresarios, en el poder capitalista, sino aquellos trabajadores formales e informales, de comercio al por menor y todos aquellos colombianos que requieren poder subsistir a la oleada de desempleo que sufre el país.

En Colombia los trabajadores independientes representan un 42.8 de las personas que tienen alguna ocupación de acuerdo a estudio de noviembre de 2019 a enero de 2020, igualmente que los trabajadores de familias sin remuneración representan un 3.4%, obreros particulares, 39.5 % trabajadores informales.<sup>28</sup>

Teniendo en cuenta de acuerdo a los estudios presentados por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) en el año 2018, el 27 % se encontraba por debajo de los límites de pobreza monetaria<sup>29</sup>, lo cual se agrava aún más en la actualidad con la crisis que debe afrontar el país por la pandemia del covid-19, dando origen a una preocupación que desborda un conjunto de ideas que requieren ser estudiadas con el fin de ayudar a contribuir a la estabilidad económica.

La propuesta de una renta básica en el Estado colombiano, plasmada en un proyecto de ley ondea en que se realice el pago de una renta básica que pueda llegar a los hogares más vulnerables del país, con el pago de un salario mínimo de \$877.803 mensuales por un periodo de tres meses, ayudando aproximadamente a tres millones de hogares, lo cual llegaría a tener un costo fiscal de 7.9 billones de pesos en el año 2020, lo que sería un equivalente a un 0.72% del PIB.<sup>30</sup> igualmente se plantea la idea de otorgar una media renta básica por dos meses adicionales a los tres, con el fin de lograr una dinamización en la economía.

---

26 Departamento Nacional de Estadística. *Gran encuesta integrada de hogares (GEIH) Mercado laboral*. Enlace, 2020.

27 ESPITIA Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia*, 2020.

28 GARAY S. Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia*, 2020.

29 Departamento Nacional de Estadística. *Boletín de Pobreza monetaria en Colombia*, 2020.

30 GARAY S. Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia*, 2020.

CUADRO 1. Costo fiscal de la renta básica extraordinaria de emergencia en 2020 <sup>31</sup>					
FAMILIAS	CATEGORÍA	SMLV 2020	TIEMPO	COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
3,000,000	Vulnerable	877,803	3 meses	7.90	0.72
3,268,000	Pobreza Monetaria	877,803	3 meses	8.61	0.79
6,268,000	Vulnerables + Pobres	877,803	3 meses	16.51	1.51
Sin embargo, si existe un traslape del 50 % entre las familias vulnerables y las que se encuentran en pobreza, entonces:					
4,768,000	Vulnerables + Pobres	877,803	3 Meses	12.56	1.15
MICRO NEGOCIOS	MEDIDA	TRABAJADORES	TIEMPO	COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
1,000,000	<sup>1</sup> SMMLV/Trabajador	3	3 meses	7.90	0.72
1,500,000	SMMLV/Trabajador	3	3 meses	11.85	1.08
Programas del Gobierno nacional					
Familias	Ingreso Solidario	% de un SMLV	Tiempo	COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
3,000,000	240,000	27.34 % del SMLV	1 Mes	0.72	0.07
Personas	Devolución IVA	% de un SMLV		COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
1,000,000	75,000	8.54 %	Cada 2 meses	0.67	0.06 %
Personas	Adulto mayor	% de un SMLV		COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
1,500,000	SMMLV/Trabajador	3	3 meses	11.85	1.08
Programas del Gobierno nacional					
Familias	Ingreso Solidario	% de un SMLV	Tiempo	COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
3,000,000	240,000	27.34 % del SMLV	1 Mes	0.72	0.07
Personas	Devolución IVA	% de un SMLV		COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
1,000,000	75,000	8.54 %	Cada 2 meses	0.67	0.06 %
Personas	Adulto mayor	% de un SMLV		COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
1,651,035	163,180	18.6 % del SMLV	1 Mes	0.27	0.03
Transferencia condicionada (Familias en Acción y Jóvenes en Acción)					
Familias	Medida	% de un SMLV	Tiempo	COSTO (Billones de pesos)	COSTO (% PIB)
2,500,000	70,000	7.97 % de un SMLV	12 Meses	2.1	0.20

De acuerdo a cifras del DANE a finales del 2018 el índice de pobreza ondea en un 27%, con una cifra aproximada de 13 millones 73 mil personas, el número de hogares pobres tendría un ascenso de 3.268.000, a los cuales se les podría otorgar durante un periodo de 3 meses un salario mínimo legal mensual vigente, el costo fiscal ascendería a 8,6 billones de pesos, lo que equivale a un 0.79% del PIB.<sup>32</sup>

Teniendo en cuenta que los hogares pobres y hogares vulnerables entendidos en dos categorías diferentes, llegando a una unificación la renta básica en Colombia requerirá hasta un aproximado de 16 billones de pesos para el año 2020, lo cual sería el 1.51% del PIB, lo cual aún más llevando a dar cumplimiento de un 50% llegando a unos 4 millones 768 mil hogares,

31 GARAY S. Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia, 2020.*

32 GARAY S. Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia, 2020.*

el costo fiscal sería de 1.2% del PIB.<sup>33</sup>

Igualmente es importante establecer que el costo de la renta básica va a ser inferior, teniendo en cuenta que durante la vigencia de la renta por lo que sería necesario deducir el costo fiscal.

De acuerdo al DANE en encuesta de micro negocios teniendo en cuenta la proporción de trabajadores informales llegan ocupación de 3 a 9 personas, la ayuda el costo fiscal la transferencia oscilaría entre el 0,7% del PIB unos 12 billones de pesos en 2020.

Igualmente, desde el punto de vista administrativo la renta básica, goza de una principal característica es que no requiere de grandes programas públicos, de acuerdo al establecido por el economista Luis Jorge Garay Salamanca solo sería necesario de 3 a 4 programas nacionales.<sup>34</sup>

## 6 FINANCIACION DE LA RENTA BASICA

Una de las fuentes de financiación podría ser el banco de la república, cuenta con reservas internacionales que llega a los 53 mil millones de dólares, los cuales están destinados a usarse en inversiones estratégicas que permitan reactivar el empleo y la producción; de acuerdo a analistas se podrían utilizar 5 mil millones de dólares, (20 billones de pesos), los cuales ya no es conveniente que sean entregados a las empresas, porque su efecto multiplicador sería el mínimo, al igual manera el banco de la república cuenta con la facultad de préstamo al gobierno, traslado al presupuesto, lo que lo convierte en un ente que debe recaer las miradas para solventar la crisis y apoyar la renta básica para los grupos de pobreza o extrema pobreza.<sup>35</sup>

De la misma manera para financiar el mecanismo de renta básica con el fin de amortiguar la crisis económica, se podrían unificar los programas existentes como lo son: adulto mayor, familias en acción, jóvenes en acción, Ingreso solidario, y el dudoso programa de devolución del IVA. Esta estrategia permitiría la unificación de capitales que serían asignados en los presupuestos departamentales, para crear un programa de renta busca dirigido a la población vulnerable, además recibirían adicionalmente un crédito primario por parte del banco de la república, así como los demás rubros que han sido destinados a mitigar la crisis.

Así mismo los planes de desarrollo deben ser reajustados dando prioridad a solventar las necesidades básicas de las personas, así mismo a mitigar el impacto en la economía y fomentar el empleo.

## 7 OBLIGACION JURIDICA DEL DEBER DEL ESTADO COLOMBIANO

El Estado colombiano como representante del pueblo, debe velar por la protección de los derechos y garantías de las personas basado en el principio constitucional de Dignidad Humana, la cual con relación al mínimo vital establece,

El Estado Social de Derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y sucumbir ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.<sup>36</sup>

---

33 GARAY S. Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia*, 2020.

34 GARAY S. Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia*, 2020.

35 GONZÁLEZ, Jorge Iván. *Hacia un nuevo Estado del bienestar*. Revista Sur, marzo 23 de 2020.

36 Corte Constitucional Sentencia T-458/97.



La obligación del Estado colombiano se rige tanto en su normatividad interna, como la proveniente de aquellas organizaciones internacionales como la Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1994, la cual en su literal f indica a los estados extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica.<sup>37</sup>

Por su parte la Organización de las Naciones Unidas ONU, en cumplimiento de los artículos 9 y 93<sup>38</sup> de la Constitución política colombiana, debe asumir el Estado colombiano lo establecido en el artículo 22 de la declaración de Derechos Humanos,

Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.<sup>39</sup>

La Corte Constitucional Colombiana<sup>40</sup> atendiendo la estructura constitucional del Estado colombiano, en un Estado social de derecho con prelación en la persona humana, atendiendo el concepto formal de igualdad establece,

la igualdad material es determinante como principio fundamental y guía de las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades, promover la inclusión y la participación, y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce de sus derechos fundamentales. El Estado Social de Derecho busca la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.<sup>41</sup>

El papel del gobierno colombiano, está encaminado en velar por la supremacía de los derechos fundamentales, en su protección, en proponer y brindar estrategias para conservar los principios del estado, velar por la protección de los derechos de la constitución y los tratados internacionales que velen por los intereses de las personas.

## 8 CONCLUSIONES

La crisis generada por la pandemia covid-19 cada día va afectando de manera significativa la economía de todos los países, al frenar el movimiento monetario, el capital se encuentra retenido por los grandes capitalistas, el incremento del desempleo y la pobreza ha despertado la preocupación de los gobiernos y de los organismos externos, como el caso de la CEPAL entre otros, quien se ve en la obligación de estudiar las situación actual, dando a conocer los altos índices de pobreza existentes en los países, es por ello la importancia de optar mecanismos que puedan contribuir a mitigar el daño actual en la economía, dando a conocer la renta básica como uno de estos mecanismos contribuyentes a mejorar las condiciones actuales en los países Latinoamericanos.

Países como Brasil, ya dieron aplicación a este mecanismo con el fin de contribuir a la reactivación de su economía, y además mejorar los índices de igualdad, favoreciendo

37 Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1994.

38 Artículo 93 CP: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

39 Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, arti.2.

40 Corte Constitucional, Sentencia 1064 de 2001.

41 Corte Constitucional, Sentencia 1064 de 2001.

aquellos grupos en condición de desventaja, de igual manera, otros países como Canadá, Francia, Finlandia, han realizado estudios, de los cuales ha generado a grandes rasgos unas mejoras en el campo laboral de las personas, como también en las condiciones como el estado de salud tanto física y mental. A pesar de ser poca la implementación o los estudios realizados, la renta básica es un mecanismo creado para generar movimiento a la economía, no es un mecanismo para mantener a las personas, sino por el contrario, es para otorgarles un mínimo para que puedan comprar los productos de la canasta familia y además mejora el campo laboral, contribuyendo a buscar un empleo, moverse a otras zonas, a emprender con sus propios negocios de corta inversión de capital, es decir ayudar a explotar el talento humano de las personas.

Una renta básica sirve para impulsar la creatividad de las personas en el campo económico, los estudios demuestran que el dinero no ha sido dinero perdido, sino que por el contrario las personas de escasos recursos no malgastan su dinero, sino que buscan aprovecharlo de la mejor manera.

En el caso colombiano, la crisis económica que se avecina es grande, mirándose una decadencia en la economía significativa, para lo cual el Estado colombiano debe estar preparado o por lo menos intentar mitigar el impacto, es una obligación del gobierno tanto por mandato constitucional el velar por los derechos entre ellos el mínimo vital de las personas, al igual que en cumplimiento de la normativa que forma parte de los convenios internacionales; el Estado colombiano debe dejar de lado el tratar de tapar con pequeñas curas como lo es, el día sin IVA, que por el contrario contraje grandes contagios de Covid-19 por los tumultos, las ayudas, ingresos solidarios, en los cuales se encuentran dudosas destinaciones de dinero, cantidades insignificantes para quienes reciben, que no les alcanza para la canasta familiar, así mismo como el financiamiento de empresas internacionales como el caso de Avianca, las cuales no tributan en el país y sentarse a pensar en una propuesta nueva como lo es una renta básica, dirigida a los colombianos en pobreza o extrema pobreza.

Para concluir es importante establecer que la renta básica es solo un mecanismo que funciona de manera transitoria, para solventar una crisis, que va dirigido a la población, que al fin son sus dineros recaudados por el Estado en los pagos de impuestos, los cuales en un momento es necesario colocarlos nuevamente en el mercado, para generar el flujo de efectivo y ayudar a mejorar las condiciones de vida de las personas, realizado de buena manera, no es un gasto, es una inversión en la economía por el bienestar de todos.

