

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 43 | JANEIRO / ABRIL 2021

DOSSIÊ ESPECIAL: IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DA MANTENEDORA: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Ribeiro Romeiro

PRÓ-REITORA ACADÊMICA: Patrícia da Silva Klahr

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa de Melo

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.43, jan./abr. 2021

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

.David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

.Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba.

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil.

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodriguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso | Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetus Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton
Ariane Lopes

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

ARTIGOS

BIOÉTICA Y SALUD EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS: REFLEXIONES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE MÉDICOS Y PACIENTES
EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO.....13-27

EL COVID-19 Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA PERUANA
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES | MARÍA-PÍA GUADALUPE DÍAZ DÍAZ.....28-43

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS SUBJETIVOS
MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ.....44-56

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
LARISSA ROCHA DE PAULA PESSOA.....57-72

EM BUSCA DE UMA RESPONSABILIDADE RAZOÁVEL, SOLIDÁRIA E PROPORCIONAL DO ESTADO EM TEMPOS DE COVID-19
EUGÊNIO FACCHINI NETO.....73-93

IMPACTOS DA COVID-19 NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
TULA WESENDONCK.....94-112

UM DIÁLOGO ENTRE SAÚDE PÚBLICA E RESPONSABILIDADE CIVIL: O PARADIGMA DO TABACO NA ANÁLISE DA COVID-19
RENATA DOMINGUES BALBINO MUNHOZ SOARES.....113-124

REFLEXIONES ACERCA DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL Y LA SITUACIÓN PRODUCIDA POR EL COVID-19
MANUEL ORTIZ FERNÁNDEZ.....125-136

NOTAS SOBRE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES TRAS LA PANDEMIA DEL COVID-19 (VENEZUELA)
MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN.....137-154

REVISIÓN CONTRACTUAL Y EMERGENCIA SANITARIA: PROBLEMAS JURÍDICOS QUE TRAEN CONSIGO EL “COVID- 19” Y LA “CUARENTENA OBLIGATORIA”. UNA MIRADA DELA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ARGENTINO
MAURICIO BORETTO.....155-173

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 | ÁLISSON JOSÉ MAIA MELO.....174-195

E QUANDO O ALGORITMO ERRA? REFLEXÃO A PROPÓSITO DA PANDEMIA DE COVID-19
MAFALDA MIRANDA BARBOSA.....196-215

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: PERSONA, COSA O COMPONENTE HUMANO, EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA FRENTE AL CORONAVIRUS <i>GUSTAVO ADOLFO AMONI REVERÓN</i>	216-231
O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PANDEMIA DA COVID-19 <i>GUILHERME MAGALHÃES MARTINS ARTHUR PINHEIRO BASAN JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JÚNIOR</i>	232-255
DIAGNÓSTICO PARA COVID-19 COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVOS DESAFIOS SOBRE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA <i>PAULO NALIN RAFAELLA NOGAROLI</i>	256-272
(DES)LIBERDADE VIRAL NA PANDEMIA: UMA RELEITURA DA ESCALADA POR DADOS PESSOAIS E SEUS IMPACTOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS <i>OSCAR IVAN PRUX KEVIN HENRIQUE DE SOUSA PIAI</i>	273-292
ANÁLISE CRÍTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DURANTE O PERÍODO DE CONTINGÊNCIA DA COVID-19 <i>VICTOR AUILO HAIKAL</i>	293-313
REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS JURÍDICOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL <i>ADALBERTO DE SOUZA PASQUALOTTO BERNARDO FRANKE DAHINTEN</i>	314-330
A IMPORTÂNCIA SISTÊMICA DA PROTEÇÃO DA CONSUMIDORA SUPERENDIVIDADA: A NECESSÁRIA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 3515/2015 NO CENÁRIO PÓS COVID-19 <i>ANTÔNIO CARLOS EFING JULIANA BERTHOLDI</i>	331-346
REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E O SUPERENDIVIDAMENTO DE MULHERES NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS <i>CAROLINA SILVINO DE SÁ PALMEIRA FABIANA RODRIGUES BARLETTA</i>	347-363
EL CONSUMIDOR FRENTE AL DESAFÍO DE UNA VIDA DIGITAL <i>GERMÁN ESTEBAN MÜLER</i>	364-385
OS DIREITOS REAIS EM MOVIMENTO: A TIPICIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A PANDEMIA <i>EROLTHS CORTIANO JUNIOR IZABELLA MARIA MEDEIROS E ARAÚJO PINTO</i>	386-400
O IMPACTO DO CORONAVÍRUS DE 2019 (COVID-19) NO DIREITO DA FAMÍLIA PORTUGUÊS DE 2020 <i>JORGE DUARTE PINHEIRO</i>	401-412
COVID-19 E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES INTRAFAMILIARES <i>ALESSANDRA CRISTINA FURLAN DANIELA BRAGA PAIANO</i>	413-430
IMPACT OF CORONAVIRUS GLOBAL HEALTH EMERGENCY ON SPORTS LAW. SPECIAL REFERENCE TO THE CANCELLATION OF TOKYO 2020 OLYMPIC GAMES <i>ELENA ATIENZA MACÍAS JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO</i>	431-441
REFLEXÕES SOBRE RESOLUÇÃO ON-LINE DE DISPUTAS (“ODR”) EM TEMPOS DE COVID-19 <i>FERNANDA TARTUCE</i>	442-453

apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *DOAJ* (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o primeiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2021 (n.43, jan./abr. 2021), que publica *Dossiê Especial* sobre os impactos do Coronavírus no Direito, perpassando as correspectivas implicações da pandemia mundial da Covid-19 na perspectiva social, cultural, econômica, política, filosófica e sociológica.

O Dossiê Especial sobre a Covid-19 tem por finalidade fomentar, na seara do Direito Privado, um estudo internacional - sistematizado, multidisciplinar e transversal - entre a linha temática do Periódico e as das repercussões do Coronavírus na sociedade contemporânea, por meio de investigações científicas relacionadas a aspectos controversos da pandemia, no âmbito nacional e internacional.

Nessa perspectiva, a Revista veiculou abordagens que desenvolveram contribuições e proposições em relação aos impactos do Coronavírus no Direito, discorrendo sobre a adoção de medidas jurídicas excepcionais e transitórias, no intuito de contribuir para apontar soluções adequadas e efetivas aos desafios apresentados pela pandemia da Covid-19.

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas relacionadas as repercussões do Coronavírus no Direito proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Professor Doutor Michael César Silva
Editor da Revista Eletrônica de Direito do
Centro Universitário Newton Paiva

BIOÉTICA Y SALUD EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS: REFLEXIONES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE MÉDICOS Y PACIENTES

BIOETHICS AND HEALTH IN CORONAVIRUS TIMES: SOME CONSIDERATIONS AROUND DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIPS

Emilssen González de Cancino ¹

RESUMEN: El artículo se dedica a analizar las novedades que incorpora la pandemia de la Covid-19 contexto en el que se desenvuelven las relaciones entre médicos y pacientes y la manera como dichas novedades inciden en la reflexión bioética y en los derechos humanos; resalta la vinculación que la Declaración de la Unesco sobre bioética y derechos humanos de 2005 establece entre los dos conceptos; señala algunas particularidades de las corrientes de la bioética en América Latina y subraya el valor de la dignidad, la solidaridad, el respeto por la autonomía y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad para orientar las relaciones y la toma de decisiones en las condiciones extraordinarias que marca la pandemia.

Palabras clave: bioética; derechos humanos; dignidad; relación médico-paciente; vulnerabilidad.

ABSTRACT: The article is devoted to the analysis of the novelties that the Covid-19 pandemic brought to doctor-patient relationships and to the way in which these new developments impact reflections on bioethics and human rights. In particular, this article highlights the relationship between these two concepts in the 2005 Unesco Declaration on Bioethics and Human Rights and points out some specificities of Latin-American bioethical thought. Additionally, this work underlines the importance of dignity, solidarity, respect for autonomy and the protection of people in vulnerable situations to guide decision-making in the realm of doctor-patient relationships under the extraordinary circumstances caused by the pandemic.

Keywords: bioethics, human rights, dignity, doctor-patient relationship, vulnerability.

¹ 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.

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 psíquicos²; 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 saber³. 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 autoridades⁴ 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 suicidio⁵; 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 profesional⁶, la protección al secreto médico⁷, la confidencialidad de la información y los datos⁸, el consentimiento informado⁹ y la responsabilidad médica¹⁰. A pesar de girar en torno de la confianza se ha considerado que la relación entre el médico y su paciente

2 Es explicable porque los juicios de responsabilidad -éticos y jurídicos- comienzan el examen de la actuación médica *sub-iudice* a partir de tal momento.

3 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.ueexternado.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.

4 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.

5 COLOMBIA, Corte constitucional, sentencia C-239 de 1997.

6 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.

7 Protege al médico y a la profesión: COLOMBIA, Corte constitucional sentencia C-411 de 1993.

8 UNESCO, Declaración internacional sobre los datos genéticos humanos, 2003; COLOMBIA, Ley 1581 de 2012.

9 Con amplio reconocimiento en las declaraciones de la Unesco y en las legislaciones nacionales.

10 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 asimétrica¹¹ por cuanto el conocimiento especializado de los profesionales en salud la convierte en ejercicio constante de poder¹².

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 Latina¹³, colocó entre pacientes y médicos una serie de nuevos actores que distorsionan la visión tradicional de sus relaciones¹⁴. En los días que corren, puesto que epidemias y pandemias son eventos de salud pública, el contexto de la atención en salud¹⁵ tiene nuevos actores directos: autoridades de policía¹⁶, legisladores, gobiernos¹⁷, empleadores¹⁸.

La crisis global provocada por la COVID 19 ha hecho mucho más visibles los problemas derivados de la inequidad¹⁹ y su cohorte de desigualdades en todos los escenarios vitales, entre los cuales la salud ocupa un lugar prioritario²⁰.

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”²¹; 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.²²

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

11 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.

12 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.

13 Colombia, Ley 100 de 1993 y Chile, Ley 20584 del 13 de abril de 2012 son buenos ejemplos.

14 No es este el lugar para emitir juicios de valor sobre estos actores: empresas, auditores médicos, aseguradoras, etc., etc.

15 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.

16 “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>.

17 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.

18 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.

19 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/>.

20 Vitales también son los escenarios laborales y económicos, la cohesión social y otros tantos.

21 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.

22 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 éticos²³.

La bioética que después de POTTER se desarrolló especialmente en Estados Unidos²⁴ colocó el énfasis en la asistencia médica. Tom L. Beauchamp y James F. Childress en su famoso libro titulado *Principles of Biomedical Ethics*²⁵ 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 aplicaciones²⁶, como para criticarlos²⁷.

A esa bioética de los *four principles*, se opone por algunos autores, especialmente europeos y latinoamericanos, la denominada bioética personalista²⁸ 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 [...]”²⁹ En este caso el principio de dignidad se coloca como prioritario y se predica la imposibilidad de agotar su significado en la autonomía personal³⁰; 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.³¹ Esta corriente introduce en su perspectiva el “desafío de la vulnerabilidad” que solo podrá superarse asumiendo la responsabilidad de proteger al indefenso³² y que “está destinado a devenir decisivo para el futuro de la bioética en el mundo.”³³

En América Latina, la bioética tiene larga historia³⁴. 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 democrática³⁵ y la Bioética de intervención³⁶.

23 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/>.

24 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. Consultado el: 2 sep. 2020.

25 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.

26 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.

27 BUSNELLI, F., *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*. trad. O. Woolcott Oyague y N. Carreteros Torres, Lima, Jurídica Grijley, 2003.

28 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.

29 BUSNELLI, F., *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, trad. O. Woolcott Oyague y N. Carreteros Torres, Lima, Jurídica Grijley, 2003, p.1.

30 Sería su principal reparo a la bioética médica floreciente en Estados Unidos.

31 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.

32 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.

33 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.

34 STEPKE, F. LOLAS. Impresiones sobre la bioética en América Latina 2003. *Revista latinoamericana de bioética*, v.6, 2004, pp.15-31.

35 Uno de sus representantes más notables en Colombia fue Guillermo Hoyos Vásquez.

36 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)³⁷

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 claridad³⁸.

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 epistemológica³⁹, 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 fuerza⁴⁰, 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,

37 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.

38 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. 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.

39 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.

40 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”⁴¹.

En la relación entre el médico y su paciente en contextos de atención en salud, tradicionalmente se ha considerado vulnerable al enfermo⁴², 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 improvisadas⁴³; se impone el uso de equipos de protección⁴⁴ 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.

41 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>.

42 “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).

43 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.

44 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 funciona⁴⁵.

En estas circunstancias, se ha subrayado⁴⁶, 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 adquirida⁴⁷. Esta situación crea en los médicos⁴⁸ situaciones de angustia y dilemas morales⁴⁹.

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”⁵⁰.

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 doctrina⁵¹.

Para el paciente la sensación de incertidumbre aumenta; se siente tratado con criterios meramente estadísticos⁵²; imagina la muerte en medio de grandes dolores; le aterra la visión

45 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.

46 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.

47 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*.

48 En general, en todo el personal sanitario, pero en este escrito nos estamos refiriendo preferencialmente a los médicos.

49 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.

50 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/>.

51 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.

52 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). “*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 confianza⁵³”, virtud que es el fundamento de una buena relación entre el paciente y su médico⁵⁴.

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 confidencialidad⁵⁵.

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 contagiados⁵⁶.

4 GUÍAS PARA EL ACCESO A RECURSOS ESCASOS

Las asociaciones médicas y los gobiernos, mediante guías insertas en documentos de ética corporativos⁵⁷ y en documentos oficiales⁵⁸, 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

53 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.

54 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. Consultado el: 7 oct. 2020.

55 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.

56 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.

57 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>.

58 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.

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 extraordinarias⁵⁹ que han surgido de la infección por el Covid-19⁶⁰.

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 terapéutico⁶¹, 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”⁶², debemos entenderlo, para recibir atención en las unidades de cuidados intensivos⁶³. 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 recursos⁶⁴, 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

59 Asimila la situación de la medicina durante la pandemia a la medicina de catástrofes.

60 Es importante señalar que las recomendaciones se publicaron en junio de 2020, en medio del pico alto de los contagios en Italia.

61 Creemos que es bastante difícil determinar este criterio porque en situaciones extraordinarias el médico no conoce los antecedentes de los pacientes.

62 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.

63 No se trata de alguno de los límites formales que el derecho suele establecer, por ejemplo, para reconocer el derecho al sufragio.

64 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 científica⁶⁵.

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 humano⁶⁶ y la vida de algunas personas en condiciones clínicas especiales. Se proscribe 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”⁶⁷.

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 graves⁶⁸. 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 nadie⁶⁹.

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 pública⁷⁰ 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 perdedor⁷¹. 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

65 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/>.

66 La Corte Constitucional colombiana lo considera derecho fundamental.

67 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.

68 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.

69 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.

70 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>.

71 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 jurídicamente⁷². Además, este binomio garantiza el respeto por la autonomía del paciente, su derecho, por ejemplo, a aceptar o rechazar un tratamiento o su continuación⁷³. 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 enfermedad⁷⁴; se puede prever que en el futuro cercano tomará mayor protagonismo el debate en torno a la obligatoriedad de vacunarse⁷⁵.

La información que se debe suministrar al paciente versa sobre las condiciones de salud en las cuales se encuentra, las formas de tratamiento disponibles⁷⁶, 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 experimentales⁷⁷.

Mientras dure la pandemia actual, se harán notar algunas importantes incidencias sobre el proceso de “interacción, comunicación y deliberación”⁷⁸ 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 alguno⁷⁹.

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.

72 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.

73 Derecho que se repite en todos los documentos relativos a derechos de los pacientes; por ejemplo en la Carta europea.

74 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.

75 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. Consultada el: 24 sep. 2020.

76 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.

77 Por ejemplo, a donar o recibir plasma de otros infectados que han superado la enfermedad para adquirir inmunidad.

78 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.

79 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.”⁸⁰ 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 autónomo⁸¹ y como “sentimiento que despierta el de nuestra propia excelencia”⁸² 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.

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/>.

80 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.

81 Colombia, Corte constitucional, Sentencia T-881/02.

82 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.

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/AspectosÉticos_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-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.

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.. *Whynotcommonmorality?* 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.

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.

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. 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>.

Recibido em: 12.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

CANCINO, Emilssen González de. Bioética y salud en tiempos de coronavirus: reflexiones en el ámbito de las relaciones entre médicos y pacientes. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.13-27 jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

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

COVID-19 AND THE PROTECTION OF THE RIGHT TO PERSONAL IDENTITY IN THE PERUVIAN LEGAL EXPERIENCE

Carlos Antonio Agurto González¹
María-Pía Guadalupe Díaz Díaz²

RESUMEN: En el Perú se ha desplegado un importante desarrollo constitucional sobre el derecho a la identidad. El Tribunal Constitucional ha llegado a asumir la doctrina del profesor Fernández Sessarego que reconocía aspectos estáticos y dinámicos de la identidad. En esa línea se ha establecido que el sexo es un componente dinámico de la identidad y por ende puede ser modificado, de tal manera que responda a la identidad psicosocial de la persona. En este ensayo, utilizando los aportes de la doctrina, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú, a propósito del Decreto Supremo N° 057-2020-PCM, emitido en el contexto de las medidas estatales para paliar la difusión de la pandemia del COVID-19, se analiza el derecho a la identidad personal de las personas trans, cuya protección jurídica ha sido desnudada por la pandemia del COVID-19 el cual nos permite ver lo que hace falta por desarrollar en cuanto a la efectiva protección de este derecho.

Palabras clave: Covid-19; identidad personal; identidad de género; personas trans; LGTBI.

ABSTRACT: In Peru there has been an important constitutional development on the right to identity. The Constitutional Court has come to assume the legal doctrine of Professor Fernández Sessarego that recognized static and dynamic aspects of identity. Therefore, it has been established that sex is a dynamic component of identity and can be modified, in such a way that it responds to the psychosocial identity of the person. In this essay, using the contributions of the legal doctrine, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court of Peru, regarding Supreme Decree No. 057-2020-PCM, issued in the context of state measures to control the dissemination of the COVID-19 pandemic, the right to personal identity of trans people is analyzed, whose legal protection has been stripped by the COVID-19 pandemic, which allows us to see what needs to be developed in terms of the effective protection of this right.

Keywords: Covid-19; personal identity; gender identity; trans people; LGTBI.

1 Doctorando en Derecho en la Universidad de Turín (Italia). Magister 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.

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

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*.³ 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 mismo⁴. La identidad personal no es sino la síntesis de la historia vital de cada persona⁵, que permite reconocerse en el vivir comunitario. Es la exigencia de ser uno mismo⁶. No solo se constituye por los datos objetivos, sino también por la proyección social de la vida de la persona⁷.

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 deformaciones⁸. La identidad

3 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.

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

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

6 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.

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

8 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 eliminada⁹. 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 distorsiones¹⁰. 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 libertad¹¹. 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 derecho¹², 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 pasado¹³.

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 amplia¹⁴. 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 vive¹⁵.

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)¹⁶, 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

9 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.

10 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.

11 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.

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

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

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

15 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.

16 PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 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 vida¹⁷.

Dejando de lado posiciones de perplejidad sobre la existencia de este derecho¹⁸, 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 Pino¹⁹, 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 identidad²⁰.

Se ha considerado que la moderna perspectiva del derecho a la identidad personal inicia una nueva estación en la tutela jurídica de la persona²¹, 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 Italia²². 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”²³. 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 vida²⁴. Por ello, anotaba magistralmente un jurista tan agudo como fue Stefano Rodotà²⁵, 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.²⁶

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

18 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.

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

20 RESCIGNO, Pietro. “Conclusioni”, en: Alpa, Guido; Bessone, Mario y Boneschi, Luca (al cuidado de), *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padua, 1981, p.189.

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

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

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

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

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

26 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 preservada²⁷.

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 Sessarego²⁸ 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 sexual²⁹, 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

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

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

29 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 1993³⁰, por influencia suya³¹.

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”³². 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”³³. 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 solicitante³⁴.

(...) 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 patología³⁵.

(...) 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 Americana³⁶.

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.*

30 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.

31 “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 NUÑEZ, Carlos, *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018, p.110.

32 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.

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

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

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

36 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 digna³⁷. 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.”³⁸ 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.)³⁹.

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.⁴⁰

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

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

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

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

40 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.⁴¹

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 identidad⁴².

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

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

42 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 Perú⁴³, 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

43 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 caso⁴⁴.

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.⁴⁵

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

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

45 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 Lima⁴⁶. A través de esta sentencia el magistrado ordenó al RENIEC⁴⁷ 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

46 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.

47 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.

8 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.

Recebido em: 15.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; DÍAZ DÍAZ, María-Pía Guadalupe. El covid-19 y la protección del derecho a la identidad personal en la experiencia jurídica peruana. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.28-43, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

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

LEGAL INTERPRETATION IN PANDEMIC TIMES AND THE LIMITS OF CIVIL RIGHTS

Maria Cláudia Cachapuz¹

RESUMO: O texto trata do desafio de decidir-se corretamente, por meio da interpretação jurídica, em tempos de pandemia. Numa primeira parte, aponta a necessidade de cuidado no avanço dos argumentos, justamente pela possibilidade de que se estabilizem situações jurídicas consolidadas para futuro. Reconhece que toda a argumentação adotada 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. Numa segunda parte, aborda o panorama das diferentes correntes de pensamento filosófico da modernidade – e matriz aristotélica, kantiana e utilitarista –, identificando os reflexos de cada uma à interpretação e à construção das fontes normativas. Por fim, analisa o caso da decisão proferida liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada no Estado do Rio Grande do Sul, para afastar dois artigos de lei de um Decreto Municipal que restringia direitos individuais de circulação pública.

Palavras-chave: interpretação jurídica; restrições; direitos subjetivos; pandemia.

ABSTRACT: The text deals with the challenge of deciding correctly, through legal interpretation, in pandemic times. In the first part, it points out the need for care in advancing the arguments, precisely because of the possibility of stabilizing consolidated legal situations for the future. Recognizes that all the arguments adopted for a new exceptional reality hinders, as time went by, the return to what was considered to be legally stable before the exceptional situation and may, in reality, compromise the system's own coherence for the future. In a second part, it approaches the panorama of the different ways of philosophical thoughts in modern times – of Aristotelian, Kantian and utilitarian matrix –, identifying the reflexes of each one to the interpretation and construction of normative sources. Finally, it analyzes the case of the decision handed down preliminarily in one ADI of State of Rio Grande do Sul, to rule out two articles of law of Municipal Decree nº 6.300 that restricted civil rights of public circulation.

Keywords: legal interpretation; limits; civil rights; pandemic times.

¹ Doutora em Direito pela UFRGS. Professora de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Magistrada do TJRS.

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 texto² 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 auditório³ 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”⁴ 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.

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

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

4 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”⁵.

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”⁶.

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”⁷, 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 jurídicas⁸.

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

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

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

8 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”⁹. 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”¹⁰. 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”¹¹. 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 Aguiló¹², 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 Habermas¹³ quando trata de esclarecer as distinções para a construção de um enfoque justificativo com base num discurso racional

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

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

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

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

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

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 aceitos 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 Sandel¹⁴, a justa distribuição dos bens encontra-se fundada em determinado *télos* ou propósito honorífico¹⁵.

Tal realidade é traduzida tanto numa pretensão de construção normativa, quanto na forma especial de interpretar-se o fenômeno jurídico. Como referido por Alexy, “no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido”¹⁶. 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 limite¹⁷. 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 jurídica¹⁸.

A questão é diversa, seguindo-se o modelo de Habermas¹⁹, 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”²⁰. Isto representa inferir que a liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis. O próprio contraste, segundo Sandel²¹, 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.

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

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

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. 269.

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

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

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

21 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”²² -, 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 intersubjetivista²³.

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 membresía en una comunidad, tenderá a la teoría interna”²⁴.

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

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

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

24 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 jurídico²⁵ 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”²⁶.

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 positivo²⁷.

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

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. 131.

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

la fundamentación de las decisiones jurídicas”²⁸. 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 Inconstitucionalidade²⁹ 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 926/2020³⁰. O que,

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

29 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>.

30 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 normativo³¹.

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,

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

controle e heurística da própria dogmática³². 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 ponderação³³. 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 restricción³⁴.

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 pessoa³⁵. 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”³⁶.

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

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

33 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).

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

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

36 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.³⁷

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,

37 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 Aguiló³⁸ 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.

38 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.

Recebido em: 13.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A interpretação jurídica em tempos de pandemia e as restrições a direitos subjetivos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.44-56, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

(DES)LIBERDADE VIRAL NA PANDEMIA: UMA RELEITURA DA ESCALADA POR DADOS PESSOAIS E SEUS IMPACTOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS

VIRAL (UN)FREEDOM IN PANDEMIA: A REVIEW OF CLIMBING BY PERSONAL DATA AND ITS IMPACTS IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS AND DATA PROTECTION

Maria Vital da Rocha¹
Mariana Caroline Pereira Félix²
Larissa Rocha de Paula Pessoa³

RESUMO: O presente artigo abordará o tema do direito à vida, à saúde e à morte no atual contexto de calamidade pública, bem como os efeitos das legislações que disciplinam as manipulações de corpos das vítimas e o direito dos familiares de realizarem velórios. A pesquisa objetiva analisar o direito ao sepultamento e à despedida dos familiares, diante da pandemia do coronavírus, sopesando os direitos à vida, à saúde e à morte, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. A relevância da pesquisa está ligada às relativizações que tais direitos vêm sofrendo no cenário pandêmico. A metodologia utilizada na pesquisa será bibliográfica, com um exame descritivo-analítico de abordagem qualitativa. Conclui-se que em um sopesamento de direitos fundamentais o núcleo essencial de cada direito deverá ser mantido, ainda que o direito possa ser relativizado em outros aspectos. No caso em estudo, o direito à vida e à saúde coletiva deve prevalecer face ao direito ao sepultamento e velório da família.

Palavras-chave: pandemia; coronavírus; sepultamento.

ABSTRACT: This article will address the topic of the right to life, health and death in the current context of public calamity, as well as the effects of laws that govern the manipulation of victims' bodies and the right of family members to hold funerals. The research aims to analyze the right to the burial and goodbye of family members, in the face of the coronavirus pandemic, weighing the rights to life, health and death, from the perspective of the dignity of the human person. The relevance of the research is linked to the relativizations that such rights have been suffering in the pandemic scenario. The methodology used in the research will be bibliographic, with a descriptive-analytical examination with a qualitative approach. It is concluded that in a weighing of fundamental rights the essential nucleus of each right must be maintained, even though the right can be relativized in other aspects. In the case under study, the right to life and collective health must prevail over the family's right to burial and wake.

Keywords: pandemic; coronavirus; burial.

1 Pós-Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica). Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; "Perfeccionamento" 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.

2 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.

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

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 atribuído 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. Canotilho⁴ 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”⁵.

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 Bittar⁶, 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 dele⁷.

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 realizam⁸.

A Constituição brasileira prevê a “inviolabilidade do direito à vida”⁹, o mais básico de todos os direitos, posto que surge como real “pré-requisito” à existência dos demais direitos¹⁰.

O Código Civil de 2002¹¹ estabelece que a personalidade civil se inicia pelo nascimento com vida, resguardado desde o momento da concepção, os direitos do nascituro¹². 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”¹³. 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 igualitário¹⁴.

Com o fim da vida, o direito reconhece a morte¹⁵, que é o fato jurídico que implica em diversas consequências, repercutindo em várias searas jurídicas, como direito tributário,

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

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

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

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

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

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

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

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

12 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”.

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

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

15 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>. 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, Bittar¹⁶ 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.¹⁷ 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”¹⁸. 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”¹⁹.

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 decomposição²⁰.

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 definitiva²¹. 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 averiguações²².

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

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

18 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>. Acesso em: 09 out. 2020.

19 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.

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

21 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.

22 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, Bittar²³ 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”²⁴.

Isso posto, é possível afirmar que “O fim primeiro e último do poder público é o ser humano, ente supremo sobre todas as circunstâncias”²⁵. 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 pandemia²⁶.

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

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

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

25 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.

26 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.

pessoas 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.²⁷

Mas, ainda assim, o número de óbitos em decorrência da COVID-19 é muito elevado, no mundo, com mais de 1 milhão de mortes confirmadas²⁸ e, no Brasil, com mais de 150 mil pessoas²⁹. No Ceará³⁰, 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 internados³¹. Na Irlanda, a autoridade de saúde local aconselhou os funcionários de necrotérios a colocarem máscaras em cadáveres, visando diminuir até o risco de infecção³². 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 corpo³³. 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 selado³⁴. Na Cidade do México, as autoridades emitiram recomendações para não realizar funerais nem fazer autópsia, além de transferências do cadáver para fora da cidade³⁵.

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 contaminada³⁶.

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

27 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/_ato2019-2022/2020-03/lei/13979.htm>. Acesso em: 08 out. 2020.

28 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.

29 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.

30 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.

31 CHINA proíbe funerais de vítimas do coronavírus e vai cremar corpos. *Correio Braziliense*. Agência Estado. 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.correio braziliense.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.

32 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.

33 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.

34 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.

35 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.

36 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 contaminadas³⁷. 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 Saúde³⁸.

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 elas³⁹.

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”⁴⁰. 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

37 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.

38 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.

39 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.

40 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.

proporcionam⁴¹. 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 infecção⁴².

No que tange à legislação pátria, destaca-se que o § 2º do art.77 da Lei de Registros Públicos⁴³ 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 5/2020⁴⁴ 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 pública⁴⁵.

A Portaria Conjunta nº 1, do CNJ, de 30 de março de 2020⁴⁶, 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”⁴⁷.

41 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.

42 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.

43 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>. Acesso em: 09 out. 2020.

44 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.

45 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>. Acesso em: 08 out. 2020.

46 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>. Acesso em: 11 out. 2020.

47 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>. 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 Sófocles⁴⁸, *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 Lima⁴⁹, 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

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

49 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”⁵⁰.

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”⁵¹. 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”⁵².

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 processual⁵³, 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

50 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.

51 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.

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

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=e897a9fa7aab713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e-8289ae3ae48790a&idProcessoDoc=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)*”⁵⁴.

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”⁵⁵.

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 morte⁵⁶.

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 causas⁵⁷.

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

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.

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/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b104d918ab07e-8289ae3ae48790a&idProcesoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.

56 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”

57 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”⁵⁸.

Trata-se de um “*hard case*”⁵⁹, 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”⁶⁰. 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.

58 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=e897a9fa7aabd713d4d47bbd6a35a683c359d90d0e32affc333b7e1d22fbd8ae79c85b236ea98ca70af8b-104d918ab07e8289ae3ae48790a&idProcessoDoc=17222954>>. Acesso em: 09 out. 2020.

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

60 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”⁶¹ 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

61 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 guarnecida. 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/l9434.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>. 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>. 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>. 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>. 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>. 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>. 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.ebc.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%3%AAdrus-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.

Recebido em: 16.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

ROCHA, Maria Vital da; FÉLIX, Mariana Caroline Pereira; PESSOA, Larissa Rocha de Paula. O direito ao sepultamento e as mudanças advindas da Covid-19 em face dos direitos da personalidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.57-72, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

EM BUSCA DE UMA RESPONSABILIDADE RAZOÁVEL, SOLIDÁRIA E PROPORCIONAL DO ESTADO EM TEMPOS DE COVID-19

IN SEARCH OF A REASONABLE, SOLIDARY AND PROPORTIONAL STATE LIABILITY IN COVID-19 TIMES

Eugênio Facchini Neto¹

RESUMO: A enorme ameaça representada pela pandemia da COVID-19 exigiu do governo a adoção de inúmeras medidas para enfrentar os riscos à saúde dos brasileiros, alocando aparelhos, medicamentos e pessoal técnico. Para tentar diminuir o ritmo do crescimento da doença e, com isso, evitar o colapso do sistema de saúde, outras medidas se fizeram necessárias, como a proibição de funcionamento de inúmeros estabelecimentos, industriais, comerciais e de prestação de serviços. Essas medidas acarretaram prejuízos econômicos a milhões de brasileiros, cujo impacto o governo tentou reduzir com outras medidas de apoio financeiro emergencial. Apesar de todos os esforços, danos econômicos inevitavelmente ocorreram, da mesma forma que em determinados momentos, muitos brasileiros faleceram sem terem tido a oportunidade de acesso ao tratamento adequado. Este artigo analisa se esses danos – tanto os econômicos, quanto os danos à saúde – podem ser indenizados, a que título e sob que condições. Como hipótese de trabalho, sugere-se que, salvo exceções, os danos econômicos não devem ser indenizados, ao passo que os danos à saúde, na hipótese focada no texto, podem vir a ser indenizados, mas apenas proporcionalmente.

Palavras-chaves: covid-19; responsabilidade civil do estado.

ABSTRACT: The enormous threat posed by the COVID-19 pandemic required the government to adopt numerous measures to address the health risks of Brazilians, allocating devices, medicines and technical personnel. In order to try to slow down the growth rate of the disease and, thus, avoid the collapse of the health system, other measures were necessary, such as the ban on the operation of numerous industrial and commercial establishments. These measures have caused economic losses to millions of Brazilians, whose impact the government has tried to reduce with other measures of emergency financial support. Despite all efforts, economic damage inevitably occurred, just as at certain times, many Brazilians died without having the opportunity to access adequate treatment. This article analyzes whether these damages – both economic and health damages – can be compensated, under what title and under what conditions. As a working hypothesis, it is suggested that, with exceptions, economic damages should not be compensated, while health damages, in the hypothesis focused on the text, may be compensated, but only proportionally.

Keywords: covid-19; state civil liability in tort.

¹ 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.

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 escolas², o Supremo Tribunal Federal, acionado³, 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.

2 “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.

3 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.”⁴

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

4 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)⁵. 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 estatal⁶, 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).

5 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.

6 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 doutrina⁷ 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 anormais⁸. Para Di Pietro⁹,

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 francês¹⁰, 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*¹¹.

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*¹² 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).

7 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.

8 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 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, p. 544; mas não na Inglaterra.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

10 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).

11 FAIRGRIEVE, Duncan. *State Liability in Tort*. A Comparative law Study. New York: Oxford University Press, 2004, p. 144; 148-149.

12 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.¹³

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

13 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 autores¹⁴ 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.¹⁵

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*¹⁶), 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.