## REFERENCIAS

CAVA, J. Martínez. *LA RENTA BÁSICA Un derecho para todos y para siempre*, Barcelona, 2018.

Comisión Económica por América Latina. *propone avanzar hacia un ingreso básico para ayudar a la población más vulnerable a superar los efectos del coronavirus*, 2020.

Comisión Económica por América Latina. *Seminario Internacional de renta Básica y distribución de la riqueza*, 2016.

Corte Constitucional, *Sentencia* 1064 de 2001.

Corte Constitucional, *Sentencia* T-458/97.

Declaración de Filadelfia de la OIT, 1994.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, arti.2.

Departamento Nacional de Estadística. *Boletín de Pobreza monetaria en Colombia*, 2020.

Departamento Nacional de Estadística. *Gran encuesta integrada de hogares (GEIH) Mercado laboral*. Enlace, 2020.

DIAZ-CASTRILLÓN, Francisco Javier; TORO-MONTOYA, Ana isabel. SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia. *Med. Lab*, vol. 24, núm. 3, p. 183-205, 2020.

ESPITIA Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia*, 2020.

GARAY S. Jorge, *Periódico Digital, Universidad Nacional de Colombia*, 2020.

GONZÁLEZ, Jorge Iván. *Hacia un nuevo Estado del bienestar*. Revista Sur, marzo 23 de 2020.

GONZÁLEZ, L. 2005. «La introducción de la renta básica en España». Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 23, núm. 2.

KANGAS, Olli; HARINA, Signe; SIMANAINEN, Miska; YLIKÄNNÖ (ed.), *Evaluación del experimento finlandés de renta básica Minna*. 6 de mayo de 2020.

Ley N° No. 13.982. Diario Oficial de la República de Brasil, Brasilia, Brasil, 2 de abril de 2020.

Mac Master University, Hamilton Community Foundation, *Southern Ontario's Basic Income*. Experience, 2020.

RAVENTÓS Daniel (ed.) *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelona, 2001.

VAN PARIJS, Phillipe. *Libertad real para todos*, Barcelona: Paidós, 1996.

# LEGISLACIÓN EN ECUADOR EN TIEMPOS DEL COVID-19

**Juan Falconi Puig**

Profesor Honorario Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador. Abogado.

---

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Desarrollo el estado de excepción; 3 Toque de queda; 4 Derechos constitucionales limitados; 5 Materia; 5.1 Normativa Constitucional; 5.2 Normativa de Salud; 5.3 Normativa Social; 5.4 Normativa Laboral; 5.5 Normativa de Movilidad Humana; 5.6 Normativa Judicial; 5.7 Normativa de la Contraloría General del Estado; 5.8 Normativa Tributaria; 5.9 Normativa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; 5.10 Normativa de la Junta de Regulación Monetaria y Financiera; 5.11 Normativa Electricidad; 5.12 Normativa de Telecomunicaciones; 5.13 Transporte: Agencia Nacional de Tránsito; 6 Dictamen constitucional N°1-20-EE; 7 Implementación tecnológica a raíz del Covid-19; 7.1 Firma electrónica; 8 Conclusiones; Referencias.

## 1 INTRODUCCIÓN

Para estudiar y analizar lo principal de la legislación ecuatoriana emitida a propósito de la pandemia del COVID-19 es necesario empezar por los Decretos Ejecutivos que declaran el estado de excepción y la renovación del primero que es el Decreto Ejecutivo 1017 del 16 de marzo de 2020, publicado en el Registro Oficial No. 163 del 17 de marzo del 2020, así como la expedición de un nuevo Decreto, el No. 1074, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 225 de 16 de junio de 2020. En lo medular y luego de muchos considerandos, en realidad demasiados, que bien pudieron ser resumidos en una sola página, el Decreto Ejecutivo No. 1017, en 17 artículos establece el *estado de excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional por la pandemia de Covid-19 hecha por la Organización Mundial de la Salud, que representa alto riesgo para toda la ciudadanía y afectación a los derechos de salud, convivencia pacífica y para garantizar los derechos de las personas ante la presencia en Ecuador del virus Covid 19* (Art. 1 Decreto. 1017)<sup>1</sup>. El objetivo de este estudio es tratar de determinar lo que se entiende por Estado de Excepción con señalamiento de los derechos constitucionales que, por causa de ese estado de excepción se limitan en su aplicación. Por la metodología utilizada de investigación pura, se examina el dictamen de la Corte Constitucional que esta tiene que emitir sobre la constitucionalidad del decreto que declare el Estado de Excepción puesto que, si dictamina desfavorablemente, no puede aplicarse ese Estado de Excepción. El problema estriba en determinar si la declaratoria de un estado de excepción se justifica en los hechos que implican una situación “de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural”<sup>2</sup> y que las medidas y los derechos constitucional que no se puedan aplicar son proporcionales idóneos a esas causas. La justificación esta dada por establecer la procedencia y constitucionalidad de un estado de excepción de acuerdo a los antecedentes faticos y los derechos que se limitan.

## 2 DESARROLLO EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Derivado del estado de excepción se dispuso la movilización en todo el territorio nacional de manera que todas las entidades de la administración pública central e institucional, en especial la Policía Nacional, Fuerzas Armadas, el Ministerio de Salud Pública y el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, en el marco de sus competencias, coordinen esfuerzos con la finalidad de ejecutar las acciones necesarias para mitigar los efectos del Coronavirus y el acceso efectivo de las personas a sus derechos (Art. 2 Decreto. 1017).<sup>3</sup>

Como consecuencia de ese estado de excepción, en el Art. 3 del mismo decreto, se suspende la libertad de tránsito, el derecho a la libertad de asociación y reunión, así como de información entre otros, asignándose al Comité de Operaciones de Emergencias Nacional, disponer los horarios y mecanismos de restricción a cada uno de estos derechos.<sup>4</sup>

El Comité de Operaciones de Emergencias Nacional que está regulado por el artículo 24 del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, es una instancia de coordinación interinstitucional conformada por una sección plenaria integrada por el Presidente y Vicepresidente de la República, secretarios y ministros de Estados, y una

---

1 Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1017, 2020, p.6-7.

2 Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.61-136.

3 Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1017, 2020, p.6-7.

4 Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1017, 2020, p.6-7.



sección de asesoría técnica y científica cuyos integrantes son representantes científicos, académicos y de entidades públicas. Estos organismos denominados COE, operan bajo el principio de descentralización subsidiaria, que implica la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico, como lo señala el artículo 390 de la Constitución de la República del Ecuador CRE. Los Comités de Operaciones de Emergencias Nacional COE, son provinciales y cantonales; y, la Secretaría Nacional Técnica de Gestión de Riesgos normará su conformación y funcionamiento.

El decreto No. 1017 determina la limitación del derecho a la libertad de tránsito que se ejercerá únicamente en el marco de una obligatoria cuarentena en las áreas de alerta sanitaria determinadas por la Autoridad Nacional de Salud para detener el contagio de la enfermedad y prevenir en el territorio la generación de nuevos contagios. En ese contexto la Policía y las Fuerzas Armadas, complementariamente, vigilarán el cumplimiento de esta limitación, cuya inobservancia implica la presunción de incumplimiento de la decisión de autoridad competente.<sup>5</sup>

### **3 TOQUE DE QUEDA**

Por lo expuesto, se declaró toque de queda a partir del 17 de marzo de 2020 en los términos que dispuso el Comité de Operaciones de Emergencias Nacional. Pero, obviamente, se exceptuó de la limitación de circulación a:

- 1) Las personas y quienes deban prestar un servicio público o un servicio privado básicos, de salud, de seguridad, comida, bomberos, aeropuertos, terminales terrestres, marítimos y fluviales, bancarios, víveres y otros, en especial los que ayuden a combatir la propagación del COVID-19;
- 2) Miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas;
- 3) Comunicadores sociales;
- 4) Miembros de misiones diplomáticas acreditadas en el país;
- 5) Personal médico, sanitario o de socorro;
- 6) Personas que deban trasladarse, por salud, a un centro médico;
- 7) Personas que circulen para abastecerse de víveres, medicamentos y combustibles;
- 8) Los demás sujetos y vehículos que determine el Ministerio de Gobierno (Art.5, Decreto 1052).<sup>6</sup>

Se suspendió la jornada laboral presencial comprendida entre el 17 y el 24 de marzo de 2020. Durante la suspensión presencial se debía garantizar la provisión de los servicios públicos básicos, de salud, de seguridad, comida, bomberos, aeropuerto, terminales aéreas, terrestres, marítimos y fluviales, bancarios, víveres y otros, en especial los que ayuden a combatir la propagación del COVID-19.

---

5 Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1017, 2020, p.6-7.

6 Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1052, 2020, p.6.

## 4 DERECHOS CONSTITUCIONALES LIMITADOS

Obviamente, los principales derechos constitucionales que estaban limitados por la declaratoria del estado de excepción fueron, principalmente, la libertad de tránsito y el derecho a la libertad de asociación y reunión, sujetos a los horarios y mecanismos que estableció el Comité de Operaciones de Emergencias Nacional, puesto que los Comités de Operaciones de Emergencias del Nivel descentralizado, coordinarán con las instituciones pertinentes y los medios idóneos de ejecución de la suspensión de esos derechos. Se determina en el artículo 4 que, la limitación de la libertad de tránsito se hará únicamente con la finalidad específica de mantener cuarentena comunitaria en las áreas de alerta sanitaria.<sup>7</sup>

Cabe anotar que, de acuerdo con el artículo 164 de la Constitución, el Presidente podrá declarar el estado de excepción en todo el territorio o en parte, entre otras razones por grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural y que, tal declaración no interrumpa las actividades de las Funciones del Estado. Esta disposición constitucional agrega que el estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad; y que, el decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial, duración, las medidas a aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan, de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales. *El plazo máximo de vigencia del decreto es de 60 días y podrá renovarse por 30 días más, quedando estipulado en el artículo 165 que, si el Presidente no renueva el Decreto o no lo notifica, se entenderá caducado.*<sup>8</sup> Por su parte, esta disposición está también desarrollada en el artículo 28 y siguientes de la Ley de Seguridad Pública y del Estado.

## 5 MATERIA

Derivado de lo anterior, se dictó una abundante y compleja legislación secundaria que, por su magnitud, solo vamos a enumerar y explicar de manera general en lo que estimamos más importante. Obviamente que, algunos temas podrían llegar a nivel judicial. Hecha esta precisión, cabe referirse a lo siguiente:

### 5.1 Normativa Constitucional

Resolución No. 004-CCE-PLE-2020, Suspensión de términos y plazos. Dictamen Constitucional sobre el estado de excepción No. 1-20-EE/20 del 19 de marzo del 2020.

Se reanudaron los plazos y términos previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en la Codificación del Reglamento de la Sustanciación de Procesos, que no fueron rehabilitados como consecuencia de la Resolución No. 005-CCE-PLE-2020. La reanudación de los plazos y términos surtirá efectos a partir del lunes 15 de junio de 2020. Resolución No. 007-CCE-PLE-2020. La entrada en vigencia de la resolución antes mencionada, entrará en vigencia una vez que el COE evalúe y determine la fecha de reinicio de actividades presenciales para el sector público en la ciudad de Quito. Resolución No. 008-CCE-PLE-2020.

---

7 Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1052, 2020.

8 Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.61-136; Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1052, 2020.

## 5.2 Normativa de Salud

Declaratoria de estado de emergencia en el sistema nacional de salud en el Ecuador por COVID-19, Acuerdo 0016-2020. Registro Oficial Suplemento 160 del 12 de marzo del 2020.

Formulario de declaratoria de Salud del viajero, Lineamientos del Ministerio de Salud frente al COVID-19, Lineamientos para el servicio pre-hospitalario, manejo clínico de infección respiratoria por COVID-19, Teleasistencia de salud mental.

Protocolo interinstitucional para la atención de emergencias por posible código ESPII, Transporte sanitario aéreo para pacientes con antecedentes y presunción de COVID-19.

Transporte sanitario aéreo para pacientes con antecedentes y presunción de COVID-19.

Protocolo para el aislamiento preventivo obligatorio en personas con sospecha y positivo a COVID-19.

Declaratoria de zona especial de seguridad a toda la provincia del Guayas, debido al COVID-19.