14 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; LAROUCHE, Pierre; VON BAR, Christian; VINEY, Geneviève. *Tort Law: Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 282.

15 BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French 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.

16 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 dependam¹⁷. 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.*)¹⁸.

(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.

17 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.

18 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 econômicos¹⁹.

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 econômicos²⁰. Na Inglaterra, em caso de *pure economic damages*, tradicionalmente há uma aversão à sua reparabilidade²¹. Trata-se da denominada *the economic loss rule* ou regra de

19 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.

20 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.

21 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*)²².

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 incomensuráveis²³.

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 tema²⁴. Teoricamente o Brasil enquadrar-se-ia nesse sistema.

Alemanha, Áustria, Portugal²⁵, 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 legal²⁶.

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 juízes²⁷, 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.

22 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.

23 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.

24 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.

25 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.

26 BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon Valentine. *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009, p. 125.

27 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 responsabilidade²⁸, 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 Burini²⁹ 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 Miragem³⁰ 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 atendida³¹.

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

28 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-cao-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 10 set. 2020.

29 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.

30 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.

31 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 normas mais genéricas é o governo estadual, que quase sempre dispõe de um assessoramento técnico mais razoável e esclarecido.

Analisada 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 reduzidos³², 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 proteção³³. 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 Miragem³⁴ 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 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

32 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).

33 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.

34 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.

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 civil³⁵, quando ocorrer (1) caso fortuito ou força maior³⁶, (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. Oliveira³⁷ 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”³⁸. Mais modernamente, Bodin de Moraes³⁹ 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 Meireles⁴⁰, 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”.⁴¹

Na jurisprudência pátria, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 262.651/

35 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”.

36 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.

37 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.

38 AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 641.

39 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.

40 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.585.

41 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).

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, Ponzanelli⁴² 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, Freitas⁴³ 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”⁴⁴.

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 Netto⁴⁵, “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. Bergkamp⁴⁶ 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*⁴⁷, 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.⁴⁸

42 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.

43 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.

44 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.

45 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.

46 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.

47 A decisão é acessível em <https://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/klimaatzaak-urgenda>.

48 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 Capecchi⁴⁹. 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 (p. 267 e 304) 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”⁵⁰.

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.⁵¹

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

49 CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità – Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. 3.ed. Padova: CEDAM, 2012.

50 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.

51 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.⁵²

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 pandemia⁵³. 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”⁵⁴.

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

52 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.

53 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.

54 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 15/07/2020.

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 15/07/2020.

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 15/07/2020.

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. *Encyclopaedia of Law and Economics*, v. 1, 2ª 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, pp. 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, pp. 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, acesso em 13.01.2019.

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*. 3rd. 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^a 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 23/06/2020.

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 10/07/2020.

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 14/07/2020.

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 responsabilità e i possibili contenziosi da COVID. *Danno e responsabilità*, 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, Geneviève. *Tort Law : Scope of Protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilité*. 2^e. Éd. 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.

Recebido em: 13.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

FACCHINI NETO, Eugênio. Em busca de uma responsabilidade razoável, solidária e proporcional do Estado em tempos de covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.73-93, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-05.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.

IMPACTOS DA COVID-19 NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ¹

EFFECTS OF COVID-19 OVER THE MEDICAL LIABILITY

Tula Wesendonck ²

RESUMO: Este artigo tem como finalidade analisar os impactos da pandemia de Covid-19 na responsabilidade civil do médico. O artigo propõe a ressignificação do conceito de culpa do médico no exercício de suas atividades, com a modulação dos deveres de conduta que lhes são impostos. Diante da alteração das circunstâncias provocada pela Covid-19, e considerando os deveres impostos pela boa-fé, é necessária a flexibilização de alguns deveres anteriormente impostos, e a admissão de certas práticas no período de excepcionalidade. O artigo ainda examina, em que medida a situação de excepcionalidade da Covid-19 configura causa para afastar a responsabilidade civil. Apesar das dificuldades de uma situação tão adversa e inesperada, a pesquisa conclui que não é necessário mudar as leis porque o ordenamento jurídico brasileiro possui normas suficientes e adequadas para disciplinar o assunto.

Palavras-chave: responsabilidade civil; covid-19; responsabilidade do médico; culpa.

ABSTRACT: This article has the main to analyze the effects of the pandemic of covid-19 over medical liability. It proposes the reframing of the concept of fault in the medical activities, with the modulation of his duties. Facing the changing of the circumstances caused by Covid-19 and considering the duties arising from good faith is necessary to flexibilize the duties and admit new conduct in this exceptional period. The article also investigates the causes of excluding tortious liability. Despite the difficulties of the so unexpected situation, this research concludes that it is unnecessary to change the statutory law because the Brazilian system has sufficient and adequate rules to discipline the subject.

Keywords: law of torts; covid-19; medical liability; fault.

1 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>.

2 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.

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 culpa³.

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)⁴. Esse fato modificou o tratamento jurídico dado à delimitação da imputação de responsabilidade civil pelos danos derivados dos riscos do

3 JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 86, n. 454, 1941, p.557.

4 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.

desenvolvimento em diversos países⁵.

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 resignificação do conceito de culpa no exercício das atividades médicas; a segunda examinará a excepcionalidade do período atual⁶.

5 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).

6 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 todos⁷.

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”⁸.

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”⁹.

7 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* N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, p.502-511, p. 507).

8 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152.

9 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 472.

No estudo do nexo de imputação é importante não o 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”¹⁰.

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 concreto¹¹.

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.¹²

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 em relação à atuação do médico. Por óbvio, isso não quer dizer, que a pandemia por si só irá

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-18.7.

11 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.

12 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.”

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”¹³.

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”¹⁴.

Essa noção de boa-fé, que dita os parâmetros da boa conduta médica¹⁵, 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,

13 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).

14 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado – critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 264.

15 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 informar-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).

16 Sobre o tema Aguiar Dias relatava a percepção de Josserand 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).

sobre qual é o *standard* de conduta esperado de um médico quando atua no exercício de sua atividade profissional.

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 médico¹⁶, é praticamente consenso no meio jurídico que a atuação médica, como exercício de uma atividade profissional regulamentada deve pautar-se pela boa-fé objetiva.¹⁷

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 qualificados¹⁸.

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 circunstâncias¹⁹.

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 encontra²⁰. 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 de excepcionalidade o padrão de exigência fatalmente irá mudar.

Nesse sentido, talvez seja interessante lançar um olhar sobre países que sofreram com

17 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.”

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 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.

20 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.

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.²¹

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.²²

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 danos²³.

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 excepcionalidade²⁴.

No caso italiano, tendo em vista uma contaminação muito rápida e agressiva que foi

21 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.

22 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.

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.

24 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.

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 doentes²⁵.

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”²⁶. 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 grave²⁷.

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.²⁸

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 telepatologia²⁹. 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 coronavírus³⁰.

25 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.

26 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.

27 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. Acesso em: maio 2020.

28 Sobre a definição de obrigação do médico a partir da boa-fé objetiva pode se referir ApCiv 70066069758 do TJRS, 10.^a 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.”

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-22.3.

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-22.4.

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)³¹.

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)³².

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.”³³ Merece destaque a ressalva na conclusão do parecer, que considera a excepcionalidade da situação e restringe o uso do medicamento no período da pandemia³⁴.

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

31 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.

32 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>

33 <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>. Acesso em: abril 2020.

34 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 futuro³⁵.

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 Brasil³⁶.

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.³⁷

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 pacientes³⁸.

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

35 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.

36 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.)

37 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.)

38 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 hidroxiclороquina 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 medicamento³⁹.

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 consentimento⁴⁰.

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”⁴¹.

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 Estado⁴².

39 <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 hidroxiclороquina, 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.

40 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.

41 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.

42 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”⁴³.

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 eficácia⁴⁴.

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 responsabilização⁴⁵.

43 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.

44 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-123-mpv966.htm

45 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 hospital⁴⁶.

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 preventivas⁴⁷. 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 hospitais⁴⁸.

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

46 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.

47 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.

48 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 adequados⁴⁹.

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 dependências⁵⁰.

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 culposos. 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 saudáveis⁵¹.

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

49 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.

50 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).

51 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 pandemia⁵².

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

52 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.

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 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-res>

ponsabilidade-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.

Recebido em: 19.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

WESENDONCK, Tula. Impactos da covid-19 na responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.94-112, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

UM DIÁLOGO ENTRE SAÚDE PÚBLICA E RESPONSABILIDADE CIVIL: O PARADIGMA DO TABACO NA ANÁLISE DA COVID-19

A DIALOGUE BETWEEN PUBLIC HEALTH AND CIVIL LIABILITY: THE TOBACCO PARADIGM IN THE ANALYSIS OF COVID-19

Renata Domingues Balbino Munhoz Soares ²

RESUMO: O presente artigo propõe um diálogo entre saúde pública e responsabilidade civil, tendo em vista o paradigma do tabaco na análise do covid-19. A partir do tripé informacional, busca-se analisar o direito à saúde no contexto da pandemia e a importância do contexto científico para as ações de responsabilidade civil. Ressalta-se, finalmente, que o tabagismo é fator de risco agravado da doença por covid-19.

Palavras-chave: saúde pública; tabagismo; covid-19; responsabilidade civil.

ABSTRACT: This article proposes a dialogue between public health and civil liability, in view of the tobacco paradigm in the analysis of covid-19. Based on the informational tripod, we seek to analyze the right to health in the context of the pandemic and the importance of the scientific context for civil liability actions. Finally, it should be noted that smoking is an aggravated risk factor for covid-19 disease.

Keywords: public health; smoking; covid-19; civil liability.

1 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.

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.”²

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

² 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.³

É inexistível do indivíduo-consumidor, nas sociedades de consumo de massa atuais, a busca pela fidedignidade da informação veiculada.⁴ Ao contrário, cabe ao fabricante o dever de prestá-la, em cumprimento ao que denominamos de “tripé informacional”⁵ 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.⁶

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.⁷

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.

3 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.

4 DIAS, Eduardo Rocha. *Coleção Luso-Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.317.

5 Ver em: SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito e Tabaco. Prevenção, Reparação e Decisão*. São Paulo: Grupo Gen, 2016.

6 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.

7 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-19.⁸

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.”⁹

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.¹⁰

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

8 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.

9 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.

10 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.”¹¹

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 Alzheimer¹⁵, 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.”¹²

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:

11 Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem>> Último acesso em: 10 set. 2020.

12 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 21.¹³

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.¹⁴

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.¹⁵

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

13 Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/publicacoes/livros/convencao-quadro-para-o-controle-do-tabaco-texto-oficial>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

14 Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br>> Último acesso em: 10 set. 2020.

15 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.¹⁶

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.¹⁷

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:¹⁸

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).¹⁹

16 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

17 Disponível em: <<https://www.law.com/2019/10/07/school-district-sues-juul-over-marketing-e-cigs-to-its-students/?slretu=20200903170203>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

18 Disponível em: <<https://www.tobaccofreekids.org>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

19 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-2.²⁰

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.²¹

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.²²

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

20 Disponível em: <<<https://www.tobaccofreekids.org>>. Último acesso em: 10 set. 2020.

21 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.

22 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.²³

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.”²⁴

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 nexos 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:²⁵

23 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.

24 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.

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*. Baurur: 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.²⁶

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 conta de @vapetime.ec no Instagram publicou a frase “Faça o seu pedido e receba em casa.”²⁷

26 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.

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.²⁸

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.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

27 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.

28 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.

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.

Recebido em: 28.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. Um diálogo entre saúde pública e responsabilidade civil: o paradigma do tabaco na análise da Covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.113-124, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

REFLEXIONES ACERCA DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL Y LA SITUACIÓN PRODUCIDA POR EL COVID-19

REFLEXÕES SOBRE O REGIME CONTRATUAL E A SITUAÇÃO PRODUZIDA PELO COVID-19

Manuel Ortiz Fernández¹

RESUMEN: La situación generada por el COVID-19 ha producido unas consecuencias devastadoras en múltiples sectores. El elevado número de fallecidos y contagios provocó que muchos estados decretasen estados de alarma y, en este marco, una de las medidas más frecuentes fue el establecimiento del confinamiento de la población. Sin duda, todo este contexto produjo una merma de las economías nacionales. Este hecho, obliga a que nos preguntemos acerca de su incidencia en el ámbito contractual y de la posibilidad de que, en ciertos casos, se aplique un régimen excepcional. En este sentido, debemos analizar el impacto que ha tenido el coronavirus para determinar si tiene cabida el recurso a determinadas herramientas jurídicas que, de algún modo, suavicen los deberes que surgen del contrato o moderen, limiten o hagan desaparecer la eventual responsabilidad civil derivada del incumplimiento. Desde nuestra perspectiva, el Derecho contractual debe ser repensado a la luz de la realidad actual y de los acontecimientos producidos.

Palabras clave: contractual; covid-19; moderación; obligación; responsabilidad civil.

RESUMO: A situação gerada pelo COVID-19 teve consequências devastadoras em vários setores. O alto número de mortes e contágios fez com que muitos estados decretassem alarmes, e nesse contexto, uma das medidas mais frequentes foi o estabelecimento do confinamento populacional. Sem dúvida, todo esse contexto levou a um declínio nas economias nacionais. Isso exige que nos perguntemos sobre seu impacto no campo contratual e a possibilidade de que, em certos casos, um regime excepcional possa ser aplicado. Nesse sentido, devemos analisar o impacto que o coronavírus teve para determinar se o uso de determinadas ferramentas legais que de alguma forma suavizam os deveres decorrentes do contrato ou moderados, limitam ou eliminam qualquer responsabilidade civil decorrente da violação. Do nosso ponto de vista, o direito contratual deve ser repensado à luz da realidade atual e dos eventos produzidos.

Palavras-chave: contratual; covid-19; moderação; obrigação; responsabilidade civil.

¹ 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.

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 efectiva², 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)³. 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 2020⁴, en la que se declaró la pandemia, no parece inferirse que podía, de algún modo, preverse ni la existencia del virus ni su evolución⁵. 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.

2 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. *AJI*, nº 12 bis, 2020, p.118-125.

3 RAMOS, Celso. Covid-19: la nueva enfermedad causada por un coronavirus. *Salud pública de México*, vol. 62, nº 2, 2020, p.226.

4 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).

5 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.⁶

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

⁶ 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 contractual⁷ 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 imperante⁸» 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.

7 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.

8 *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 doctrina⁹ 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 autores¹⁰ 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 contractual¹¹, disponemos de distintos mecanismos a los que cabría recurrir, al menos en abstracto, en las situaciones generadas por el COVID-19 y

9 En este sentido, *vid.* ZUSMAN, Shoshchana. La buena fe contractual. *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 51, 2005, p.24.

10 En este sentido, *vid.* SCHOPF OLEA, Adrián. La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 31, 2018, p. 112.

11 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 mayor¹² 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 daño¹³.

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 celebración¹⁴. 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 imprevisión¹⁵–, 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 doctrina¹⁶:

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.

No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia ha ido variando y no siempre se ha

12 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.

13 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.

14 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.

15 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.

16 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.

mostrado favorable a la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁷. 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)¹⁸ 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 jurídicos¹⁹. 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 podían ser, de ningún punto, previsibles para los contratantes²⁰. Con base en la misma, se podría justificar tanto la modificación de un negocio jurídico²¹ como su finalización, máxime cuando se deriva una

17 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).

18 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).

19 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.

20 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.

21 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 (fecha de última consulta: 02.07.2020).

imposibilidad sobrevenida²² para ejecutar los servicios o entregar los bienes pactados. Ello no supondría una contradicción del principio *pacta sunt servanda*, sino una excepción al mismo²³ 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 Servet²⁴ 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 posibilidad²⁵. 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 autores²⁶ 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

22 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.

23 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».

24 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).

25 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)».

26 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 responsabilidad²⁷ 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. *AJI*, 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 (fecha de última consulta: 02.07.2020).

²⁷ 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 em 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”. *AJI*, 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.

Recebido em: 07.09.2020

Aprovado em: 08.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

FERNÁNDEZ, Manuel Ortiz. Reflexiones acerca del régimen contractual y la situación producida por el covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.125-136, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

NOTAS SOBRE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES TRAS LA PANDEMIA DEL COVID-19 (VENEZUELA)

NOTES ABOUT SOME INSTITUTIONS OF THE LAW OF OBLIGATIONS AFTER THE COVID-19 PANDEMIC (VENEZUELA)

María Candelaria Domínguez Guillén¹

RESUMEN: El artículo trata sobre algunas instituciones o figuras del Derecho de las Obligaciones en el ordenamiento jurídico venezolano que podrían encontrar aplicación tras la pandemia del covid-19, tanto en materia contractual como extracontractual.

Palabras claves: derecho de obligaciones; pandemia; covid-19; contratos; responsabilidad civil.

ABSTRACT: The article deals with some institutions or figures of the Law of Obligations under Venezuelan legislation that could find application after the covid-19 pandemic, both in contractual and non-contractual matters.

Keywords: law of obligations; pandemic; covid-19; contracts; civil liability.

¹ 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.

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 casa². La obligación arropa al individuo a cada instante³. 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 particulares⁴.

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,

2 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 (también en: *Boletín Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 156, Caracas, 2017, pp.713-719, 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 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.

3 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.

4 Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Colombia, 1993, T. I, pp. 21 y 22.

podrán encontrar cabida ante los inconvenientes prácticos que puede generar el coronavirus.

La pandemia que nos aqueja ciertamente pondrá en vigencia diversos institutos del Derecho de Obligaciones y en particular su principal fuente (el contrato)⁵ 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 patrimonial⁶.

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 excesiva⁷. 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 venezolano⁸.

5 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.

6 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; *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>.

7 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. 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.

8 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 imputable⁹

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 1344¹⁰ del Código Civil (CC) venezolano suele extinguir la obligación y liberar al deudor, sin perjuicio del *commodum repraesentationis* (CC, art 1345)¹¹. Excepcionalmente, la causa extraña podría tener un simple efecto suspensivo¹² 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 resultado¹³. Los artículos 1271¹⁴ y 1272¹⁵ del CC venezolano obligan al deudor a cumplir su obligación so pena de responsabilidad civil, salvo la prueba de la *causa extraña no imputable*¹⁶.

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 imputable, debe ser sobrevenida, imprevisible e inevitable. La causa extraña no imputable

9 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. 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 Monteavila, marzo 2020, <http://www.derysoc.com/especial-nro-3/otro-efecto-del-coronavirus-alegatos-de-causa-extrana-no-imputable/>; Alfonso 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.

10 “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”.

11 “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.

12 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 diferencian 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.

13 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.

14 “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”.

15 “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”.

16 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.

encuentra su fundamento legal en el artículo 1271 del Código Civil.¹⁷

Entre las especies de la causa extraña no imputable¹⁸ 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 tercero¹⁹. 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 alarma²⁰. Esto último se subsume bajo el hecho del príncipe por tratarse de una decisión emanada de la autoridad que imposibilita el cumplimiento de la obligación²¹.

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 mora²². Los contratos posteriores a la pandemia no podrán alegar el carácter de sobrevenido²³.

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

17 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>.

18 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.

19 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-Carías; Humberto Romero-Muci, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezuela, 2020, p. 370, www.acienpol.com.ve.

20 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.

21 Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, RVLJ, 2017, p.170.

22 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, RVLJ, 2017, pp. 172-177.

23 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 imputable²⁴, o pactar previsiones a través de la cláusula de fuerza mayor²⁵.

La presencia de una causa extraña no imputable determina la inexistencia de la responsabilidad por falta de la correspondiente relación de causalidad²⁶. Recordemos que los elementos de la responsabilidad civil vienen dados por la culpa, el daño y la relación de causalidad²⁷.

3.2. Teoría de la imprevisión²⁸

Se alude a “incumplimiento por alteración de las circunstancias”²⁹, 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 civil³⁰, con reservas³¹, 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 mora³². No se aprecia jurisprudencia venezolana sobre la

24 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.

25 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.

26 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).

27 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 226-269.

28 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: Urduñeta 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; 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.

29 Véase: Rodríguez Ferrara, Mauricio. *Obligaciones*, Librosca, 3. edic., Caracas, 2007, p. 145.

30 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. 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.

31 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.

32 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 requisitos³³.

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”³⁴, 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 fe³⁵ 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 requerirse

33 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.gob.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.gob.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.gob.ve/decisiones/2013/febrero/1477-7-AP42-R-2012-000116-2013-0175.html>.

34 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 tomen 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”.

35 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.

la intervención judicial³⁷.

“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”³⁸

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 imprevisión³⁹, 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 imprevisible⁴⁰. Otros no descartan la inclusión de cláusulas relativas a la excesiva onerosidad⁴¹. 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 juego⁴².

3.3. Teoría de los riesgos⁴³

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 de los contratos *bilaterales*,

36 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 resolutoria: Lupini Bianchi, Luciano. «Notas sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho Civil», *Homenaje a Anibal Dominici*, 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.

37 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.

38 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.

39 Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 199 y 200.

40 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.

41 Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p. 200.

42 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.

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 obligación⁴³, 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 otro⁴⁴. 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 CC⁴⁵.

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 contrato⁴⁶.

3.4. Buena fe⁴⁷

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 contrato⁴⁸. Nos referimos a

43 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.607.

44 Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p. 608.

45 “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”.

46 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.

47 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.

48 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, 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 contractual⁴⁹.

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.⁵⁰

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

49 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.

50 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 normalmente⁵¹.

La buena fe se suele colocar como fundamento de algunas figuras en materia de Obligaciones como la imprevisión o la indexación (corrección monetaria)⁵². 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 lealtad⁵³. Y es que debe insistirse que la buena fe arroja la fase previa y posterior al contrato⁵⁴. 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 circunstancias⁵⁵. La buena fe objetiva como patrón de conducta se impone en tiempos de pandemia, a tono con los valores constitucionales⁵⁶. En este duro período deben evitarse los comportamientos oportunistas y ha de imponerse el deber de cooperación entre las partes⁵⁷.

51 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.

52 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.

53 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.

54 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.

55 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.

56 Véase: do Rêgo 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”.

57 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 responsabilidad⁵⁸ que servirían para regular los efectos de la pandemia mediante la autonomía de la voluntad⁵⁹, 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 repararlo⁶⁰.

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 autoridad⁶¹.

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

58 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.

59 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.

60 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.

61 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.

62 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.

“transmisión de las obligaciones”⁶².

También se ha paseado la doctrina venezolana por el impacto del covid-19 en el contrato de seguro por interrupción de los negocios⁶³, 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 indemnización⁶⁴.

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 realidad⁶⁵.

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)⁶⁶, 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 paciente⁶⁷. La referida “causa extraña no imputable” también encuentra aplicación en la esfera extracontractual⁶⁸.

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 asunto⁷⁰.

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

63 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, 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.

64 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. 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/>.

65 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.

66 “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.

67 Véase: 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; 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/>.

68 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.648.

69 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, p.648.

70 Véase: Domínguez Guillén, María C.. Curso de Derecho Civil III Obligaciones, *RVLJ*, 2017, pp. 611-617.

71 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.

necesariamente transitorio de la relación obligatoria⁷¹. Ello pues a diferencia de los derechos reales que tienen vocación permanente, la relación obligatoria por naturaleza es pasajera o efímera: la obligación está destinada a extinguirse⁷². 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

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.

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.

ANNICCHIARICO, José. "La carga del acreedor de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el

⁷² 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.

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.
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.

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.

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.

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.

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.

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 (también en: *Boletín Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 156, 2017, pp. 713-719, 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.

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

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

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 RÉGO 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.

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

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

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Recebido em: 18.07.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

Domínguez Guillén, María Candelaria. Notas sobre algunas instituciones del derecho de obligaciones tras la pandemia del covid-19 (Venezuela). *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.137-154, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

REVISIÓN CONTRACTUAL Y EMERGENCIA SANITARIA: PROBLEMAS JURÍDICOS QUE TRAEN CONSIGO EL “COVID-19” Y LA “CUARENTENA OBLIGATORIA”. UNA MIRADA DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ARGENTINO

CONTRACTUAL REVISION AND HEALTH EMERGENCY: LEGAL PROBLEMS THAT BRING WITH THEM “COVID-19” AND THE “MANDATORY QUARANTINE”. A LOOK AT THE QUESTION FROM THE POINT OF VIEW OF ARGENTINE LAW

Mauricio Boretto ¹

SUMARIO: La crisis producida por el COVID-19, trajo consigo la declaración de emergencia sanitaria en virtud de la cual, los distintos Estados, impusieron un aislamiento social y preventivo -llamado “cuarentena” o “confinamiento”- que produjo importantes efectos en las distintas relaciones humanas, sea de índole económica, social, cultural y, por supuesto, jurídicas. Así las cosas, con el presente trabajo, intentamos describir de acuerdo al Derecho argentino el impacto en los contratos de los efectos de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con motivo del COVID – 19 y su consecuencia inmediata, esto es, la ya mencionada “cuarentena” o “confinamiento”, que aparecen como hechos extraordinarios e imprevisibles sin precedentes que alteraron las “bases” de los distintos negocios jurídicos, provocando un cambio en las circunstancias existentes al momento de su celebración; generando, de este modo, la necesidad de revisar el contrato a través de los diferentes mecanismos previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico, con el único objetivo de restablecer el equilibrio originario de las prestaciones, preservar su continuidad y evitar, en lo posible, su extinción.

Palabras claves: covid-19; pandemia; confinamiento; contrato; revisión; caso fortuito; frustración de la causa; imprevisión; extinción.

SUMMARY: The crisis produced by the COVID-19, brought with it the declaration of health emergency under which the different states imposed a social and preventive isolation -called “quarantine” or “confinement”- which had a major impact on the various human relations: economic, social, cultural and, of course, legal. Thus, with the present work, we try to describe in accordance with Argentine law the impact on contracts of the effects of the pandemic declared by the World Health Organization (WHO) on the occasion of COVID - 19 and its immediate consequence, that is, the aforementioned “quarantine” or “confinement”, which appear as unprecedented extraordinary and unforeseeable events that altered the “bases” of the various legal transactions, causing a change in the circumstances existing at the time of their celebration; thereby creating the need to revise the contract through the various mechanisms provided for in the legal order, with the sole aim of restoring the original balance of benefits, preserving their continuity and avoiding them, if possible, their extinction.

Keywords: covid-19; pandemic; confinement; contract; revision; fortuitous case; cause frustration; unforeseen; extinction.

¹ 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.

1 PUNTO DE PARTIDA

La revisión del negocio jurídico *contractual* consiste en el análisis de las estipulaciones convenidas, previa interpretación e integración, y su consideración a la luz de determinados criterios o pautas, para concluir manteniéndolas o modificándolas, o bien, lo que es aún más grave, resolviendo el negocio².

Cuando las personas redactan un contrato intentan prever todas las contingencias. La autonomía de la voluntad -en tanto principio general del derecho³, art. 958 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante, CCyC- mucho tiene que ver con este acto de previsión, pues el ordenamiento jurídico confiere a los particulares un verdadero poder jurígeno en virtud del cual detentan la facultad de decidir si contratan o no y, en su caso, determinar el contenido del negocio jurídico.

Según una concepción clásica, lo pactado en los contratos constituía para las partes una *regla a la cual debían someterse como a la ley misma*, la cual debía permanecer inalterable a lo largo de la ejecución del negocio jurídico si este había sido concluido válidamente y no mediaba una causal de ineficacia por ausencia o irregularidades en alguno de sus elementos o presupuestos estructurales o generales⁴.

Se atendía fundamentalmente al sinalagma genético y el instrumento para extirpar el vicio que afectada al negocio desde su nacimiento era la nulidad, la cual conducía a la extinción del contrato, salvo su confirmación (art. 1059 Cód. Civil derogado -Código de Vélez- y art. 393 CCyC).

2 BORETTO, Mauricio. *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Ed. El Derecho, Colección Académica, Bs.As., 2003, página 13. Ver también de nuestra autoría "Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación" en Revista Código Civil y Comercial, Thomson Reuters, La Ley, año V, número 9, octubre 2019.

3 Los principios generales son ideas rectoras o principios jurídicos directores que informan un ordenamiento jurídico. Son conceptos jurídicos *indeterminados o abiertos*, que requieren del operador del derecho para su *concretización* frente al caso. La importancia de los principios generales del derecho resulta de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante, CCyC, que expresan: "*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*" (art. 1). "*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*" (art. 2). Ambas disposiciones están contenidas en el Título Preliminar del CCyC, o sea, entre las normas generales que se aplican a todo el código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza, y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones. Se trata del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas. De allí la importancia de la consagración de los principios generales en esta primera parte de la nueva legislación; la cual se proyecta hacia todo el Derecho privado con una increíble fuerza expansiva. Entre las funciones de los principios generales del derecho, cabe mencionar la siguientes *Como fuente del Derecho*: Bajo el título "Obligación de resolver", el art. 3 del CCyC dispone: "*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*". O sea, el juez tiene la obligación de dirimir el conflicto; no puede dejar de hacerlo, como decía el viejo código hoy derogado (que identificamos como "Código de Vélez"), excusándose en que la ley no prevé la cuestión, o la contempla de modo oscuro o insuficiente. Además, debe resolver *razonablemente*, o sea, motivando suficientemente su decisión. A ese fin, el CCyC proporciona al juez diversos instrumentos, entre los cuales se encuentran los principios generales del derecho. *Como elemento de interpretación de la ley*. Además, a través de los principios generales es posible: (a) resolver las contradicciones existentes entre las normas jurídicas vigentes, dando prioridad a la que se adapta mejor al principio general; (b) dar la clave para interpretar una norma jurídica dudosa, tal como surge del art. 2 antes transcrito.

4 Posteriormente, en el siglo XVI, la desintegración del feudalismo, los nuevos descubrimientos, la conquista y exploración de nuevos territorios, entre otras causas, ayudaron a concebir al hombre como individuo libre, y al Derecho como expresión máxima de la libertad humana dando mayor fuerza a la noción vinculante del acuerdo de voluntades. En el siglo XIX, recogiendo la noción anterior -cada cual se obliga por su propia voluntad- el Código Civil francés de 1804 receptó legalmente la llamada autonomía de la voluntad. Esta autonomía implica que el consentimiento, por tener poder suficiente para regular los derechos de las partes, genera para ellas un vínculo análogo al de la ley. Dicho de otra manera, "el contrato es ley para las partes". Esta afirmación se basa en la creencia según la cual, gracias a la libertad, nadie conoce mejor que las propias personas que contratan cuáles son sus verdaderos deseos, sus verdaderas necesidades y, por lo tanto, nadie puede proporcionar una solución más justa y conveniente que la que ellas mismas pueden darse. Esta idea se trasladó a la mayoría de los códigos decimonónicos, entre ellos, al argentino (hoy derogado), y prevaleció, sin modificaciones, hasta mediados del siglo XX.

El enfoque de estudio del contrato ponía el acento en el consentimiento como expresión de un acuerdo de voluntades, preocupándose básicamente porque este último fuera el resultado de la libre y coincidente voluntad de los contratantes. Las partes saben qué es lo más conveniente y debe dejárselas actuar libremente, por lo que las restricciones a la voluntad debían ser mínimas.

Poco y nada se reflexionaba acerca de la satisfacción de las “necesidades” que los individuos pretendían colmar a través del contrato.

Posteriormente, ante el nuevo escenario económico⁵-que hacia hincapié primordialmente en la función social del contrato - surgió la preocupación por el hecho de si realmente esta especie negocial satisfacía o no las expectativas y deseos de los individuos contratantes. Se explica así - como una de las características del siglo XX- el avance del *orden público* sobre la *autonomía de la voluntad*; permitiéndose modificaciones a los contratos ya celebrados.

De esta manera, cambia el eje de la discusión. Comienza a ponerse el acento en el sinalagma funcional del negocio jurídico y de la “satisfacción” de las necesidades que habían conducido a los contratantes a celebrarlo. Se justifica, así, la existencia de un mecanismo capaz de conservar el contrato ante la ocurrencia de acontecimientos sobrevinientes capaces de perturbar su normal desarrollo, incluso pudiendo provocar su resolución.

Por ejemplo, ante la sobreviniencia de un hecho extraordinario e imprevisible que tornaba excesivamente onerosa la prestación del deudor, con la amenaza de provocar la resolución del vínculo contractual, el acreedor -a quien puede interesarle mantener el negocio jurídico- puede optar por “resignar” parte de sus pretensiones y ofrecer mejorar equitativamente los efectos del contrato, conservándolo (art. 1198 Cód. Civil derogado y art. 1091 CCyC),

En conclusión, si bien el contrato sigue constituyendo una regla que debe cumplirse, ésta, no es tan incólume como se pensaba y fue menester permitir -de ser necesario- la revisión del acto jurídico contractual por una razón de justicia y equidad, a fin de que el mismo cumpla eficazmente su función de satisfacer aquellas necesidades que impulsaron a las partes a celebrarlo.

En efecto, las promesas que se intercambian los contratantes tienen una expectativa de comportamiento futuro. Especialmente en los vínculos de larga duración, el comportamiento futuro guarda estrecha relación con las *circunstancias* tenidas en cuenta por los contratantes al momento de celebrar el acuerdo de voluntades, como así también respecto de las que puedan suscitarse durante la ejecución negocial.

5 La segunda guerra mundial produjo grandes cambios que repercutieron en el Derecho. Las nuevas condiciones económicas, tecnológicas y sociales revelaron que, a veces, el acuerdo de voluntades es una mera ilusión o ficción, desde que las grandes empresas imponen las condiciones de la contratación, por lo que los contratantes –normalmente consumidores– se limitan a adherir a lo predispuesto por quien es económica o profesionalmente más fuerte. Esta nueva realidad llevó a la convicción de que la autonomía de la voluntad, por sí sola, no es suficiente; el Derecho del llamado “Estado de bienestar” de la posguerra debía ser un medio para lograr y desarrollar directrices económicas y políticas más justas; la voluntad individual, pues, debía ceder ante la planificación centralizada. Esta nueva visión generó la llamada “crisis del contrato” que, en realidad, es la crisis de la autonomía negocial como regla absoluta. Como se adelantó, la exaltación de la voluntad –y su poder de producir efectos jurídicos- desarrollada a la luz de la Revolución Francesa y pasada al código francés, fue recogida por Vélez Sarsfield en el Código Civil hoy derogado. Es cierto que la voluntad tenía límites, ejemplo de los cuales eran los arts. 21, 953 y 1167 de dicho Código Civil; pero tales limitaciones estaban expresamente determinadas; dicho de otro modo, había límite a los límites. De este extremo, en el que se priorizaba la voluntad individual, en ciertas épocas, el legislador pasó al polo opuesto y adhirió a posiciones “dirigistas”, intervencionistas, con leyes de distinta índole y temática, cuyo paradigma fue, en algún tiempo, la normativa relativa a la emergencia locativa. En este movimiento pendular, frente a situaciones determinadas, el derecho buscó y encontró soluciones para contemporizar los intereses de las partes; por ejemplo, para quienes se encuentran en situación de “explotación”, por su situación económica, intelectual, cultural, la lesión subjetiva; o la revisión del *pacta sunt servanda* cuando la situación original ha variado sustancialmente, mediante la teoría de la imprevisión. La incorporación de todas estas figuras jurídicas, en la República Argentina, especialmente a través de la Ley 17.711 abrió el camino para llegar, en el moderno derecho contractual, a la protección del consumidor, categoría jurídica “descubierta” en la segunda mitad del siglo XX.