## 5.3 Normativa Social

Creación del bono de protección familiar por COVID-19, Decreto Ejecutivo No. 1022, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 173 del 31 de marzo de 2020.

## 5.4 Normativa Laboral

Directrices para la aplicación del Teletrabajo. Acuerdo A-MDT-2020-076 del 12 de marzo del 2020, del 15 de marzo de 2020.

Directrices para la aplicación de la reducción, modificación o suspensión de la jornada laboral. Acuerdo A-MDT-2020-077.

Directrices para la prevención y protección de los trabajadores y servidores públicos. Acuerdo A-MDT-2020-078.

Suspensión de audiencias, términos, plazos y prescripciones de trámites administrativos en el Ministerio de Trabajo. Acuerdo A-MDT-2020-009, del 16 de marzo del 2020.

Reformas expedidas al Acuerdo Ministerial MDT-2020-077, Acuerdo A-MDT-2020-080 del 15 de marzo de 2020, mediante el cual se sustituyeron y se incluyeron varios artículos relacionados con los horarios de trabajo, el pago de la remuneración y las modalidades de trabajo.

*Se determinó que la enfermedad del coronavirus (COVID-19) no constituye un accidente de trabajo ni una enfermedad profesional, en virtud de que la misma fue declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud. Resolución No. MDT-2020-022 del 28 de abril del 2020.*

Se dictó el Procedimiento emergente de atención de denuncias presentadas durante la declaratoria de estado de excepción. Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-089 del 28 de abril de 2020.

Se expidieron las directrices para la reactivación económica a través del retorno progresivo al trabajo del sector privado. Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-093.

Se determinó que se den facilidades de pago de aportes al IESS por los meses de marzo a junio de 2020, sin intereses ni recargos ni responsabilidad patronal (Art. 9 Ley Orgánica de Apoyo Humanitario [LOAH]).<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, p.1-21.

La aplicación injustificada de la causal de fuerza mayor o caso fortuito se indemnizará por despido intempestivo multiplicada por 1.5 (Art. 17).<sup>10</sup>

Durante los meses de abril, mayo, junio y julio del 2020 los afiliados al IESS podrán acogerse a la prestación del seguro de desempleo (Art. 22 LOAH).<sup>11</sup>

### **5.5 Normativa de Movilidad Humana**

Prorrogar el plazo de amnistía migratoria y del proceso de regularización por motivos humanitarios, conferido mediante Decreto Ejecutivo No. 826 del 25 de julio de 2019; y, Decreto Ejecutivo No. 1020 del 23 de marzo de 2020.

Aislamiento preventivo obligatorio por COVID-19 por 14 días a todo viajero que ingrese al Ecuador, Acuerdo No. 0000001, publicado en Registro Oficial Suplemento No. 161 del 13 de marzo de 2020.

Suspensión a partir del 19 de marzo de 2020, todos los plazos y términos relativos a los procedimientos administrativos sobre movilidad humana en ámbito del MREMH, durante la declaratoria de la emergencia. Acuerdo No. 00000035, publicado en el Registro Oficial-E No. 467 del 27 de marzo de 2020.

Normativa regulatoria para los ecuatorianos y extranjeros residentes que ingresen a Ecuador por accesos fronterizos. Resolución No. 000004, Registro Oficial E 486 del 8 de abril de 2020.

Expedición de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, que será comentada más adelante.

### **5.6 Normativa Judicial**

Restringir el ingreso y atención al público en las dependencias judiciales por la emergencia sanitaria del COVID-19

Suspensión de plazos o términos previstos en la ley para los procesos judiciales, excepto en infracciones flagrantes, mientras dure el Estado de Emergencia Sanitaria. Resolución Corte Nacional No. 04-2020.

Suspensión de plazos y términos en la sustanciación de los procedimientos disciplinarios en el Consejo de la Judicatura. Resolución 030-2020.

Protocolo para Notarías por COVID-19.

Suspensión de la labor de la Función Judicial. Resolución 031-2020.

Jornada Laboral en materia de flagrancia, penal, violencia contra la mujer y miembros del núcleo familia, tránsito, adolescentes infractores. Circular CJ-DG-2020-0910MC.

Se dejó sin efecto la suspensión de plazos y términos en la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales de Justicia. Resolución No. 05-2020 del 8 de mayo del 2020.

Se habilitaron los plazos o términos previstos en la ley para la presentación de nuevas acciones ante la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales. Resolución No. 07-2020 del 3 de junio del 2020, de la Corte Nacional de Justicia.

### **5.7 Normativa de la Contraloría General del Estado**

Se suspendieron todos los plazos y términos mientras dure el Estado de Excepción. Acuerdo No. A-007-CG-2020.EE 487 del 8 de abril del 2020.

---

10 Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, p.1-21.

11 Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, p.1-21.

Se dictó un Reglamento para recepción de documentos a través de la página web institucional para la gestión interna de trámites. Acuerdo A-008-CG-2020. EE. 487 8 de abril del 2020.

### **5.8 Normativa Tributaria**

Se suspendieron plazos y términos de todos los trámites administrativo tributarios. Resoluciones NAC-DGERCG20-00000022, NAC-DGERCG20-00000024, NAC-DGERCG20-00000026.

Se amplió el plazo para la presentación de los anexos tributarios.

Resolución SRI-RI-2020-0002- Registro Oficial E 466, 27 de marzo del 2020.

Se reformó el Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Decreto Ejecutivo 1021, Registro Oficial 173 31 de marzo del 2020.

Se dictaron normas para la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Resolución SRI NAC-DGERCGC20-0000044.

### **5.9 Normativa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros**

Suspensión de plazos y términos de todos los procesos administrativos. Resolución SCVS-INPAI-2020-00002712.

Prórroga de entrega de balances financieros y plazos de los procesos administrativos, coactivos y de acción de cobro. Resolución SCVS-INPAI-2020-00002715.

### **5.10 Normativa de la Junta de Regulación Monetaria y Financiera**

Ampliación por diferimiento extraordinario de obligaciones crediticias. Resolución 569-2020-F del 22 de marzo de 2020.

La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera deberá emitir una resolución para que durante el período de vigencia del estado de excepción y hasta 60 días después, todas las entidades del sistema financiero efectúen procesos de acuerdos con sus clientes para reprogramar el cobro de cuotas mensuales generadas por cualquier tipo de obligación crediticia. (Art. 12 LOAH).<sup>12</sup>

### **5.11 Normativa Electricidad**

Se suspendieron los plazos y términos administrativos en los procedimientos sustanciados por la Empresa Eléctrica de Quito EEQ, por COVID-19. Resolución GEG-0078-2020, Registro Oficial E 471 del 30 de marzo del 2020.

### **5.12 Normativa de Telecomunicaciones**

Se dictó directrices para la provisión y acceso a los servicios de telecomunicaciones por COVID-19. Acuerdo A-009-2020, Registro Oficial E 473 del 31 de marzo del 2020.

Se suspendieron los términos y plazos de los trámites, reclamos y recursos administrativos dictados por el Ministerio de Telecomunicaciones. Resolución 010-2020. Registro Oficial –E 473 del 31 de marzo del 2020.

---

<sup>12</sup> Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, p.1-21.



Se suspendieron los términos y plazos en Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL. Resolución ARCOTEL 2020-0124. Registro Oficial E 484 del 7 de abril del 2020.

Se dictó el Acdo. Ministerial No. 15 que expide la Norma Técnica que regula los medios electrónicos para los procesos de participación ciudadana en la Función Ejecutiva. Registro Oficial 231 del 24 de junio del 2020.

### **5.13 Transporte: Agencia Nacional de Tránsito**

Se dictó el Protocolo de Seguridad a fin de evitar la propagación del Coronavirus. Resolución 018-ANT-DE-2020-ANT.

Se dictó las medidas de prevención sanitaria. Resolución 019-ANT-DE-2020-ANT.

No se sancionó a personas que tenían matrículas de vehículos y licencias caducadas. Resolución 020-ANT-DE-2020-ANT.

Se suspendieron los plazos y términos de procesos administrativos. Resolución 021-ANT-DE-2020-ANT.

Se dictó lineamientos operativos para el Salvoconducto. Resolución 022-ANT-DE-2020-ANT.

Se suspendió la matriculación y revisión vehicular en la Ley de Apoyo Humanitario. (se comenta más adelante).

## **6 DICTAMEN CONSTITUCIONAL N° 1-20-EE**

La Corte Constitucional mediante dictamen N° 1-20-EE del 19 de marzo de 2020 ejerció su facultad de control de constitucionalidad, formal y material, sobre el estado de excepción, emitiendo dictamen favorable de constitucionalidad innecesariamente extenso con 70 considerandos en 23 páginas, cuando bastaba 3 o 4 considerandos, que están a la vista del mundo entero, en una página y 3 o 4 artículos en la parte resolutive, con las, también innecesarias y abundantes observaciones que, se desarrollan en los aspectos siguientes:

- a. Control sanitario.
- b. Garantía de libre tránsito de quienes laboran en áreas esenciales para combatir la calamidad y de quienes necesiten atender la salud y subsistencia, considerando las regulaciones señaladas en el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 1017, estado de excepción.
- c. El uso de los medios tecnológicos señalados en el artículo 11 del Decreto Ejecutivo, se circunscribe al marco de actuación descrito en la declaratoria del estado de excepción, y que no sea un medio de trasgresión de los derechos a la privacidad y a la no discriminación, debiendo velar por la protección de fuentes periodísticas (prensa) y otras libertades, haciendo que se proteja la información personal de los pacientes y de las personas examinadas sanitariamente.
- d. Las herramientas tecnológicas podrán utilizarse exclusivamente sobre las personas a quienes las autoridades de salud hayan dispuesto el aislamiento voluntario o medidas similares para lo cual, las autoridades deberán informar a quienes se encuentren en esta situación, el posible uso de la medida y su alcance.

- e. La supresión de vuelos y cierre de fronteras no son absolutas, por lo que se permitirá en circunstancias excepcionales el ingreso adecuado de personas nacionales y extranjeros con residencia en el país, debiendo imponerse los debidos controles sanitarios y directrices de las autoridades de salud.
- f. La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas deben ejecutar sus actividades con respecto a los estrictos derechos fundamentales y *aplicar el uso progresivo de la fuerza*. (subrayado es nuestro)
- g. La Corte recuerda que la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas deberán cumplir con los parámetros sanitarios dispuestos por las autoridades, que procuren proteger el derecho a la salud de sus agentes. Igual consideración deberá observarse para los desplazamientos del personal de salud.
- h. Las autoridades públicas de todos los niveles de gobierno deberán encuadrar sus esfuerzos con la cooperación y coordinación sea mediante los comités de operaciones de emergencia o mediante otras figuras.
- i. El comité de Operaciones de Emergencia atenderá las realidades locales o seccionales con constante coordinación con los diferentes gobiernos autónomos descentralizados y demás autoridades seccionales.
- j. Toda disposición emitida por los comités de operaciones de emergencia para complementar ordenado por el Presidente de la República (se entiende por análisis del Decreto 2052) será constitucional y necesario si es (i) en estricta coordinación con las autoridades correspondientes, conforme se ha indicado en el párrafo anterior; (ii) en atención a cumplir los objetivos del estado de excepción (iii) con fundamento en los requisitos de idoneidad y proporcionalidad; y, (iv) previamente informada a la ciudadanía por todos los medios posibles con el fin de brindar seguridad y certeza así como proteger y respetar los derechos que han sido suspendidos y limitados y aquellos que no son susceptibles de intervención y que permanezcan vigentes a pesar del estado de excepción.
- k. Que, en todo proceso judicial o administrativo por presunto incumplimiento de las medidas adoptadas, se debe salvaguardar el debido proceso, conforme a los artículos 76 y 77 de la Constitución, así como garantizar el cuidado sanitario sobre personas y bienes, a fin de evitar la propagación de la pandemia<sup>13</sup>.

Las autoridades que conforman el comité de operaciones de emergencia y toda persona en ejercicio de potestades públicas, tienen el deber irrestricto de sujetarse a las competencias y atribuciones que expresamente les confieren la Constitución y la Ley, conforme el artículo 226 de la Constitución.