2 RELEVANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES AL MOMENTO DE CONTRATAR. IMPORTANCIA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO JURÍDICO SUJETO A REVISIÓN.

El artículo 1091 CCyC, al regular la teoría de la imprevisión, cuando hace alusión a que *la prestación de una de las partes del contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente se torna excesivamente onerosa*, se refiere específicamente a *una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada*.

¿A qué circunstancias se refiere?

Se trata de aquellas *circunstancias* existentes al momento de contratar o cuya aparición era positivamente esperada por las partes al negociar, y cuya *subsistencia* era necesaria para que el contrato pueda existir como regulación dotada de sentido.

Estas circunstancias constituyen las *bases del negocio jurídico* y están integradas por dos tipos de componentes:

- Uno objetivo, que se refiere al tiempo, modo y lugar donde se ejecutarán las obligaciones; medio que rodea la actividad inherente al negocio a realizar; condiciones en que deberá ser cumplida cada prestación; realidad político-económica en virtud de la cual el contratante tomó la decisión de celebrar el negocio sopesando el costo-beneficio del compromiso a cumplir.
- Uno subjetivo, éste depende de cada uno de los contratantes, siendo de naturaleza personal, referidos a un interés personal; se trata de la necesidad a satisfacer mediante la prestación convenida. Lo que abre una expectativa sobre la utilidad a obtener.

Así las cosas, la alteración de las referidas *circunstancias* puede desnaturalizar el negocio jurídico y frustrarlo con relación al fin perseguido por las partes y respecto de las necesidades que se pretendían satisfacer. Es esta frustración, justamente, la que viene a justificar -en ciertos casos- la revisión del contrato, ya sea para mantener sus cláusulas, modificarlas o, incluso, concluir en la propia extinción del negocio jurídico.

Ahora bien, no todas las *circunstancias* que rodean la contratación pueden ser esgrimidas para la revisión del negocio. Si así fuera, no existiría seguridad jurídica pues un simple cambio en cualesquiera de los presupuestos existentes al contratar, invocado por alguna de las partes, determinaría irremediablemente la revisión negocial con el consiguiente debilitamiento del *pacta sunt servanda*.

Entonces, cabe preguntarse ¿cuál es el criterio de selección de los hechos relevantes que alteran las "bases negociales" y sirven de fundamento a la revisión?⁶:

1. Que sean hechos objetivos, esto es, circunstancias económicas, sociales o cualquier hecho mensurable y susceptible de ser probado. Ello evita los motivos interiores como las generalidades que no se pueden probar, y pone una barrera respecto de una excesiva flexibilidad que puede resultar muy pernicioso;
2. Que esos hechos no hayan sido tenidos en cuenta al contratar o en la ejecución posterior
3. Que sean hechos que tengan influencia en la relación contractual de modo que si

6 LORENZETTI, Ricardo. La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-1, p.169. Del mismo autor *La emergencia económica y los contratos*, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p.239.

las partes los hubieran tenido en cuenta, el contrato no habría sido igual, ya que habrían modificado alguno de sus elementos,

Así las cosas, las "bases del negocio" se modifican o desaparecen cuando acaecen hechos de las características referenciadas, de manera tal que:

a) o bien se deshace la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato, es decir, se verifica un desequilibrio en la relación de equivalencia. Lo que cuenta, entonces, no es la prestación en si misma sino en su relación de equivalencia con la contraprestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio. Desde esta óptica se habla de la "excesiva onerosidad sobreviniente" que es un supuesto de frustración del fin del negocio.

b) o bien el fin común perseguido por las partes al contratar -expresado en el contenido del negocio- resulta inalcanzable no obstante poder cumplir el deudor con la prestación a su cargo la cual, sin embargo, ha perdido interés para el acreedor. Desde este otro punto de vista, se produce una frustración -imposibilidad- de la finalidad prevista por las partes; lo que también provoca la frustración del fin del contrato.

Sin embargo, mientras que en un caso queda afectada la causa fin *objetiva*, en el otro, la causa fin *subjetiva*. Por ello, en este contexto, adquiere relevancia la causa como *elemento esencial del acto jurídico*⁷.

En efecto, la palabra causa se emplea en el vocabulario jurídico con diversos significados. Cuando se alude a la causa como elemento esencial del acto jurídico se hace referencia a la causa final.

Un acto jurídico es tal, sólo si tiene el *fin inmediato* previsto por la ley (adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, art. 259 CCyC). Este fin inmediato configura la causa fin del negocio.

Según el art. 281 CCyC: "*La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente, si son esenciales para ambas partes*".

De tal modo, la causa como elemento esencial del acto jurídico debe interpretarse en un doble sentido (objetivo y subjetivo):

Por un lado, expresa lo que las partes persiguen con la realización del acto (aspecto objetivo). En este sentido, se vincula a la *finalidad económico-social* del contrato y responde a la pregunta ¿Para qué se celebra el negocio? Así, la causa (objetiva) en el negocio de compraventa es, para el comprador, la obtención del dominio de la cosa, y para el vendedor, la disponibilidad del precio.

Por otro lado, la causa final identifica el *interés o móvil concreto* que ha movido a las partes a la realización de un negocio jurídico (aspecto subjetivo). La causa fin subjetiva responde a la pregunta, ¿Por qué se contrata? Así, para el comprador el motivo (causa subjetiva) de la compraventa de una casa puede ser la necesidad de habitarla, o la de hacer una inversión, instalar un fondo de comercio, etc., y, para el vendedor, la necesidad de

7 KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo II, Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2017, p.19.

hacerse del dinero para, a su vez, comprarse un automotor para pasear con su familia. Esos motivos, siempre particulares, en principio, no generan consecuencias jurídicas; sin embargo, adquieren relevancia jurídica y se “causalizan” cuando se exteriorizan –en forma expresa o tácita– y han sido *conocidos o debieron ser conocidos por la otra parte* obrando con cuidado y previsión (arts. 9 y 961 CCyC).

Así las cosas, la teoría de la “base del negocio” sirve de fundamento para la revisión contractual con apoyo en:

1. la frustración del fin del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes, que impacta preponderantemente en la causa fin objetiva, canalizada a través de la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyC)
2. la frustración definitiva de la finalidad del contrato, a causa de la alteración extraordinaria de las circunstancias reinantes a la hora de su celebración, que impacta preponderantemente en la causa fin subjetiva, canalizada a través de la teoría de la frustración de la finalidad (art. 1091 CCyC).

3 HECHOS EXTRAORDINARIOS, IMPREVISIBLES Y POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: EL COVID – 19, LA PANDEMIA Y LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS.

La crisis producida por el COVID-19, trajo consigo la declaración de emergencia sanitaria en virtud de la cual, distintos Estados impusieron un aislamiento social, preventivo y obligatorio (llamado “cuarentena” o “confinamiento”), con distintas particularidades según cada país.

La cuestión a saber es si, estos “acontecimientos” sobrevinientes a la relación contractual, habilitan su *revisión*.

Es que, este “aislamiento”, a su vez, paralizó distintas actividades que venían desarrollándose con normalidad, entre ellas, las económicas y lo hizo con graves consecuencias para los afectados: no poder “trabajar” para generar los recursos económicos necesarios para afrontar las necesidades básicas, los gastos indispensables cotidianos y, por su puesto, para cumplir con las diferentes obligaciones contraídas, entre las cuales se encuentran las de índole contractual.

- ¿Cómo pagar el alquiler de la vivienda arrendada?
- ¿Cómo pagar el préstamo bancario?
- ¿Cómo pagar la tarjeta de crédito?

Asimismo, existen otros casos en los cuales, aunque la cuestión económica no es lo esencial, la misma no pasa desapercibida: por ejemplo, compramos un pasaje para viajar a Europa y resulta que los países del “Viejo Continente” han cerrado sus fronteras. Asimismo, el propio Estado argentino ha cerrado las suyas. No podemos entrar, ni salir de la Argentina.

La pregunta es, ¿La Empresa Aérea debe devolvernos el dinero del pasaje, o es suficiente con que nos ofrezca “reprogramar el viaje”, sin costo, ni multas, para otra fecha, para cuando haya pasado la pandemia?

Damos un paso más. En tren de conjeturas, puede ocurrir que nos permitan salir de nuestro país e, incluso, ingresar al país de destino. Sin embargo, hay riesgo de contagio del virus COVID-19, por lo tanto hemos perdido interés en el viaje, pues el motivo determinante era conocer un nuevo lugar, recorrerlo, compartir nuevas vivencias en otro país y lo cierto es que, la exposición “social”, genera el peligro de que contraigamos coronavirus. No queremos exponernos a esta situación. De hecho, de haber tenido conocimiento del virus, nunca

hubiésemos comprado el pasaje.

¿Cómo resolver -jurídicamente- cada una de estas situaciones contractuales, afectadas por la pandemia con motivo del COVID-19 y el "aislamiento social" impuesto estatalmente; cuando estos acontecimientos tienen carácter extraordinarios y eran imprevisibles para las partes contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico?

Para contestar el interrogante, debemos -como mínimo- echar mano a tres institutos jurídicos propios del Derecho obligacional, del Derecho contractual y de la Responsabilidad Civil consagrados en el ordenamiento jurídico argentino⁸.

Nos referimos:

- al caso fortuito o la fuerza mayor
- la imprevisión
- la frustración del fin del contrato

A continuación, nos referiremos brevemente a cada una de estas figuras para intentar determinar, con posterioridad, como operan en materia de revisión contractual ante la "emergencia sanitaria" declarada con motivo del COVID - 19.

4 INSTITUTOS QUE PERMITEN LA REVISIÓN CONTRACTUAL SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.-

4.1 Caso fortuito o fuerza mayor

Las eximentes o causales liberatorias de la responsabilidad excluyen la obligación de responder o la disminuyen. Las eximentes son diversas según se trate de responsabilidad objetiva o subjetiva.

En el ámbito de la responsabilidad subjetiva, el sujeto se libera de responsabilidad acreditando la "no culpa", es decir, que actuó cuidadosamente, observando las diligencias que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Si se trata de factores objetivos de atribución, no hay "juicio de reproche"; por eso, las eximentes que excluyen este tipo de responsabilidad no se vinculan a la culpa, sino a la causalidad. En este ámbito, las eximentes destruyen (total o parcialmente) el nexo causal entre la conducta y el daño. En definitiva, el daño no puede ser atribuido al sindicado como responsable por la ley sino a otra causa ajena o extraña.

Son causas ajenas: (i) el caso fortuito o la fuerza mayor ajena a la cosa o a la actividad dañosa de la cual el sindicado como responsable se vale, o saca un provecho, o está bajo su cuidado; (ii) el hecho de un tercero por el cual no se debe responder; (iii) el hecho del damnificado.

Veamos el caso fortuito o fuerza mayor⁹.

El artículo 1730 CCyC dice que: "*Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. Este Código emplea los términos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor' como sinónimos. El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario*".

Por su parte, el art. 1733 CCyC expresa que: "*Aunque ocurra el caso fortuito, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito; c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito; d) si el*

8 Que también tienen presencia en la legislación de otros países, como es el caso del *Common Law* al que nos referiremos brevemente más adelante.

9 KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo II, Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2017, p.218.

caso fortuito sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito".

Conforme las normas transcriptas, en el Derecho argentino "caso fortuito y fuerza mayor" son expresiones que guardan sinonimia. Véase ahora cómo funcionan en el sistema jurídico.

El ser humano convive con la naturaleza. Algunos acontecimientos de la naturaleza son normales, suceden habitualmente según la experiencia; por ejemplo, que nieve abundantemente en invierno en la Cordillera de los Andes (que se encuentra al oeste de la República Argentina, en el límite con la República de Chile). Al contratar, o al realizar cualquier acto de la vida, estos hechos normales, ordinarios, deben ser ponderados y estar en los cálculos del sujeto medio. Así, si Juan debe transportar mercaderías desde Argentina a Chile en el mes de julio, sabe que puede nevar y cerrarse el túnel internacional de paso a dicho país, con consecuencias en la circulación vehicular y en la ejecución del transporte (por ej., los camiones pueden quedar varados hasta 15 días seguidos sin poder cruzar).

También se producen sucesos extraordinarios, que están fuera del acontecer habitual y que, por eso, son imprevisibles. Algunos de estos hechos extraordinarios pueden preverse, pero, aun así, son irresistibles y, por tanto, de efectos inevitables. Los hechos extraordinarios imprevisibles o, previsibles pero inevitables, configuran el denominado caso fortuito o la fuerza mayor.

La imprevisibilidad depende de circunstancias fácticas. Por ejemplo, un temblor de intensidad en la Provincia argentina de Entre Ríos (ubicada al este del país, lejos de la Cordillera de los Andes) es un hecho imprevisible; en cambio, en la Región cordillerana de Cuyo es previsible, por tratarse de zona sísmica pegada a la Cordón montañoso andino. En consecuencia, quien construye en zona sísmica, debe utilizar un sistema "sismo-resistente"; si no lo hace, acaecido el hecho no podrá liberarse, pues un sismo es un acontecimiento previsible.

Sin embargo, puede acaecer que el terremoto sea de tal magnitud que, aun respetando las directivas técnicas, el edificio igualmente se desplome (por ejemplo, se produjo una enorme grieta en el terreno sobre el que está edificada la construcción). En este supuesto excepcional, el obrar del empresario de la construcción no es la "causa adecuada" de la caída del edificio; la causa ha sido el terremoto en un grado de intensidad fuera de cualquier cálculo e imposible de evitar sus consecuencias.

La imprevisibilidad y la inevitabilidad implican que el hecho que aparece como caso fortuito también es actual, inminente y sobreviniente a la conducta del sujeto sindicado como responsable.

El caso fortuito, sin embargo, no debe confundirse con: (A) la causa ignorada; (B) la "no culpa"; (C) la falta de toda diligencia exigible a una persona en su actuar que termina por sembrar dudas sobre la autoría del hecho dañoso.

No constituyen caso fortuito y, por lo tanto, no liberan aquellos hechos que tienen un origen desconocido o ignorado; tal el caso del incendio de un banco que destruye los objetos existentes en la caja de seguridad del cliente y que no se puede llegar a saber cómo se originó; la pérdida del líquido de los frenos del vehículo que determina que el conductor pierda el control y arrolle a un peatón; etcétera. En estos supuestos, el prestador del servicio bancario de caja de seguridad y el dueño o guardián del rodado son responsables por los daños causados; para liberarse, es insuficiente la invocación del origen desconocido del incendio o de la pérdida de líquido de frenos porque, precisamente por ser de origen ignorado, no hay

prueba de que esos hechos sean ajenos a los sindicatos como responsables.

Adolfo Exner¹⁰ dijo tiempo atrás que, para que se configure el caso fortuito, es necesario que el hecho invocado –además de ser imprevisible y/o inevitable– sea ajeno a la actividad dañosa del agente, a su empresa, a las cosas de su propiedad. Si no fuere exterior, sino “interior”, la persona prestadora del servicio, dueño, guardiana, etcétera, debe tenerlo en cuenta, contar con su ocurrencia y sus efectos, prevenirlo, anticiparlo y evitarlo.

Pueden calificarse de caso fortuito o fuerza mayor los hechos de la naturaleza y también los hechos del hombre.

Son hechos de la naturaleza, por ejemplo, un terremoto, un tornado, una inundación, etcétera. Se discute si configuran caso fortuito aquellos hechos que son de la propia naturaleza humana, como una enfermedad súbita, imprevisible e inevitable, o incluso la muerte; en principio, la respuesta es afirmativa pues el control de tales hechos por la persona humana es muy relativo; se trata de acontecimientos que no se deben a la culpa del deudor, excepto que este los provoque o se ponga con grave imprudencia en situación de producirlos o favorecer su acaecimiento. Por ejemplo, el incumplimiento de un contrato por un artista causado por una enfermedad sorpresiva, la pérdida de conocimiento, etcétera, obedece a casos fortuitos excepto que él mismo haya provocado tales hechos, en cuyo caso, no actúan como eximentes, pues pudo evitarlos o prevenirlos (por ejemplo, el actor se enfermó por una ingesta de alcohol absolutamente voluntaria). En este escenario, pensemos en el caso del COVID-19 que si reuniría las características de caso fortuito.

Los hechos del hombre imprevisibles, inevitables y ajenos respecto a quien aparece como autor del daño también pueden configurar el caso fortuito. Por ejemplo, guerras, revoluciones, huelgas, etcétera. Sin embargo, si estos hechos son causados por la propia conducta del agente, no liberan. Por ejemplo, para liberarse de los efectos del incumplimiento de un contrato, el fabricante de autos no puede invocar la huelga de sus empleados, declarada porque no les ha pagado el salario; en cambio, podría invocar la huelga general, convocada por la central obrera, que exige mejoras del convenio colectivo de trabajo, movimiento de fuerza al cual sus empleados adhirieron por solidaridad, aunque ellos ya gocen de tales mejoras.

El hecho imprevisible e inevitable del Estado también puede configurar caso fortuito. Por ejemplo, Juan vende un inmueble a Pedro; recibe parte del precio y se compromete a transmitir la posesión y a escriturar en el plazo de seis meses. Posteriormente, y sin que nada lo hubiese hecho prever al tiempo del contrato, el Estado procede a expropiar ese inmueble, hecho que impide a Juan cumplir con el contrato de compraventa. Este incumplimiento no tiene su causa en la conducta de ninguna de las partes; por eso, el contrato se resuelve sin generar responsabilidad para ninguna de las partes quienes, simplemente, deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas.

Vinculado al caso fortuito o fuerza mayor, hallamos el instituto de la “imposibilidad de cumplimiento”, como modo de extinción de las obligaciones¹¹.

En efecto, como regla, el incumplimiento de las obligaciones genera el deber de reparar las consecuencias dañosas sufridas por la falta de cumplimiento. Sin embargo, si el incumplimiento obligacional se produce por una causa sobreviniente no imputable a la conducta del deudor, la obligación se extingue sin que éste deba reparar daño alguno al acreedor (art. 1732 CCyC).

10 “De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual”, traducción Emilio Milana y Villagrasa, Victoriano Suarez, Madrid, 1905.

11 CARESTIA, Federico en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, directores HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián. tomo III, Bs. As., Ministerio de Justicia, 2015, p.329.

4.2 Imposibilidad definitiva

Según el art. 955 CCyC: "*La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados*".

Por eso, para liberarse de las consecuencias del incumplimiento, como regla, el deudor tiene la carga de probar que:

La prestación se ha tornado efectivamente imposible, en razón de una causa sobrevenida. La imposibilidad de cumplimiento debe ser sobrevenida, es decir, debe ser posterior al acto que ha generado la obligación; si fuera contemporánea al otorgamiento del acto o contrato, existiría un defecto originario por la falta de objeto, por lo que el problema sería la nulidad (o no) de la relación obligatoria. La imposibilidad sobrevenida puede ser física o jurídica. Hay imposibilidad física cuando la prestación es de realización materialmente imposible. Por ejemplo, muere el músico obligado por un contrato a componer la melodía y música para una película. Hay imposibilidad jurídica cuando con posterioridad a la convención aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aun cuando ella sea materialmente posible de ser cumplida. Por ejemplo, una prohibición legal de ejecutar la actividad prometida contractualmente en una zona determinada. Pensemos, por ejemplo, en la "cuarentena" o "confinamiento" impuestos estatalmente, que vedaban casi todo tipo de actividad; provocando el incumplimiento de innumerables contratos.

La mera dificultad que no configura imposibilidad no da lugar a esta causal de extinción. Podrá ser invocada si reúne los requisitos de la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyC).

La imposibilidad que da lugar a la extinción debe ser objetiva, absoluta y definitiva:

- objetiva, o sea, el impedimento está referido al contenido de la prestación en sí misma, con abstracción de todo elemento extrínseco. La imposibilidad es subjetiva cuando atañe a condiciones personales o patrimoniales propias del deudor, que no están ligadas a la prestación. Por ejemplo, el vendedor de un inmueble alega que no puede escriturar porque está enfermo el hijo y no tiene quién lo cuide. Los impedimentos puramente subjetivos del deudor no están comprendidos en este modo extintivo.
- absoluta, es decir, no puede ser vencida por las fuerzas humanas normales.
- definitiva, en el sentido que la prestación tampoco podrá ser cumplida con posterioridad. Se trata de una situación irreversible.

(ii) *La imposibilidad se ha producido sin culpa ni dolo del deudor.* La imposibilidad no debe ser imputable al deudor. Si fuese imputable, no solo no extingue la obligación, sino que lo obliga a reparar los daños causados al acreedor. En otras palabras, si la imposibilidad reconoce su génesis en la conducta del deudor (por ejemplo, destruyó el automotor que vendió y debía entregar por circular a exceso de velocidad), la obligación no se extingue; se transforma en la de pagar los daños causados (art. 955 CCyC). La imposibilidad debe tener origen en un caso fortuito o fuerza mayor. Esto es, un hecho que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse (art. 1730 CCyC).

(iii) *El deudor no ha asumido el caso fortuito o fuerza mayor.* La obligación no se extingue por imposibilidad si el deudor ha asumido el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1733 CCyC).

4.3 Imposibilidad temporal¹²

La imposibilidad es temporal cuando la prestación es posible de ser realizada con posterioridad y es idónea para satisfacer el interés del acreedor. Esa imposibilidad no alcanza para liberar al deudor y extinguir la obligación; la obligación sigue vigente, por lo que, removido el obstáculo, persiste el deber del deudor de cumplimentar con su prestación. La imposibilidad liberatoria, pues, como se explicó en el punto anterior, es la definitiva.

Sin embargo, el CCyC reconoce algunos supuestos en los que la imposibilidad temporal tiene efecto extintivo: (i) cuando el plazo es esencial y (ii) cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible (art. 956 CCyC).

En ambos casos, la imposibilidad temporal causa lisa y llanamente el incumplimiento definitivo, por lo que el acreedor tiene el derecho de dar por extinguido el vínculo obligacional. Esta solución es una consecuencia lógica del principio de buena fe (art. 961 CCyC).

Por ejemplo, se contrató a una banda famosa para que actúe en una fiesta de matrimonio. La banda no llegó el día prometido porque tuvo un accidente causado por un tercero. Evidentemente, aunque podría actuar en otra ocasión, el día fijado era determinante para la ejecución de la prestación a su cargo y cumplir la prestación en otra oportunidad no tiene interés para el acreedor.

4.3.1 Imprevisión¹³

4.3.1.1 Introducción

Según el art. 1091 CCyC: *“Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”*.

Como se ha explicado, el art. 959 CCyC establece el efecto vinculante, regla básica del derecho contractual, según la cual *“todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”*. El contrato es ley para las partes y por eso debe ser cumplido (*pacta sunt servanda*); la cuestión es si esa regla tiene como límite que las cosas sigan siendo como

12 In the common law, an occurrence or event that makes it temporarily impossible to perform the act for which a party has contracted will operate to suspend performance until the impossibility ceases. Then, ordinarily, the parties must perform the contract as originally planned. If the lapse of time and the change in circumstances surrounding the contract make it substantially more burdensome to perform the promised acts, however, the parties will be discharged. The leading case on this subject, *Autry v. Republic Productions*, involved an actor who was drafted into the army in 1942. Being drafted rendered his contract temporarily impossible to perform, and it was suspended until the end of the war. When the actor got out of the army, the value of the dollar had changed that performance of the contract would have been substantially burdensome for him. Therefore, the contract was discharged (MILLER, Roger L.; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007, p.290-291)

13 HERNANDEZ, Carlos en *Código Civil y Comercial Comentado*. LORENZETTI, Ricardo (Director), tomo VI. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p.220; BORETTO, Mauricio. Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación en *Revista Código Civil y Comercial*. Thomson Reuters, La Ley, ano V, numero 9, octubre 2019.

14 In the common law, occasionally, if circumstances arise after the contract has been held that make performance extremely difficult or costly, courts may allow the contract to be discharged under the doctrine of commercial impracticability (equivalente a la *teoría de la imprevisión del derecho argentino*) or a closely related theory, *frustration of purpose* (equivalente a la *teoría de la frustración del fin del derecho argentino*). They are “legal excuses”. *Commercial impracticability*: Courts will at times excuse performance under a contract when the performance becomes much more difficult or expensive than originally contemplated in the time the contract was formed. For someone to invoke successfully the doctrine of commercial impracticability, however, the anticipated performance must become extremely difficult or costly (Restatement -second- of contracts, sections 265 and 266; UCC 2-615). For example, in one case, a court held that a contract was discharged because a party would have had to pay ten times more than the original estimate to excavate a certain amount of gravel. Caution should be used when invoking commercial impracticability. The added burden of performing must be extreme and, more important, must not have been within the cognizance of the parties when the contract has made (MILLER, Roger L.; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007, p.290).

estaban al momento de contratar (*rebus sic stantibus*)¹⁴.

Obviamente, una alteración o modificación no sustancial del contenido contractual es simplemente la consecuencia del riesgo negocial. El problema es cuando la modificación ha alterado manifiestamente el equilibrio económico del contrato. Por ejemplo, una empresa vende a otra una determinada cantidad de petróleo para ser entregada y pagada en diversos períodos de tiempo durante cinco años a determinado precio; mientras el contrato se está ejecutando se declara una guerra que aumenta veinte veces el precio pactado. La prestación a cargo del vendedor no se ha tornado imposible, pero sí, excesivamente onerosa, desde que debe entregar un producto a un precio infinitamente inferior a su valor en el mercado.

4.3.1.2 Contratos excluidos

La teoría de la imprevisión no se aplica:

- (i) A los contratos gratuitos.
- (ii) A los contratos aleatorios, excepto que la prestación se torne excesivamente onerosa "por causas extrañas a su alea propia". El ejemplo clásico es el de la renta vitalicia (art. 1599 del CCyC¹), convención en la que el alea está dada por la duración de la vida del beneficiario; en consecuencia, no se podría invocar que la prestación ha devenido en excesivamente onerosa porque el acreedor ha vivido muchos más años de los que vive una persona normal, pero sí otras circunstancias que pueden resultar extraordinarias; por ejemplo, la renta consistía en una determinada cantidad de barriles de petróleo y el precio de este producto se ha multiplicado por veinte por una guerra desatada en países petroleros.

4.3.1.3 Requisitos

La aplicación de la teoría requiere:

- (i) una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración.
- (ii) Pese a la alteración, la prestación es posible, pero resulta excesivamente onerosa, a punto tal que produce una notoria desproporción de las prestaciones, que dificulta económicamente el cumplimiento. Por ejemplo, la guerra en un país petrolero aumentó en veinte veces el precio del producto vendido. Si la prestación fuera imposible, se aplica la figura del caso fortuito, que exime de responsabilidad al contratante incumplidor; o sea, este no debe cumplir la prestación, porque precisamente se ha tornado imposible (art. 1730 CCyC)
- (iii) El hecho que provoca la excesiva onerosidad es posterior a la celebración del contrato.
- (iv) El o los hechos generadores de la desproporción son extraordinarios e imprevisibles, ajenos a las partes. Se trata de hechos de características excepcionales, que no pudieron ser previstos por las partes usando una normal diligencia. Por ejemplo, una guerra, una fuerte crisis económica, una pandemia, etcétera.
- (v) Estos hechos extraordinarios e imprevisibles deben ser generales, no particulares de quien los invoca. Por ejemplo, no podría invocarse una enfermedad que le impidió trabajar y obtener fondos para pagar; excepto el caso del COVID – 19 que sí cumple con el recaudo de generalidad, desde que es una pandemia.

¹⁴ Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

4.3.1.4 Efectos

(i) La parte perjudicada por los hechos imprevisibles e inevitables tiene derecho a plantear extrajudicialmente o pedir ante un juez, por acción o como excepción:

- La resolución total o parcial del contrato. En el ejemplo anterior relativo a la renta vitalicia, el perjudicado por el aumento del petróleo (el deudor) podría pedir la resolución del contrato, y el beneficiario (el acreedor) evitar la resolución solicitando que el juez reajuste equitativamente la prestación, no para volver al equilibrio inicial perfecto, pero sí para disminuir el exceso. Por ejemplo, si hasta el momento en que ocurrió la guerra, el beneficiario de la renta recibía el valor de U\$S 100 por barril, y con posterioridad el precio alcanzó los U\$S 500 por unidad, el reajuste equitativo podría consistir en que, en adelante, se abone la suma de U\$S 250 o 300 por barril; la determinación del valor se realiza equitativamente, ponderando las circunstancias del caso concreto; el juez debe tener en cuenta la situación particular de ambas partes. No implica un reajuste en términos absolutos, pues si así fuese, el que estaba beneficiado por el hecho extraordinario, el deudor (que conforme el contrato podía pagar solo U\$S 100 por barril) se volvería el perjudicado (al tener que pagar cinco veces más), siendo que ese precio, para él, es excesivamente oneroso.

- La adecuación del contrato, ofreciendo un reajuste.

(ii) Los efectos de la resolución o la adecuación no alcanzan a los efectos ya cumplidos; o sea, los efectos no son retroactivos, se producen hacia el futuro. Por eso, en el ejemplo, la resolución o el reajuste alcanzarán solo a las prestaciones que se devengaron a partir de los hechos imprevisibles o inevitables.

4.4 Frustración del fin¹⁶

Según el art. 1090 CCyC: *"La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial"*.

El origen del instituto suele asignarse a los llamados "casos de la coronación", decididos por la Corte de Apelaciones de Londres, Inglaterra, en el año 1903; los propietarios de inmuebles alquilaban los balcones para que la contraparte pudiese presenciar el desfile con motivo de la coronación del nuevo rey Eduardo VII; sin embargo, ese día, no hubo desfile por un problema de salud del monarca. Ante el reclamo del pago del saldo de precio por uno de los locadores, el locatario reconvino por restitución de lo pagado, pretensión a la que

¹⁶ Also, in the common law, a theory closely linked to the doctrine of commercial impracticability is the *doctrine of frustration of purpose*. In principle, a contract will be discharged if supervening circumstances make it impossible to attain the purpose both parties had in mind when making the contract. The origin of the doctrine comes from the old english "coronation cases". A coronation procession was planned for Edward VII when he became king of England following his mother's death, Queen Victoria. Hotel rooms along the coronation route were rented at exorbitant prices for that day. When the king became ill and the procession was canceled, the purpose of the room contracted was "frustrated". A flurry of lawsuits resulted. Hotel and building owners sought to enforce the room rents bills against would-be parade observers, and would be parade observers sought to be reimbursed for rental paid in advance on the rooms. Would-be parade observers were excused from their duty of payment. It was from this situation that the court developed its theory of recovery known as *frustration of purpose* (MILLER, Roger L; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007, p.290).

se hizo lugar, sosteniendo que el contrato había sido realizado para que el locatario pudiera observar el desfile, causa (*consideration*) compartida por los contratantes, y que, aplazado este, se había afectado la base del contrato¹⁷.

La imposibilidad de satisfacer los móviles particulares de las partes que han sido causalizados, es decir, exteriorizados y conocidos o que debieron ser conocidos por la otra parte, puede frustrar el fin del acto jurídico. En tal caso, se autoriza a la parte perjudicada a extinguir el contrato.

La causa existe al momento de la celebración del negocio, pero se frustra posteriormente. Por ejemplo, Juan alquila a Pedro un inmueble para instalar una fábrica de lavandina; con posterioridad a la celebración del contrato, la zona donde el inmueble se encuentra es declarada "residencial" por la autoridad municipal; este hecho, extraordinario, imprevisible para ambas partes al contratar, que impide explotar la fábrica, autoriza a Juan a extinguir la relación contractual por haberse frustrado el fin del contrato (él no tiene interés en alquilar pues no puede realizar la actividad industrial)¹⁸.

La frustración de la finalidad puede ser solo temporal, no definitiva. En tal caso, el art. 1090 CCyC autoriza solamente a "suspender" los efectos del contrato. No permite la extinción del negocio. Sin embargo, hay derecho a la resolución contractual si esa frustración temporal impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

El art. 1203 CCyC previsto para el contrato de locación de cosas -en su versión original- contemplaba un caso análogo que permitía comprender la figura de la frustración temporal, cuando disponía que "*Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no puede usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes*"¹⁹.

O sea, el arrendatario pueda: (i) extinguir el negocio, o (ii) suspender el pago del canon, sin disolver el contrato.

Tal como prevé el artículo 1090 CCyC, la resolución es operativa desde que la parte comunica la declaración extintiva a la otra. Dado que el evento frustrante es extraordinario y ajeno a la conducta de las partes, no da lugar al resarcimiento de daños.

La resolución tiene efecto restitutivo, aunque las prestaciones cumplidas quedarán firmes, siempre que resulten económicamente equivalentes y sean divisibles. Por ejemplo, mientras el contrato de locación se ejecutó y hasta que sobrevino el hecho extraordinario que frustró la causa del negocio (la declaración municipal que impidió que la fábrica de lavandina continuara trabajando), los cánones pagados por el disfrute del bien quedan firmes y no deben restituirse.

17 BORETTO, Mauricio. *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Ed. El Derecho, Colección Académica, Bs.As., 2003, p.28.

18 KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo III, Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2018, p.69. Comparando el Derecho argentino con el Common law, cabe destacarse que este ejemplo o supuesto que damos en este párrafo, en el Derecho anglosajón no se resuelve bajo la teoría de la frustración del fin (*frustration of purpose*) sino a la luz de la teoría de la *impossibility of performance* y como caso de "*change in law*" (Restatement -second- of Contracts, section 264). Certain basic types of situations generally qualify to discharge contractual obligations under the doctrine of impossibility of performance. Thus, a change in law renders performance illegal. An example is a contract to build an apartment building, when the local laws are changed to prohibit the construction of residential rental property at this location. This change renders the contract impossible to perform (MILLER, Roger L; CROSS, Frank B. *The Legal Environment Today: Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting*, fifth edition, 2007, p.290).

19 Esta norma ha sido recientemente modificada por la nueva ley de alquileres 27.551 que dice: "*Frustración del uso o goce de la cosa. Si por causas no imputables al locatario, éste se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si no se viese afectada directa o indirectamente la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes*".

5 EL CASO FORTUITO, LA IMPREVISIÓN Y LA FRUSTRACIÓN DEL FIN COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS EFICACES PARA CONJURAR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES PROVOCADAS EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES A CAUSA DE LA PANDEMIA Y CON MOTIVO DE LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS.

La respuesta no es unívoca. Hay que analizar caso por caso para determinar cuál es la herramienta jurídica que corresponde aplicar, de tal modo que alcance una solución equitativa, que contemporee y resguarde -o perjudique lo menos posible- los intereses en juego de ambas partes del contrato.

Ensayemos algunos ejemplos a mano alzada.

a) Luca Zingaretti, italiano, cantante de ópera famoso, es contratado para interpretar la ópera "Nabucco" (de Giuseppe Verdi) en febrero de 2020 en Argentina en el Teatro Colón (todavía en nuestro país en esa fecha poco se sabía del coronavirus y no había emergencia sanitaria declarada). Sin embargo, el artista contrae COVID-19 en Shanghai -donde estuvo previamente- y, si bien no lo mata, si lesiona gravemente sus pulmones y vías respiratorias, lo que le genera una incapacidad permanente total para su actividad profesional, de tal modo que no puede cumplir con su contrato. En este caso, opera el caso fortuito que puede ser invocado por Luca Zingaretti, para eximirse de responsabilidad. Estamos en presencia de una imposibilidad de cumplimiento (art. 955, 1ra. parte y art. 1732 CCyC).

A su vez, las personas que compraron sus entradas para ver la Opera, pueden invocar la frustración del fin con el objetivo de resolver el contrato de espectáculo celebrado, a los efectos de obtener la restitución o reembolso del dinero invertido en la adquisición del ticket. El motivo determinante de la celebración del negocio jurídico, escuchar cantar a Luca en el Teatro, ya no será satisfecho y se ha frustrado definitivamente el interés del acreedor.

(b) Jorge Gómez ha tomado un préstamo bancario hipotecario UVA²⁰ (es decir, se indexa o actualiza mensualmente de manera automática), el que se encuentra en plena ejecución; venciendo en noviembre de 2030. Pero, atento a la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno argentino, actualmente no puede trabajar como odontólogo y, por lo tanto, no percibe ningún tipo de honorario que le permita pagar la cuota del mutuo. En este caso, no hay intención alguna de resolver el negocio jurídico. Por el contrario, necesita del inmueble que ha comprado -y que está hipotecado- pues ahí vive con su familia. En este contexto, la prestación a su cargo -el pago de la cuota- se ha tornado excesivamente onerosa desde que, además de la inflación reinante que potencia la UVA, ha perdido toda chance de percibir ingresos por el momento, lo que ha perjudicado su capacidad económica; generando un importante desequilibrio contractual. Necesita readecuar el contrato, de tal modo que, sin extinguirlo, pueda modificarlo de algún modo para continuar su ejecución.

En este caso, si bien el Estado Nacional argentino se adelanta en reajustar los términos de la relación contractual hipotecaria (los llamados "préstamo hipotecarios UVA") a través del dictado del DNU 319/20²¹, preservando la continuidad del vínculo jurídico, en tren de

20 En Argentina, la UVA es un mecanismo que permite actualizar el valor de la prestación según determinados índices ante la inflación existente. Para calcular el *crédito UVA* se debe tener en cuenta que el valor por UVA se actualiza diariamente mediante el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), al tomar los datos del índice de precios al consumidor (IPC), ya que el índice de precios al consumidor está altamente relacionado con el costo de la construcción, aunque tiene menor volatilidad. El valor de la cuota aumenta al ritmo de la inflación por lo que el salario o los ingresos pueden no aumentar en dicha proporción.

21 DNU es la abreviatura de "Decreto de Necesidad y Urgencia" que es dictado por el Poder Ejecutivo y que necesita ratificación legislativa por parte del Congreso o Parlamento para gozar de validez constitucional. Según el art. 99 inciso 3 de la Constitución Argentina: "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) *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 de 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.*"

conjeturas -y suponiendo hipotéticamente que el Estado argentino no lo hubiese hecho- bien podría Jorge Gómez invocando la *Imprevisión* intentar adecuar las prestaciones contractuales en los mismos términos que propone el DNU 319/20²² (o de otra manera, claro está); iniciando la acción de revisión que autoriza el art. 1091 CCyC y, a tal efecto, solicitar el congelamiento por seis meses (hasta el día 30 de septiembre del año en curso), de la cuota mensual de su crédito hipotecario -a valor de marzo del 2020- que recae sobre el inmueble que compró, que está precisamente destinado a vivienda única y que se encuentra ocupado -con el referido destino- por Jorge Gómez y su familia. La *Imprevisión*, como ocurre en este caso, cobra importancia a los efectos de readecuar el desequilibrio contractual en aquellos contratos de ejecución diferida o continuada, en los que la parte perjudicada tiene interés en preservar su continuidad.

(c) Mauricio González ha comprado un pasaje aéreo para viajar a Italia, a fin de recorrer el Norte de ese país y, particularmente, conocer la Última Cena de Leonardo Da Vinci en Milán. El pasaje lo compró en agosto de 2019, para viajar en marzo de 2020.

Si nos ubicamos en marzo del 2020, Mauricio se encuentra con que:

- a. Estaban cerradas las fronteras de Italia y Argentina
- b. Debía cumplir cuarentena obligatoria en Argentina y en Italia
- c. Tenía especialmente temor de contagiarse COVID-19 por lo que, aun cuando hipotéticamente las fronteras se hubiesen abierto, el motivo determinante de la compra del pasaje, esto es, viajar para conocer Italia, perdió todo interés. No quería correr riesgos graves en su salud, especialmente porque no había vacuna (y aún no la hay) y el COVID-19 era (y lo es aún) muy contagioso.

Las soluciones posibles para este caso presentan aristas de complejidad.

Casi todas las Líneas Aéreas, en este caso, han ofrecido al pasajero la opción de cambiar la fecha de su vuelo, sin costos ni penalidades (con algunas variantes según la empresa). Es decir, no ofrecen la resolución contractual, esto es, extinguir el contrato restituyendo el dinero. Sin embargo, aun ante la opción del cambio de fecha, tampoco ofrecen al pasajero suspender el pago de las cuotas del precio del pasaje hasta el momento oportuno (para cuando se pueda viajar), si es que el ticket se había adquirido de manera financiada a plazo.

Lo cierto es que tampoco les conviene "económicamente" invocar el caso fortuito para eximirse de responsabilidad ante el incumplimiento, pues ello derivaría en una extinción del contrato -justificada por cierto- con el consiguiente efecto restitutivo del dinero percibido por la venta del pasaje, que es lo que la mayoría quiere evitar.

Es más, juega a favor de la empresa la "imposibilidad de cumplimiento" (art. 955 y 1732 CCyC), que aun siendo temporaria (art. 956 CCyC), extingue la obligación cuando el plazo es esencial o la duración de la imposibilidad frustra definitivamente o de manera irreversible el interés del acreedor.

22 ARTÍCULO 1°.- MARCO DE EMERGENCIA: El presente decreto se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y el Decreto N° 297/20 que estableció la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", y sus normas complementarias. ARTÍCULO 2°.- CONGELAMIENTO DEL VALOR DE LAS CUOTAS: Establécese que, hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la cuota mensual de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal, no podrá superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año. La misma medida de congelamiento y por el mismo plazo fijado en el párrafo anterior, se aplicará a las cuotas mensuales de los créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA).

Pero, reiteramos, aun en este caso, la Empresa debería restituir el dinero al pasajero y, ante el perjuicio económico de perder el precio del pasaje, no lo quieren hacer²³.

De este modo, las Líneas Aéreas "ignoran" lisa y llanamente la teoría de la frustración del fin, ni siquiera en su modalidad "temporal" (arg. art. 1203 CCyC). En otras palabras, imponen al pasajero la aceptación de un "diferimiento" del plazo del cumplimiento de la propia prestación, para "cuando se pueda cumplir" y cese la pandemia (aunque percibiendo ellas, eso sí, en tiempo y forma la prestación del co-contratante, que paga el pasaje de contado o en cuotas). Como no hay causa imputable para el pasajero, no hay penalidades en el cambio de fecha (cuyo límite también impone la Línea Aérea, por ej., para volar hasta el 31/12/20 o hasta el 30/06/20); lo que parece ser un incentivo para aceptar.

Pero quedarnos con esta "solución" es otorgarle al tema una visión sesgada, que solo mira el interés del deudor.

En efecto, si bien es cierto que existe un caso fortuito que impide volar a las Líneas Aéreas como es el cierre de fronteras ordenada por el Estado a causa de la "cuarentena" declarada por el coronavirus, aun cuando las mismas se "abrieran" y vuelvan a la normalidad, lo cierto es que el COVID-19 y la incertidumbre que el mismo genera sobre la salud del pasajero, afectan principalmente el motivo determinante del mismo -quien puede ya no tener interés en viajar (aun cuando la empresa pudiese ejecutar el traslado)-, "interés" que existía al momento de celebrar el contrato de transporte y que lo llevo a concertar dicho negocio (lo que obviamente era conocido por la Empresa aérea).

No hay vacuna, hay peligro de contagio y depende permanentemente de no exponerse a situaciones de riesgo en tal sentido.

Así las cosas, si echamos mano al art. 1203 CCyC -que bien puede aplicarse a nuestro caso *mutatis mutandis*-si el pasajero se ve "*impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención*" (*rectius*: no puede viajar o puede hacerlo pero con riesgo de contagio, etc.); es el propio pasajero (y no la Línea Aérea) quien tiene las dos opciones legales:

23 De todos modos, en la Argentina está vigente la resolución 203/2013 de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) que modifica la resolución 1532 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos que dice: "ARTICULO 12° - INCUMPLIMIENTO DE HORARIOS, ITINERARIOS, CANCELACION DE VUELOS Y DENEGACION DE EMBARQUE. a) Si debido a circunstancias operativas, técnicas o de índole comercial, el transportador cancela o demora un vuelo o la entrega de equipaje por más de CUATRO (4) horas, o deniega el embarque porque no puede proporcionar espacio previamente confirmado (overbooking o sobreventa), o no puede hacer escala en el punto de parada-estancia o de destino del pasajero, o causa a un pasajero la pérdida de un vuelo de conexión para el que tenía una reserva confirmada, el pasajero, tendrá el derecho a: 1.- su inclusión obligatoria en el vuelo inmediato posterior del mismo transportador para su destino, o 2.- al endoso de su contrato de transporte, incluyendo conexiones con espacio confirmado, cuando sea aceptable para el pasajero, o 3.- a ser reencaminado por otra ruta hacia el destino indicado en el contrato, por los servicios del transportador o en los servicios de otro transportador, o por otro medio de transporte, en estos últimos casos sujeto a disponibilidad de espacio. Si la suma de la tarifa, el cargo por exceso de equipaje y cualquier otro cargo de servicio aplicable por la nueva ruta es mayor que el valor de reintegro del billete o de la porción aplicable del mismo, el pasajero no abonará ninguna tarifa o cargo adicional y el transportador reintegrará la diferencia si la tarifa y cargos para la ruta reprogramada son menores: 1.- a la compensación por embarque denegado de acuerdo a las regulaciones del transportador, 2.- a la inmediata devolución, si le correspondiere, del precio del contrato de transporte no utilizado y conforme a las modalidades de pago efectuadas. Aquellos pasajeros que, voluntaria y expresamente, acepten la compensación por embarque denegado y a realizar el transporte en alguna de las condiciones detalladas en este inciso, no tendrán derecho a efectuar ningún tipo de reclamo posterior al transportador; sin perjuicio de ser beneficiados con los servicios incidentales que provea el transportador a su cargo ante esta situación. Asimismo, el transportador proporcionará al pasajero, sin cargo para el mismo, los siguientes servicios incidentales: 1.- comunicación telefónica o cablegráfica al punto de destino y comunicaciones locales, 2.- comidas y refrigerios de conformidad con el tiempo de espera que medie hasta el embarque en otro vuelo, 3.- alojamiento en hotel, en el aeropuerto o en la ciudad, cuando la demora de un vuelo exceda las CUATRO (4) horas y 4.- transporte terrestre desde y hacia el aeropuerto. El transportador quedará exento de proporcionar los mentados servicios incidentales a sus pasajeros en los supuestos en que como consecuencia de circunstancias meteorológicas se cancele o demore el vuelo, se demore la entrega del equipaje, no se pueda hacer escala en el punto de parada-estancia o de destino del pasajero o se pierda un vuelo de conexión para el que tenía una reserva confirmada. No obstante, en estos casos, el transportador deberá arbitrar todos los medios a su alcance a fin de que el pasajero reciba información adecuada y veraz sobre las demoras ocasionadas por dichas circunstancias, hasta tanto suministre o reanude el servicio o sea reencaminado a través de los servicios de otro transportador o medio alternativo de transporte."

- resolver el contrato (arg. art. 1203 CCyC) o
- suspender temporalmente el pago de la prestación (mientras no se pueda volar o, incluso, aunque se pueda volar pero hasta que desaparezcan los peligros del contagio, etc.; en cuyo caso el pasajero no tendría porque aceptar la imposición de un límite irrazonable a la nueva fecha de vuelo por parte de la Empresa aérea).

Adviértase, entonces, que siempre es el acreedor de la prestación - en este caso, el pasajero- quien tiene la opción. No la empresa transportista, quien - como dijimos- si podría invocar la imposibilidad de cumplimiento, sin responsabilidad, para extinguir el contrato, pero restituyendo siempre el dinero.

No obstante, entre las opciones a favor del pasajero, no está la de verse "obligado" a posponer la fecha del viaje (o sea, aceptar sin más el diferimiento del cumplimiento de la prestación, que el propio deudor -por su mayor poder negocial- le impone). Distinto sería el caso si, en esta situación, se le concediera concomitantemente al acreedor la facultad de suspender el cumplimiento de la propia prestación (en caso de que el pago del precio no haya sido de contado) y se hubiesen disipado los riesgos del contagio y, a su vez, el pasajero tuviese interés en volar.

En suma, entendemos modestamente que en la situación actual -dentro del contexto antes explicado- los pasajeros podrían, sin inconvenientes, solicitar la restitución del dinero del pasaje; resolviendo el contrato, invocando a tal efecto la frustración del fin del contrato (arts. 1090 y 1203, CCyC).

6 CONCLUSIÓN

Con el presente aporte doctrinario, hemos pretendido describir a la luz del Derecho argentino el impacto en las relaciones jurídicas contractuales tanto de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con motivo del COVID-19 como su consecuencia inmediata, esto es, la "cuarentena" o "confinamiento", hechos extraordinarios e imprevisibles sin precedentes que alteraron las "bases" de los distintos negocios jurídicos, provocando un cambio en las circunstancias existentes al momento de su celebración; generando, de este modo, la necesidad de revisar el contrato a través de los diferentes mecanismos previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico con el único objetivo de reestablecer el equilibrio originario de las prestaciones, preservar su continuidad y evitar, en lo posible, su extinción.

REFERENCIAS

BORETTO, Mauricio. *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Ed. El Derecho, Colección Académica, Bs.As., 2003.

BORETTO, Mauricio. Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación en *Revista Código Civil y Comercial*. Thomson Reuters, La Ley, año V, número 9, octubre 2019.

EXNER, Adolfo. *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*. traducción Emilio Milana y Villagrasa, Victoriano Suarez, Madrid, 1905.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, Aida; BORETTO, Mauricio. *Manual de Derecho Privado*, tomo II (2017) y tomo III (2018). Ed. EUDEBA-Rubinzal Culzoni, Bs. As..

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo III, Bs. As., Ministerio de Justicia, 2015.

CARESTIA, Federico en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. HERRERA, Marisa; CARAMELLO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (Directores). tomo III, Bs. As., Ministerio de Justicia, 2015.

LORENZETTI, Ricardo. La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-1.

LORENZETTI, Ricardo. *La emergencia económica y los contratos*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2002.

LORENZETTI, Ricardo (Director). *Código Civil y Comercial Comentado*, tomo VI. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2015.

HERNANDEZ, Carlos en "Código Civil y Comercial Comentado", director Ricardo Lorenzetti, tomo VI. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2015.

MILLER, Roger L; CROSS, Frank B.. *The legal Environment Today*. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting, fifth edition, 2007.

Recibido em: 02.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

BORETTO, Mauricio. Revisión contractual y emergencia sanitaria: problemas jurídicos que traen consigo el "covid-19" y la "cuarentena obligatoria". Una mirada dela cuestión desde la óptica del Derecho Argentino. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.155-173, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-10.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

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)

THE MORATORIUM ON URBAN PROPERTY LEASE CONTRACT AND COVID-19: AN ANALYSIS OF THE EMERGENCY AND TRANSITIONAL LEGAL REGIME FOR PRIVATE LAW LEGAL RELATIONS LAW

Marcelo Sampaio Siqueira ¹
Natércia Sampaio Siqueira ²
Álison José Maia Melo³

RESUMO: A pandemia causada pelo Covid-19, que assola a nação brasileira no ano de 2020, produziu modificações não só nas relações socioeconômicas, mas, também, no Direito, através da produção de normas jurídicas ou da mudança da interpretação dos fatos jurídicos perante regras já expostas. O objetivo desta pesquisa, considerando a mudança econômica dos brasileiros, que se viram privados de parte de suas rendas de forma abrupta, é analisar o Projeto de Lei 1.179/2020, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que se transformou na Lei 14.010/2020, e a proposta inicial de moratória para pagamento dos aluguéis mensais. A medida contida no texto original representava uma intervenção do Estado no contrato, devendo sua viabilidade ser tratada à luz do inciso XXXVI do artigo 5º da CF e do princípio da função social do contrato. Para o atingimento de tal finalidade, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, representada pelo precedente contido na ADI 493, e o método hipotético-dedutivo. Com a pesquisa, atingiram-se os seguintes resultados: a) a regra de moratória prevista no projeto de lei não estaria em conformidade com o preceito constitucional citado; b) a intervenção do Estado na economia deveria se dar através de crédito aos inquilinos; c) faculdade de os locatários requisitarem revisão da obrigação via alegação de fato imprevisível.

Palavras-chave: ato jurídico perfeito; covid-19; função social do contrato; locação imobiliária; moratória.

ABSTRACT: The pandemic caused by Covid-19, which plagues the Brazilian nation in 2020, produced changes not only in socioeconomic relations, but also in Law, through the production of legal norms or a change in the interpretation of legal facts under rules already exposed. The objective of this research, considering the economic change of Brazilians, who were abruptly deprived of part of their income, is to analyze the Bill of Law 1,179 / 2020, authored by Senator Antônio Anastasia, which became Law 14.010 / 2020, and the initial proposal for a moratorium to pay monthly rent. The measure contained in the original text represented an intervention by the State in the contract, and its viability must be dealt with in the light of item XXXVI of article 5 of the Constitution and the principle of the social function of the contract. In order to achieve this goal, the doctrinal and jurisprudential bibliographic research, represented by the precedent contained in ADI 493, and the hypothetical-deductive-hypothetical-deductive method were used as methodology. With the research, the following results were achieved: a) the moratorium rule provided for in the bill would not be in accordance with the aforementioned constitutional precept; b) State intervention in the economy should take place through credit to tenants; c) the lessee's ability to request a review of the obligation via allegation of an unpredictable fact.

Keywords: covid-19; moratorium; perfect legal act; real estate leasing; social function of the contract.

1 Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro.

2 Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

3 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro.

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 similitude⁴.

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 coisa⁵. 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 econômico⁶.

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 Ascensão⁷, 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 faculdades⁸.

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

4 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.

5 SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. Responsabilidade civil e contratos de locação predial urbana. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 7, p. 187-202, 2010.

6 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.

7 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: Reais. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

8 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 gigantesco⁹, 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 Bógus¹⁰ 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 contratual¹¹. O aluguel, consoante artigo 17 da Lei do Inquilinato, é de livre pactuação

9 FORTALEZA tem déficit habitacional de 130 mil moradias, aponta Defensoria Pública. *G1*, Ceará, 7 set. 2019.

10 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.

11 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 despejo¹², e a Lei 12.744, em 2012, que inseriu na lei a modalidade *built to suit* ou contrato de construção ajustada¹³.

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.

12 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.

13 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 jurídicas¹⁴. 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 contratadas¹⁵.

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

14 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.

15 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 vida¹⁶. 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 sanitário¹⁷ – 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”¹⁸ 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).¹⁹

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

16 ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. *Scientia Juris*, Londrina, v. 7/8, p. 340-353, 2003/2004.

17 WHO. *DRAFT landscape of COVID-19 candidate vaccines* – 21 September 2020. Geneva: WHO, 2020.

18 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.

19 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 10º, 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. Venosa²¹, 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

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 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 consequentemente 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”²². 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

22 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 549/2020²³.

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 2020²⁴.

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 locadores²⁵. Contudo, referido veto foi parcialmente derrubado em agosto de 2020, mantendo-se vigente o *caput* do art. 9º.²⁶

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

23 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.

24 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.

25 BRASIL. *Mensagem nº 331, de 10 de junho de 2020*. Veto ao Projeto de Lei nº 1.179. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

26 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 Econômica²⁷ 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 possuísem negócios jurídicos processuais, influenciados pelo festejado artigo 190 do CPC²⁸, 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 constitucional²⁹.

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”³⁰, 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”³¹. 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

27 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.

28 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.

29 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.

30 ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44.

31 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 escorreita 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*³⁵.

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 dispositiva³⁶.

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 Filho³⁷:

35 LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 276-277.

36 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.

37 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 tese³⁸ –, 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

38 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 legislativos³⁹, 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 inflacionário⁴⁰ (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 locacional⁴¹.

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 173/2020⁴² –, 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

39 MENEGUIN, Fernando B. *Avaliação de impacto legislativo no Brasil*. 2010. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. (Textos para Discussão, 70)

40 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.

41 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.

42 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 particulares⁴³. 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 soluções⁴⁴. 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 contratos⁴⁵.

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

43 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146-147.

44 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.

45 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-19⁴⁶, assim como regras em países estrangeiros, como na Inglaterra, que suspenderam ações de despejos e possessórias por até três meses, diante da referida pandemia⁴⁷.

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)⁴⁸

Ressalta-se, no entanto, o entendimento em contrário desenvolvido por Venosa⁴⁹, o qual deve ser observado *cum grano salis* e diante de circunstâncias específicas do caso concreto. Peghini⁵⁰ sumariza as situações que entende passíveis de aplicação do regime jurídico consumerista, nas hipóteses de relações extracontratuais do consumidor por equiparação e

46 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.

47 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.

48 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.

49 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

50 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 instituíra 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. 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. 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. 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. 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.

Recebido em: 27.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio; MELO, Álisson José Maia. 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). *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.174-195, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-11.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

E QUANDO O ALGORITMO ERRA? REFLEXÃO A PROPÓSITO DA PANDEMIADA COVID-19¹

WHEN THE ALGORITHM FAILS? THOUGHTS CONCERNING COVID-19 PANDEMIC

Mafalda Miranda Barbosa ²

RESUMO: 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. Nas páginas que se seguem procuraremos responder à questão de saber quem pode ser responsabilizado 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?

Palavras-chave: responsabilidade civil; inteligência artificial; covid-19

ABSTRACT: The covid-19 pandemic has caused deep losses at multiple levels. After a first stage of spread of the virus, particular problems concerning the suffered losses are now arising, whether they have been caused directly or indirectly by the infection, whether they have been caused by the measures adopted to sustain the epidemy. In the pages below, we will try to answer a specific question: who must be liable if the measures that have been adopted or omitted were based in predictive data generated by IA?

Keywords: civil liability; artificial intelligence; covid-19

¹ 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.

² Univ Coimbra, University of Coimbra Institute for Legal Research, FDUC. Professora Associada. Doutora em Direito pela Universidade de Direito de Coimbra, Portugal.

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 epidêmicos, 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 contágia 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 conhecem³. Na verdade, o artigo 283º/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 diminuto⁴. 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

3 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: Principia, 2017, p.168 s.

4 MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p.239 s.

5 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.

disposições legais de proteção de interesses alheios, antecipando-se a tutela⁵. A sua violação 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 mesmo⁶. 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 espaço⁷.

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 saúde⁸, 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.

6 A ideia é a da mera *coincidência espacial e temporal* que afasta a imputação.

7 TRIMARCHI, P. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè Editore, 1967, p.57-58.

8 Pode também haver violação de outros direitos absolutos (v.g. direito à integridade psíquica, direito à liberdade de movimentos, direito à liberdade religiosa).

A consideração das especificidades do caso concreto no que respeita à fase epidémica 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 desferiu 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 nexu causal, responsabilizando o polícia⁹. 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

9 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.

da empresa y. Esta sofre avultados prejuízos, não havendo, contudo, lesão de um direito absoluto. É, portanto, a categoria dos danos puramente patrimoniais que entra em cena e com ela todos os problemas atinentes à não indenizabilidade 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).

10 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%20%2082/20>. Também publicado na Revista de Direito da Responsabilidade (na secção de recolha de jurisprudência – dia 19.6.2020)

O *Landgericht* Heilbronn¹⁰, numa decisão de 29 de abril de 2020, pronunciou-se 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 risco¹¹. 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

11 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.

possíveis casos de responsabilização. Elencaremos, apenas, alguns: 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. 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 mesmo¹². 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 pessoa¹³ 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;

¹² 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.

¹³ Pense-se nas situações de testes comercializados que estavam *ab initio* contaminados.

direito à liberdade de movimentos; direito à liberdade de exercício de uma atividade profissional; direito à liberdade religiosa, entre muitos outros), parece-nos, contudo, que, em face da limitação dos danos indenizáveis 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 artificial¹⁴. As características de autonomia e autoaprendizagem de tais entes dificultam o

14 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.

traçar de fronteira entre os danos que resultam de um erro humano e aqueles que são devidos ao próprio algoritmo¹⁵. 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 humano¹⁶.

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 risco¹⁷.

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.

15 NEVEJANS, Nathalie. *European Civil Law Rules in Robotics*. European Union: Directorate-General for Internal Policies, 2016, p.6.

16 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.

17 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.

As hipóteses de responsabilidade pelo risco que putativamente poderiam auxiliar-nos 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.º383/89¹⁸, 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 produtor¹⁹. Atentemos na noção de produto – qualquer coisa móvel, mesmo que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel. A civilística apresenta uma noção ampla de coisa²⁰, 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 incorpórea²¹. 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.”²² O problema colocar-se-á não em relação ao *software*, mas no tocante a um algoritmo de utilização única²³. Por outro lado, se vingar a perspetiva – por nós rejeitada²⁴ – de atribuição de personalidade jurídica aos entes dotados de inteligência

18 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.

19 SILVA, J. Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, 612 s.

20 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.

21 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 zivilistische 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.

22 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.

23 SILVA, J. Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p.613, n.3. Em causa a distinção entre produto e serviço.

24 BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncipeia, 2017, p.1475-1503.

artificial, a possibilidade preclude-se.

Por outro lado, exige-se que o produto seja defeituoso. Ora, os danos causados pelo *software* podem não resultar de um defeito de concepção 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 intrínseca²⁵.

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 envolve²⁶.

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 autodesenvolvimento²⁷.

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 nº383/89, 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

25 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.

26 Cf. Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.28.

27 Cf. FELÍCIO, Manuel. Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado. *Revista de Direito da Responsabilidade-1*, 2019, p.507 s.

do terceiro de que se lance mão para o cumprimento de uma obrigação.

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 magnitude²⁸. 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

28 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”.

extensão só será pensável se se encontrarem outras vias de limitação da obrigação de ressarcir, 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*²⁹. 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.”³⁰

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

29 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.43.

30 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.43.

benefícios de uma forma justa, sustenta que a exceção do risco de desenvolvimento não se deve aplicar nas hipóteses em que era previsível que desenvolvimentos imprevisíveis pudessem ocorrer³¹. 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 utilização³². 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”³³.

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 beneficiem³⁴. Pense-se, por exemplo, num algoritmo usado para mapear estradas, de modo a que os veículos automáticos possam

31 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.43.

32 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.41.

33 Expert Group on Liability and New Technologies. *Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, p.41.

34 KOCH, Bernhard. *Strict Liability. Principles of European Tort Law, Text and commentary*. Wien: Springer, 2005, p.105-106.

circular, ou num algoritmo utilizado para a mineração no quadro da *blockchain* aberta. É que 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 tarefas³⁵. 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.

35 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 perspectivas. *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.

Recebido em: 03.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

BARBOSA, Mafalda Miranda. E quando o algoritmo erra? reflexão a propósito da pandemia de Covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.196-215, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-12.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: PERSONA, COSA O COMPONENTE HUMANO, EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA FRENTE AL CORONAVIRUS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE: PERSON, THING OR HUMAN COMPONENT, IN ADMINISTRATIVE ACTIVITY AGAINST CORONAVIRUS

Gustavo Adolfo Amoni Reverón ²

RESUMEN: La Administración Pública se vale de inteligencia artificial para decidir. Según la naturaleza jurídica que cada ordenamiento de derecho le asigne, se generarán diferentes responsabilidades. Así, la inteligencia artificial pudiera ser una persona, seguir siendo una cosa, o un elemento para potenciar capacidades humanas al punto de aumentar las brechas entre quienes pueden pagar el precio de incorporar a sus funciones básicas esta tecnología y para quienes ello no resultaría una opción. Según cada caso, la responsabilidad será atribuida a la propia inteligencia artificial, en caso de reconocimiento de personalidad, o bien al creador, si hubiera fallos de fabricación, y al usuario, en caso de mala utilización. Se trata de la posible afectación de derechos a gran escala, especialmente en caso de tratamiento de datos personales a partir de macrodatos obtenidos, de modo que pudiera rozar el límite de lo permitido y cómo cada uno de los elementos aludidos tienen aplicación práctica respecto de la lucha contra el Covid-19.

Palabras clave: inteligencia artificial; covid-19; macrodatos; personalidad electrónica; transhumanismo.

ABSTRACT: The Public Administration uses artificial intelligence to decide. Depending on the legal nature assigned to it by each legal order, different responsibilities will be generated. Thus, artificial intelligence could be a person, remain a thing, or to be an element to enhance human capacities to the point of increasing gaps between those who can pay the price of incorporating this technology into their core functions and for whom this would not be an option. Depending on each case, the responsibility will be attributed to the artificial intelligence itself, in case of personality recognition, or to the creator, if there are manufacturing failures, and to the user, in case of misuse. It is about the possible affection of rights, at large scale, especially in the case of the processing of personal data from big data obtained, on the limit of what is permitted and how each of the elements referred to, have practical application with respect to the fight against Covid-19.

Keywords: artificial intelligence; covid-19; big data; electronic personality; transhumanism.

¹ 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.

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 problemas², 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 lograrlos³, actuando como un ser humano, con capacidades potenciadas⁴, 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 efecto⁵.

2 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.8.

3 “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).

4 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.v.

5 Actualmente, lidiamos 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 máquinas⁶, 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.⁷

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 razonamiento⁸, 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 inteligente⁹.

Los sistemas expertos aplican conocimiento sobre un dominio específico y métodos de razonamiento para resolver problemas complejos y determinados, usualmente resueltos

6 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.1.

7 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.2.

8 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.3.

9 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 explicación¹⁰.

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 confinamiento¹¹.

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

10 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.24.

11 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.¹²

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.¹³

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 neuronales¹⁴.

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.

12 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p. 25.

13 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.25.

14 "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.¹⁵

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 Civil¹⁶ (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 permitido¹⁷, a lo que pudiera agregarse (3) a la persona que autorizó o puso en funcionamiento

15 ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019, p.25.

16 Gaceta Oficial nro. 2.990 (Extraordinario) del 26 de Julio de 1982.

17 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 penal¹⁸.

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”¹⁹, 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 efectivo²⁰, y surtir de gasolina, o del combustible que corresponda, a los vehículos.

18 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.

19 Publicado en la Gaceta Oficial nro. 39.875 del 2 de marzo de 2012.

20 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 parcial²¹ o más claramente, personalidad jurídica²², incluso, creando una categoría nueva: la personalidad electrónica²³.

4 INTELIGENCIA ARTIFICIAL²⁴ PERSONA (IAp).

Resulta cada vez más difícil saber si los robots son entes dirigidos o autónomos²⁵. 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 derecho²⁶, 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 personificado²⁷ 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 nacionalidad²⁸, 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 cosas²⁹, tesis con las que se podría concluir que no hace falta ser persona

21 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.

22 LAUKYTE, M. “AI as a Legal Person.” *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. 2019, p.209.

23 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

24 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.

25 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.

26 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.

27 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).

28 PAGALLO, U. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, p.230.

29 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 buque³⁰ 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 ONU³¹, 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 votar³²según se informa en el portal de Internet de la empresa Tieto³³.

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 jurídicamente³⁴. Más técnicamente, si el feto no es persona aunque pueda figurar en una relación jurídica si se trata de su bien³⁵, 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 conveniencia³⁶. La

30 “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,env%20esta%20materia%20le%20puedan).

31 PAGALLO, U. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, 230, p.3.

32 PAGALLO, U. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, 230, p.3.

33 “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/>.

34 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.. “Capacidad y proceso”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 14, 2020. Disponible en: www.rvlj.com.ve (en prensa).

35 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”.

36 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 ejemplo³⁷.

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.³⁸

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.³⁹

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?⁴⁰.

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.⁴¹

Contra esta opción mediante la que se le reconocería personalidad con derechos constitucionales a las inteligencias artificiales con suficiente nivel de autonomía⁴², surgen las tesis que proponen reconocerle solo responsabilidad civil y mercantil, o crear nuevos tipos de responsabilidad humana por comportamiento de terceros⁴³, 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 persona⁴⁴, 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

37 Véase: FLAMERICH, M. F.; Martínez, H.. “¿Tienen derechos los animales?”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nro. 12. Caracas, 2019, p.16-33.