Con sustento en los artículos 164 y 165 de la Constitución se enfatiza que la suspensión de derechos y las medidas excepcionales solo pueden ordenarse mediante decreto ejecutivo

---

13 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N° 1-20-EE del 19 de marzo de 2020, p.1-23.

de estado de excepción, sin perjuicio de las disposiciones complementarias que los comités de operaciones de emergencia nacional, provinciales, cantonales u otras autoridades emitan de acuerdo a sus competencias.

Recuerda al Estado y a la ciudadanía que aquellos derechos que no fueron expresamente suspendidos de acuerdo con el Decreto Ejecutivo, permanecen vigentes durante el estado de excepción.

La Corte destaca que el último inciso del artículo 166 *ibídem* se refiere a la Constitución, impone lo siguiente: Los servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.<sup>14</sup>

Para llegar a las observaciones que anteceden la Corte, en su dictamen de 23 páginas innumeradas, emitió las consideraciones y fundamentos en los párrafos innumerados que, para efectos prácticos hemos señalado del 7 al 76, y de los que extraemos lo siguiente:

En los artículos 164, 165 y 166 de la Constitución de la República y los artículos 119 a 125 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se describe el ámbito y los supuestos para la declaratoria del estado de excepción. (Considerando 8.)

Claro que el considerando anterior pudo simplificarse en el sentido de señalar que, en el decreto se cumple con lo dispuesto en los artículos 164 a 166 de la Constitución, así como en los artículos 119 a 126 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

A partir del considerando 9, la Corte pasa a desarrollar el control de constitucionalidad formal y material y, en los considerandos 10, 11, 12, 13 y 14 la Corte, innecesaria e inexplicablemente transcribe y resume todos los requisitos constitucionales y legales cumplidos en el Decreto 1017 para concluir que el estado de excepción prevé tales requisitos.

De otro lado, en la letra *B. Justificación de la declaratoria*, considerandos 15 a 17, se justifica la necesidad de declarar el estado de excepción porque la pandemia, a esa época ya reportaba más de doscientos cincuenta mil personas infectadas a nivel mundial (a esta época de 53.856 confirmados y 4.403 fallecidos en Ecuador y 9'600.000 confirmados y 490.000 fallecidos a nivel mundial); así como "varios casos importados" a nivel doméstico y la necesidad de adoptar medidas temporales de distanciamiento que ayuden a disminuir los contagios, cumpliéndose con el segundo requisito del artículo 20 de la LOGJCC, concretando la Corte que se cumplió con lo dispuesto en el artículo 120 de la LOGJCC.

En la letra *C. Ámbito territorial y temporal de la declaración*, que se desarrolla en el considerando 18, en el que la Corte advierte que, en el Decreto se ha cumplido con el requisito de definir el espacio territorial y temporal sobre el cual regirá.

En la letra *D. Derechos que sean susceptibles de limitación*, que se desarrolla en el considerando 19, la Corte concluye que el Decreto Ejecutivo se encuentra enmarcado dentro de los límites establecidos por la CRE por lo cual cumple con el requisito de afectar derechos susceptibles de limitación.

En la letra *E. Notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los Tratados Internacionales*, que se desarrolla en los considerandos 20 y 21 con lo cual la Corte concluye que el Decreto Ejecutivo 1017 se encuadra dentro de los estándares fijados por el artículo 120 de la LOGJCC.

En el considerando 22 que se desarrolla el Capítulo V. *Control material de la declaratoria*, se resume el artículo 121 de la LOGJCC, mientras que, en la letra A. *Que los hechos alegados*

---

14 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N° 1-20-EE del 19 de marzo de 2020, p.1-23.

en la motivación hayan tenido real ocurrencia, se analiza el considerando 23, remitiéndose a los hechos de conocimiento público, expuestos a disposición de la ciudadanía por la Organización Mundial de la Salud que, en su página web dice que el contagio del COVID 19 se ha intensificado en países en los cuales no se han adoptado medidas de distanciamiento social (físico) temporales y que es de público conocimiento que, el coronavirus ha afectado a más de doscientas cincuenta mil personas e irá escalando a niveles graves de vulneración de derechos, especialmente el derecho a la salud y a la convivencia pacífica entre ciudadanos.<sup>15</sup>

Y, finalmente, en el considerando cuadragésimo séptimo se manifiesta que es de conocimiento público mediante la difusión en medios de comunicación, que la ciudadanía no ha acatado de modo voluntario las medidas de prevención dispuesta el 14 de marzo de 2020 por el Comité Nacional de Operaciones de Emergencia (... 2 pie de firma) “Se citan como fuente varios reportes de medios de comunicación que dan noticia de movimientos masivos de personas hacia ciertos sectores, por razones comerciales o turísticas, y de la organización de eventos clandestinos con alta concurrencia de público.”

En el considerando 24 se invoca que, a lo señalado se suman los informes y actas técnicas No. 013-DNVE-2020 de la Dirección Nacional de Vigilancia Epidemiológica del Ministerio de Salud, donde se recomienda que se declare el Estado de Emergencia Sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud y enfrentar así un posible contagio masivo en la población.

En el considerando 25 se desarrolla la letra B. *Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural.* La corte ha verificado que los acontecimientos narrados en el Decreto se encuentran sustentados en varios informes, así como en declaraciones de organismos internacionales con competencia en salud y en sucesos públicos y notorios que confirman que los hechos han ocurrido.<sup>16</sup>

En el considerando 26 señala que más allá de haber verificado los hechos que motivaron la declaración del estado de excepción, la Corte debe verificar si estos hechos producen una situación de extrema gravedad, de tal naturaleza que configure una de las causales que ameritan la declaratoria de un estado de excepción, remitiéndose a los dictámenes anteriores de la misma Corte No. 0004-19-EE/19, No. 0003-19EE/19. Así como la sentencia No. C-216/11 de 29 de marzo de 2011 de la Corte Constitucional de la República de Colombia.

En los considerandos 27, 28, 29, 30 y 31, la Corte elabora una argumentación alrededor de la realidad de los hechos que justifican la declaratoria del estado de excepción.

Lo mismo ocurre con la letra C. *Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario,* desarrollado en el considerando 32, donde transcribe el artículo 363. 1 de la Constitución de la República. Y, así consta en el considerando 33 que se ha verificado en los considerandos del Decreto Ejecutivo No. 1017, una serie de acciones y planes adoptados por entidades estatales con el objeto de combatir la pandemia del Covid 19, de los cuales cita algunos ejemplos, dejando constancia en el considerando 34 que del Decreto Ejecutivo 1017 se puede colegir que se quieren medidas más efectivas para contener la propagación del virus, siento esto de conocimiento público y notorio, según las noticias de los medios de comunicación nacional que han sido citadas en el Decreto.

15 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N° 1-20-EE del 19 de marzo de 2020, p.1-23.

16 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N° 1-20-EE del 19 de marzo de 2020, p.1-23.

Así también, como consta del considerando 35, como los hechos que motivan el Decreto Ejecutivo 1017 no han podido ser abordados a través del régimen constitucional ordinario, sobre todo en lo que concierne al acatamiento de medidas preventivas tendientes a prevenir los contagios por COVID-19, se justifica la declaratoria del estado de excepción.

Continúa la extensa motivación en la letra *D. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República*. Sobre los límites temporales y espaciales (territoriales), estableciendo la Corte que el Decreto cumple con los principios de territorialidad y temporalidad del estado de excepción contemplados en el segundo inciso del artículo 164; inciso segundo del artículo 166 de la CRE y, con el numeral 3 del artículo 120 de la LOGJCC.

En el Capítulo VI *Control formal de las medidas dictadas*, desarrollado en el considerando 37, la Corte señala que el artículo 122 de la LOGJCC establece los requisitos formales de las medidas adoptadas: 1. Que se ordene mediante decreto; y, 2) Que se enmarquen dentro de las competencias de los estados de excepción.

Los requerimientos antes señalados, la Corte pasa a analizarlos así:

*A. Que se ordenen mediante decreto, de acuerdo con las formalidades que establece el sistema jurídico*. Sobre esto, la Corte dice que cabe destacar que, según el artículo 165 de la CRE, mediante declaratoria de estado de excepción sólo se puede limitar o suspender el ejercicio de los derechos a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información.

*B. Que se enmarquen dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los estados de excepción*.

En el considerando 39, la Corte argumenta que las medidas adoptadas con fundamento en el estado de excepción, tienen una temporalidad de 60 días y una extensión espacial en todo el territorio nacional, que son:

- (i) Movilización en todo el territorio nacional de todas las entidades de la Administración Pública Central e Institucional, en especial Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Ministerio de Salud Pública, Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencia.
- (ii) Suspensión del derecho a la libertad de tránsito y a la libertad de asociación y reunión, el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional dispondrá de los horarios y mecanismos de restricción a cada uno de estos derechos.
- (iii) Con relación al derecho a la libertad de tránsito señala que ésta se realizará únicamente con la finalidad de mantener la cuarentena comunitaria obligatoria en las áreas de alerta sanitaria determinadas por la Autoridad Nacional de Salud para contener el contagio de la enfermedad.
- (iv) Por el toque de queda, no se podrá circular en las vías y espacios públicos a nivel nacional a partir del día 17 de marzo de 2020, en los términos que disponga el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional.
- (v) Se suspende la jornada presencial de trabajo comprendida entre el 17 al 24 de marzo de 2020, para trabajadores y empleados del sector público y privado. Se dispone que todos los trabajadores se acojan al teletrabajo y que se asegure la provisión de servicios públicos básicos.



- (vi) Para determinar el alcance de la limitación al derecho a la libertad de asociación y reunión, se hará sobre los grupos poblacionales en alto riesgo determinados por la Autoridad Nacional de Salud que se encuentren dentro del cerco epidemiológico.
- (vii) Las requisiciones que haya lugar para mantener los servicios que garanticen la salud pública en todo el territorio nacional.<sup>17</sup>

En el *Capítulo VII Control material de las medidas dictadas*, desarrollado en el considerando 44, la Corte señala que sobre la base de los argumentos establecidos y al amparo de los números 1 a 7 del artículo 123 de la LOGJCC, corresponde al Pleno de la Corte Constitucional analizar el control material de las disposiciones prescritas en el Decreto de estado de excepción.

En el considerando 45, señala la Corte que como ya ha mencionado en el Dictamen No. 4-19-EE/19, se debe analizar si tales medidas son estrictamente necesarias y proporcionales para enfrentar los hechos que motivaron la declaratoria del estado de excepción.

En la letra A. *Sobre la suspensión de los derechos a la libertad de tránsito*, desarrollada en el considerando 46, dice que como en el artículo 3 del Decreto Ejecutivo se suspende el derecho a la libertad de tránsito, se dispone que el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional establezca los horarios y mecanismos de restricción, en el artículo 4 del decreto se determina que la finalidad es mantener cuarentena comunitaria obligatoria en las áreas de alerta sanitaria y, en el artículo 5 declara el toque de queda por el que no se podrá circular en las vías y espacios públicos a partir del 17 de marzo de 2020 con excepción de las personas detalladas en el mismo artículo.

*Y así... los considerandos llegan hasta el innumerado 76, todos en la línea de los que antes hemos anotado.*

Por espacio y lo tan repetitivo de los textos constitucionales y legales, omitimos mencionar los demás considerados para que la Corte haya dado su pronunciamiento sobre el estado de excepción que es eso, un dictamen que no tiene por qué contener toda una especie de legislación o confirmar o corroborar una legislación vigente al tiempo de emitir un mero dictamen, procedente, constitucional o inconstitucional de la declaratoria de un estado de excepción y es que, lamentablemente, el abuso de atribuciones, que llevará a que se le ponga freno, que hacen las Cortes Constitucionales y aún la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, cuando por vía de interpretación de los textos que, por su claridad meridiana no pueden ser interpretados de distinta manera, pretenden convertirse en legisladores, que es lo que en la práctica ocurre, abrogándose semejante facultad que no les ha sido conferida en texto constitucional alguno, pues una es la atribución y deber de legislar; y, otra la de dictar sentencias y efectivamente interpretar los textos constitucionales y legales que, solo procede desde el Derecho Romano, en los casos de obscuridad o falta de ley, en Ecuador contemplada en el artículo 18 del Código Civil, coincidente con el código de Costa Rica, Colombia y Chile y, derivados del Proyecto de Andrés Bello y este, a su vez, del Código de Napoleón que, a la letra manda lo siguiente: "Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley"<sup>18</sup>.

En el considerando 47 la Corte dice que el Decreto atribuye la determinación de ciertos aspectos al Comité de Operaciones de Emergencia Nacional y en el considerando 48,

---

17 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N° 1-20-EE del 19 de marzo de 2020, p.1-23.