38 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.

39 CARTLAND, A. *Sophia, Robot Citizenship, and AI Legal Status*. [video de Cartland Law] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WQ89o5ao1BE>.

40 CARTLAND, Adrian. *Sophia, Robot Citizenship, and AI Legal Status*. [video de Cartland Law] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WQ89o5ao1BE>.

41 CARTLAND, A. *Sophia, Robot Citizenship, and AI Legal Status*. [video de Cartland Law] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WQ89o5ao1BE>.

42 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).

43 PAGALLO, Ugo. “Vital, Sophia, and Co. The quest for the legal personhood of robots”. *Information*. 9.9, 2018, p.1.

44 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, pp. 649 y ss.

principio de jerarquía, siempre dentro del marco constitucional.

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 1982⁴⁵ 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*⁴⁶ 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”.⁴⁷

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.⁴⁸

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.⁴⁹

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.⁵⁰

La incorporación de inteligencia artificial, en simbiosis con el cuerpo humano, pudiera

45 Código Civil venezolano publicado en la Gaceta nro. 2.990 (Extraordinario) del 26 de julio de 1982.

46 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.

47 Disponible en: https://www.ted.com/talks/neil_harbisson_i_listen_to_color.

48 Disponible en: https://www.ted.com/talks/todd_kuiken_a_prosthetic_arm_that_feels.

49 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.

50 Disponible en: https://www.ted.com/talks/avi_rubin_all_your_devices_can_be_hacked

generar incluso discriminaciones sociales entre quienes tienen la capacidad económica de 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 inicial⁵¹.

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.

51 DW Español, "El potencial de la inteligencia Artificial para detectar una pandemia" (2020). Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MFngHjSxq74>.

Así mismo, debe preverse el modo de acceso a los alimentos, servicios de primera 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 decida⁵², 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.

52 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.

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.

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.

ZHONGZHI, Shi. *Advanced artificial intelligence*. 2a edición. China: World Scientific, 2019.

Recebido em: 21.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

REVERÓN, Gustavo Adolfo Amoni. Inteligencia artificial: persona, cosa o componente humano, en la actividad administrativa frente al coronavirus. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.216-231, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-13.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A PANDEMIA DA COVID-19

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PERSONAL DATA PROTECTION AND THE COVID-19 PANDEMIC

Guilherme Magalhães Martins ¹
Arthur Pinheiro Basan ²
José Luiz de Moura Faleiros Júnior ³

RESUMO: A pandemia da Covid-19 marcou o ano de 2020 na história, trazendo reflexos transversais na Ciência Jurídica e instigando debates acerca da efetividade de direitos em tempos peculiares nos quais a problemática em torno de sua eficácia acaba por extrapolar a mera discussão dogmática; pensa-se, em verdade, na efetivação de direitos a partir do cumprimento de deveres fundamentais. É nesse ponto que se situa o tema problema levado a efeito neste estudo: como a proteção de dados pessoais, considerada direito fundamental e tão versada em discussões legislativas na segunda década do século XXI, pode e deve ser efetivada em tempos de isolamento social e contenção da propagação viral para a preservação de um plexo de direitos humanos, como a vida, a liberdade e a incolumidade pública? A hipótese de pesquisa parte da necessidade de reforço axiológico ao microsistema de proteção ao titular de dados nesses tempos peculiares. E, com base na metodologia dedutiva, escorada em substratos bibliográfico-doutrinários e pesquisa qualitativa, buscar-se-á, ao final estabelecer uma conclusão quanto à hipótese sustentada.

Palavras-chave: pandemia; covid-19; proteção de dados pessoais.

ABSTRACT: The Covid-19 pandemic marked the year 2020 in history, bringing transversal reflexes in Legal Science and instigating debates about the effectiveness of rights in peculiar times when the issue surrounding their effectiveness ends up extrapolating the mere dogmatic discussion; it is actually discussed in light of the realization of rights from the fulfillment of fundamental duties. It is at this point that the issue raised in this study lies: how the protection of personal data, considered a fundamental right and so well versed in legislative discussions in the second decade of the 21st century, can and should be carried out in times of social isolation and containment from viral propagation to the preservation of a complex of human rights, such as life, freedom and public safety. The research hypothesis is derived from the need for axiological reinforcement to the microsystem of protection to the data subject in these peculiar times. And, based on the deductive methodology, supported by bibliographic-doctrinal substrates and qualitative research, it will be sought, at the end, to establish a conclusion regarding the sustained hypothesis.

Keywords: pandemic; covid-19; personal data protection.

1 Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor associado de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor adjunto (licenciado) de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes. Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, junto à Comissão de Direito do Consumidor. Promotor de Justiça titular da 5ª Promotoria de Tutela Coletiva do Consumidor da Capital, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3082-656X>.

2 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor adjunto na Universidade de Rio Verde (UniRV). Associado Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0359-2625>.

3 Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Digital, com extensão universitária na University of Chicago. Associado Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado e Professor. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0192-2336>.

1 INTRODUÇÃO

Se não há dúvidas de que o ano de 2020 marcará a história da humanidade em razão dos efeitos nefastos da pandemia da Covid-19, também se pode afirmar que a compreensão da Ciência Jurídica sentirá os efeitos colhidos desse período por longo interregno, notadamente em virtude dos impactos sociais decorrentes de situações como a do isolamento provocado pela necessidade de contenção da propagação viral.

Mais do que isso, notou-se uma preocupação global com a aplicação de novas tecnologias para o controle da pandemia, especialmente em termos de otimização de processos e rotinas operacionais – nas esferas pública e privada – e para o contingenciamento de riscos e danos. E, não por outra razão, dados passaram a ser coletados e tratados para finalidades específicas, mas nem sempre com a devida adesão aos parâmetros delimitados pelos atualíssimos marcos regulatórios editados para enfrentamento do tema, com destaque para o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (Regulamento UE 2016/679, RGPD, ou GDPR, na sigla em inglês) e a Lei Geral de Proteção e Dados Pessoais brasileira (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou simplesmente LGPD).

Fato é que a proteção aos dados pessoais já se consolidou enquanto discussão dogmática, pois não é recente o debate sobre a natureza de direito fundamental que esse direito passou a ostentar na sociedade da informação. Nesse sentido, o tema-problema da presente pesquisa se desvela a partir da imprescindível compreensão dos desdobramentos desse reconhecimento, ainda que considerada tal proteção um direito implícito no ordenamento, para que sejam efetivados alguns deveres fundamentais de proteção.

A hipótese de pesquisa decorre da leitura que se faz quanto à necessidade de reforço axiológico ao microsistema de proteção ao titular de dados – já existente e que se configura, no Brasil, a partir de outras normas – nesses tempos peculiares. E, com base na metodologia dedutiva, escorada em substratos bibliográfico-doutrinários e pesquisa qualitativa, buscar-se-á, ao final estabelecer uma conclusão quanto à hipótese sustentada.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A privacidade, em acepção jurídica, é fruto de construção doutrinária levada a efeito pelo *common law*. Entendida como um direito individual, é usualmente traduzida do vocábulo inglês “*privacy*”, e tem origens que remontam ao final do século XIX e ao clássico artigo “*The right to privacy*”, de Samuel Warren e Louis Brandeis, em que, de forma pioneira, os autores analisaram o direito de ser deixado só (*right to be left alone*)⁴.

Segundo William Staples:

As preocupações com a privacidade existem em todas as sociedades, surgindo na vida diária como problemas de etiqueta, ética, religião e lei. Iluminada por estudos, discussões e debates recentes, a privacidade não é mais o conceito opaco que parecia antes. Os limites da privacidade são facilmente discerníveis por meio de atenção especial às suas aplicações comuns. A privacidade é o que a privacidade acarreta, principalmente ao descrever e exigir limites para a apropriação da reclusão pacífica, informações pessoais, escolhas íntimas e identidades de outrem. Uma definição exata de privacidade permanece indefinida. Os advogados disseram que a

4 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n.5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 11 set. 2020.

essência da privacidade é o “direito de ser deixado sozinho” (*right to be left alone*). Os filósofos mostraram que a privacidade muitas vezes significa “inacessibilidade aos sentidos e dispositivos de vigilância dos outros”.⁵

Traduzida por alguns como “privatividade”⁶, denotando sua origem advinda daquilo que é “privativo” e indicando o imperativo de tutela contra a perturbação externa, que garante a proteção da intimidade no âmbito individual⁷, cumpre ressaltar que a privacidade sempre foi encarada como um contraponto à exposição.⁸ Por essa razão, seus efeitos transcendem ordenamentos e se perpetuam no tempo, sendo objeto recorrente de proteção.

Danilo Doneda destaca que, “[m]esmo hoje, com a privacidade consagrada como um direito fundamental, alguns traços do contexto individualista do qual é originária ainda se fazem notar”.⁹ Na medida em que cada indivíduo está continuamente envolvido em um processo pessoal de equilíbrio entre o desejo pessoal de preservar sua intimidade e o desejo de exposição e comunicação com terceiros, à luz de condições absorvidas das normas sociais a que se sujeita¹⁰, referido direito revela, como sua principal característica, alguns aspectos que passam a ser reestruturados a partir da hiperconectividade propiciada pelas redes. E, no tocante a esse estudo, questões como a proteção de dados pessoais se revelam essenciais e são realçados em função da pandemia da Covid-19.

Marcos Ehrhardt Júnior e Gabriela Buarque Pereira Silva asseveram que “o cenário caótico criado pela propagação do vírus tem acarretado cada vez mais a adoção de escolhas trágicas, que sacrificam interesses relativos à privacidade em prol da salvaguarda da saúde pública”.¹¹ Seus efeitos são variados e não se sabe quando haverá uma vacina disponível para amplo acesso da população. Não por outra razão, marcos regulatórios para a pandemia têm sido editados – com destaque para a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que estabelece o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Por certo, “[o] direito deve contribuir com balizas, com segurança e previsibilidade diante do imprevisto e do imprevisível. As ambivalências se acentuam. Será a segurança jurídica,

5 STAPLES, William G. *Encyclopedia of privacy*. Westport: Greenwood Press, 2007, p. 393, tradução livre. No original: “Privacy concerns exist in every society, erupting in daily life as problems of etiquette, ethics, religion, and law. Illuminated by recent scholarship, discussion, and debate, privacy is no longer the opaque concept it once seemed. The boundaries of privacy are readily discernible through close attention to its ordinary applications. Privacy is as privacy does, and what it mainly does is describe and demand limits on the appropriation of others’ peaceful seclusion, personal information, intimate choices, and identities. An exact definition of privacy remains elusive. Lawyers have said that the gist of privacy is the “right to be let alone.” Philosophers have shown that privacy often means “inaccessibility to others’ senses and surveillance devices.”

6 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

7 FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 90.

8 Em tempos de hiperexposição em redes sociais e virtualização das relações sociais, o conceito de “extimidade” passou a ser explorado também nesse contraponto à intimidade (e à privacidade). Os estudos pioneiros de Serge Tisseron são apresentados como uma releitura das construções teóricas de Jacques Lacan. De forma simplificada, pode ser definida como um desvio da motivação natural que todo indivíduo possui de ocultar seus segredos internos. Sobre o tema, conferir: TISSERON, Serge. Intimité et extimité. *Communication*, v. 88, n. 1, p.83-91, Paris, 2011. Ainda, em um estudo de cunho jurídico, à luz das propostas de Tisseron, mas em adaptação ao cenário brasileiro, convém conferir o interessantíssimo estudo de BOLESINA, Iuri. *O direito à extimidade: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

9 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.30-31. Comenta: “Mesmo hoje, com a privacidade consagrada como um direito fundamental, alguns traços do contexto individualista do qual é originária ainda se fazem notar. Talvez nem possa ser diferente, até pelo seu grande potencial de ressaltar as individualidades na vida em relação – é prudente não abstrairmos o fato de que se trata de um direito que já foi qualificado como ‘tipicamente burguês’ na chamada ‘idade de ouro da privacidade’ – a segunda metade do século XIX, não por acaso o apogeu do liberalismo jurídico clássico.”

10 WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. Nova York: Atheneum, 1970, p. 7.

11 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Breves notas sobre a privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavirus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 305.

neste momento, uma virtude possível?”¹² É inegável que a ideia de um direito à privacidade, notadamente em relação aos dados disponibilizados na *web*, surge como uma questão relacionada ao controle de acesso, que restringe quem pode visualizar determinado conteúdo, assegurando-se aos indivíduos que produzem ou influenciam informações relacionadas a si mesmos o direito de determinar as permissões (de acesso e até de compartilhamento) que desejam conceder a outrem.¹³ Isso tem grande relevância durante uma pandemia, na medida em que se espera postura de conformidade aos parâmetros decretados, especialmente quanto ao distanciamento social e à observância de ditames regulatórios específicos; igualmente, a privacidade se manifesta a partir da imperiosa proteção do indivíduo contra a vigilância exacerbada do Estado.

Sendo certo que a tecnologia se introjeta gradativamente na sociedade, a circulação de informações passa a ocorrer sob uma nova ordenação do espaço¹⁴ e do tempo¹⁵ que demanda verdadeira governança informacional.¹⁶ Com isso, diversas justificativas passam a nortear a tutela de dados e informações pessoais, tais como as constantes exigências de segurança interna e externa, os interesses de mercado e a reorganização da Administração Pública.¹⁷ Do ponto de vista filosófico, a privacidade e o controle dos próprios dados indicam uma tendência à construção do próprio ser.¹⁸

Nesse campo,

(...) Identificando as raízes do poder fundado na disponibilidade das informações e seus reais detentores, será possível não somente projetar formas de contra-poder e de controle, como também aproveitar as possibilidades oferecidas pela tecnologia da computação para tentar produzir formas diversas de gestão do poder, capazes de oferecer às liberdades individuais possibilidades de expansão antes impensáveis.¹⁹

Portanto, a delimitação doutrinária de um ‘direito à privacidade’ impõe uma releitura da realidade a partir de várias frentes, das quais a clássica subdivisão de Jon L. Mills surge com certo realce, a partir do seguinte rol: a) a esfera da autonomia, fundamental para a liberdade, para a identidade individual e desdobrada do poder de tomar decisões e da garantia de inúmeras formas legais de defendê-la; b) a esfera das informações pessoais, pela qual se

12 MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A Covid-19: entre tempo e o direito. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 207-219, maio/ago. 2020, p. 217.

13 SCHNEIDER, Jochen. Processamento electrónico de dados - Informática jurídica. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 547. O autor anota que “(...) o estudo da relação entre «processamento electrónico de dados e direito» constitui uma parte importante da informática jurídica e que o «uso do processamento electrónico de dados no domínio do direito e da administração», bem como as suas condições e efeito, constituem objecto de reflexão. Desta fazem parte também o «direito da informação» – que, no entanto, nem sempre é tratado sob a rubrica de informação jurídica – e a «proteção de dados».”

14 Cogitar-se de um “novo espaço” (o ciberespaço) deve conduzir o investigador, inexoravelmente, a uma perquirição empírica, conforme salienta Lorenzetti: “Este espaço não tem características somente ‘passivas’, mas sim ‘ativas’, no sentido de que exerce influência sobre os demais sistemas. Produz um efeito de ‘desterritorialização’ e ‘descentralização’, porque não há uma relação centro-periferia, não conhece ordens e hierarquias e, sobretudo, não há uma autoridade central. Isso afeta categorias analíticas, como a original-cópia, leitor-autor, fornecedor-consumidor, porque se diz que, ao alterar o espaço, modificam-se os papéis, e o consumidor pode ser um fornecedor”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31).

15 VAN DIJK, Jan. *The network society*. 2. ed. Londres: Sage Publications, 2006, p. 156.

16 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Beyond privacy, beyond rights—toward a “system” theory of information governance. *California Law Review*, Berkeley, v. 98, p. 1853-1886, 2010, p. 187.

17 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. 13.

18 FLORIDI, Luciano. The informational nature of personal identity. *Minds & Machines*, Oxford, v.21, p. 549-566, 2011, p.565.

19 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. 25.

busca proteger as próprias informações não as tornando públicas ou tentando reparar os danos causados por sua publicação indevida; c) a esfera da ‘propriedade pessoal’, em que se protege não apenas os bens corpóreos, mas alguns incorpóreos, como os direitos autorais e a propriedade industrial; d) a esfera de controle do espaço físico, pela qual se considera a inserção do direito na tutela do espaço pessoal ocupado por cada indivíduo²⁰, algo que demanda um redimensionamento no enfoque informacional.

Para van Dijk, a informação constitui a substância da sociedade contemporânea, que adquire forma a partir das estruturas organizacionais, podendo irradiar efeitos e gerar perigos na esfera jurídica.²¹ Não se deixa de ter em conta, porém, que para contrapor o fenômeno globalizatório e as dificuldades de se ter controle sobre a sociedade em rede, “[s]omente um contrato social global (reduzindo a brecha, sem necessariamente igualar as condições sociais e de trabalho), vinculado aos acordos tarifários internacionais, poderia evitar o desaparecimento dos estados de bem-estar mais generosos.”²²

Dessa forma, diversos modais de tutela da privacidade surgem lastreados na ideia de consentimento, pois, conforme é possível se denotar da leitura clássica, qualquer estratégia regulatória perpassa pela autodeterminação informacional centrada no consentimento²³, e, a par disso, deve-se fazer expressa menção aos estudos de Helen Nissenbaum, que defende existir um valor social atribuível às informações pessoais, valendo como uma régua para a conceituação do que seja apropriado ou não.²⁴

Nesse plano, Nissenbaum defende a utilização de uma “privacidade contextual” como um processo decisional heurístico em que o centro de análise é baseado na captura do significado completo da privacidade e nos sucedâneos de eventual violação²⁵, o que aproxima tal acepção, segundo Bruno Bioni, da teoria dos círculos concêntricos da privacidade devido à alusão semiótica que ambas fazem às esferas de circulação informacional para além da dicotomia entre a natureza pública ou privada do dado pessoal.²⁶

Surge, nesse contexto, o chamado *Big Data*²⁷, cujos impactos são assim definidos por Danilo Doneda:

O acentuado aumento no volume de informações pessoais colhidas e passíveis de serem submetidas a tratamento introduziu, nos últimos anos,

20 Cf. MILLS, Jon. L. *Privacy: the lost right*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

21 VAN DIJK, Jan. *The network society*. 2. ed. Londres: Sage Publications, 2006, p. 138. Anota: “First, in the legal sphere, international networks can be instruments to evade national legislation. They enable not only extremely fast file transfers from one country to another, but also a division of the parts of information processing between the most advantageous countries – which means the cheapest and least regulated countries. Data are gathered in one country, edited and stored in another, and distributed and used as information in yet another country, thus avoiding taxes, rights of ownership and privacy legislation. Some countries are already known as data paradises or data-free havens. One just picks a country where there is little or no sanction against a particular wrongful act, or even a crime, and makes sure one has access to an international network.”

22 CASTELLS, Manuel. *The power of identity*. 2. ed. Oxford/West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010. (The information age: economy, society, and culture, v. 2), p. 314, tradução livre. No original: “Only a global social contract (reducing the gap, without necessarily equalizing social and working conditions), linked to international tariff agreements, could avoid the demise of the most generous welfare states.”

23 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 211.

24 NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010, p. 27. Diz a autora: “Privacy looms large online. The paradox of the online experience is that on the one hand it offers individuals the possibility of communicating and interacting with individuals, groups, and organizations in the privacy of their homes, while on the other hand it exposes them to unprecedented monitoring and tracking.”

25 NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010, p. 85. Anota: “The idea of privacy as a necessary context for important relationships has been developed in various directions. One such theory suggests that its value lies not only in regulating closeness, but also in regulating the distinctiveness or variety of relationships.”

26 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 213.

27 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think*. Nova York: Houghton Mifflin Harcourt, 2014, p. 184.

um novo paradigma no tratamento da informação. A disponibilidade de diversos bancos de dados e de informação pessoal em volumes bastante consideráveis fez com que fossem desenvolvidos mecanismos capazes de prospectar informações não propriamente em um único banco de dados, porém em diversas fontes de informações disponíveis e, através de uma determinada sistemática que envolve o estabelecimento de correlações entre blocos de informações a princípio dispersos, gerar uma nova informação (*Big Data*).²⁸

De acordo com José Eduardo Faria, “(...) a revolução das técnicas de comunicação ‘diminuiu’ o mundo, tornando-o mais independente. Dito de outro modo, tornou-o mais integrado do ponto de vista econômico, porém mais fragmentado do ponto de vista político”²⁹, o que se desdobra a partir da substituição da proximidade física dos indivíduos, de forma progressiva, pela interligação tecnológica calcada no incremento comunicacional e na ressignificação do valor da informação.

E, sendo a informação a substância essencial da composição dessa nova morfologia estruturante da sociedade, “[o]s dados pessoais chegam a fazer às vezes da própria pessoa em uma série de circunstâncias nas quais a sua presença física seria outrora indispensável”³⁰, motivo pelo qual o tratamento de tais dados adquire notável relevância, a ponto de se definir a proteção constitucional para as informações e para os dados pessoais³¹, o que desafia a Teoria do Direito à compreensão e à indicação de soluções para os novos problemas suscitados na nova sociedade da informação.³²

Nos dizeres de Staples:

Privacidade significa “controle sobre informações pessoais” para os formuladores de políticas que elaboram práticas de proteção de dados e comunicações eletrônicas. Fora dos estreitos círculos acadêmicos, construir uma definição exata de privacidade tem se mostrado menos importante do que abordar reivindicações concretas de proteção de privacidade. Reclusão, solidão, anonimato, confidencialidade, modéstia, intimidade, sigilo, autonomia e reserva – assegurar esses bens sociais é o que significa privacidade.³³

E, exatamente no que concerne à almejada proteção do livre desenvolvimento da personalidade é que reside a proposta defendida, dentre outros, por Bruno Bioni: o enquadramento da proteção de dados como categoria autônoma dos direitos da personalidade, sendo visualizada como liberdade positiva, em contraposição ao direito à privacidade, visto como liberdade negativa.³⁴ É a partir dessa concepção que se desenvolve o lastro teórico de um direito fundamental autônomo.

28 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. 37.

29 FARIA, José Eduardo. Informação e democracia na economia globalizada. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Orgs.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20.

30 DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v.12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 92.

31 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 169. E, nesse contexto, a autora sustenta que: “(...) a vitalidade e a continuidade da Constituição dependem da sua capacidade de se adaptar às novas transformações sociais e históricas, possibilitando uma proteção dos cidadãos contra novas formas de poder que surgem na sociedade”.

32 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Manual de informática e derecho*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 10 *et seq.*

33 STAPLES, William G. *Encyclopedia of privacy*. Westport: Greenwood Press, 2007, p. 393, tradução livre. No original: “Privacy means “control over personal information” for policy makers designing data protection and electronic communications practices. Outside of narrow academic circles, constructing an exact definition of privacy has proven less important than addressing concrete claims for privacy protection. Seclusion, solitude, anonymity, confidentiality, modesty, intimacy, secrecy, autonomy, and reserve—securing these social goods is what privacy is all about.”

34 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92-93.

No Brasil, o tema é de tamanha relevância que o Congresso Nacional já se sinaliza a consagração da proteção de dados pessoais como direito fundamental: atualmente, segue em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, que visa incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, inserindo o inciso XII-A ao rol do artigo 5º da Constituição. E, apesar de a proposta ainda estar em tramitação, o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2020, no julgamento das cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a Medida Provisória 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários por prestadoras de serviços de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), reconheceu expressamente a proteção de dados direito como fundamental.³⁵

Em tempos de pandemia, contudo, certas flexibilizações passam a ser admitidas em razão da intrínseca gravidade do indesejado cenário de propagação viral, como alerta Danilo Doneda:

Estando a proteção de dados vocacionada à proteção do cidadão, a sua disciplina compreende dispositivos capazes de legitimar a utilização de seus dados pessoais em situações nas quais o seu interesse ou o da sociedade é prioritário, como ocorre em situação como a que estamos passando.³⁶

Relembrando Stefano Rodotà, cumpre anotar que “[a] tecnologia, portanto, não pode se referir a fins medidos apenas em suas necessidades. Por razões de princípio ele deve medir-se com os valores constitucionais”³⁷, o que realça a necessidade de segurança jurídica para a proteção – verticalizada, em alinhamento à esperada governança³⁸, com o exemplo que venha do próprio Estado (*tone from the top*) – a fim de que se compatibilize o direito fundamental à privacidade, nas quatro dimensões apontadas por Mills, com as peculiaridades do período pandêmico.

3 DEVERES FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO PARA TEMPOS PECULIARES

Malgrado a empolgação natural advinda da inovação, deve-se alertar para alguns pontos preocupantes desse ritmo acelerado da pós-modernidade:

Quanto mais a sociedade se moderniza, mais conhecimento gera sobre seus fundamentos, estruturas, dinâmicas e conflitos;
Quanto mais conhecimento sobre possuir e quanto mais o aplicar, mais expressamente será a ação guiada pela tradição substituída por uma reconstrução global das estruturas e instituições sociais, dependente de conhecimento e mediada cientificamente;
O conhecimento compele decisões e cria novos contextos de ação. Os

35 Ações ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 6387), pelo Partido da Social Democracia Brasileira — PSDB (ADI 6388), pelo Partido Socialista Brasileiro — PSB (ADI 6389), pelo Partido Socialismo e Liberdade — PSOL (ADI 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6393). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6387 - Ação direta de inconstitucionalidade. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Intimado: Presidente da República Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 7 de maio de 2020. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 11 set. 2020.

36 DONEDA, Danilo. A proteção de dados em tempos de coronavírus. *Jota*, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020>. Acesso em: 11 set. 2020.

37 RODOTÀ, Stefano. Laicizzare il rapporto fra innovazione e società. In: RASI, Gaetano (Ed.). *Innovazioni tecnologiche e privacy: sviluppo economico e progresso civile*. Roma: Garante Privacy, 2005, p. 18, tradução livre. No original: “La tecnologia, dunque, non può far riferimento a fini misurati soltanto sulle sue esigenze. Per ragioni di principio deve misurarsi con i valori costituzionali (...)”

38 HANOFF, Roberta Volpato; NIELSEN, Thiago Henrique. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na administração pública brasileira: é possível implementar governança de dados antes de se implementar a governança em gestão? In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 391 et seq.

indivíduos são libertados das estruturas e devem redefinir sua situação de ação sob condições de insegurança fabricada em formas e estratégias de modernização 'refletida'.³⁹

Se, antes, a preocupação organizacional se revolveia ao papel do Estado frente às possibilidades que a informática inaugurou⁴⁰, com a viabilização de novos processos e fluxos a partir do uso de ferramentas eletrônicas, hoje, a Internet transcendeu fronteiras, consolidando um arquétipo estrutural descentralizado, autogerenciado e empoderador, capaz de reorientar diferentes projetos culturais e políticos.⁴¹

Vivencia-se o crepúsculo de uma nova era, que vai além da inserção da tecnologia no cotidiano ou da formatação de verdadeira cibercultura.⁴² Muito além da noção de governo eletrônico, é preciso (re)pensar o Estado na era digital, transpondo as barreiras materiais do mundo real para se inserir no universo *cyber* que a Internet trouxe à tona.⁴³ Em mesma medida, reflexões quanto ao modo de vida virtualizado (*online life*, ou "*onlife*")⁴⁴ devem ser considerados para que o cumprimento de deveres de proteção específicos reflita as justas expectativas da sociedade quanto aos prognósticos do porvir em tempos sombrios e incertos:

Os chamados nidovírus, como a *SARS-CoV* (*Severe Acute Respiratory Syndrome*), de 2003, e a *MERS-CoV* (*Middle Eastern Respiratory Syndrome*), de 2012, são exemplos relativamente recentes e já amplamente estudados de doenças com alto potencial de propagação, mas de difícil mapeamento, uma vez que surgem em diversas espécies de animais. Porém, o *SARS-CoV-2* (doravante nomeado apenas de *Covid-19*) é o mais recente exemplo de nidovírus a se propagar pelo planeta e suas consequências já são amplamente sentidas em todo o globo, inclusive no direito.

É, sem dúvidas, um evento sem precedentes, e o que se nota é uma coalizão global para que medidas de contenção e mitigação sejam tomadas. Quarentenas e *lockdowns* são os exemplos mais emblemáticos e, (...) [m]ais do que nunca, a informação se tornou fundamental para difundir a necessária conscientização frente a uma situação de tamanhas proporções – e a Internet tem sido a grande aliada dos residentes que se veem confinados em seus lares para se manterem, de alguma forma, conectados ao ambiente externo.⁴⁵

39 BECK, Ulrich. *World at risk*. Tradução do alemão para o inglês de Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2009, p. 120, tradução livre. No original: "(i) The more society modernizes, the more knowledge it generates concerning its foundations, structures, dynamics and conflicts; (ii) The more knowledge about itself it possesses and the more it applies it, the more expressly is tradition-guided action replaced by a knowledge-dependent, scientifically mediated global reconstruction of social structures and institutions; (iii) Knowledge compels decisions and creates new contexts of action. Individuals are liberated from structures and they must redefine their situation of action under conditions of manufactured insecurity in forms and strategies of 'reflected' modernization."

40 BREGA, José Fernando Ferreira. *Governo eletrônico e direito administrativo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 34-35. O autor ainda acrescenta: "No entanto, nas primeiras décadas, os sistemas informáticos eram fechados, sem qualquer forma de coordenação institucional. Nesse contexto, pois, era incomum a ideia de usar computadores para comunicação, sendo o documento em papel essencial para realizar a integração entre órgãos administrativos e entre o usuário e a Administração. Acabava por haver sempre uma duplicação: os atos eram formalizados em papel e depois inseridos em um computador, a fim de que pudessem ser matéria-prima para a informação automática, ou o ato era elaborado no computador, mas, para ter validade, devia ser impresso em papel e depois assinado."

41 ESCOBAR, Arturo. Welcome to Cyberia. Notes on the anthropology of cyberculture. *Current Anthropology*, Chicago, v. 35, n. 3, p. 211–231, 1994, p. 223. Anota o autor: "Perhaps the language of complexity signals that it is possible for technoscience(s) to contribute to the design of forms of living that avoid the most deadening mechanisms for structuring life and the world introduced by the project of modernity. It is not a question of bringing about a technosocial utopia—decentralized, selfmanaged, empowering—but one of thinking imaginatively whether technoscience cannot be partially reoriented to serve different cultural and political projects."

42 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 13.

43 FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Administração Pública digital*: proposições para o aperfeiçoamento do Regime Jurídico Administrativo na sociedade da informação. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 79.

44 FLORIDI, Luciano. Introduction. In: FLORIDI, Luciano (Ed.). *The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era*. Cham: Springer, 2015, p. 1. O autor explica: "We decided to adopt the neologism "onlife" that I had coined in the past in order to refer to the new experience of a hyperconnected reality within which it is no longer sensible to ask whether one may be online or offline."

45 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, p. 356.

Por certo, “o regresso à «normalidade» não será igualmente fácil para todos”.⁴⁶ Logo, se o Estado passa por densa reformulação na nova era comunicacional inaugurada pela efetiva presença da tecnologia na sociedade da informação, não se pode olvidar das diversas reformas estruturais que se deve implementar para que se avance *pari passu* aos deveres de proteção impostos constitucionalmente, e especialmente direcionados à vedação da proteção insuficiente.⁴⁷ Com base nessas premissas, alguns apontamentos podem ser delineados para melhor contextualização do tema-problema e da hipótese desta pesquisa, em rápida revisão conceitual propiciadora de esclarecimento dos impactos e das perspectivas jurídicas para a pandemia e além dela.

3.1 Imprescindibilidade de vigência da LGPD e de uma agência isenta

Para trazer soluções às desafiadoras contingências reveladas pelo incessante e colossal fluxo informacional na Internet, editou-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)⁴⁸ brasileira – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 –, na esteira do implemento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (RGPD, ou GDPR, na sigla em inglês), consolidando-se um marco legal importante para a compreensão do tema.

Com largo período de *vacatio legis*, a LGPD sequer entrou em vigor e já sofreu densas alterações por força da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018⁴⁹, que, seguindo seu curso regular perante o Congresso Nacional brasileiro, foi convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, reformatando a redação definitiva da lei anteriormente promulgada.

De início, a reforma acrescentou ao artigo 1º um parágrafo único, com a seguinte redação: “As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” Trabalhou-se, conceitualmente, com a concretização da amplitude axiológica do direito fundamental à proteção de dados pessoais⁵⁰, alinhando-a ao que se discute na já mencionada Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019.

Sem dúvida, o status de direito fundamental confere à proteção de dados pessoais um papel imprescindível no tocante à articulação do direito privado frente aos interesses passíveis de tutela no contexto informacional⁵¹. Nessa esteira, o acréscimo normativo ainda

46 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 29.

47 SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 585.

48 A ementa final da lei atribuiu-lhe a nomenclatura em questão (“Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”), embora tenha mantido a sigla que já se popularizou desde o advento do texto original (LGPD). O acréscimo do adjetivo “pessoais” se deu, nos derradeiros estágios do processo legislativo de votação da Medida Provisória nº 869/2018, pela Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019, de autoria do Deputado Orlando Silva, sob a seguinte justificativa: “Esta Emenda de Redação busca sanar incorreção formal no texto, uma vez que faltou o qualificativo ‘Pessoais’ na nova Emenda dada pelo PLV à agora denominada ‘Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais’. Objetivo é esclarecer que se trata de Lei de proteção de dados pessoais e não de outros tipos de dados, em aderência ao objeto central da Lei nº 13.709, de 2018.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais)*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&filename=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018. Acesso em: 10 set. 2020.

49 Para maiores detalhes, confira-se: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019>. Acesso em: 11 set. 2020.

50 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. 48. Destaca o autor: “Assim, e ainda ao elencar dentre seus fundamentos, em seu artigo 2º, outros elementos intrinsecamente ligados à tutela da pessoa e de seus direitos fundamentais, tais quais a autodeterminação informativa, as liberdades de expressão, informação, comunicação e de opinião, a dignidade e o exercício da cidadania, a LGPD estabelece de maneira sólida sua fundamentação nos direitos fundamentais e na proteção da pessoa, o que se verifica igualmente em diversas opções na implementação dos seus mecanismos de tutela (...)”