18 Congreso Nacional. Código Civil del Ecuador, 2005, p.5.

observa que las medidas son idóneas para los fines propuestos, que estas adquieren mayor significado tomando en consideración que la Organización Mundial de la Salud ha declarado pandemia a la enfermedad causada por dicho virus.

En el considerando 49 la misma OMS ha advertido que el contagio del COVID-19 se ha intensificado en países en los cuales no se han adoptado medidas de distanciamiento social (físico) temporales por lo que, la Corte en el considerando 50 señala que cabe tomar en cuenta la gravedad de la pandemia y las consecuencias anotadas por la OMS para los países que no implementan mecanismos de distanciamiento social por lo que, las medidas analizadas contienen parámetros razonables y con suficiente justificación.

En los considerandos 51, 52, 53 y 54 la Corte dice que se encuentran debidamente comprobadas las circunstancias que establecen las suspensiones y restricciones.

En el considerando 55, la Corte establece que el uso de las tecnologías detalladas en el decreto es una medida idónea, necesaria y proporcional, debido a que optimiza los recursos humanos y materiales para lograr los fines del estado de excepción. Y añade en el considerando 56, que las herramientas tecnológicas son una medida que podrán utilizarse sobre aquellas personas a quienes las autoridades de salud han dispuesto de manera específica el aislamiento voluntario u otras medidas similares.

En el considerando 57 señala la Corte que entre los antecedentes del decreto ejecutivo se hace referencia al Acuerdo Ministerial No. 000003 del 14 de marzo de 2020, de los Ministerios de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el Ministerio de Gobierno que establecieron una serie de medidas que incluyen la suspensión total de los vuelos de compañías de aviación que transporten pasajeros desde destinos internacionales al Ecuador; y, que el COE Nacional en sesión del 14 de marzo de 2020 resolvió el cierre de la mayoría de pasos fronterizos terrestres. También anota la Corte que las restricciones señaladas, responden a parámetros utilizados internacionalmente para combatir la propagación del virus, pero que no son medidas absolutas, por lo cual el Estado permitirá el ingreso adecuado de las personas nacionales y extranjeras con residencia en el país, que se encuentren en tránsito, debiendo imponerse los debidos controles sanitarios y la sujeción a las directrices emitidas por las autoridades de salud.

Establece también la Corte, en el considerando 59, que las autoridades y servidores públicos son responsables de cualquier abuso cometido en el estado de excepción, de acuerdo con el artículo 166 de la Constitución.

En la letra *B. Sobre la suspensión del derecho a la libertad de asociación y reunión*, desarrollado en el considerando 60, sostiene la Corte que en el Artículo 3 del Decreto Ejecutivo se suspende el derecho a la libertad de asociación y de reunión, disponiéndose que el COE Nacional establezca los horarios y mecanismos de restricción. Así también que en el artículo 9 se determina que el alcance de la limitación a las libertades señaladas se realizará en aquellos grupos poblacionales de alto riesgo, fijados por la autoridad nacional de salud, que se encuentren en el centro epidemiológico, añadiendo que la ciudadanía deberá permanecer en cuarentena comunitaria obligatoria en los términos que disponga el COE Nacional.

En el considerando 61, la Corte dice que, así como se señaló en el considerando anterior, se observa que las medidas antes detalladas son necesarias e idóneas para evitar el contagio masivo con el COVID-19 en el territorio ecuatoriano, protegiéndose así el derecho a la salud y en definitiva el derecho a la vida. Estima la Corte que la restricción del contacto entre particulares como medida de distanciamiento social (físico) ha sido considerada por la Organización Mundial de Salud, como un mecanismo para evitar la intensificación con el contagio del virus. Señala además la Corte, que está comprobado que la coyuntura actual

con relación al COVID-19 sobrepasa los márgenes de acción de las autoridades estatales en circunstancias ordinarias, por lo que las limitaciones del derecho a la libertad de asociación y de reunión son de criterio razonable que reflejan la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones con los fines que se busca proteger.

En la letra C. *Sobre la suspensión de la jornada laboral presencial*. La Corte desarrolla en el considerando 63 y observa que, respecto de la medida de suspender la jornada presencial de trabajo comprendida entre el 17 al 24 de marzo de 2020 para todos los trabajadores y empleados públicos y privados, ha sido incluida como parte en un decreto por medio del cual se declara un estado de excepción y que, contrariamente a la naturaleza de las medidas propias de dichos decretos, la suspensión de la jornada laboral es una facultad prevista por el régimen legal ordinario a favor de la Presidencia de la República conforme consta de la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica del Servicio Público, que manda: “*El Presidente de la República, mediante decreto ejecutivo, podrá suspender la jornada de trabajo tanto para el sector público como para el privado, en días que no son de descanso obligatorio, jornada que podrá ser compensada de conformidad con lo que disponga dicho decreto*”.

Así, en el Capítulo VIII expresa la Corte que: “*En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional*” como si se tratase de un juicio y no de un mero dictamen, resuelve:

Emitir dictamen favorable sobre la declaratoria del estado de excepción, agregando en numerales del 1, que tienen literales de la a) a la k) al numeral 5, una serie de observaciones, deberes y advertencias que tienen, por ejemplo, las autoridades que conforman los Comités de Operaciones Nacionales; y, destaca, ahí sí para mayor abundancia, en el numeral 3 que las medidas excepcionales sólo pueden ordenarse mediante decreto ejecutivo de estado de excepción. Y en el numeral 4, partiendo del supuesto de la mala memoria del ente jurídico político denominado *Estado*, textualmente dice:

“*Se recuerda al Estado y a la ciudadanía que aquellos derechos que no fueron expresamente suspendidos en el Decreto Ejecutivo NO. 1017 de 16 de marzo de 2020, permanecen vigentes durante el estado de excepción*”. (*Negrillas son nuestras*)

Para concluir, en el numeral 5, innecesariamente, como tantos otros pasajes y textos, destaca las responsabilidades por abuso que hubieren cometido las servidoras y servidores públicos.

El tema se complicó más en Ecuador porque estando en plena pandemia feneció la prórroga de 30 días al primer estado de excepción decretado por el presidente con base en el artículo 164 de la Constitución que, en lo pertinente, textualmente señala que el presidente pueda decretarlo. El inciso 2 del artículo 166, manda que:

El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado.<sup>19</sup>

Esto da a entender claramente que el estado de excepción podrá decretarse por una vez renovable por 30 días más y que, ahora, a diferencia de antes, el presidente deberá decretar su terminación.

Sin embargo, el Decreto 1074 del 15 de junio del 2020 no prorroga el estado de excepción, como no podía hacerlo, pero constituye uno nuevo que no señala en los

---

19 Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.61-136.

considerandos contenidos en 14 extensas, repetidas e innecesarias páginas con 46 innumerados considerandos que, de acuerdo con la natural interpretación no podían haberse dictado; mas, frente a los derechos a la salud y a la vida, prevalecerían estos para dictar ese nuevo estado de excepción que tiene 9 artículos principales, puesto los artículos 10 y 11 son relativos a la notificación, el artículo 12 disponiendo a varios Ministerios de Estado que informen la evolución de la COVID-19; y, en el artículo 13 a la ejecución de ese decreto.

No se puede dejar de señalar el lamentable gazapo de darle una definición marinera a este nuevo estado de excepción, cuando en el artículo 12 se refiere el *“abordaje de la emergencia económica en el Ecuador”*, sugiriendo, involuntariamente tal vez, que va esa emergencia en una nave que habría que abordar para que, *cuerpo a cuerpo esta ley la derrote*.

Y así, en este último estado de excepción sobre el cual, al momento de escribir estas líneas, no existe todavía el pronunciamiento de la Corte Constitucional que dictamine sobre la suspensión y limitación de los mismos derechos constitucionales del primer estado de excepción.

## **7 IMPLEMENTACIÓN TECNOLÓGICA A RAIZ DEL COVID-19**

En materia de modernización de los aparatos de justicia, tenemos en lo principal, que en Ecuador el 11 de abril de 2002 se dictó la Ley de Comercio Electrónico, en la que ya se contemplaba la firma electrónica, esta ley se publicó en el Registro Oficial No. 557 del 17 de abril de 2002.<sup>20</sup> De otro lado, hace poco tiempo, en el Registro Oficial 151 del 28 de febrero de 2020 se publicó la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que contempla plataformas de fondos colaborativos o CROW Funding, cuyo objeto social es la búsqueda de financiamiento de proyectos; se conectan mediante internet a personas públicas, privadas u otras que requieren capital para un determinado proyecto, con o sin fin de lucro.

En materia judicial y en lo que vemos directamente a su modernización, existen los instrumentos jurídicos de última data, a saber:

### **7.1 Firma electrónica**

El Consejo de la Judicatura, para evitar aglomeraciones de usuarios y también para evitar la interrupción de la actividad judicial, obtuvo por parte del Ministerio de Telecomunicaciones, la acreditación para tener su propia entidad certificadora de firmas electrónicas, para poder proporcionar esta firma electrónica a todos los abogados del país, para la presentación de escritos a través de la ventanilla virtual que el Consejo de la Judicatura creó.

Desde el 22 de mayo de 2020, se dictó un Manual para el usuario de ventanilla virtual para ingreso de escritos, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de la ciudadanía durante la emergencia sanitaria que atraviesa el país, sin poner en riesgo su salud, ni la de las y los servidores judiciales, para el ingreso de escritos firmados electrónicamente en las causas que se encuentran en trámite, tanto en el sistema oral como en el escrito, fue necesaria la implementación de una herramienta informática, a manera de “ventanilla virtual”.

El Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución 045-2020, de 7 de mayo de 2020, en su artículo 2, dispuso:

Artículo 2.-Ventanilla virtual. -Implementar la ventanilla virtual para la prestación del servicio de justicia, para lo cual se habilitará en la página web del Consejo de

---

20 Congreso Nacional. Ley de Comercio Electrónico. Registro Oficial No. 557, 2002.

Judicatura y de la Corte Nacional de Justicia un formulario virtual para el ingreso exclusivo de escritos dentro de las causas en trámite, firmados electrónicamente.<sup>21</sup>

La herramienta antes mencionada estará habilitada para el acceso al público de lunes a viernes, en el horario de 08h00 a 15h00, a través de la página web del Consejo de la Judicatura, con el fin de que se puedan ingresar escritos firmados electrónicamente para la tramitación de causas ya existentes.

El 18 de mayo de 2020, se hizo conocer el protocolo para que se hagan las audiencias virtuales en la Corte Nacional de Justicia, máximo órgano de administración de justicia ordinaria del Ecuador, consciente de la necesidad imperante de volcar sus recursos humanos y tecnológicos para garantizar la continuidad del sistema, velando por la tutela judicial efectiva de los derechos y el debido proceso, emitió el protocolo para la realización de audiencias virtuales en la institución, cuyo objetivo es priorizar su uso durante esta época de emergencia sanitaria para minimizar el riesgo de contagio de Covid-19 evitando las aglomeraciones de personas en la institución.

De otro lado, la Corte Constitucional implementó la publicidad de las audiencias para que a raíz de la pandemia COVID 19, se pueda asistir de manera virtual las audiencias que convoca el Pleno.

Además, implementó un novedoso sistema llamado “Sistema Automatizado de la Corte Constitucional” (SACC) para poder presentar demandas o escritos de manera virtual, solamente creando un usuario y disponiendo de firma electrónica.

El Ministerio de Educación, a través del ACUERDO Nro. MINEDUC-MINEDUC-2020-00014-A: Se dispuso la suspensión de clases en todo el territorio nacional y además se dispuso al personal administrativo y docente del Sistema Nacional de Educación, continuar con sus labores mediante la modalidad de *teletrabajo* de acuerdo con la normativa que el ente rector del trabajo expida para el efecto. (15 de marzo del 2020).

Por su parte, el Ministerio del Trabajo Mediante *Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-076*, del 12 de marzo de 2020, expidió las directrices para la aplicación del teletrabajo emergente durante la declaratoria de emergencia sanitaria.

El Servicio de Rentas Internas (SRI), mediante *Resolución Nro. NAC-DGERCGC20-00000023*, expidió la reglamentación especial para la recepción de documentos a través de medios electrónicos del Servicio de Rentas Internas y para su gestión interna mientras dure el estado de excepción.

## 8 CONCLUSIONES

Finalmente se aprobó la Ley Orgánica (en Ecuador ahora a todas las leyes se las denomina Orgánicas) de Apoyo Humanitario, que se publicó en el Registro Oficial No. 229 del 22 de junio de 2020, y trae las disposiciones de apoyo a quienes han perdido sus empleos y han disminuido sus ingresos, así como de muchos habitantes que, a consecuencia de la pandemia requieren tratamiento especial en salud, educación, servicios básicos y en lo laboral.

En las disposiciones reformativas se desarrolla el “Teletrabajo”, mediante un reglamento específico que se agrega a continuación del artículo 16 del Código del Trabajo, se contempla que la terminación de la relación laboral estará sujeta al cese total y definitivo de la actividad económica del empleador; y, a establecer normas relacionadas inclusive con

---

21 Consejo de la Judicatura. Resolución 045-2020, p.1-5.



el tránsito vehicular, con los precios de los productos de consumo popular y la fijación de los precios de la canasta básica que estará a cargo de la Función Ejecutiva.

La legislación que se ha dictado a propósito de la pandemia, ha sido expedita, abundante y eso, obviamente, ha llevado a errores, inclusive en aspectos técnico jurídicos que se han ido superando, siendo entendido que casi toda esa legislación, que algunos denominan informal porque no tiene el carácter de ley, salvo la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, tiene una vigencia limitada en el tiempo que dure la emergencia sanitaria que agobia a la humanidad toda.

## **REFERENCIAS**

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.61

Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, 2020, p.1-21.

Congreso Nacional. Código Civil del Ecuador. 2005, p.5.

Congreso Nacional. Ley de Comercio Electrónico. Registro Oficial No. 557, 2002.

Consejo de la Judicatura. Resolución 045-2020, p.1-5.

Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N° 1-20-EE del 19 de marzo de 2020, p.1-23.

Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1017, 2020, p.6-7.

Presidencia del Ecuador. Decreto Ejecutivo 1052, 2020, p.6.

# O IMPACTO DO CORONAVÍRUS NO DIREITO E NO ESTADO

**José Luiz Quadros de Magalhães**

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Minas Gerais. Presidente Internacional da Rede para um constitucionalismo democrático latino-americano.

---

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Um breve passeio pelo século XX; 3 Mudar tudo; 4 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Vivemos um momento de transição de extrema radicalidade. O sistema mundo moderno chega ao seu fim. Não por causa de uma revolução, uma ruptura política, mas pelo seu esgotamento e pelas consequências destrutivas de seu projeto desenvolvimentista, competitivo e individualista. A modernidade construiu uma racionalidade própria, fundada em determinadas compreensões, crenças e justificativas. Podemos ressaltar como característica desta sistema mundo, construído a partir de uma referência histórica simbólica, o ano de 1492<sup>1</sup>, as seguintes ideias: a) uma lógica binária subalterna, um mundo simplificado, hegemônico, branco e masculino, onde tudo que não se enquadra no masculino branco e europeu é considerado inferior; b) um processo de uniformização dos nacionais, como pressuposto necessário para viabilizar o poder do estado moderno centralizado, altamente hierarquizado, territorial e soberano; c) a imposição de uma visão da história linear, sustentada por filósofos modernos da importância de Hegel, defendendo que as diversas civilizações estariam em graus distintos de evolução, transformando assim, o outro, não branco e europeu em inferior, que logo, deve ser civilizado e padronizado seguindo o modelo do colonizador; d) a transformação da filosofia e do direito europeu em padrão universal, o falso universalismo europeu; e) a invenção do indivíduo, racional (inicialmente o homem branco europeu) separado da natureza: Descartes sustentou que corpo e razão (espírito, alma) são separados, abrindo espaço para todas as violências contra o outro inferior, aquele selvagem, que não tem alma, não tem razão, os corpos sem alma, das mulheres, dos não brancos, dos não masculinos; f) e, finalmente, a transformação da natureza em recurso a ser permanente explorado pelo homem.

Esse sistema mundo criou todas as condições para o seu fim, gerando um processo acelerado de expansão econômica capitalista, fundada na competição, no mito do trabalho como esforço que levará ao sucesso e acesso aos bens materiais que permitem conforto e felicidade. O crescimento rápido da produção de bens, com a revolução industrial, acelerou o crescimento das cidades, da população, das fábricas, dos conflitos sociais, das guerras, da exploração da natureza, entre outros fatores, resultando no impasse agora vivido: a pandemia em 2020 é apenas mais um efeito da exploração e destruição sistemática da natureza. O aquecimento global é um “xeque-mate” no sistema mundo colonial moderno. Entretanto, muitos ainda não perceberam que o jogo não pode continuar e continuarão insistindo em reproduzir seu mecanismo, o que irá acelerar a inviabilização de nosso modo de viver.

Acrescentamos ainda um outro fator importante que modificará completamente nossa relação com o tempo: os gigantescos e rápidos avanços na tecnologia de produção e informação, e o uso da “Inteligência Artificial”. O uso da I.A. dentro da lógica ainda fortemente hegemônica, individualista e competitiva (comportamentos sustentados na crença no desenvolvimento, crescimento e progresso como ideias e valores positivos que devem e podem ser permanente buscados), levará ao fim da sociedade como conhecemos, e logo na obsolescência do ser humano para desempenhar os trabalhos e tarefas diversas, que preenchem a vida das pessoas durante a modernidade. Miologias serão abandonas e

---

<sup>1</sup> O ano de 1492 é utilizado por Enrique Dussel, e seguido por outros autores decoloniais, como referência simbólica para o início da construção do primeiro sistema mundo, o sistema mundo colonial moderno, pois neste ano ocorreram três eventos (acontecimentos) importantes para explicar a nova era: a) o início da invasão da América (nome dado pelo invasor a essas terras); b) a expulsão dos “outros” considerados mais diferentes, árabes muçulmanos e judeus, da península ibérica; c) a primeira gramática normativa do castelhano, quando então o nascente Estado Moderno toma para seu controle a língua, a gramática, iniciando um sofisticado processo de controle de produção do saber, de controle do pensar e do comportamento de seus súditos, mais adiante transformados em cidadãos, cada vez mais controlados e formatados.

sistemas serão desmontados. Entre várias, acaba a sociedade do trabalho. O trabalho humano é cada vez menos necessário e centenas de milhões de pessoas tornaram-se absolutamente desimportantes. Seus corpos não são mais necessários nem para serem explorados. O fim do capitalismo enquanto sistema econômico, fundado na ideia construída por Marx de mais valia, vai chegando ao final, entretanto, não da maneira pela qual muitos lutaram, trabalharam e sonharam. O capitalismo enquanto um sistema fundado na “mais-valia”, chega ao final, pelo motivo de que não é mais necessária a “mais-valia” (não é mais necessária a exploração do trabalhador) para a manutenção e expansão do poder e riqueza daqueles que detêm os meios de produção, dos que detêm o poder, e agora detêm a tecnologia para satisfazer e proporcionar tudo. Em outras palavras, o que se anuncia pode ser pior, pois a desnecessidade da exploração do trabalhador não significa, na racionalidade vigente de competição e egoísmos, a sua libertação, mas sim a descartabilidade das pessoas.

É obvio que a tecnologia e a I.A. não são um mal em si. O problema é como, dentro da racionalidade individualista, egoísta e competitiva, atualmente hegemônica, serão usados esses recursos tecnológicos poderosos.

O momento de ruptura é agora, os desafios estão postos, o esgotamento do sistema mundo moderno é um fato e nossas vidas mudaram, de repente, de forma radical. A pergunta é: o que fazer?

Para pensarmos o que fazer com o que somos, sujeitos modernos, precisamos entender o que está posto. As peças e regras do antigo jogo moderno já não respondem aos desafios e necessidades. Para tudo que vamos pensar, fazer, criar e transformar, a partir de agora, precisamos levar em consideração o que está acontecendo. O que chamávamos de normalidade, antes da reclusão imposta pela pandemia global, desapareceu. Mais do que isso: foi aquela normalidade que nos trouxe até aqui e, portanto, o seu retorno não é possível, como não seria desejável.

Alguns desafios, portanto, devem ser, sempre, levados em consideração.

Primeiro, o sistema mundo moderno, suas engrenagens e sua racionalidade não mais continuarão. As palavras, os conceitos construídos, não mais dão conta de descrever o que vivemos, e logo, são insuficientes para construir soluções. É necessário desapegar das ideias e teorias daquele sistema que desaparece diante dos nossos olhos.

Segundo, da mesma forma, o que somos, como sujeitos modernos trabalhadores, com nossos hábitos e valores, está sendo radicalmente desafiado: a obrigação de nos isolarmos, nos distanciarmos, o medo crescente do contato, o trabalho doméstico, as tecnologias de controle, a perda da privacidade e intimidade, curiosamente no momento em que muitos estão trancados em casa, nos afeta de maneira que não podíamos imaginar. Em que pessoas estamos nos tornando, mergulhados no isolamento e no medo e sem possibilidade de escolha, ou mesmo, sem sequer, a possibilidade de nos enganarmos de que escolhemos algo.

Mas mergulhados na crise, o mal funcionamento do sistema mundo, ao lado das possibilidades de comunicação global em tempo real, nos revelou possibilidades infinitas. As fissuras no sistema, nos permitiu enxergar uma imensa diversidade de maneiras de viver, sentir, perceber, amar e experimentar o mundo. Do mundo monocromático moderno, uniformizador, descobrimos que somos diversos, de infinitas cores. A descoberta desses outros e outras, de outras epistemologias, outras gramáticas, outras filosofias, outras organizações sociais, econômicas e políticas, outras histórias, nos mostra que não estamos condenados a continuar vivendo da maneira como sempre pensamos, e que existem outros saberes e outras cosmovisões que podem nos resgatar do “pântano” moderno. Uma imagem interessante pode os ajudar a enxergar nossas múltiplas possibilidades. No livro “As aventuras do Barão

de Munchausen” há uma cena interessante. O barão, atolado em um pântano, puxa seus próprios cabelos para sair do atoleiro. O sistema mundo moderno colonial encobriu as outras formas de ser e viver. Essas outras formas hoje se revelam, mostram-se com toda diversidade diante de nossos sentidos e se infiltram nas fissuras do sistema. São esses outros saberes, essas outras pessoas, sistemas, cosmovisões e cosmosentimentos, que representam a mão das(os) outras(os) estendida para nós, que nos tirará do pântano em que o sistema mundo colonial moderno nos jogou. Enquanto insistirmos em sair puxando o nosso próprio cabelo, mais afundamos e inviabilizamos um outro futuro.

No campo do conhecimento jurídico, percebemos agora, com clareza a completa inadequação de um sistema já há muito superado, mas que insistentemente nos é imposto como solução. Vamos neste artigo, fazer uma breve viagem pelo direito constitucional do século XX, desde a superação histórica do estado liberal, até o seu retorno enquanto farsa na década de 1980, como um mero discurso que encobre as práticas neoconservadoras das quais a humanidade é vítima hoje. A pandemia revelou se forma clara a inaptidão do neoliberalismo para enfrentar os novos desafios representados pela gravidade da crise ambiental, com o aquecimento global e a pandemia, assim como o uso de novas tecnologias. Pretendemos demonstrar, a seguir como historicamente o constitucionalismo liberal foi superado pelo constitucionalismo social, que ofereceu uma estrutura de bem-estar social que, entretanto, também encontra barreiras insuperáveis, como a impossibilidade de sustentar um modelo de crescimento quantitativo da exploração da natureza que corresponda às necessidades de uma sociedade de consumo. Assim, concluiremos com a urgência na construção de um outro direito, de uma outra sociedade e economia, para muito além das formulas modernas, agora superadas. É absolutamente absurdo continuar fazendo o mesmo, ignorando a radicalidade do momento presente, que exige de nós coragem, desapego e criatividade.

## **2 UM BREVE PASSEIO PELO SÉCULO XX**

A Constituição de Weimar de 1919 marcou o início do Estado Social alemão, servindo de modelo para diversos outros Estados europeus. A Primeira Guerra Mundial, reflexo de todas as tensões sociais internas causadas pela incontável miséria em vários países europeus, foi decisiva para a Revolução Russa em 1917 e, quase um ano depois, para o movimento popular de marinheiros, soldados e operários que proclamou a república na Alemanha.