51 DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 113. Comenta: “As a powerful tool for mediating between the common good and the pursuit of individual aims, fundamental rights can assist private law reasoning in this further function. In this regard, they provide a more systematic, transparent and coherent articulation of the concerns that have long bubbled to the surface in the guise of ‘public policy’ and its cognates, such as ‘good faith’. Concepts such as these attest to the role that private law plays in constructing social practices and institutions.”

deixa mais clara a incidência dos dispositivos da lei aos afazeres e às atividades do Poder Público, proclamando a obrigatoriedade de sua observância em todos os âmbitos, e merece destaque a delimitação das normas concernentes à implementação da Agência Nacional de Proteção de Dados, tema que foi amplamente debatido nas audiências públicas realizadas pelo Congresso Nacional, pois, indubitavelmente, a existência de uma autoridade nacional independente é aspecto fundamental para a efetivação da lei.⁵²

Importante estudo realizado na Austrália mostrou que, em todo o mundo, autoridades nacionais realmente fortes existem na grande maioria dos países que já possuem legislações de proteção de dados. Foram averiguados 132 países e constatou-se que apenas 10% (dez por cento) não criaram autoridades específicas e 10% (dez por cento) demoraram muito para fazê-lo, e, no majoritário rol de países que criaram agências com perfil adequado, seu caráter independente foi festejado pelo estudo. Inclusive, às autoridades não dotadas de independência foi reservado, pelo autor do estudo, um lugar no “*Hall of Shame*”⁵³.

Nesse compasso, a redação final da Lei nº 13.853/2019 assim tratou do assunto, em seu artigo 55-A:

Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

§ 1º A natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República.

§ 2º A avaliação quanto à transformação de que dispõe o § 1º deste artigo deverá ocorrer em até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD.

§ 3º O provimento dos cargos e das funções necessários à criação e à atuação da ANPD está condicionado à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual e à permissão na lei de diretrizes orçamentárias.

Se o texto original da LGPD, aprovado em agosto de 2018, previa a criação de uma *entidade*, com natureza autárquica e, portanto, pertencente à Administração Pública indireta no plano federal, a MP 869/2018 andou em sentido diametralmente oposto, criando-a como *órgão* vinculado à Presidência da República⁵⁴. Por fim, na consolidação do texto final da reforma, por ocasião da conversão da medida provisória na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, notou-se certa intenção de equacionar esta controvérsia, com a criação da ANPD como órgão, mas de natureza transitória, sendo possivelmente transformada em entidade (autarquia) *a posteriori*.⁵⁵ Naturalmente, a inserção do verbo “poderá” no §1º do artigo 55-A causou imediato receio, uma vez que deixou em aberto certo grau de discricionariedade para

52 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*: de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 e as alterações da Lei nº 13.853/2019), o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e as sugestões de alteração do CDC (PL 3.514/2015). São Paulo: Almedina, 2020, p. 313. A autora ainda conclui: “Disto se conclui que a confluência do direito e da tecnologia é fundamental para assegurar a proteção dos dados pessoais, um dos direitos de personalidade, pelo menos quanto aos princípios da transparência (conhecimento de que há coleta de dados pelo indivíduo) e do consentimento (prévia anuência do titular dos dados). Tais ferramentas serão eficazes se tiver a coordenação da trilogia: i) sistemas de informação; ii) boas práticas de mercado; e iii) *design* físico e infraestrutura da rede.”

53 GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, and their Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

54 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Consultor Jurídico*, 1º de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeiçoar-mp>. Acesso em: 11 set. 2020.

55 Sobre o tema, conferir: FERRAZ, Pedro da Cunha. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD): apontamentos sobre sua natureza e regime jurídico. *In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 621 *et seq.*

a efetiva conversão do novo órgão em entidade, embora o §2º delimite um prazo de até 2 (dois) anos para que esta decisão seja tomada.

Na mesma toada em que sempre se clamou pela efetivação da proteção de dados para a estabilização das relações sociais travadas na Internet, diversas nuances permanecem nebulosas ainda hoje, mesmo com reformas, ajustes, audiências públicas, alterações e proposições para a adaptação estrutural do Estado em relação a seu aparelhamento voltado ao atendimento de seus deveres de proteção.⁵⁶

Com a pandemia da Covid-19, entretanto, a celeuma adquiriu novas proporções, como explicam Cíntia Rosa Pereira de Lima e Newton De Lucca:

Importante destacar que a polêmica em torno da vigência da LGPD é marcada por um forte lobby que organizou muitas tentativas para se prorrogar a vigência da lei. O art. 65 da lei 13.709/2018, originalmente, estabelecia o prazo de vigência para 18 meses a partir da sua publicação. Todavia, esse prazo foi ampliado para 24 meses por ocasião da conversão da Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que reinseriu a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, cuja criação fora vetada pelo então Presidente Michel Temer⁵. A MP 869/2018 foi convertida em lei pela lei 13.853, de 09 de julho de 2019, mantendo a vigência da LGPD em 24 meses a partir da publicação da lei 13.709/2018. Portanto, a lei entraria em vigor em 16 de agosto de 2020. (...) Entretanto, diante da situação de emergência sanitária que o Brasil e o mundo enfrentam, decorrente da pandemia do coronavírus (covid-19), o tema voltou a ser destaque na pauta do Congresso Nacional. Assim, a Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, pretende alterar o art. 65 da LGPD, determinando o início da vigência da lei para 03 de maio de 2021. Essa medida provisória precisa ser convertida em lei até 28 de agosto de 2020, caso contrário, a LGPD entrará em vigor imediatamente conforme o texto da lei 13.709/2020.⁵⁷

Fato é que, após uma inesperada discussão legislativa, nos dias 26 e 27 de agosto de 2020, a alteração consolidada na votação de conversão da Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, definiu a imediata vigência dos dispositivos da LGPD, à exceção dos artigos 52 a 54 (que cuidam das sanções). Embora pendente a sanção presidencial, este se tornou um novo capítulo na complexa trama sobre a vigência da lei, amplificado, também no dia 26 de agosto de 2020, com a publicação do Decreto nº 10.474, que criou a estrutura administrativa da ANPD.

Nessa linha, espera-se que a consolidação legislativa de tão importante direito fundamental – a proteção de dados pessoais – sacramente uma mudança profunda na forma de realização das atividades de Estado para que se prime pela independência de quem, ao fim e ao cabo, deverá assumir o fardo de regulamentar, fiscalizar e aplicar sanções. Todavia, o que se tem visto no ano de 2020 é verdadeira confusão quanto aos trâmites legislativos e às definições sobre a *vacatio legis* da norma. A insegurança jurídica que se deveria combater vem sendo amplificada em tempos difíceis...

56 SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações justfundamentais triangulares*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 534. Anota: "Determinados os espaços (e, em parte, também já os termos) restritos onde eventualmente podem tomar-se em consideração as possibilidades de defesa própria, interessa saber se estão reunidas as condições para subordinar os deveres estaduais de proteção a um (específico) *princípio de subsidiariedade* – entenda-se, na vertente negativa que este princípio cada vez mais vem assumindo, apesar da ambivalência que originalmente o caracterizava. (...) Antes de ensaiar qualquer resposta, não deve confundir-se a questão ora versada – a possibilidade de defesa própria por parte do titular dos bens ameaçados – com um outro fenômeno, que se consubstancia no reenvio para sujeitos privados do encargo de zelar pela proteção de certos direitos fundamentais dos indivíduos."

57 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; DE LUCCA, Newton. Polêmicas em torno da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados. *Migalhas de Proteção de Dados*, 7 ago. 2020. Disponível em: <http://s.migalhas.com.br/S/3FE52>. Acesso em: 12 set. 2020.

3.2 Vigilância de dados e o controle de aglomerações

Outro ponto que merece breve abordagem é o uso de algoritmos de Inteligência Artificial, durante a pandemia, para a contenção de aglomerações. Iniciativas de monitoramento foram testadas, em 2009, por ocasião da pandemia da *Influenza H1N1*, no Reino Unido⁵⁸, onde operadoras de telefonia móvel foram instadas a fornecer dados de geolocalização de seus usuários ao governo britânico. O mesmo cenário vem se repetindo com a Covid-19...

Na China, foi lançado um aplicativo que cruza dados da Comissão Nacional de Saúde, do Ministério de Transportes e da Agência de Aviação Civil, a fim de identificar indivíduos que tiveram contato com pessoas infectadas (ou com suspeita de infecção pelo vírus), o que, segundo a justificativa apresentada, possibilita reprimir a exponencial transmissão da Covid-19, antes mesmo de se ter certeza se a pessoa fora ou não infectada.⁵⁹

Iniciativas semelhantes também estão sendo vistas no Brasil. No Estado de São Paulo, pioneiro na implementação dessa espécie de medida, uma parceria do governo estadual com as operadoras Vivo, Claro, Oi e TIM passou a alimentar um sistema denominado Simi-SP, sob a seguinte justificativa: “Com o Simi-SP, o Governo de São Paulo pode consultar informações georreferenciadas de mobilidade urbana em tempo real nos municípios paulistas. Para garantir a privacidade de cada cidadão, o monitoramento é feito com base em dados coletivos coletados em aglomerados a partir de 30 mil pessoas.”⁶⁰

Visto com bons olhos por alguns⁶¹, o sistema logo despertou desconfiança e suscitou questionamentos por sua falta de transparência quanto à finalidade exata do tratamento e às técnicas de segurança aplicadas, que poderiam acabar resultando em discriminação algorítmica.⁶²

Em síntese mais elaborada, Isadora Maria Roseiro Ruiz e Cristina Godoy Bernardo de Oliveira apontaram quatro grandes problemas dessa iniciativa: a) ausência de concordância, ou seja, de um consentimento esclarecido dos usuários sobre a disponibilidade das informações acerca da sua localização com o intuito de monitorar seu deslocamento, em violação ao artigo 7º da LGPD; b) os titulares de dados devem ter assegurados seus interesses para defesa em juízo (artigo 22 da LGPD), e vários pleitearam a remoção de seus telefones celulares do monitoramento feito pelas operadoras e repassadas ao Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, mas os seus pedidos foram denegados sob o argumento de que não há tratamento de dados pessoais; (iii) a imposição desarrazoada de ônus probatório ao usuário, que, nas ações movidas, foi entendido como parte a quem incumbiria demonstrar que os dados não foram anonimizados para a finalidade em questão, em desrespeito à inversão do ônus da prova prevista no artigo 42, §2º, da LGPD; (iv) as datas de disponibilização dos dados ao IPT pelas operadoras de telefonia, que antecede a formalização do ato normativo que cria o próprio sistema.⁶³

Após o anúncio das medidas adotadas pelos governos estaduais, a União também se mobilizou, pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), que

58 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.

59 DUKAKIS, Ali. China rolls out software surveillance for the COVID-19 pandemic, alarming human rights advocates. *ABC News*, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://abcnews.go.com/International/china-rolls-software-surveillance-covid-19-pandemic-alarming/story?id=70131355>. Acesso em: 12 set. 2020.

60 SÃO PAULO. *Sistema de Monitoramento Inteligente*. <https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/simi/>. Acesso em: 11 set. 2020.

61 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: 12 set. 2020.

62 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: <http://s.migalhas.com.br/S/4AC34>. Acesso em: 11 set. 2020.

63 RUIZ, Isadora Maria Roseiro; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. Os 4 problemas do Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente do governo de SP. *Migalhas de Proteção de Dados*, 14 ago. 2020. Disponível em: <http://s.migalhas.com.br/S/65D4C>. Acesso em: 12 set. 2020.

se uniu às quatro operadoras citadas, incluindo ainda uma quinta (Algar Telecom), para que, a partir das informações de suas torres de transmissão, que podem identificar a movimentação das pessoas, seja realizado o monitoramento de dados de 220 milhões de aparelhos móveis⁶⁴, a partir de dados que, segundo informaram “estão uma camada acima dos dados pessoais”.⁶⁵ Seriam dados anonimizados, portanto.⁶⁶

Nenhuma confirmação sobre a efetiva anonimização desses dados e, muito menos, sobre a confiabilidade de eventuais técnicas aplicadas para tal fim, tais medidas foram vistas com grande desconfiança, suscitando inúmeros debates sobre novas fontes de insegurança jurídica gerada em tempos de pandemia.

3.3 Monitoramento da Internet e controle de conteúdos a partir do *profiling*

Tecnologia e inovação são empolgantes e fazem crer que suas vantagens se sobrepõem às eventuais desvantagens. Contudo, há um lado nefasto da amplitude comunicacional que, embora não possa ser atribuído aos sistemas e plataformas, mas, sim, à imprudência e à falta de controles e filtros de quem deles se utiliza, causa inegáveis danos.

No primeiro semestre de 2020, quando as primeiras notícias sobre a pandemia da Covid-19 vieram à tona, uma busca global por vacinas e curas milagrosas se desencadeou. No Irã, por exemplo, a Internet foi utilizada para divulgar a informação de que uma substância chamada ‘metanol’ combateria o vírus, o que levou centenas de pessoas a consumirem-na sem qualquer segurança ou embasamento científico quanto a seus potenciais de cura e a seus indesejados efeitos colaterais. O resultado foi terrível, pois quase quinhentas pessoas faleceram e cerca de três mil se contaminaram desnecessariamente.⁶⁷

Este é um cenário devastador, propiciado pela desinformação e pelo mau uso da Internet. A ferramenta que deveria prevenir danos, contribuiu para causá-los. E não foi um evento isolado, como demonstra a doutrina:

Outras ‘soluções milagrosas’ foram amplamente divulgadas na rede, como a *cloroquina*, utilizada para o tratamento da malária, e a *Kaletra*, utilizada para o tratamento do HIV. Nenhuma delas, contudo, se demonstrou eficaz até o momento. A *hidroxicloroquina*, versão mais branda da primeira, também foi amplamente divulgada como uma cura, no Brasil, levando a uma escassez do medicamento nas farmácias, o que colocou em risco pacientes que dele dependem para o tratamento de outras enfermidades, como o reumatismo e lúpus.⁶⁸

64 MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. *BBC News Brasil*, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 12 set. 2020.

65 ROMANI, Bruno. Uso de dados de localização no combate à covid-19 pode ameaçar privacidade. *O Estado de S. Paulo*, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,uso-de-dados-de-localizacao-no-combate-a-covid-19-pode-ameacar-privacidade,70003268063>. Acesso em: 12 set. 2020.

66 Define dados anonimizados a LGPD: “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.”

67 TREW, Bel. Coronavirus: Hundreds dead in Iran from drinking methanol amid fake reports it cures disease. *The Independent*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/iran-coronavirus-methanol-drink-cure-deaths-fake-a9429956.html>. Acesso em: 10 set. 2020. Consta da matéria o seguinte: “Hundreds of Iranians have reportedly died and more than 1000 fallen ill after consuming methanol amid false rumours that it can help cure the disease caused by the coronavirus. (...) In a desperate search for a cure, families have been turning to fake remedies that have spread across social media, including alcohol, which is banned in the Islamic Republic. According to Iranian media, almost 300 people have been killed by ingesting methanol. An Iranian doctor helping the health ministry told the Associated Press that the extent of the problem was even greater, and estimated the death toll at 480, with 2,850 people ill.” Ainda, comentando o mau uso das mídias sociais: “This avoidable disaster illustrates the danger of social media. Iranian social media promoted a report in British media of a schoolteacher who “cured” his coronavirus infection with whisky and honey. Government guidelines also encouraged the use of alcohol-based sanitisers against the virus. Unhappily a number of people concluded that drinking high-proof alcohol could kill the disease. And, living in a country where alcoholic beverages are banned, they were not aware of the difference between methyl and ethyl alcohol. Local manufacturers of methanol add colouring to the liquid as a precaution, but black market suppliers add bleach to remove the colour.”

68 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, p. 361.

Basicamente, a ânsia por uma cura levou a precipitações, afoitamento e negligência, e conteúdos geradores de desinformação ‘viralizam’ e causam histeria coletiva, gerando danos, ao invés de preveni-los. Este é o lado nefasto da hiperconectividade, e seus impactos já foram sentidos durante a pandemia da Covid-19, como ilustram os exemplos acima. Por essa razão, destaca-se que, em tempos de pós-verdade, “o recuo em relação à ciência se torna perigoso quando ameaça a saúde pública ou a segurança dos outros.”⁶⁹ A missão aparentemente paradoxal revela a urgência da discussão e promove um importante debate sobre o papel do referido instituto jurídico na sociedade da informação.

O verdadeiro filtro quanto aos conteúdos veiculados na rede passará, essencialmente, pelos provedores, capazes de diagnosticar “bolhas de conteúdo”⁷⁰ e de adotar providências para prevenir a veiculação da desinformação. No Brasil, isto ocorreu, por exemplo, na plataforma Twitter, que excluiu postagens do Presidente da República que o mostravam em plena circulação urbana no mês de março de 2020, quando já se esperava o isolamento social.⁷¹ Situação semelhante ocorreu com vídeos de Olavo de Carvalho, que foram removidos da plataforma YouTube, mantida pela Google, Inc., por abordarem a temática relacionada ao coronavírus, insinuando que seria uma farsa ou alguma espécie de teoria da conspiração.⁷²

Neste aspecto, novamente se nota como a gestão de dados – e seus limites, até mesmo para o controle da liberdade de expressão e para a prática de atos de remoção de conteúdos por parte dos provedores – revela faceta de inexorável premência de vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para a proteção de titulares de dados e da sociedade.

4 A EFETIVA PROTEÇÃO DO TITULAR DE DADOS A PARTIR DE UM ROBUSTECIDO MICROSSISTEMA

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*⁷³⁻⁷⁴).

A LGPD também rege o tratamento jurídico dos direitos do ‘titular de dados pessoais’⁷⁵, figura que é, pela dicção de seu artigo 17, toda pessoa natural à qual são assegurados os seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade.⁷⁶

69 D’ANCONA, Matthew. *Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2019, p. 68.

70 PARISER, Eli. *The filter bubble: what the Internet is hiding from you*. Nova York: Penguin, 2011, *passim*.

71 ROBERTO NETTO, Paulo. Twitter deleta duas publicações de Bolsonaro visitando comércio em Brasília. *Estadão*, 29 mar. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/twitter-deleta-duas-publicacoes-de-bolsonaro-sobre-passeio-em-brasilia/>. Acesso em: 12 set. 2020.

72 MATTOSO, Camila. YouTube tira do ar vídeo em que Olavo de Carvalho diz que coronavírus não existe. *O Tempo*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/youtube-tira-do-ar-video-em-que-olavo-de-carvalho-diz-que-coronavirus-nao-existe-1.2315206>. Acesso em: 10 set. 2020.

73 O termo é um acrônimo extraído da expressão “*data surveillance*” (que se traduz como ‘vigilância de dados’) e revela uma nova espécie ou técnica de vigilância decorrente de novos métodos de monitoramento a partir do *Big Data*.

74 Cf. CLARKE, Roger A. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, may 1988.

75 Nos dizeres de Cíntia Rosa Pereira de Lima e de Livia Froner Moreno Ramiro, devido à conexão da titularidade com os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade, “os direitos que serão apresentados têm natureza de direito fundamental, assegurado pela supremacia constitucional, não podendo ser afastado por leis infraconstitucionais, pelos intérpretes e, nem tão pouco, pelos agentes de tratamento de dados pessoais.” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do titular dos dados pessoais. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 254).

76 Importante, ainda, a leitura do artigo 18 da lei, que contém rol não exaustivo de direitos do titular de dados: “Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.”

Na Internet, isto ocorre com enorme frequência e com precisão cada vez maior devido ao implemento de algoritmos, formando os *data-rich markets*, descritos por Viktor Mayer-Schönberger e Thomas Ramge como ambientes em que não é mais preciso condensar nossas preferências em preços e onde se pode abandonar a simplificação excessiva por causa dos limites comunicativos e cognitivos.⁷⁷

A facilidade de acesso à informação promove a ascensão de empresas aparelhadas para capitanear processos colossais de coleta de informações, que as coloca em patamar de superioridade ao próprio poder do Estado de auditá-las. Frank Pasquale descreve tais companhias como “caixas-pretas”⁷⁸, formando uma sociedade por ele nominada de *black box society*, em que todo o escrutínio de dados passa a ser fomentado – e controlado – por quem detém o domínio da plataforma graças ao poder da arquitetura e às externalidades das redes, que formam verdadeiros ‘impérios da comunicação’⁷⁹, como descreve Tim Wu e que acabam por propiciar desafios à legislação antitruste.

Em nova menção aos trabalhos de Tim Wu, destaca-se uma preocupação global com a ascensão de poucas grandes empresas a um patamar que as garanta verdadeiro monopólio de exploração econômica na Internet, retomando-se preocupações que, no passado – em especial na chamada ‘*Gilded Age*’ norte-americana⁸⁰ –, já desafiaram o direito a trabalhar com questões econômicas e concorrenciais difíceis.

A revisitação de núcleos essenciais da dinâmica regulatória estatal conduz uma releitura de diversos institutos – incluindo a responsabilidade civil –, que não podem se limitar à edição de marcos regulatórios, sempre em descompasso com a inovação tecnológica, mas que precisam existir e apresentar estrutura adequada para a tutela de contingências em períodos mais sensíveis, como nesses tempos de pandemia.

Nesse cenário, as relações levadas a efeito na Internet, sejam elas de consumo ou não, passam a ostentar uma dimensão adicional. E é exatamente esse o espaço que a LGPD visa preencher, com novos requisitos e parâmetros voltados à tutela do titular de dados na rede. E, sobre essa figura, Bruno Miragem esclarece que o consentimento se torna elemento ainda mais importante para a configuração das relações que envolvem dados exatamente em razão dessa nova dinâmica:

A formação de bancos de dados de consumidores, pela incidência em comum da LGPD e do CDC (LGL\1990\40) – excluídos os bancos de dados de crédito cuja disciplina especial do art. 43 do CDC (LGL\1990\40) e da Lei 12.414/2011 (LGL\2011\1883) tem precedência – submete-se, necessariamente, à exigência de consentimento expresso do consumidor titular dos dados pessoais. Ordinariamente, relacionam-se como condições para o consentimento que ele tenha sido emitido por vontade livre do titular dos dados, voltado a uma finalidade específica e que tenha sido informado sobre esta finalidade, o processamento e utilização dos dados, bem como da possibilidade de não consentir. O art. 5º, XII, da LGPD, em clara influência do Regulamento Geral europeu sobre proteção de dados, define o consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.⁸¹

77 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. Nova York: Basic Books, 2018, p.7. Comentam: “The key difference between conventional markets and data-rich ones is the role of information flowing through them, and how it gets translated into decisions. In data-rich markets, we no longer have to condense our preferences into price and can abandon the oversimplification that was necessary because of communicative and cognitive limits.”

78 PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 6-7.

79 WU, Tim. *The master switch: the rise and fall of information empires*. Nova York: Vintage, 2010, p. 300.

80 WU, Tim. *The curse of bigness: antitrust law in the new Gilded Age*. Nova York: Columbia Global Reports, 2018, p. 22-23.

81 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 77.

É preciso ressaltar, ademais, que os mercados ricos em dados são ambientes onde impera a nebulosidade. Pouco se sabe quanto aos algoritmos empregados para a criação de perfis comportamentais, e as grandes empresas que os empregam não revelam exatamente o modo como procedem.⁸² São as já mencionadas caixas-pretas (*black boxes*)⁸³, que podem causar danos variados não apenas quando incorrerem em equívocos estatísticos ou de análise preditiva, mas também quando forem utilizadas para o envio massivo de informações.

A jurisprudência já se debruçou sobre o tema, tendo o Superior Tribunal de Justiça, como paradigma o Recurso Especial 1.457.199/RS.⁸⁴ Na ocasião, averiguou-se os riscos do score de crédito⁸⁵ praticado pelas instituições financeiras, levando a doutrina⁸⁶ a concluir que seus efeitos para a delimitação de perfis sem qualquer “filtro ético, nas mãos do controlador e operador do tratamento de dados, pode levar a situações extremamente deletérias ao corpo eletrônico.”⁸⁷

Aqui, importa destacar também que a utilização algorítmica dos dados não deixou de ser considerada na LGPD, deixando claro que:

(...) A legislação, portanto, aponta para a distinção entre decisões automatizadas que afetam os interesses dos titulares de dados, enquanto outras não. Receber o resultado de acesso ou negativa a um plano de saúde, sem dúvida, afeta o interesse do titular de dados. A mera formação de perfil para envio de uma publicidade, pode não afetar os interesses desse titular.⁸⁸

Violações praticadas na Internet advêm, portanto, de todo tipo de utilização derivada da finalidade para a qual os dados pessoais foram originalmente coletados. Isso suscita não apenas a necessidade de ampla compreensão quanto ao fenômeno do “*profiling*”, mas uma leitura abrangente das espécies de violações que podem vir a ser praticadas, seja na esfera pública, seja por partícipes privados.⁸⁹⁻⁹⁰

Sem dúvidas, merece realce o fato de a discriminação levada a efeito por algoritmos de Inteligência Artificial ainda ser um ambiente carente de regulamentação mais estreita. Não obstante, e é este o ponto fulcral deste tópico derradeiro, a proteção do ciberconsumidor⁹¹

82 PASQUALE, Frank. Data-informed duties in AI development. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 119, p. 1917-1940, 2019, p. 1917-1920.

83 PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 4.

84 STJ, 2ª Seção, REsp nº 1.457.199/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 12.11.2014.

85 O tema pode ser explorado em detalhes com a leitura da obra de BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova lei do cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar 166/2019 e de acordo com a LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

86 Com efeito: “A falta de transparência dos sistemas de avaliação de risco é um dos principais problemas enfrentados não apenas por consumidores, mas também por reguladores e advogados. A obscuridade de diversos sistemas de avaliação de risco ensejaram a equiparação do *scoring* a uma “*blackbox*”, dado que os processos pelos quais o histórico de crédito é convertido em um índice objetivo de risco são completamente intransparentes para um observador externo.” (MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56).

87 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. 74-75.

88 COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Decisões automatizadas em matéria de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 167.

89 Já se cogitou, por exemplo, da perturbação ao sossego na Internet. Para maiores detalhes, confira-se: 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. 227-256, mar./abr. 2020.

90 Noutro trabalho, a doutrina já sinalizou as razões pelas quais tanto se fala em *compliance* digital, especialmente para a parametrização da responsabilidade civil descrita na LGPD: MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Compliance digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

91 A expressão advém da doutrina portuguesa, tendo aparecido nos escritos de Elsa Dias Oliveira, que, em síntese, descreve que aquele “celebra contratos através da Internet (...), [é] correntemente designado por consumidor internauta ou por ciber-consumidor”. (OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p.57). No Brasil, a terminologia foi apresentada por Claudia Lima Marques, se reportando aos estudos de Thibault Verbiest. 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. 57.

(que também é, pela dicção da LGPD, titular de dados pessoais) já existe a partir de verdadeiro microssistema composto por acervo normativo adequado – e esse mesmo microssistema já é repositório importante para a tutela de dados pessoais na *web*.

Leitura precipitada do artigo 45 da LGPD⁹² pode levar o intérprete à conclusão de que as relações de consumo que envolvam dados serão regidas unicamente pelo Código de Defesa do Consumidor. Nesse ponto, mister analisar se o dispositivo afasta a incidência da LGPD, como se poderia pensar, ou não. E, desde logo, cumpre salientar que a resposta é absolutamente negativa.

O que se observa é a necessidade de verdadeiro diálogo de fontes⁹³ entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (mais específica) e o Código de Defesa do Consumidor (mais generalista) em relação à tutela dos temas relativos à proteção do ciberconsumidor; e, igualmente, diálogo entre a LGPD e o Código Civil e/ou o Marco Civil da Internet para a tutela de outras ofensas geradoras de danos (quando não forem relações consumeristas).

O microssistema em questão é composto, portanto, pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (o chamado “Marco Civil da Internet”), pelo Decreto nº 8.771/2016, que a regulamentou; ainda, pela Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (a chamada “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”), posteriormente alterada pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018, que se consolidou pelo texto da Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. Outras iniciativas de destaque são a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (“Lei de Acesso à Informação”), e a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (“Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”). Além, é claro, do Código Civil e da própria Constituição da República.

Todo esse universo normativo se consolida em verdadeiro microssistema voltado à preservação das relações jurídicas que envolvam dados, em sintonia com o regime de responsabilidade civil aplicado pela conjugação de cada norma; e, naturalmente, sendo uma relação de consumo, com aplicação conjugada da dinâmica do CDC. Esta também é a constatação de Bruno Miragem:

Tratando-se de danos a consumidores decorrentes do tratamento indevido de dados, contudo, o art. 45 da LGPD, ao dispor que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”, conduzem tais situações ao regime do fato do serviço (art. 14 do CDC (LGL\1990\40)). Neste caso, controlador e operador de dados respondem solidariamente assim como outros fornecedores que venham intervir ou ter proveito do tratamento de dados do qual resulte o dano. Neste caso, incidem tanto as condições de imputação da responsabilidade pelo fato do serviço (em especial o defeito que se caracteriza pelo tratamento indevido de dados, ou seja, desconforme à disciplina legal incidente para a atividade), quanto as causas que porventura possam excluir eventual responsabilidade do fornecedor (art. 14, § 3º), que estão, porém, em simetria com o disposto no próprio art. 43 da LGPD. Outro efeito prático da remissão do art. 45 da LGPD ao regime de reparação próprio da legislação de proteção do consumidor será a submissão de eventuais pretensões de reparação dos consumidores ao prazo prescricional previsto no seu art. 27 do CDC (LGL\1990\40), de cinco anos contados do conhecimento do dano ou de sua autoria.⁹⁴

92 “Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.”

93 Sobre o tema, confira-se: MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

94 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 89.

A responsabilidade civil dos prestadores de serviços nas redes sociais virtuais pelos danos à pessoa humana decorrentes do meio é objetiva, na forma do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não se podendo admitir a inexistência de um dever geral de vigilância, sob pena de que se admita verdadeiro retrocesso em direção à culpa, em plena era do risco.

Os exemplos de acidentes de consumo na Internet são muitos e a aplicação do *notice and takedown*, previsto no Marco Civil para a regulamentação da Internet no Brasil, não significa a aplicação de um padrão subjetivo de responsabilidade, mas apenas uma condição de procedibilidade para a responsabilização do provedor.⁹⁵ O critério da notificação administrativa melhor atenderia ao interesse dos consumidores vítimas de danos nos acidentes de consumo nas redes sociais virtuais.

Os provedores Internet respondem por eventos como a invasão do *site* ou rede, tendo em vista a amplitude dos deveres de proteção decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. Tal fato enseja a responsabilidade do provedor de conteúdo e de hospedagem, em caso de falha na prestação do seu serviço, fazendo com que os dados armazenados em seus servidores sejam perdidos, apagados, alterados ou infectados por vírus de computador, ou ainda nas hipóteses de dificuldade de acesso livre às informações disponibilizadas aos seus usuários. E, em tempos de pandemia, o controle exercido quanto aos conteúdos lançados por usuários e removidos por iniciativa das próprias plataformas, para fazer menção aos exemplos descritos no tópico 3.3 do texto, serão passíveis desse controle, *a posteriori*.

Tais exemplos ilustram operações suscetíveis de tutela pelas regras do CDC. São casos de complexidade reduzida frente aos modelos de negócio baseados em dados, especialmente àqueles que exploram mercados de múltiplos lados (*multi-side markets*). Sendo assim, mais importante ainda será a incidência conjunta da LGPD e do CDC, em verdadeiro diálogo de fontes, como se disse, para a tutela desse âmbito em que o risco – mais do que previsível – chega a ser inerente às atividades exploradas, e acirrado em decorrência da pandemia!

5 NOTAS CONCLUSIVAS

À guisa de conclusão, é possível asseverar que a pandemia da Covid-19 desencadeou, no ano de 2020, consequências jurídicas variadas e que fizeram despertar, dentre outros efeitos, a premência da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), especialmente para a contenção de determinadas contingências geradoras de insegurança jurídica.

A primeira observação que se pode extrair desse contexto é a de que o conceito de privacidade sofreu interferências pelo avanço tecnológico, sendo analisado, atualmente, sob ângulos contextuais. Desse modo, a garantia de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais se revela imprescindível para a conciliação das dimensões que compõem a privacidade – em menção aos apontamentos de Mills –, com a observância das peculiaridades do período de pandemia.

Diversos são os desafios, mas três deles foram enfrentados de forma mais detida nesse estudo:

(i) Quanto à imprescindibilidade de vigência da LGPD e de uma ANPD isenta, anotou-se que a enorme celeuma quanto à consolidação legislativa de tão importante direito fundamental – a proteção de dados pessoais – sacramente uma mudança profunda na forma

95 Sobre o artigo 19 do MCI e o sistema '*notice and takedown*', consulte-se: MARTINS, Guilherme Magalhães. Artigo 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição. *Consultor Jurídico*, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade>. Acesso em: 10 set. 2020.

de realização das atividades de Estado para que se prime pela independência de quem, ao fim e ao cabo, deverá assumir o fardo de regulamentar, fiscalizar e aplicar sanções, mas o que se tem visto no ano de 2020 é verdadeira confusão quanto aos trâmites legislativos e às definições sobre a *vacatio legis* da norma, acarretando insegurança jurídica.

(ii) Com relação à vigilância de dados e ao controle de aglomerações a partir de implementos algorítmicos, pontuou-se brevemente que sistemas como o Simi-SP paulista não apresentam qualquer confirmação sobre a efetiva anonimização de dados coletados de operadoras de telefonia para o monitoramento em tempo real dos cidadãos e, muito menos, sobre a confiabilidade de eventuais técnicas aplicadas sobre esses acervos de dados, o que gera grande desconfiança e suscita debates sobre novas fontes de insegurança jurídica gerada em tempos de pandemia.

(iii) Acerca do monitoramento da Internet e do controle de conteúdos a partir do *profiling*, ponderou-se, novamente, a importância da gestão adequada e transparente de dados pessoais – e seus limites, até mesmo para o controle da liberdade de expressão e para a prática de atos de remoção de conteúdos por parte dos provedores – em período durante o qual a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais permanece em *vacatio legis*.

Após todas essas constatações, trabalhou-se com a hipótese de pesquisa apontada no intróito, e esta acabou por se confirmar. É necessário o reforço axiológico para fins de consolidação do microssistema de proteção ao titular de dados pessoais a partir da conjugação de várias fontes normativas que guardam pertinência ao tema. Desse modo, mesmo durante a *vacatio legis* da LGPD e até que se tenha uma ANPD bem estruturada e atuante, o múnus regulatório do Estado poderá ser atendido pela atuação de outras autoridades, com aplicação transversal de normas como o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação, o Código Civil e a própria Constituição da República.

Fato é que houve tempo para que todos se adaptassem aos rigores da LGPD e para que a União se mobilizasse e implementasse adequadamente a ANPD, desde que a lei foi promulgada, em 2018. A omissão tem justificativas políticas, econômicas, culturais e jurídicas que não foram objeto deste estudo, mas seus reflexos – esses, sim, aqui estudados – são sentidos de forma mais acentuada em um período delicado (a pandemia da Covid-19). O quão evitável era tudo isso, não é possível precisar, mas diversos efeitos deletérios da inércia, da excessiva burocracia e da ineficiência estatal poderiam ter sido prevenidos.

REFERÊNCIAS

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: 12 set. 2020.

BECK, Ulrich. *World at risk*. Tradução do alemão para o inglês de Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova lei do cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar 166/2019 e de acordo com a LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOLESINA, Iuri. *O direito à intimidade: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Emenda de Redação nº 1 ao PLV nº 7/2019 (Relativo à MP 869/18 - Proteção de Dados Pessoais)*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1756124&filename=ERD+1/2019+%3D%3E+MPV+869/2018. Acesso em: 10 set. 2020.

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

CASTELLS, Manuel. *The power of identity*. 2. ed. Oxford/West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010. (The information age: economy, society, and culture, v. 2)

CLARKE, Roger A. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, may 1988.

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, Saete Oro; OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de. *Direito, governança e novas tecnologias II*. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Decisões automatizadas em matéria de perfis e riscos algorítmicos: diálogos entre Brasil e Europa acerca dos direitos das vítimas de dano estético digital. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Tradução de Carlos Szlak. Barueri: Faro Editorial, 2019.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados em tempos de coronavírus. *Jota*, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020>. Acesso em: 11 set. 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

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.

DU BOIS, François. Social purposes, fundamental rights and the judicial development of private law. In: NOLAN, Donal; ROBERTSON, Andrew (Eds.). *Rights and private law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

DUKAKIS, Ali. China rolls out software surveillance for the COVID-19 pandemic, alarming human rights advocates. *ABC News*, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://abcnews.go.com/International/china-rolls-software-surveillance-covid-19-pandemic-alarming/story?id=70131355>. Acesso em: 12 set. 2020.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Breves notas sobre a privacidade e proteção de dados pessoais durante a pandemia. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coords.). *Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba: Foco, 2020.

ESCOBAR, Arturo. Welcome to Cyberia. Notes on the anthropology of cyberculture. *Current Anthropology*, Chicago, v. 35, n. 3, p. 211–231, 1994.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Administração Pública digital*: proposições para o aperfeiçoamento do Regime Jurídico Administrativo na sociedade da informação. Indaiatuba: Foco, 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.

FARIA, José Eduardo. Informação e democracia na economia globalizada. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Orgs.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ, Pedro da Cunha. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD): apontamentos sobre sua natureza e regime jurídico. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FLORIDI, Luciano. Introduction. In: FLORIDI, Luciano (Ed.). *The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era*. Cham: Springer, 2015.

FLORIDI, Luciano. The informational nature of personal identity. *Minds & Machines*, Oxford, v. 21, p. 549-566, 2011.

GREENLEAF, Graham. Global Data Privacy 2019: DPAs, PEAs, and their Networks. *University of New South Wales Law Research Series*, Sydney, v. 158, Research Paper n. 19-68, p. 1-7, ago. 2019.

HANOFF, Roberta Volpato; NIELSEN, Thiago Henrique. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na administração pública brasileira: é possível implementar governança de dados antes de se implementar a governança em gestão? In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD & Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados*: de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 e as alterações da Lei nº 13.853/2019), o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e as sugestões de alteração do CDC (PL 3.514/2015). São Paulo: Almedina, 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; DE LUCCA, Newton. Polêmicas em torno da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados. *Migalhas de Proteção de Dados*, 7 ago. 2020. Disponível em: <http://s.migalhas.com.br/S/3FE52>. Acesso em: 12 set. 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; RAMIRO, Livia Froner Moreno. Direitos do titular dos dados pessoais. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Almedina, 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAGENTA, Matheus. Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia. *BBC News Brasil*, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128>. Acesso em: 12 set. 2020.

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. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, p. 34-67, jul./set. 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Artigo 19 do Marco Civil da Internet gera impunidade e viola a Constituição. *Consultor Jurídico*, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-21/guilherme-martins-artigo-19-marco-civil-internet-gera-impunidade>. Acesso em: 10 set. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Compliance digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

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. 227-256, mar./abr. 2020.

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: <http://s.migalhas.com.br/S/4AC34>. Acesso em: 11 set. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Primeiras impressões sobre as alterações da Medida Provisória 869/2018 na LGPD. *Jota*. 14 jan. 2019. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-mp-autoridade-dados-pessoais-14012019>. Acesso em: 11 set. 2020.

MATTOSO, Camila. YouTube tira do ar vídeo em que Olavo de Carvalho diz que coronavírus não existe. *O Tempo*, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/youtube-tira-do-ar-video-em-que-olavo-de-carvalho-diz-que-coronavirus-nao-existe-1.2315206>. Acesso em: 10 set. 2020.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Beyond privacy, beyond rights—toward a “system” theory of information governance. *California Law Review*, Berkeley, v. 98, p. 1853-1886, 2010.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think*. Nova York: Houghton Mifflin Harcourt, 2014.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; RAMGE, Thomas. *Reinventing capitalism in the age of big data*. Nova York: Basic Books, 2018.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A Covid-19: entre tempo e o direito. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 207-219, maio/ago. 2020.

MILLS, Jon. L. *Privacy: the lost right*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba: Foco, 2020.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002.

- PARISER, Eli. *The filter bubble: what the Internet is hiding from you*. Nova York: Penguin, 2011.
- PASQUALE, Frank. Data-informed duties in AI development. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 119, p. 1917-1940, 2019.
- PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Manual de informática e derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ANPD em busca de sua autonomia: é preciso aperfeiçoar a MP 869/2018. *Consultor Jurídico*, 1º de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-01/garantias-consumo-anpd-busca-autonomia-preciso-aperfeiçoar-mp>. Acesso em: 11 set. 2020.
- ROBERTO NETTO, Paulo. Twitter deleta duas publicações de Bolsonaro visitando comércio em Brasília. *Estadão*, 29 mar. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/twitter-deleta-duas-publicacoes-de-bolsonaro-sobre-passeio-em-brasilia/>. Acesso em: 12 set. 2020.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. Laicizzare il rapporto fra innovazione e società. In: RASI, Gaetano (Ed.). *Innovazioni tecnologiche e privacy: sviluppo economico e progresso civile*. Roma: Garante Privacy, 2005.
- ROMANI, Bruno. Uso de dados de localização no combate à covid-19 pode ameaçar privacidade. *O Estado de S. Paulo*, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,uso-de-dados-de-localizacao-no-combate-a-covid-19-pode-ameacar-privacidade,70003268063>. Acesso em: 12 set. 2020.
- RUIZ, Isadora Maria Roseiro; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. Os 4 problemas do Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente do governo de SP. *Migalhas de Proteção de Dados*, 14 ago. 2020. Disponível em: <http://s.migalhas.com.br/S/65D4C>. Acesso em: 12 set. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.
- SÃO PAULO. *Sistema de Monitoramento Inteligente*. <https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/simi/>. Acesso em: 11 set. 2020.
- SCHNEIDER, Jochen. Processamento electrónico de dados - Informática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- STAPLES, William G. *Encyclopedia of privacy*. Westport: Greenwood Press, 2007.
- 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.
- TISSERON, Serge. Intimité et extimité. *Communication*, v. 88, n. 1, p. 83-91, Paris, 2011.
- TREW, Bel. Coronavirus: Hundreds dead in Iran from drinking methanol amid fake reports it cures disease. *The Independent*, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/iran-coronavirus-methanol-drink-cure-deaths-fake-a9429956.html>. Acesso em: 10 set. 2020.
- VAN DIJK, Jan. *The network society*. 2. ed. Londres: Sage Publications, 2006.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 11 set. 2020.

WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. Nova York: Atheneum, 1970.

WU, Tim. *The curse of bigness: antitrust law in the new Gilded Age*. Nova York: Columbia Global Reports, 2018.

WU, Tim. *The master switch: the rise and fall of information empires*. Nova York: Vintage, 2010.

Recebido em: 12.09.2020

Aprovado em: 09.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

MARTINS, Guilherme Magalhães; BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a pandemia da covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.232-255, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-14.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

DIAGNÓSTICO PARA COVID-19 COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVOS DESAFIOS SOBRE PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA

DIAGNOSTIC FOR COVID-19 WITH ARTIFICIAL INTELLIGENCE: NEW CHALLENGES ON PRINCIPLES OF CONTRACTUAL LAW AND MEDICAL LIABILITY IN PANDEMIC TIMES

Paulo Nalin¹
Rafaela Nogaroli²

RESUMO: Durante a pandemia da Covid-19, com o aumento rápido e exponencial de infectados e a ausência de medicamentos ou vacinas terapêuticas específicas para o novo coronavírus, diversos países utilizaram softwares com algoritmos de inteligência artificial (IA) para diagnosticar pacientes acometidos dessa doença. 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. Apesar de todos os benefícios com a utilização da inteligência artificial, há alguns riscos associados à tecnologia, os quais requerem certas reflexões ético-jurídicas. 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. Por isso, o objetivo deste trabalho foi verificar os impactos dos tempos pandêmicos, no que se refere à necessidade de estabelecer novos parâmetros de avaliação dos deveres contratuais anexos e da culpa profissional. 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 ponto, foram traçados os impactos do contexto de pandemia, no que se refere à necessidade de estabelecer novos parâmetros de avaliação do dever de informação e da culpa profissional, tendo em vista a excepcionalidade e imprevisibilidade da prática médica neste cenário.

Palavras-chaves: inteligência artificial; diagnóstico para Covid-19; principiologia contratual; responsabilidade civil médica; dever de informação.

ABSTRACT: During the Covid-19 pandemic, with the fast and exponential increase of infected people and the absence of specific therapeutic vaccines or drugs for the new coronavirus, several countries used software with artificial intelligence (AI) algorithms to diagnose patients with this disease. The fast diagnosis provided by AI can often be a crucial factor for the immediate initiation of the treatment and subsequent recovery of the patient, especially in diseases of quick evolution or in urgent and emergency care. Despite all the benefits with the use of artificial intelligence, there are some risks associated with the technology, which require certain ethical-legal reflections. The discussion about the consequences of artificial intelligence in principles of contractual law and medical liability becomes sharply complex, especially to create tangible diagnoses, in recurrent life and death situations in which patients may find themselves during the pandemic. Therefore, the objective of this paper was to verify the impacts of pandemic times, with regard to the need to establish new parameters for assessing the contractual duties and medical negligence. In conclusion, it is possible in some particular situations, that the doctor could be held liable for the misdiagnosis for Covid-19, both due to adverse events resulting from medical negligence, or in case of a breach of the duty to inform in the diagnostic process achieved with AI algorithms. However, added to the considerations raised in this point, the impacts of the pandemic context were outlined, with regard to the need to establish new parameters for assessing the duty of information and professional liability, in view of the exceptionality and unpredictability of medical practice in this scenario.

Keywords: artificial intelligence; diagnosis for Covid-19; medical liability; principles of contractual law; duty of information.

1 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

2 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

1 INTRODUÇÃO

No cenário da medicina contemporânea, vislumbra-se o grande potencial da inteligência artificial (IA)³ 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).⁴ 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.⁵

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.⁶ 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.⁷

Dentre as aplicações de inteligência artificial já disponíveis no mercado, destaca-se o *Watson for Oncology*,⁸ “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 –,⁹ e na ausência de

3 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.)

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. 1-20.

5 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.

6 MOLNÁR-GÁBOR, Fruzsina. Artificial Intelligence in Healthcare: Doctors, Patients and Liabilities. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo. *Regulating Artificial Intelligence*, p. 350-351.

7 TOPOL, Eric. *Deep medicine: how artificial intelligence can make healthcare human again*. Nova Iorque: Basic Books, 2019, p. 81

8 IBM Watson for Oncology. *IBM*. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/marketplace/clinical-decision-support-oncology>. Acesso em: 05 out. 2020.

9 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.¹⁰

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.¹¹

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 sustentamos¹² 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.¹³

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.¹⁴ 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”.¹⁵

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,¹⁶ destinadas a todas as pessoas que desenvolvem, utilizam ou são afetadas pela IA. No contexto brasileiro, tramita no Senado

10 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.

11 FLASINSKI, Mariusz. *Introduction to Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2016, *passim*.

12 NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 255.

13 NALIN, Paulo. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 129-137.

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 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.

16 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. Acesso em: 14 abr. 2020.

Federal o Projeto de Lei nº 5.051/2019,¹⁷ 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.¹⁸ 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.¹⁹

Em 2015, um grupo de cientistas no Mount Sinai Hospital (Nova York) desenvolveu o *Deep Patient*,²⁰ *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

17 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.

18 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.

19 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.

20 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.²¹ 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.²² 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.²³ 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.²⁴

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”,²⁵ 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.²⁶ Nesse cenário, as *cláusulas éticas* ganham importante espaço nas relações contratuais.²⁷

21 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.

22 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.

23 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

24 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.

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. *Do Contrato - conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 255.

27 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.

A Resolução do Parlamento Europeu de 2017, que traz disposições de direito 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”.²⁸ 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.²⁹

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”.³⁰ 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.³¹

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.³² A solidez técnica e segurança, por sua vez, exigem que a IA se comporte conforme o previsto, minimizando-se

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. Acesso em: 14 set. 2020.

29 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. Acesso em: 14 set. 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. Acesso em: 14 abr. 2020.

31 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. Acesso em: 14 set. 2020.

32 TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019. E-book.

os danos não intencionais e inesperados, e prevenindo os danos inaceitáveis. Importante 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”.³³ 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.³⁴ 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.³⁵

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.³⁶ 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.³⁷ 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.³⁸

Tudo deve ser documentado para permitir ao máximo a rastreabilidade e, conseqüentemente, a transparência da IA.³⁹ 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*

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. Acesso em: 14 set. 2020.

34 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. Acesso em: 14 set. 2020.

35 TURNER, Jacob. *Robot rules: regulating artificial intelligence*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019. E-book.

36 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. Acesso em: 14 set. 2020.

37 DIGNUM, Virginia. *Responsible artificial intelligence*. How to develop and use AI in a responsible way. Cham: Springer, 2019. E-book.

38 DIGNUM, Virginia. *Responsible artificial intelligence*. How to develop and use AI in a responsible way. Cham: Springer, 2019. E-book.

39 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. Acesso em: 14 set. 2020.

éticas – como também no equacionamento da responsabilidade civil médica na eventualidade 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”.⁴⁰ 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”.⁴¹

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”.⁴²

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.⁴³ 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”.⁴⁴ 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”⁴⁵. Com a utilização cada vez mais acentuada das tecnologias na área da

40 DANTAS, Eduardo. *Direito médico*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 199.

41 BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Princípia, 2017, p. 236.

42 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 45.

43 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 215.

44 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 216.

45 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.

saúde, especialmente da inteligência artificial, implica maiores ponderações acerca do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente.

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.⁴⁶ 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.⁴⁷

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”.⁴⁸ 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”.⁴⁹ 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.⁵⁰

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.⁵¹

46 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.

47 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.

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 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.

50 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.

51 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-19.⁵² 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”.⁵³

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-19.⁵⁴

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.⁵⁵

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.

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 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.

54 RadVid-19. Disponível em: <https://radvid19.com.br/>. Acesso em: 08 out. 2020.

55 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.⁵⁶

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.⁵⁷

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.⁵⁸

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”,⁵⁹ 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

56 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 217.

57 SILVA, Rodrigo da Guia; NOGAROLI, Rafaela. 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.

58 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.

59 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?”⁶⁰ 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.⁵¹

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

60 COHEN, Glenn. Informed consent and medical artificial intelligence: what to tell the patient? *Georgetown Law Journal*, v. 108, jun. 2020, p. 1425-1469.

61 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”.⁶² 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.⁶³ Destaca-se, nesse sentido, a louvável proposta legislativa trazida por Nelson Rosenvald,⁶⁴ de isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência.⁶⁵

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.⁶⁶ 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

62 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.

63 KFOURI NETO, Miguel; DANTAS, Eduardo; NOGAROLI, Rafaela. 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, Rafaela. (Coords.) *Debates contemporâneos em direito médico e da saúde*. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 505-541.

64 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.

65 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.

66 KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 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”.⁶⁷

Referido princípio é um instrumento de salvaguarda da personalidade e liberdade de autodeterminação. Importante destacar que os princípios norteadores da teoria contratual,

67 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”.⁶⁸ 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”.⁶⁹

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: Princípia, 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.

68 FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.105.

69 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. 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. 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.

Recebido em: 15.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

NALIN, Paulo; NOGAROLI, Rafaella. Diagnóstico para covid-19 com inteligência artificial: novos desafios sobre princípios contratuais e responsabilidade civil médica em tempos de pandemia. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p. 256-279, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-15.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

(DES)LIBERDADE VIRAL NA PANDEMIA: UMA RELEITURA DA ESCALADA POR DADOS PESSOAIS E SEUS IMPACTOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS

VIRAL (UN)FREEDOM IN PANDEMIA: A REVIEW OF CLIMBING BY PERSONAL DATA AND ITS IMPACTS IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS AND DATA PROTECTION

Oscar Ivan Prux ¹
Kevin Henrique de Sousa Piai ²

RESUMO: Desde o final de 2019, o mundo luta contra a corona vírus (COVID-19). Em resposta ao que a Organização Mundial da Saúde (OMS) rotulou de pandemia, governos em todo o mundo têm usado tecnologia para conter a propagação do vírus e manter as pessoas seguras. Apesar da pressão do tempo em prol da prevenção de vidas, as medidas de violação de direitos devem ser tratadas com cautela e consideradas extraordinárias. O presente artigo pretende analisar a repercussão da vigilância virtual durante a pandemia, em especial sob o espectro do direito à privacidade e proteção de dados no período da crise e no futuro. O presente estudo se concentrará em três principais categorias que governos de todo mundo têm avançado: i) coleta e uso de dados de saúde, ii) rastreamento e localização geográfica e iii) parcerias público-privadas. Através de estudo empírico em direito comparado, apresentará experiências reais exercidas por governos, empresas de tecnologia e agências internacionais. Trata-se de análise doutrinária com revisão bibliográfica e documental referenciada que, após exemplificação prática, situa o atual estágio de investidas governamentais para acesso a dados sensíveis de sua população, apresentando sugestões para minimização da violação de dados pessoais sensíveis e massivos.

Palavras-chaves: proteção de dados; privacidade; saúde; pandemia; covid-19.

ABSTRACT: Since the end of 2019, the world has been fighting the corona virus (COVID-19). In response to what the World Health Organization (WHO) has labeled a pandemic, governments around the world have been using technology to stem the spread of the virus and keep people safe. Despite the pressure of time, with a view to preventing lives, measures of violation of rights must be treated with caution and considered extraordinary. This article intends to analyze the impact of virtual surveillance, during the pandemic under the spectrum of the right to privacy and data protection during this crisis and in the future. This study will focus on three main categories that governments around the world have advanced: i) collection and use of health data, ii) tracking and geographic location and iii) public-private partnerships. Through an empirical study in comparative law, presenting real experiences exercised by governments, technology companies and international agencies. It is a doctrinal analysis with referenced bibliographic and documentary review that, after practical example, situates the current stage of governmental advances to access sensitive data of its population, presenting suggestion for minimizing the violation of sensitive and massive personal data.

Keywords: data protection; privacy; health; pandemic; covid-19.

1 Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal (FDUL). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). 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 (UniCesumar). Mediador judicial.

2 Mestrando em Direitos da Personalidade pela Universidade Cesumar. Bolsista PROSUP/CAPES. Pesquisador do Laboratório de Pesquisa em Direito Privado e Internet da Universidade de Brasília (LAPIN/UnB). Pesquisador do Observatório de Direito Eletrônico da UniCesumar. Ex-bolsista do Summer Academic Fellowship Program pela Universidade de Harvard.

1. INTRODUÇÃO

A doença infecciosa causada pela corona vírus, síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2), tem mobilizado ações econômicas, políticas e sociais jamais vistas anteriormente. Nesse cenário, governos se mobilizam em investidas legislativas específicas para o enfrentamento a pandemia, desde propostas de isolamento, quarentena, uso de máscaras, obrigatoriedade do distanciamento social até a interoperabilidade de dados pessoais, inclusive sensíveis, mediante parcerias público-privadas, que se tornaram possíveis através do rastreamento com precisão de sensores de localização integrados à *smartphones*, utilizados na finalidade de monitoramento e contenção da propagação da doença.³

O momento crítico vivido por todos países, revela que a grande diferença entre a COVID-19⁴ e demais surtos pandêmicos anteriormente vividos, se estabelece na propagação da doença e da informação nos meios digitais concomitantemente, em uma sociedade extremamente conectada.

De toda sorte, a tecnologia pode e deve desempenhar um papel importante durante esse esforço para salvar vidas, referindo-se exemplificativamente, divulgar mensagens de saúde pública e formas de aumentar o acesso aos cuidados de saúde. No entanto, as medidas excepcionais não devem se prostrar no tempo, pois os mesmos instrumentos que servem à fins nobres têm potencial para serem desvirtuados acabarem utilizado no controle e manipulação social. Conforme será demonstrado neste trabalho, o aumento nos poderes de vigilância digital do Estado, como, dentre outras situações, a obtenção de acesso a dados de localização de telefones celulares, ameaça a privacidade, a liberdade de expressão e locomoção, sendo que pode violar direitos e diminuir a confiança nas autoridades públicas, prejudicando a eficácia das políticas sanitárias de combate a pandemia e, posteriormente, o bom desenvolvimento social. Tais medidas também representam um risco de discriminação e podem prejudicar desproporcionalmente comunidades já marginalizadas, seja no processo tecnológico, seja em decorrência das condições sociais em que convivem. Não se deve ignorar a advertência contida na obra “Tecnopóliticas da Vigilância – Perspectivas da Margem”: “Mesmo que o big data possa ser configurado para outros usos, estes não apagam suas origens em um projeto de extração fundado na indiferença formal em relação às populações que conformam tanto sua fonte de dados quanto seus alvos finais”⁵. Na prática, um instrumento com enorme potencial de utilidade, mas que pode resultar em uso alheio a aspectos legais e desprovido do recomendável conteúdo ético e moral.

Importante referir que estamos passando por tempos incomuns, mas as leis que salvaguardam direitos humanos e privacidade ainda se aplicam.⁶ Na verdade, a estrutura dos direitos humanos é projetada para garantir que diferentes direitos possam ser cuidadosamente equilibrados para proteger os indivíduos e as sociedades em geral, independente do momento vivenciado. Estados e organizações mesmo em situações que exigem providências decisivas (como a edição de Medidas Provisórias) nem mesmo sob

3 DIEB, Daniel; GOMES, Helton Simões. Governo vai monitorar celular para controlar aglomeração na pandemia. [S.l.]: UOL, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/04/02/para-combater-a-covid-19-o-governo-federal-vai-monitorar-o-seu-celular.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

4 ALLAM, Zaheer; JONES, David S. “On the coronavirus (Covid-19) outbreak and the smart city network: Universal data sharing standards coupled with artificial intelligence (AI) to benefit urban health monitoring and management”. *Healthcare* (Basel, Switzerland), v.8, n.1, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/healthcare8010046>.

5 Tecnopóliticas da vigilância Boitempo Editorial. Edição do Kindle. Posição 264, p.21, 2019.

6 Resolución 01/20. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

amparo de normas de caráter emergencial, podem ser desconsiderados direitos como a privacidade e a liberdade de expressão, mesmo que em nome do combate a uma crise de saúde pública. O regime de exceção e as novas medidas e normas que surgem não legitimam desconsiderar direitos fundamentais⁷.

Pelo contrário, a proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais também promove a saúde pública.⁸ Agora, mais do que nunca, governos devem garantir rigorosamente que quaisquer restrições a esses direitos estejam de acordo com as salvaguardas dos direitos humanos e para a privacidade, valores que foram estabelecidos com muita luta.⁹

Propositamente, o presente artigo buscou laborar com o neologismo (des)liberdade, buscando chamar atenção ao que se propõe: pensar no termo *desliberdade*, enquanto desigualdade política ou a partir do pressuposto de não haver (verdadeira) igualdade sem liberdade. Ou seja, demonstrar a importância do não aderir a ótica equivocada de que a igualdade proposta somente possa ser alcançada com absoluta/irrestrita liberdade no controle dos meios digitais para os fins do controlador, ou seja, com *desliberdade*.

A privacidade, proteção dos dados pessoais e à informação, como direitos fundamentais e subjetivos do cidadão, representam verdadeiros pilares ao Estado Democrático de Direito e a efetivação deles requer amplo envolvimento social.¹⁰ Cabe ressaltar que a Lei nº 13.709/18 não foi formatada especificamente para situações do período de pandemia e, inclusive, na questão das multas dependerá da estruturação da autoridade nacional de dados (processo com previsão para se completar em 2021), por isso cautelas são necessárias em respeito a direitos elementares da pessoas. Frente a possibilidade de um estado de vigilância, cada vez mais globalizado e com múltiplos interesses mercadológicos e pessoais em jogo - problemática que nos desafia constantemente -, torna-se imprescindível para formulação de políticas públicas (e há competência federal, estadual e municipal), em que sejam utilizados dados pessoais. Contudo, tal deve ocorrer em prol do inerente interesse público, garantindo-se essa dimensão (pública) não exclusivamente governamental, bem como, estendendo-se aos tutelados a proteção da privacidade e a promoção ao acesso de informações sob a forma anonimizada.¹¹

Observe-se que esta crise atual oferece uma oportunidade de demonstrar nossa humanidade compartilhada. Existem possibilidades fáticas de emprendermos esforços extraordinários para combater esta pandemia mantendo-se consistentes com os padrões de privacidade e aos pilares do Estado de Direito.¹² As decisões que os governos tomam agora para enfrentar essa crise irão moldar muito da realidade do mundo no futuro.

7 Recorrendo a analogia sobre a proteção de direitos fundamentais, mencionamos a expressão clássica de Frederic Bastiat quando disse: “Não é porque os homens promulgaram Leis que a Personalidade, a Liberdade, e a Propriedade existem. Pelo contrário, é porque a Personalidade, a Liberdade, e a Propriedade preexistem que os homens fazem Leis”. (BASTIAT, Frédéric. *A lei*. LVM Editora. Edição do Kindle, posição 222, 2019, p. 18).

8 LAI, P. C.; WONG, C. M.; HEDLEY, A. J.; LEUNG, G. M.. “Spatial clustering of SARS in Hong Kong”. *Hong Kong medical journal* = Xianggang Yi Xue Za Zhi, v. 15, Suppl 9, 2019, p.17-19.

9 MCDONALD, Sean Martin. *Ebola: A Big Data Disaster - Privacy, Property, and the Law of Disaster Experimentation*. CIS Papers, 2016.

10 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999.

11 BIONI, Bruno. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n.53, p.191-201, jan./mar., 2020. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=118902>

12 ALEUY, O. Alejandro; PITESKY, Maurice; GALLARDO, Rodrigo. Using multinomial and space-time permutation models to understand the epidemiology of infectious bronchitis in California between 2008 and 2012. *Avian diseases*, v.62, n.2, p.226-232, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1637/11788-122217-Reg.1>.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE: A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA

O monitoramento das pessoas com utilização de meios eletrônicos (celular, tablet, etc.) e dados neles gerados ou mantidos é fonte de riscos, na medida em que se relaciona com a proteção de direitos fundamentais e os direitos da personalidade. A LGPD deixa explícita essa circunstância e volta-se para esse tipo de proteção. Como afirma Rony Vainzof:

Outrossim, independentemente dos fundamentos da LGPD, que veremos na sequência, buscarem um equilíbrio na manutenção do desenvolvimento econômico e tecnológico de modelos de negócio inovadores, públicos ou privados, com a inviolabilidade de direitos constitucionais dos cidadãos, a parte final do art. 1º não deixa qualquer dúvida que o seu objetivo está intrinsecamente vinculado à proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. E a utilização do verbo “proteger”, no art. 1º, também demonstra a necessidade coerente que o legislador enxergou no titular dos dados como vulnerável em comparação com os agentes de tratamento.¹³

Nesse contexto, diante da coincidência entre diversos direitos fundamentais, especial atenção deve ser tributada para os da personalidade; entendidos estes como consistentes nos atributos inerentes a pessoa e assim ligados de forma permanente a ela.

Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que houve a reconstrução dos direitos da personalidade, alçando a pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico. Institui-se a personalidade como um metaprincípio da dignidade da pessoa humana, bem como, foi esta reconhecida como característica inata do ser humano¹⁴, sendo-lhe indissociável, irrenunciável e pertencente à positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico. As atrocidades provocadas durante as guerras fizeram emergir a compreensão dos direitos fundamentais ligados a personalidade.

À título exemplificativo temos: os direitos à privacidade, à vida, à honra, à liberdade, dentre outros. Ou seja, são os direitos que possibilitam ao seu titular, promover a defesa do que lhe é próprio. Portanto, não se limitam ao contido em visão primeira encartada no Código Civil, consistente na aptidão que tem todo homem, por força da lei, de exercer seus direitos e contrair obrigações.¹⁵

Rubens Limongi França conceitua os direitos da personalidade como “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as emanações e prolongamentos”.¹⁶

Neste sentido, Adriano de Cupis assevera que os direitos da personalidade são os “direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo”.¹⁷

Destarte, os direitos da personalidade se vinculam com o ser humano e com os atributos que lhe são inerentes na condição de pessoa. Por isso, não podem lhe ser retirados, nem mesmo sob sua autorização, ou seja, são irrenunciáveis, de mesma forma, independem da chancela estatal no plano do direito positivo, embora deste se utilizem para sua implementação.

13 MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 20.

14 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

15 PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.437.

16 FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 2. ed., v.1, 1971, p.321 *apud* FACHIN, Antonio Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.28.

17 CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p.23-24.

Nesse contexto se observa a importância da proteção dos dados e informações que porventura sejam coletados das pessoas, fazendo-se referência que a Constituição Federal em seu art. 5º traz protege à *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem* da pessoa, desaguando em indenização por danos materiais ou morais quando de sua violação.

E é nesse contexto, que cabe configurar o conceito de *direito à privacidade*¹⁸, em sentido genérico e amplo, atraindo por meio desta terminologia todas as manifestações da esfera privada, íntima e da personalidade. Em suma, utilizar o termo privacidade de forma a abarcar em seu arcabouço, a intimidade e a vida privada. Observe-se, entretanto, que as terminologias apresentadas, não recepcionam de maneira compatível os conceitos que se procura alcançar (intimidade e vida privada) sob o prisma do direito digital e novas tecnologias. Com a revolução da tecnologia, houve no mundo uma factual modificação da realidade social, de modo que essa mutação penetrou em todas as esferas da vida humana, gerando novas relações a serem estudadas e reguladas pelo ordenamento jurídico.

Neste enredo, o uso da internet estabeleceu novas formas de intrusão à vida privada e intimidade dos indivíduos.¹⁹ Através das redes sociais a disponibilização de informações privadas presumidamente passou a ser controlada pelo próprio usuário, seja para um grupo de amigos ou aberta ao público. No entanto, esta privacidade é relativa, pois ainda que os dados se encontrem restritivamente direcionados aos partícipes do grupo, há que se confrontar esta restrição, quando se observa e faz uma análise quanto ao local de armazenamento destas informações. Afinal, estas estão vinculadas em provedores externos, respaldadas por contratos de adesão²⁰, em grande maioria, extremamente abusivos conforme à legislação brasileira em termos de privacidade.²¹ Detalhe: também é comum que violação da esfera privada não ocorra por ilícito de terceiro, mas sim, pelo próprio usuário que concorda em participar da utilização e a seu livre arbítrio digital, disponibiliza e/ou permite o compartilhamento.²²

Numa visão da *práxis* jurídica, diante da influência da mídia, que, por vezes, viola direitos tidos como essenciais à pessoa humana, constitui-se um lastro que não se apaga facilmente com o decurso do tempo. No meio digital os dados seguem presentes o suficiente para usos diversos, seja para fornecer elementos no planejamento de serviços públicos, seja para fins irregulares. Sejam falsos ou verdadeiros, para finalidades lícitas ou ilícitas, os dados se mantêm, formando um histórico útil para objetivos de bem comum, ou até desvirtuadamente, servindo apenas para julgamento permanente pelo denominado “tribunal” da internet ou outros fins criminosos.

Vale a advertência contida na lição de Elimar Szaniawski temos que o “*direito à intimidade objetiva resguardar a vida íntima e privada das pessoas*”²³ Se é íntima e privada, quer dizer que o próprio indivíduo que as detém optou por não divulgar amplamente e apenas por razões de ordem pública (que podem acontecer em tempos de pandemia) é que se pode relativizar esses princípios, mas não de forma permanente.

Deste modo, a coleta, o manuseio e o armazenamento de dados (mesmo durante o enfrentamento da pandemia), além de observar o núcleo essencial dos direitos fundamentais e da personalidade, devem primar pela adequação, proporcionalidade e limites necessários para o atingimento das lícitas finalidades pretendidas, tudo no sentido de resultar em proteção da pessoa e da coletividade, tal como se discorrerá.

18 SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 206.

19 DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

20 Doc Sears, *Do we have to “trade off” privacy?*, Doc Sears, set. 2010.

21 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

22 FERRETTI, L. *et al.* Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. *Science*, v.368, n.641, 08 maio 2020, p.8.

23 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 301.

3. DA PRÁTICA DE COLETA E TRATAMENTO DE DADOS À NÍVEL GLOBAL

Até que as vacinas estejam amplamente disponíveis, as únicas abordagens de prevenção de infecção disponíveis são o isolamento, rastreamento de contato e quarentena, distanciamento físico-social, descontaminação e outras medidas de higiene. Para implementar as providências corretas no momento certo, é de crucial importância compreender as rotas e horários de transmissão, mas, ressalte-se, as informações de saúde são privadas e confidenciais por natureza, posto que revelam detalhes íntimos da vida de uma pessoa²⁴, e por isso sua coleta e processamento justificam que exista proteção abrangente na legislação.