Percebe-se nesse momento que o Estado deveria deixar sua conduta abstencionista consagrada pelas constituições liberais e garantir os direitos sociais mínimos da população. Para que realmente os direitos individuais pudessem ser usufruídos, deveriam ser garantidos os meios para que isso fosse possível. Dessa forma, se o liberalismo proclama a liberdade de expressão e de consciência, deve toda população ter acesso ao direito social à educação, para formar livremente sua consciência política, filosófica e religiosa, e ter meios ou capacidade de expressar essa consciência, superando assim a perspectiva individualista passiva de declaração de direitos fundamentais contida no pensamento liberal clássico. Portanto, os direitos sociais e econômicos aparecem como mecanismos de realização dos direitos individuais de toda população. Não há liberdade sem meios materiais para exercê-la. Percebe-se desde o início que, embora os direitos individuais, sociais e econômicos sejam grupos de direitos com características próprias, não podem ser tratados de forma estanque. Quando no pós-Primeira Guerra Mundial, as novas constituições sociais trazem os direitos fundamentais, não se referem somente dos direitos individuais, mas também aos direitos sociais, econômicos e políticos. Daí a



estranheza de hoje, depois de tanto tempo, ainda existirem “juristas” que não reconhecem direitos sociais e econômicos como direitos fundamentais. Estes novos componentes dos direitos fundamentais passam, a partir desse momento, a formar um novo todo indivisível dos Direitos Humanos. Note-se que a ideia do Estado Social também contém outro direito fundamental, que vem se afirmando lentamente no século XIX: os direitos políticos, entendidos principalmente como direito do povo de participar do poder do Estado, votando ou sendo votado. É a democracia social.

Os direitos sociais e econômicos, com a Constituição do México de 1917 e a de Weimar (Alemanha) de 1919, passam a ser considerados direitos fundamentais dos seres humanos, integrando os novos textos constitucionais. Na mesma época começa também a internacionalização dos Direitos Humanos. É criada a Sociedade das Nações e, especificamente no campo dos direitos sociais, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). O Direito do Trabalho é o direito social por excelência, sendo que os precursores da ideia de uma legislação internacional são dois industriais, o inglês Robert Owen e o francês Daniel Le Grand, no começo do século XIX.

Explica Amauri Mascaro do Nascimento:

Para o direito do trabalho, o Tratado de Versalhes (1919) assumiu especial importância, pois dele surgiu o projeto de organização internacional do trabalho. A Parte XIII desse tratado é considerada a Constituição Jurídica da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e foi complementada pela Declaração de Filadélfia (1944) e pelas reformas da Reunião de Paris (1945) da OIT. A atividade normativa da OIT consta das Convenções, Recomendações e Resoluções que podem depender ou não de ratificação dos Estados Soberanos: ‘As Convenções Internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais’.<sup>2</sup>

Durante a Primeira Grande Guerra também percebem os que estão no poder, a necessidade de se criar um mecanismo encarregado de fazer valer um certo ideal de relações internacionais que, conforme Stanley Hoffmann, pode se chamar de um ideal de submissão dos Estados a grandes princípios jurídicos definidos na Carta da Sociedade das Nações.<sup>3</sup>

A Sociedade das Nações foi criada em Versalhes sob a influência do Presidente norte-americano Wilson, trazendo uma esperança de paz, obviamente naquele momento, claramente, a paz para os Estados colonizadores. Logo após, outros textos se sucedem: a conferência de Washington sobre desarmamento em 1921, e o Pacto *Briand-Kellog* de 1928, condenando a guerra, são exemplos dessas etapas em direção à paz entre as potências, que, entretanto, muito brevemente se transformaria em grande decepção. Embora houvesse uma certa unificação do progresso social graças à criação do OIT, muitos governantes europeus hesitavam entre uma política social e uma atitude conservadora que facilitasse os empreendimentos capitalistas.<sup>4</sup>

A grande crise econômica de 1928-1929, especialmente brutal nos Estados Unidos, consequência direta da relação entre a produção e a repartição, mostra a fragilidade de mundo liberal, introduzindo a questão do direito econômico como outro elemento essencial

---

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed, São Paulo: Saraiva, 1989, p.63.

3 HOFFMANN, Stanley. *Organisation internationales et pouvoirs politiques des états*. Paris: Armand Colin, 1954, p. 119.

4 THORAVALL, Jean. *Les grandes étapes de la civilisation française*. Paris: Bordas, 1978, p. 404-405.

dos Direitos Humanos. Essa crise aumentou a influência da ideia fascista do Estado Totalitário, já introduzido na Itália da década de 20 e nascente na Alemanha e outros Estados na década de 30. O Estado Social (social liberal) mal nascera e já cede lugar a um outro tipo de Estado Social (o social fascismo): opressor e violento, onde os direitos individuais e políticos são ignorados. Vamos pensando no que acontece hoje.

Leandro Konder, em estudo sobre o fascismo, escreve:

O fascismo italiano de Mussolini extraiu de Sorel muitos aspectos de sua concepção de violência, muito do seu entusiasmo pelos 'remédios heróicos'; extraiu de Nietzsche sua ética aristocrática, seu culto do 'super-homem'. O fascismo alemão de Hitler também aproveitou algo de Nietzsche e se apoiou decisivamente nas ideias racistas de Eugen Dühring (aquele professor cego de Berlim contra quem Friedrich Engels polemizou), de Paul Botiches e sobretudo de Houston Stuart Chamberlain. Na França, o fascismo de Charles Maurras e Leon Daudet foi precedido pelo racismo de Arthur de Gobineau (o amigo do Imperador Pedro II), de Vacher de Lapouze e de Gustave Le Bon, além de ter encontrado importantes pontos de apoio nos escritos de Joseph de Maistre, de René de La Tour du Pin e de Maurice Barrès. De maneira geral, todo pensamento de direita que, ao longo do século XIX, se empenhou na 'demonização' da esquerda, desempenhou um papel significativo na preparação das condições em que o fascismo pôde, mais tarde, irromper.<sup>5</sup>

Segundo Leandro Konder, o fascismo e o nazismo, financiados pelo grande capital, na época nacional (o mesmo que hoje é globalizado e neoliberal), é ultranacionalista, antiliberal, antidemocrático, antissocialista (embora assuma o discurso social e o nome de nacional socialismo), anticomunista, anti-operariado, resolvendo o problema do grande capital nacional da Alemanha, da Itália, do Japão que, à época, excluídos da repartição do mundo que representou o Tratado de Versalhes, queriam a força para reivindicar espaço, a economia dirigida voltada para a guerra para organizar a economia caótica e a promessa social para afastar o socialismo, teoria internacionalista, combatida com o discurso social ultranacionalista do fascismo e do nazismo.

A falta de coordenação entre países-chave da Sociedade das Nações pôs em xeque a organização. O desemprego generalizado na Alemanha (cerca de 5 milhões e meio de desempregados em 1933) explica o sucesso crescente do Partido Nacional Socialista de Hitler, que se tornou o único representante do poder Alemão em 1934. Pouco tempo, depois o mundo se encontrava no mais violento conflito armado, que levou à morte milhões de pessoas. Marcou a Segunda Guerra Mundial o sacrifício da população soviética, país-chave na vitória aliada; a perseguição violenta e genocida dos judeus em toda a Europa; e o crime inesquecível das bombas nucleares norte-americanas sobre Hiroshima e Nagasaki, no Japão, cujos efeitos, após a explosão conduziram à morte lentamente aqueles que foram expostos à radiação da Bomba Atômica durante décadas.

Após a Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade da criação de mecanismos eficazes para proteger os Direitos Humanos nos diversos Estados. Já não se podia mais admitir o Estado nos moldes liberais clássicos de não-intervenção. O Estado está definitivamente consagrado como administrador da sociedade e convém, então, aproveitar naquele momento, os laços internacionais criados no pós-guerra para que se estabeleça um núcleo fundamental

---

5 KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 28.

de Direitos Humanos Internacionais.<sup>6</sup>

Dentro desta perspectiva temos a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, dentre outras declarações, convenções e pactos, além de organizações não-estatais, das quais atuam hoje com maior destaque a Anistia Internacional, a Comissão Internacional dos Juristas, o Instituto Interamericano dos Direitos Humanos (este último com sede em Costa Rica), tendo como finalidade a divulgação de ideias e a educação e proteção dos Direitos Humanos.

Mas finda a Segunda Guerra, após um curto período de calma, ocorre a novidade da divisão do mundo em duas áreas de influência: uma norte-americana e a outra soviética. Assiste-se nesse momento à violência norte-americana contra o Vietnã, Cuba, Granada, Nicarágua e quase todos os países latino-americanos, que receberam regimes autoritários impostos e financiados pelos Estados Unidos. O que se repete até os dias de hoje. Tudo de novo com a Venezuela. A tortura, as perseguições e assassinatos praticados pelo Estado e por grupos paramilitares foram comuns no Chile, na Argentina, no Uruguai, no Brasil, em Honduras, em El Salvador e muitos outros países pela América e pelo mundo.

Do outro lado, o exército russo impõe, à força, a política soviética na Hungria, na Tchecoslováquia e no Afeganistão.

O processo de libertação das colônias africanas foi doloroso e cruel: mesmos países que se comprometeram a respeitar os Direitos Humanos de 1948, os violaram de forma agressiva. Foi o caso da França na Argélia. As colônias portuguesas, após uma longa guerra de libertação, receberam seus países arrasados, com o difícil processo de reconstrução impedido por movimentos guerrilheiros em Moçambique e Angola, financiados pelos governos sul-africano e norte-americano.

A ordem econômica mundial, que favorece os países do Norte, se tornou responsável pela morte de pessoas diariamente em todo o chamado Terceiro Mundo, pela fome e violência geradas pela injustiça social. O neoliberalismo hoje continua causando desemprego, colocando o mundo diante de questões ainda não equacionadas. A resposta para a construção de uma nova economia, uma nova sociedade com novos valores, está hoje em nossas mãos. Por enquanto, uma grande indagação e várias tentativas de respostas ainda não seguras, se é que ainda pode haver segurança neste mundo de comunicações instantâneas e de mudanças constantes e fora de controle. E de novo, com as misérias geradas pelo liberalismo econômico, agora na forma neoliberal, ressurgem os movimentos fascistas, populistas, autoritários e violência. Ressurge com força o racismo, a intolerância nas suas mais variadas formas. Estamos condenados a essa eterna repetição? Enquanto insistirmos em reformar um estado moderno e o direito moderno, esperando que estes funcionem para algo para o que não foram criados, sim. Mas lembremos que não é uma simples repetição. As formas violentas e excludentes ressurgem de maneira diferente, adaptadas ao tempo, e as consequências de nosso atuar desmedido sobre a natureza neste delírio de uma sociedade egoísta e vaidosa de ultra consumo, e cada vez mais ameaçador a vida humana no planeta.

Esta realidade é o desafio para os teóricos do Direito Constitucional, do Estado,

---

<sup>6</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 14.

da sociedade, do ser humano e dos Direitos Humanos, responsáveis pela construção de pensamentos no campo do Direito, responsáveis pela divulgação das ideias, pela provocação das consciências que devem se fazer críticas. A realidade está a exigir uma resposta que passa necessariamente por uma nova visão transdisciplinar. Várias respostas procuradas em uma área do conhecimento humano já foram encontradas por outra área. O conhecimento evoluiu e se especializou; o ser humano não tem sido capaz de juntar todas as peças deste enorme quebra-cabeça em que se tornou o conhecimento científico, ainda estanque, fechado em compartimentos que se comunicam com dificuldade. A comunicação é o desafio para a superação das barreiras que impedem o ser humano de compreender tudo o que ele mesmo descobriu até agora. O outro aspecto é o retorno do ser humano para o seu próprio desenvolvimento enquanto ser. Não existem mais soluções mágicas e modelos milagrosos. Nenhum líder pode solucionar o problema, mas apenas agravá-lo. Será apenas com a sociedade civil se organizando e assumindo o controle de um Estado poroso, permeável e altamente descentralizado que poderemos transformar esta sociedade global. A solução passa necessariamente pela movimentação social. Pela organização social e popular.

### **3 MUDAR TUDO**

Quem são os humanos para o constitucionalismo moderno liberal? Quais pessoas são protegidas pelo Estado de direito? Para melhor entender o processo de transformação dos Direitos Humanos podemos construir uma imagem a partir do direito à igualdade perante a lei, o direito à diferença e o direito à diversidade.

As constituições liberais garantiam direitos apenas para os homens brancos e proprietários. Somente os homens brancos, proprietários e ricos podiam votar. A meritocracia liberal repudiava a democracia: para que se pudesse votar e ser votado era necessário cumprir requisitos estabelecidos pela lei. Era o voto censitário: para votar era necessário ter uma idade mínima, a nacionalidade, uma escolaridade mínima, ser do sexo masculino e ter uma renda mínima anual. Uma pequena parcela da população cumpria esses requisitos e podia participar. O critério de riqueza representava a adoção da lógica meritocrática liberal, onde os ricos detinham essa riqueza devido ao seu trabalho e esforço e logo, apenas esses tinham direito de participar da construção da vontade do Estado por meio da política.

Imaginemos um grande círculo que representa o sistema de proteção constitucional de direitos, ou seja, os direitos fundamentais, ou direitos humanos em uma perspectiva constitucional. Dentro deste círculo apenas poucas pessoas, brancas e homens, enquanto fora encontram-se grupos excluídos lutando por direitos, lutando para entrar no círculo de proteção oferecido pela Constituição face ao Estado. A maioria está de fora: mulheres; negros; indígenas; pobres; operários; LGBTQI+; estrangeiros; todos os não brancos.

A única maneira de transformar o mundo e conquistar direitos é por meio da organização, da luta diária e da movimentação social. Estes grupos excluídos foram conquistando direitos, passando gradualmente a serem incluídos no sistema de proteção constitucional. Entretanto, à medida que estes grupos são incluídos, diluem-se dentro de uma lógica individualista liberal de proteção de direitos. Mulheres, negros, operários, pobres, LGBTQI+A, passam a ter direitos individuais frente ao Estado, em medidas e momentos diferentes.

Entretanto muitos grupos étnicos, indígenas originários, quilombolas, não queriam e não querem se diluir, entrar no sistema constitucional criado pelos homens brancos proprietário

liberais, uma vez que isto representava sua extinção, sua destruição. Durante quinhentos anos os estados modernos, inicialmente absolutistas, e depois constitucionais, estados de direito, que garantiam direitos humanos, perseguiram, mataram e excluíram milhares de povos. As políticas uniformizadoras, padronizadoras de valores, espiritualidades, comportamentos, destruíram e extinguíram civilizações, levando ao desespero os povos indígenas, as diversas etnias, os povos quilombolas, negando a estes grupos o direito de existir segundo seus valores e percepções, segundo suas tradições e formas de organização política social e econômica e seu próprio direito. Para ser “humano” era necessário negar sua história, seus antepassados. Para ter direitos era necessário ser “humano” e para serem “humanos” os outros deveriam ceder sua alma.

Apenas ao final do século XX, os estados constitucionais garantidores de direitos para os considerados humanos, começaram lentamente a admitir a inclusão em seus sistemas de proteção de direitos os diversos grupos étnicos, os grupos indígenas, os quilombolas, com o direito de viver segundo seu próprio direito, história, valores e espiritualidade. A este processo chamamos de proteção aos direitos de ser diferente. O direito à diferença. Entretanto, estes grupos, aceitos como pequenos círculos dentro do grande círculo de proteção do constitucionalismo de origem europeia, branco, masculino e moderno, eram os diferentes, obedientes ao grande círculo. Em outras palavras, estes grupos eram diferentes por quê? Diferentes do que? Diferentes do grande padrão do evoluído, avançado, tão bom que era capaz de dizer quem poderia entrar no círculo ou não. Quem poderia usufruir do sistema e em que medida?

Neste movimento de luta e resistência contra a ocupação colonial, desde a ocupação de territórios e retirada de riquezas até a ocupação do corpo colonizado (da colonialidade do ser) começam a ser construídas alternativas reais. A grande novidade é construída pelos movimentos sociais e indígenas no Equador (2008) e na Bolívia (2009): um Estado Plurinacional, diverso, pluriepistemológico, plurijurídico, ecocêntrico e decolonial. O novo constitucionalismo latino americano, decolonial, representa uma revolução no direito, uma transformação profunda com o sistema mundo colonial e com o direito moderno.

Esse Estado Plurinacional, embora mantendo instituições jurídicas de origem europeia, procura romper com as bases coloniais modernas, como a lógica binária de subalternidade, a uniformização, a linearidade história, o individualismo, o falso universalismo europeu e a utilização da natureza enquanto objeto de exploração.

A ideia é que aquele grande círculo padronizador, que decide quem entra, quem é humano, meio humano ou não humano, deixe de existir. O círculo de proteção constitucional moderno passa a ser mais um círculo em meio a vários outros círculos tão importantes quanto aquele. Estes círculos que representam formas diversas de organização social, familiar, política, cultural, econômica devem conviver de forma harmônica horizontal, não competitiva, não hierárquica, não hegemônica.

As Constituições da Bolívia e do Equador representam apenas o começo da construção de outras sociedades efetivamente diversas. Muitos estudiosos do Estado Plurinacional, especialmente indígenas, acreditam que o caminho deve ser a superação do estado. Lembremos que neste momento, os Estados Plurinacionais enfrentam uma tentativa de destruição, com o golpe de estado na Bolívia e com o desgoverno neoliberal no Equador. Mas, resistindo há quinhentos anos, os povos originários conseguirão superar mais este desafio.

Nessas constituições já é possível encontrar, convivendo com instituições jurídicas



modernas, a ideia de complementariedade entre sistemas e culturas. Encontramos princípios de origem andina e amazônica como o “Bem viver”, “Sumak Kawsay”, “Suma Kamaña”, “Nhanderekô”, princípios que representam o humano como integrante da natureza, inseparável desta, em perfeita harmonia com a natureza. A perigosa e sofrida separação do indivíduo da natureza (explicação do grave momento que vivemos), assim como a fragmentação do ser humano entre corpo e razão também é superada em uma perspectiva do novo constitucionalismo democrático latino-americano. A ideia do melhor, da competição, é superada pela ideia da harmonia em paz, equilíbrio, pelo princípio do bem viver.

Este humano agora não é um ser cindido, partido, mas integrado na natureza. Este é o conceito que foi maravilhosamente incorporado pelo pensamento do Papa Francisco e da Igreja Católica no Sínodo da Amazônia. O humano é natureza, está na natureza e vive em harmonia na natureza, e só na natureza pode viver. O direito no novo constitucionalismo passa a ser um direito ecocêntrico. Decisões recentes na Colômbia, Bolívia e Equador, incorporam esta compreensão. O Rio Atrato, com suas plantas, águas, animais, que vivem com e no rio, inclusive as populações ribeirinhas, integram um ecossistema que foi reconhecido como sujeito de direito.

Isto é uma revolução para os direitos humanos e para a humanidade. Saímos do individualismo antropocêntrico que cindiu o ser humano e o jogou em um pântano de egoísmo e vaidade, para um ser humano liberto, vivo, integrado. O ecocentrismo vai além de outras ideias. Não apenas, muito além do antropocentrismo, mais além das perspectivas animalocentricas e biocentricas, passos importantes rumo a percepção da vida para além do individualismo. O animalocentrismo reconhece a igualdade de direito entre todos os animais, mas mantém uma perspectiva individualista ao perceber a vida ainda individualizada de cada animal. O biocentrismo avançou ao reconhecer a vida de todos os seres vivos, mas manteve ainda a armadilha moderna do individualismo ao perceber ainda a vida de forma individualizada. O ecocentrismo finalmente rompe com isto. Compreende que tudo está necessariamente integrado. Existem singularidades como o ser humano nomeado, mas cada um de nós, enquanto singularidade, somos um ecossistema, formado por milhões de vidas singulares em nosso corpo, e do equilíbrio nas relações dessas vidas depende nossa vida enquanto um ecossistema. Esta percepção então se reproduz em escala talvez infinita. Nós somos um ecossistema que integramos outro ecossistema, que por sua vez integra outro ecossistema e assim por diante. Tudo depende do equilíbrio de tudo para a vida.

O reconhecimento e incorporação dessas ideias pelo Papa Francisco e pelo Sínodo da Amazônia compreende o mistério da fé numa infinita proporção. Não falamos de um deus barbudo de um pequeno sistema solar. Compreendemos esse Deus da vida em harmonia, infinita, de bilhões de planetas e galáxias e de multiversos e mistérios inesgotáveis de um Deus sem começo nem fim, sem tempo, sem tamanho, um Deus que é o próprio tempo e espaço, que é o próprio infindável mistério.

Os tempos sombrios atuais, onde o mal está solto em meio a nós humanos é apenas um momento de desespero, daqueles que tomados pelo egoísmo e o ódio, se assustam diante das incontáveis revelações, dos enormes desocultamentos das últimas décadas: enxergamos as múltiplas diversidades humanas e a infindável possibilidade do conhecimento. Esta visão não tem volta, por maior que seja a violência da ignorância e do medo, que gera ódio, que, em fim, será superado pelo amor, pela vida, pela harmonia e pela compreensão do todo numa unidade harmônica pautada pela vida e pelo amor; esse sim, a essência de tudo.

## 4 CONCLUSÃO

Aqui uma parada para reflexão: é possível que instituições criadas para viabilizar interesses de um grupo de pessoas e construir o seu sistema econômico possa servir a outros interesses. Ou melhor formulando: é possível que as instituições modernas, criadas para viabilizar o capitalismo e os interesses da nobreza e da burguesia, possam servir à dignidade e liberdade de todos, todas e todos? Ou ainda melhor: é possível que racionalidades, instituições e sistemas criados para servir aos homens brancos, proprietários e ricos, europeus, sirvam à toda forma de vida?

Estamos falando de um momento de esgotamento que jamais ocorreu. Uma velocidade que jamais foi por nós experimentada.

Claro, portanto, que as soluções construídas dentro do paradigma moderno não servem para o desafio do momento. Repetir discursos e formulas modernas são de uma inutilidade assustadora. Para compreendermos a dimensão dos desafios presentes devemos compreender as grandes revoluções modernas como apenas modernas. A revolução francesa e a revolução russa foram apenas modernas. Embora em alguns momentos de seus processos elas possam ter anunciado uma ruptura com a racionalidade moderna, foram absorvidas pelas armadilhas modernas. Portanto, o momento “presente contínuo” representa uma ruptura maior, que não depende de revolução, e mesmo assim será maior que qualquer revolução conhecida. O momento presente se caracteriza pelo esgotamento, pela impossibilidade de continuidade dos projetos humanos modernos. Por esse motivo, a única salvação é a coragem da transformação profunda. Só a radicalidade pode nos salvar.

É fundamental que tenhamos coragem de nos unirmos na radicalidade dos princípios. São os princípios que nos unem. Os detalhes, as regras, os pontos e virgulas, as vaidades, os personalismos nos jogam uns contra os outros. Só o radicalismo dos princípios pode nos unir. Quais são os princípios que são capazes de unir todas as pessoas? O amor; a vida; a diversidade; a rejeição intransigente da violência, a rejeição intransigente do egoísmo, da vaidade, da opressão, da tortura, do fundamentalismo, do ódio. Muita coisa é capaz de gerar união. O que realmente importa pode nos unir. O resto é vaidade.

Precisamos surpreender. Atacar. Atacar em outro flanco. Parar de tentar salvar um mundo que já foi e atacar na construção de algo radicalmente diferente. Agir, construir, surpreender, com leveza.....fazer diferente. Fazer diferente é urgente: falar, pensar, agir, construir outra coisa. Surpreender a todos que esperam algum acontecimento capaz de mobilizar a todos nós, para além das mentiras; Fakes News; algoritmos; para além da insuportável mesmice dos discursos repetidos à exaustão. É necessário ter coragem para amar. O ódio é fruto do medo e gera violência e covardia.

A contemporaneidade nos revelou e expôs uma maravilhosa diversidade de desejos; percepções; espiritualidades; idiomas; povos; epistemologias; culturas; e é no diálogo com esta imensa diversidade desocultada que podemos e iremos, e estamos, construindo o radicalmente novo. Com coragem e amor.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.

KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

HOFFMANN, Stanley. *Organisation internationales et pouvoirs politiques des états*. Paris: Armand Colin, 1954.

THORAVAL, Jean. *Les grandes étapes de la civilisation française*. Paris: Bordas, 1978.



**Newton**

Inovação é a nossa tradição.

ISBN: 978-65-87392-17-2

**CD**



9 786587 392172