No Brasil, a Lei Federal 13.979/2020²⁵, passou a determinar critérios para atuação do Ministério da Saúde, o que inclui realização compulsória de testes e a mobilização de forças ostensivas para o correto cumprimento de medidas de quarentena e isolamento social, o que veio envolver direitos constitucionais elementares como, locomoção, liberdade econômica, etc. em paralelo, convém ressaltar que a legislação reconhece o respeito à direitos humanos, dignidade e liberdade fundamentais, conforme estabelecido no Regulamento Sanitário Internacional produzido pela Organização Mundial da Saúde e recepcionado pelo Brasil, por intermédio do Decreto 10.212/2020.

O referido regulamento dedicou parte de sua criação à proteção de dados pessoais, inclusive, sensíveis conforme seu artigo 45, que dispôs que as informações de saúde devem ser mantidas em sigilo e processadas anonimamente mediante balizas de leis nacionais.

Tais preceitos estão em compatibilidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e demais normas pertinentes (Marco Civil da Internet e Decreto 10.212/2020), que devem ser encaradas dentro dos parâmetros constitucionais que garantem, dentre outros direitos, a inviolabilidade dos direitos a vida, liberdade, à igualdade, segurança, propriedade, honra, liberdade de reunião.

Em mesmo sentido, uso de informações de saúde, mais sensíveis que variam do tipo sanguíneo, pré-condições médicas, informações genéticas, registros de temperatura são geralmente estritamente limitados para o uso. No entanto, durante uma crise de saúde pública, a questão não é se governos podem usar dados de saúde para ajudar aos problemas que surgiram, mas como isso pode ser feito sem perder de vistas a salvaguarda da privacidade e a dignidade individual ao máximo possível. Cabe referir, inclusive, que conforme conceituação já amplamente aceita, saúde não é apenas ausência de doença, mas sim bem estar físico e mental, de modo que a proteção dos direitos digitais também promove a saúde pública.²⁶ De acordo com o Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,

O direito à saúde está intimamente relacionado e depende da realização de outros direitos humanos, conforme contidos na Carta Internacional de Direitos, incluindo os direitos à alimentação, moradia, trabalho, educação, dignidade humana, vida, não discriminação, igualdade, proibição da tortura, privacidade, acesso à informação e liberdade de associação, reunião e movimento. Esses e outros direitos e liberdades tratam de componentes integrais do direito à saúde.

24 GUANAES, P.; SOUZA, A.R.; DONEDA, D.; NASCIMENTO, F.J.T. *Marcos legais nacionais em face da abertura de dados para pesquisa em saúde: Dados pessoais, sensíveis ou sigilosos e propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2018.

25 Lei n.13.979/2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 17 setembro 2020.

26 DONEDA D.; ALMEIDA, B.A.; BARRETO, M.L. Uso e proteção de dados pessoais na pesquisa científica. *Revista Direito Público*, v.16, n.90, 2019, p.179-194.

No combate à COVID-19, cabe as autoridades, com confiança, ampararem-se em dados, incluindo os de saúde, com vistas a determinar o melhor curso de ação para mitigar a propagação do vírus e identificar quais medidas devem ser tomadas para proteger as pessoas e seus direitos durante e após a crise. Todavia, de modo inegociável, todas as medidas aplicadas devem ser transparentes, necessárias e proporcionais, sendo que as exceções devem restar explícitas e claras para as pessoas atingidas e para a sociedade como um todo.

Em análise de diferentes respostas de uma variedade de estados autoritários, híbridos e democráticos mostra que, de fato, a pandemia abriu o espaço para testar não apenas a resiliência da democracia, mas até que ponto irá a possibilidade do poder ser abusado e expandido no nome de proteger os cidadãos.²⁷ No mundo contemporâneo, pontos de dados onipresentes e ferramentas de vigilância digital podem facilmente exacerbar essas preocupações. A utilização de big data será crítica para o gerenciamento das medidas de enfrentamento da pandemia COVID-19, mas em relação a coleta e utilização de dados, os limites legais e éticos precisam ser respeitados.²⁸ Sabe-se que o uso de dados e algoritmos disponíveis digitalmente para previsão e vigilância²⁹ - por exemplo, para identificar pessoas que viajaram para áreas onde a doença se espalhou ou rastrear e isolar os contatos de pessoas infectadas - é de extrema importância na luta contra o alastramento do COVID-19.³⁰ É igualmente importante, no entanto, usar esses dados e algoritmos de forma responsável, inclusive atendo-se a uma perspectiva de longo prazo.

De maneira uniforme, governos e empresas devem aplicar a seguinte proteção de dados e princípios de privacidade: (i) *Limitação de finalidade e minimização de dados*: coleta de dados, uso, compartilhamento, armazenamento e outro processamento de dados de saúde devem ser limitados ao estritamente necessário para a luta contra o vírus. Uma pandemia não é justificativa para coletar dados extensos e desnecessários; (ii) *Limitação de acesso e segurança de dados*: o acesso aos dados de saúde deve ser limitado a quem precisa de informações para conduzir o tratamento, pesquisar e resolver de outra forma a crise. As informações devem ser armazenadas de forma segura, em um banco de dados separado; (iii) *Retenção de dados e pesquisas futuras*: Os dados processados em resposta à crise devem ser mantidos apenas durante a crise. Posteriormente, a maioria dos dados de saúde deve ser apagada, embora algumas informações não identificáveis possam ser mantidas para fins históricos e de pesquisa. Essas informações devem ser acessíveis e usadas apenas para esses fins de interesse público; (iv) *Vedação ao uso com finalidades lucrativas*: Em nenhuma circunstância os dados de saúde devem ser vendidos ou transferidos a terceiros que não trabalhem no interesse público.

Aonde ocorrem crises de saúde pública e não importa se os países têm leis de proteção de dados e privacidade em vigor, essas diretrizes básicas devem ser aplicadas, sendo eventuais exceções restritas ao momento emergencial com salvaguardas relacionadas

27 Organisation for Economic Co-operation and Development (Org.). New mobile applications for COVID-19 “tracking” are also being launched. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tracking-and-tracing-covid-protecting-privacy-and-data-while-using-apps-and-biometrics-8f394636/#section-d1e108>. Acesso em: 08 set. 2020. Organisation for Economic Co-operation and Development (Org.). New mobile applications for COVID-19 “tracking” are also being launched. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tracking-and-tracing-covid-protecting-privacy-and-data-while-using-apps-and-biometrics-8f394636/#section-d1e108>. Acesso em: 08 set. 2020.

28 RODOTÁ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

29 LANDAU, Susan. *Location Surveillance to Counter COVID-19: Efficacy Is What Matters*. 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/location-surveillance-counter-covid-19-efficacy-what-matters>. Acesso em: 7 set. 2020.

30 ALIMADADI, Ahmad; ARYAL, Sachin; MANANDHAR, Ishan; MUNROE, Patricia B.; JOE, Bina; CHENG, Xi. “Artificial intelligence and machine learning to fight Covid-19”. *Physiological genomics*, v. 52, n.4, 2020, p.200-202. Disponível em: <https://doi.org/10.1152/physiolgenomics.00029.2020>.

a capacidade aumentada de processar dados.³¹

Em mesma frente, deve ser absolutamente vedada a divulgação de dados identificáveis sobre pacientes infectados e curados. Os relatórios e seus elementos não devem revelar informações pessoais sobre pacientes. Especificamente, quaisquer informações identificáveis, especialmente nome, data de nascimento ou endereço, sobre pessoas afetadas pelo vírus, não devem ser compartilhadas com pessoas físicas ou jurídicas alheias a finalidade legitimada. O compartilhamento e a publicidade dos dados coloca os indivíduos em risco e a ordem pública em perigo, pois, inclusive, entes privados estão buscando maneiras de monetizar esses dados, o que depõe contra os princípios de privacidade. Havendo coleta de informações pessoais confidenciais, os governos devem envolver especialistas da comunidade de privacidade e saúde para ajudar a desenvolver e implementar salvaguardas sobre o uso de dados, especialmente em países onde exista carência de instituições robustas de regulação da privacidade e proteção de dados. Importante haver cuidados especiais com as comunidades em risco de marginalização, incluindo mulheres (principalmente as meninas), pessoas com deficiência, grupos indígenas, os pobres, pessoas LGBTQ, minorias religiosas e étnicas e outros tipos de vulneráveis, que muitas vezes sofrem o impacto da discriminação e não têm acesso a cuidados de saúde. O zelo por estes, inclusive com direito de terem vez e voz nas consultas quando da criação de normas e instituições específicas para salvaguardas eficazes.³² E nem mesmo na pandemia cabe reduzir a transparência, pois embora esta, por si só, seja insuficiente para proteger a privacidade individual, deve restar claro para as pessoas o que acontecerá com seus dados, seja na situação de crise na saúde, seja voltando a normalidade. As medidas tomadas em resposta a pandemias devem adequadas para garantir que as respostas sejam benéficas para resolver a crise sem sacrificar a privacidade individual.

4. PRIVACIDADE VERSUS DIREITO À SAUDE: UM TROCA DESLEAL

Quando as grandes empresas de tecnologia³³ prestam serviços públicos em nome dos governos, elas geram não apenas dados valiosos, mas também excedentes políticos que podem explorar posteriormente para garantir contratos governamentais. Em outra frente, quando governos fazem parceria com empresas de tecnologia para tirar proveito de sua vasta coleta de dados e infraestruturas de processamento, adquirem excedente de governança que permite a redistribuição das infraestruturas de vigilância em aplicações de policiamento punitivo. Assim, os excedentes advindos dessas ferramentas permitem a mercantilização e o abuso ao longo do tempo. Governos e empresas de tecnologia há muito se mostram como lobos em pele de cordeiro no que diz respeito à privacidade: prometendo-a, ao mesmo tempo em que podem conduzir uma vigilância ampla e ilícita, sempre sob o manto de algum argumento aparentemente válido.

É um dilema atroz e injusto aceitar o *trade-off* entre privacidade e saúde nesses termos, e só serve para nos conduzir em direção a um estágio de vigilância ampliada, ao mesmo tempo em que confere validade para determinadas estruturas de mercados. A esperança de que as extensas infraestruturas de vigilância público-privadas do mundo possam dar

31 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da Protecção de Dados - À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 39.

32 HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 27 ago. 2020.

33 AYYOUBZADEH, Seyed-Mohammad; AYYOUBZADEH, Seyed-Mehdi; ZAHEDI, Hoda; AHMADI, Mahnaz; KALHORI, Sharareh R. Niakan. "Predicting Covid-19 incidence through analysis of Google trends data in Iran: Data mining and deep learning pilot study". *JMIR Public health and surveillance*, v. 6, n. 2, e18828. Disponível em: <https://doi.org/10.2196/18828>.

uma reviravolta em direção a medidas de saúde pública equitativas e democráticas, na atual conjuntura se revela uma utopia.

Vale ressaltar, esses projetos são artifícios que funcionam como natural para o enquadramento dos debates “privacidade vs. saúde; privacidade vs. segurança”, etc. Governos e entidades corporativas estão com a possibilidade de usar a crise para aumentar as infraestruturas de vigilância biométrica, mas que poderá se tornar dispositivos permanentes usados para fins invasivos muito além de seu desiderato original de saúde pública.

Observe-se, inicialmente, o quão importante é ressaltar que essas parcerias tecnológicas público-privadas terão potencial de serem excludentes, na medida em que práticas punitivas de aplicação da lei, conforme sua utilização, podem atingir desproporcionalmente as minorias e aos pobres. E é evidente que com a pandemia, os agentes de aplicação da lei usam as tecnologias de quem dispõem.

Assim, aceitar a ideia de que a resposta efetiva à pandemia é principalmente um problema de implementação técnica para ajudar a fiscalização, na verdade obscurece e dissimula o debate necessário sobre como garantir as condições materiais que as pessoas exigirão para cumprir ordens prolongadas de distanciamento social, posto que afetam seu bem-estar social. A combinação entre a infraestrutura digital de propriedade privada, com sua aplicação pelo Estado, inclusive, pode ter consequências econômicas, à medida que governos e entidades corporativas usem a crise para extrair e/ou mercantilizar dados pessoais³⁴. Na medida em que as infraestruturas de dados e comunicações se tornam recursos essenciais no combate ao vírus, as entidades que têm (ou afirmam ter) capacidade para alavancar essas infraestruturas podem utilizar a sua posição para obter ganhos econômicos ou políticos desmedidos. Nessas condições, sacrificar a privacidade pela saúde significa ceder mais controle a governos e empresas de tecnologia que já ganharam poder indevido por meio dos meios tecnológicos que dispõem.

Reconhecer isso é essencial para nos reorientar a essa escolha, um falso dilema, desnecessário para uma nova agenda de reformas. Precisamos redesenhar nossos mundos sóciotécnicos em resposta ao que a crise da saúde expôs sobre a realidade pré-pandêmica de nossas instituições sociais e políticas: suas estruturas arraigadas de desigualdade e austeridade que exacerbaram a vulnerabilidade de tantos em nossa sociedade. A história da COVID-19 não é apenas a de uma nova pandemia ou de novas ameaças à privacidade, mas também de uma falha institucional mundial. Na visão de Boaventura de Souza Santos ela é um verdadeiro oxímoro, mas revelador de uma condição sistêmica, uma crise maior que tem sido permanente devido ao modelo que está a prevalecer socialmente.³⁵

A precipitação e desastrosa resposta dos EUA à pandemia do coronavírus expôs as falhas das lógicas de mercado que pressupõem o bem-estar social no que é lucrativo e não no que é socialmente valioso e de governos que ignoram os avisos sobre nossa incapacidade de lidar com uma pandemia. Como advertiu Yuval Noah Harari³⁶, realmente o mundo está a carecer de autênticos líderes (sejam pessoas, sejam países), mas enquanto restar um infectado, a humanidade não estará completamente a salvo desse flagelo.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, derrubou uma ordem governamental que obrigava as empresas de telecomunicações a fornecerem acesso às informações de usuários, o que atingiria 200 milhões de cidadãos do país. O objetivo esposado foi de viabilizar paro

34 Algo semelhante as tentativas de acumular e aumentar o estoque de máscaras e desinfetantes para as mãos.

35 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus* (Pandemia Capital) (p. 4, posição 14). Boitempo Editorial. Edição do Kindle, 2020.

36 HARARI, Yuval Noah. *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade* (Breve Companhia). Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2020.

o governo a realização de entrevistas por telefone e assim avaliar a resposta econômica à pandemia COVID-19³⁷. No processo que negou autorização, a decisão estabeleceu que a proteção de dados é um direito fundamental. No entanto, tanto o governo federal brasileiro quanto pelo menos 14 de seus 27 governos estaduais, como parte da resposta ao COVID-19, procuraram de alguma forma, coletar dados dos brasileiros. Esse tipo de busca que pode revelar também em relação as interações sociais e movimentos recentes de pessoas infectadas, devem ter como pré-requisito obrigatório a necessidade de consentimento. O direito à privacidade não parece nem mesmo em nome da vigilância de doenças, pois isso pode alimentar a desconfiança e, em última análise, revelar-se desvantajosa.³⁸

Em se tratando vigilância há que se preocupar com o fato de que as normas estabelecidas e as práticas e ferramentas, tendem a se consolidar. E quem pode dizer quando isso vai acabar? Nos Estados Unidos, se lida com a escalada no padrão de vigilância, algo que supostamente deveria ser temporário, mas que autorizado há quase 20 anos atrás (após o 11 de setembro) ainda se mantém e com tendência de ampliação. Note-se que as ferramentas que construídas costumam criar dependência que molda o futuro em relação as políticas relacionadas a dados e práticas de vigilância.

Em vistas de sintetizar o raciocínio aqui aduzido, pertinente abordarmos as conclusões feitas durante a pandemia por Yuval Noah Harari, em tradução livre aduz:

Pedir às pessoas que escolham entre privacidade e saúde é, na verdade, a verdadeira raiz do problema. Porque esta é uma escolha falsa. Podemos e devemos ter privacidade e saúde. Podemos escolher proteger nossa saúde e interromper a epidemia de coronavírus, não instituindo regimes de vigilância totalitários, mas sim empoderando os cidadãos. (HARARI, 2020).³⁹

Por certo, para responder à crise do COVID-19 e aos colapsos sociais mais amplos que nos trouxeram até aqui, será necessário canalizar esses insights duramente conquistados para reequipar várias instituições, no sentido da proteção das pessoas e de condutas democráticas e igualitárias. Nossas infraestruturas de dados não devem ser exceção, conforme se exemplificará.

5. RASTREAMENTO E GEOLOCALIZAÇÃO: OS RISCOS IMINENTES

Os dados de localização são altamente reveladores. Simplesmente seguindo o movimento de uma pessoa com base nos dados de localização de um smartphone⁴⁰, você pode deduzir seu endereço residencial e local de trabalho, mapear sua interação com outras pessoas, identificar suas consultas médicas, inferir sua situação socioeconômica e muito mais. Sem salvaguardas adequadas, as ferramentas de rastreamento e localização geográfica estão permitindo a vigilância onipresente.

No contexto de uma crise de saúde pública, como o surto de COVID-19, governos querem contar com o rastreamento da localização para mapear a evolução do vírus e planejar suas respostas. Mas esse rastreamento traz uma série de preocupações, a começar pelo

37 Supremo Tribunal Federal. MC - ADI 6387/DF, Rel. Min. Rosa Weber. CFOAB x Presidente da República. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2020.

38 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2020.

39 FINANCIAL TIMES. Yuval Noah Harari: the world after coronavirus. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75/>. Acesso em: 07 set. 2020.

40 BENGTSOON, Linus; GAUDART, Jean; LU, Xin; MOORE, Sandra; WETTER, Erik; SALLAH, Kankoe; REBAUDET, Stanislas; PIARROUX, Renaud. "Using mobile phone data to predict the spatial spread of cholera". *Scientific reports*, v. 5, n. 1, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/srep08923>.

fato de que o rastreamento é dos telefones das pessoas, não do vírus. Em segundo lugar, mesmo os chamados dados de localização anônimos podem ser facilmente reidentificados; um estudo de 2013 mostrou que as pessoas podiam ser reidentificadas a partir de apenas quatro pontos de dados. Em terceiro lugar, a localização geográfica pode não ser útil em razão de que as pessoas podem dirigir, caminhar, pegar o metrô ou trabalhar no 10º andar de um prédio de 30 andares. Então, saber a localização geográfica de uma pessoa fornece apenas informação parcial, mas ainda assim sacrifica a privacidade pessoal. Outro detalhe: em respostas humanitárias como a que se menciona, os usos anteriores de registros telefônicos e dados de localização se mostraram ineficientes e ineficazes.⁴¹ Assim, usar a geolocalização para ajudar a resolver o problema da disseminação do vírus deve ser conduzida de uma maneira que respeite direitos, que promova a confiança no governo e proteja a segurança e proteção individual, dado o risco elevado de vir a simplesmente redundar em um processo de vigilância em massa patrocinada pelo Estado; uma tentação autoritária que não pode contaminar países democráticos.

Em uma sociedade que rotineiramente pisoteia os direitos humanos, como a China, medidas diretas de coleta de dados são simplesmente parte do caminho. Taiwan usa monitoramento de rede móvel ativa para impor quarentena residencial para indivíduos recém-chegados ou em risco. As autoridades públicas são alertadas se o dispositivo móvel de um indivíduo estiver ativo fora de sua casa. Isso pressupõe que haja uma ligação documentada entre a identidade de cada indivíduo, seu número de telefone e seu endereço residencial, que inclui informações sobre coabitantes.⁴² Para evitar que aqueles colocados em quarentena domiciliar ilidam as medidas, as autoridades públicas ligam para o número - supostamente duas vezes por dia - para assegurar que essas pessoas não abandonem seus dispositivos móveis e se aventurem para fora de casa.

Na África do Sul, os provedores de serviços de telecomunicações, de acordo com o Ministro das Comunicações, Telecomunicações e Serviços Postais, concordaram em compartilhar os dados de localização dos clientes com o governo⁴³, tudo sem deixar claro se são apenas dados de localização dos casos confirmados ou de toda a população. O ministro do referido país declarou que “a indústria concordou coletivamente em fornecer serviços de análise de dados para ajudar o governo a alcançar a luta contra o vírus”.⁴⁴

Em mesmo sentido, na Coreia do Sul o governo rastreia e publica dados online detalhando a localização de pessoas confirmadas e suspeitas de estarem infectadas pelo vírus. Ao fundir bancos de dados existentes, esses novos conjuntos fornecem rastreamento dinâmico por meio de imagens de CFTV, incluindo não apenas dados da localização, mas também históricos de utilização do cartão de crédito. O material publicado online inclui uma riqueza de informações, como detalhes sobre quando as pessoas saíram para trabalhar, se usaram máscaras no metrô, o nome das estações onde trocaram de trem, os bares de karaokê que frequentavam e os nomes das clínicas onde foram testados.⁴⁵

Semelhantes práticas acontecem na União Europeia, onde empresas de

41 CIS-Índia. *Ebola: A big data disaster*, 2016. Disponível em: <https://cis-india.org/papers/ebola-a-big-data-disaster>. Acesso em 12 set. 2020.

42 Reuters. *Taiwan's new 'electronic fence' for quarantines leads wave of virus monitoring*, 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-taiwan-surveillanc-idUSKBN2170SK>. Acesso em: 12 set. 2020.

43 Business Insider SA. *South Africa will be Tracking Cellphones to Fight the Covid-19 Virus*, 2020. Disponível em: <https://www.businessinsider.co.za/south-africa-will-be-tracking-cellphones-to-fight-covid-19-2020-3>. Acesso em: 12 set. 2020.

44 The New York Times. *In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>. Acesso em: 12 set. 2020.

45 The New York Times. *As Coronavirus Surveillance Escalates, Personal Privacy Plummet*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/technology/coronavirus-surveillance-tracking-privacy.html>. Acesso em: 12 set. 2020.

telecomunicações e autoridades públicas estão firmando acordos para compartilhar dados de localização.⁴⁶ Até agora, há pouca transparência sobre a quantidade de dados compartilhados e qual será a duração desses acordos, que muitas vezes podem ser considerados extralegais (baseados unicamente na excepcionalidade da atual conjuntura). Também não está explícito se as empresas estão fornecendo registros de metadados ou permitindo que governos conduzam monitoramento de pessoas em tempo real. Como exemplo, cita-se que na Bélgica, as empresas de telecomunicações, incluindo Orange e Proximus, concordaram em compartilhar “partes de seu banco de dados” para ajudar as autoridades a combater o surto de coronavírus.⁴⁷ E na Alemanha, a Deutsche Telekom está fornecendo parte de seus dados de localização para a Agência Federal de Prevenção de Doenças para ajudar a conter a pandemia. Além dos governos nacionais, a Comissão Europeia solicitou metadados agregados das operadoras de telecomunicações para “rastrear a propagação do vírus” e determinar onde a necessidade de suprimentos médicos é mais urgente.⁴⁸

Na América do Sul, em especial na Argentina, um jornal publicou informações pessoais de pessoas infectadas, indicando sua idade, para onde haviam viajado, em que hospital foram atendidas e muito mais. Depois que essa publicação foi notada e criticada pelo público, eles posteriormente tornaram os nomes indisponíveis.⁴⁹ A semelhança, o Instituto Nacional de Saúde do Peru desenvolveu uma plataforma onde as pessoas podem consultar os relatórios de saúde de pacientes que foram testados para COVID-19, bastando inserir o número do próprio documento de identidade nacional. E, detalhe: por alguns dias, esse tipo de informação ficou, portanto, acessível ao público, não se limitando ao paciente. Depois de receber críticas, as autoridades nacionais do referido país incluíram um segundo autenticador (no caso, para se conectar à plataforma, um código baseado em SMS agora é necessário).⁵⁰

Esses procedimentos vão na linha de ampliação da utilização de dados, prática disseminada nos Estados Unidos, país no qual pesquisadores estão usando dados do Facebook, como forma coletar o histórico de localização e desenvolver mapas com dados de localização agregados e não identificados. Este tipo de iniciativa apresenta riscos significativos à privacidade e proteção de dados, pois pressupõe que na luta contra a coronavírus, os usuários do Facebook concordam especificamente em ser rastreados pela plataforma.⁵¹

Entretanto, ela oferece riscos evidentes. A guisa de exemplo, menciona-se na Índia, pelo menos dois governos estaduais - incluindo o estado de Karnataka, que abriga o centro de tecnologia de Bangalore - carregaram arquivos PDF online com nomes, endereços residenciais e histórico de viagens de pessoas solicitadas em quarentenas COVID-19. A informação ficou acessível por todos.⁵² E há casos como o do cidadão norte-americano Frank King que fez um

46 European Data Protection Board. Processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak, 2020. Disponível em: https://edpb.europa.eu/news/news/2020/statement-edpb-chair-processing-personal-data-context-covid-19-outbreak_en. Acesso em: 12. set. 2020.

47 Le Soir. Coronavirus: le cabinet De Block dit «oui» à l'utilisation des données télécoms, 2020. Disponível em: <https://plus.lesoir.be/286535/article/2020-03-12/coronavirus-le-cabinet-de-block-dit-oui-lutilisation-des-donnees-telecoms>. Acesso em: 12. Set. 2020.

48 Politico. Commission tells carriers to hand over mobile data in coronavirus fight, 2020. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/european-commission-mobile-phone-data-thierry-breton-coronaviruscovid19/>. Acesso em: 12. set. 2020.

49 Asociación para el Progreso de las Comunicaciones. Ecuador: Las tecnologías de vigilancia en contexto de pandemia no deben poner en riesgo los derechos humanos, 2020. Disponível em: <https://www.apc.org/es/pubs/ecuador-las-tecnologias-de-vigilancia-en-contexto-de-pandemia-no-deben-poner-en-riesgo-los>. Acesso em: 12. set. 2020.

50 Perú. Debilidades de plataforma del Ministerio de Salud exponen información de pacientes COVID-19, 2020. Disponível em: <https://saludconlupa.com/noticias/peru-debilidades-de-plataforma-del-ministerio-de-salud-pueden-exponer-informacion-clinica-de-pacientes-covid-19/>. Acesso em: 12. set. 2020.

51 Protocol. Facebook data can help measure social distancing in California, 2020. Disponível em: <https://www.protocol.com/facebook-data-help-california-coronavirus>. Acesso em: 12. set. 2020.

52 Bangalore Mirror. Government publishes details of 19,240 home-quarantined people to keep a check, 2020. Disponível em: <https://bangaloremirror.indiatimes.com/bangalore/others/government-publishes-details-of-19240-home-quarantined-people-to-keep-a-check/articleshow/74807807.cms>. Acesso em: 12. set. 2020.

cruzeiro no Camboja, onde foi identificado por engano como um transportador COVID-19. Mesmo que os resultados dos testes do Sr. King tenham sido corrigidos e todos os passageiros do cruzeiro estivessem determinados como saudáveis, ao retornar aos EUA, ele recebeu ameaças de morte e ataques pessoais, online e offline, nas semanas seguintes.⁵³ Também nos Estados Unidos, mais de 2.000 profissionais de emergência médica da Universidade da Califórnia, do San Francisco Medical Center e do Zuckerberg San Francisco General Hospital participarão de um estudo que envolve o uso de um anel inteligente na tentativa de identificar as pessoas que têm COVID-19 mais cedo. Os anéis serão dados a profissionais de saúde de emergência que entrarem em contato com pacientes que possam ter COVID-19. O anel, que os trabalhadores terão que usar por três meses, coleta informações de saúde, como frequência cardíaca e respiratória das pessoas e mudanças na temperatura corporal. Não foi comprovado que o dispositivo detecta COVID-19, mas os dados de saúde dessas pessoas ficaram armazenados.⁵⁴

No Brasil, não descolado dessas iniciativas comuns em outros países, vários governos dos três níveis (federal, estadual e municipal) se valeram de soluções de geolocalização, conforme a parceria da Prefeitura de Recife⁵⁵ com a empresa In Loco⁵⁶, que incluiu acompanhamento por geolocalização de smartphones, de forma coletiva, e envolvendo o isolamento social por bairros. Por sua vez, o Estado de São Paulo, de acordo com comunicado do governo,⁵⁷ o Sistema de Monitoramento Inteligente de São Paulo denominado (Simi-SP) surgiu a partir de parceria entre o governo estadual e as operadoras de telefonia Vivo, Tim, Oi e Claro, que usa dados digitais para medir a adesão à quarentena em todo o Estado, sendo que também envia mensagens de alerta para regiões com maior incidência da COVID-19.

Note-se que o rastreamento de contatos é uma estratégia de controle de doenças que requer interação e engajamento, tanto em nível individual, quanto comunitário. Encontrar indivíduos infectados, identificar aqueles que foram expostos ao vírus e prevenir que os infectados e potencialmente infectados transmitam a doença é objetivo de saúde pública. Já o rastreamento de contatos quando vai além dos propósitos de modificação das condições ambientais ou de promoção de comportamentos saudáveis, extrapola seus objetivos meritórios.

6. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: APPS, WEBSITES E SERVIÇOS USADOS EM RESPOSTA AO COVID

Em qualquer crise pública, a solidariedade entre todos os atores da sociedade é necessária e desde o início da crise, governos e empresas de tecnologia têm trabalhado juntos para desenvolver soluções tecnológicas para combater o surto de COVID-19. Desde a coleta de dados, rastreamento de movimentos de cidadãos infectados, disseminação de

53 The New York Times. What It's Like to Come Home to the Stigma of Coronavirus, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/04/us/stigma-coronavirus.html>. Acesso em: 12. set. 2020.

54 The Verge. New study aims to use health data from a smart ring to identify coronavirus symptoms, 2020. Disponível em: <https://www.theverge.com/2020/3/23/21191225/coronavirus-smart-ring-oura-ucsf-san-francisco-general-hospital-tempredict>. Acesso em: 12. set. 2020.

55 Prefeitura da Cidade de Recife. Prefeitura do Recife usa tecnologia como aliada na contenção do novo coronavírus. 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www2.recife.pe.gov.br/noticias/24/03/2020/prefeitura-do-recife-usa-tecnologia-como-aliada-na-contencao-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 12 set. 2020.

56 IN LOCO. Política de Privacidade: In Loco x COVID-19. 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.inloco.com.br/pt/privacy-covid-19>. Acesso em: 12. set. 2020.

57 Governo do Estado de São Paulo. Governo de SP apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus. 9 abr. 2020. Disponível em <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contra-coronavirus>. Acesso em: 12 set. 2020.

alertas de saúde pública e monitoramento do paradeiro do público em geral, o setor privado está oferecendo uma infinidade de soluções tecnológicas.

Em particular, a crise em curso destaca o quanto o público e as autoridades públicas dependem das empresas de tecnologia para funcionar: desde fornecer acesso de banda larga a permitir que as pessoas acessem serviços públicos, a aplicativos de diagnóstico. Mas, sem salvaguardas adequadas para direitos humanos, fundamentais e da personalidade, as soluções tecnológicas apresentam muitos riscos. Contando com empresas privadas, os governos podem aumentar os poderes das plataformas dominantes e assim deixarem espaço para a monetização de informações de saúde, bem como, legitimar serviços invasores de privacidade. Convém ressaltar que várias empresas conhecidas por possibilitar violações de direitos humanos estão oferecendo publicamente, produtos para responder ao COVID-19, conforme abordado também na obra de Carlos Luiz Strapazzon⁵⁸, os quais poderão ser reaproveitados para vigilância em massa assim que a crise terminar.

O setor de tecnologia tem um papel importante a desempenhar, contribuindo no enfrentamento desta crise. No entanto, o histórico medíocre de direitos humanos de longa data da maioria das empresas de tecnologia, em particular na área de privacidade e proteção de dados, é um desafio significativo.

Na Colômbia, por exemplo, um aplicativo antigo foi reaproveitado e renomeado como CoronApp para fornecer informações sobre o vírus. Para funcionar, o aplicativo solicita uma grande quantidade de informações pessoais, tais como dados sobre etnia e não há transparência sobre quem tem acesso a esses dados e como eles podem ser usados.⁵⁹

Na Guatemala, o governo lançou um aplicativo oficial para informar as pessoas sobre o COVID-19, chamado Alerta Guate. Para baixar o aplicativo, os usuários devem permitir o acesso aos dados de localização, ao microfone do telefone e a fornecer um endereço de e-mail ou número de telefone.⁶⁰

Já na Tunísia, a Enova Robotics assinou um acordo com o Ministério do Interior para começar a operar robôs PGuard. Esses robôs serão equipados com um conjunto de câmeras infravermelhas e usados para impedir as pessoas de sair de suas casas. Não há informações sobre onde esses robôs serão implantados, quais informações eles coletarão, por quanto tempo eles manterão os dados e quem terá acesso a eles.⁶¹

Na China, aplicativos como o Alipay e o WeChat sinalizaram indivíduos de alto risco, que foram colocados em quarentena ou impedidos de entrar em espaços públicos. À medida que a normalidade retorna à região, as pessoas são obrigadas a obter uma “autorização verde” desses aplicativos para poder voltar à vida pública e se mover livremente.

Também na China, empresas como a SenseTime afirmam que seu software de detecção de temperatura sem contato foi implantado em Pequim, Xangai e Shenzhen. A empresa também afirma ter uma ferramenta de reconhecimento facial. Embora as câmeras de reconhecimento facial sejam comuns na China, essas câmeras estão sendo atualizadas

58 STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, Privações e Violações de Direitos Constitucionais Fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.85-104, maio/ago. 2017, p.100. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/N.32-06.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.

59 Fundación Karisma. CoronApp, una barrera para el acceso a información pública y una pesadilla para la privacidad, 2020. Disponível em: <https://stats.karisma.org.co/coronapp-inscolombia>. Acesso em: 12 set. 2020.

60 La Hora. Sandoval sobre Alerta Guate: “Quien la quiera descargar lo puede hacer”, 2020. Disponível em: <https://lahora.gt/sandoval-sobre-alerta-guate-qui-en-la-quiera-descargar-lo-puede-hacer/>. Acesso em: 12 set. 2020.

61 African Manager. A first in Tunisia: Pguard, the security robot to report violations, 2020. Disponível em: <https://africanmanager.com/une-premiere-en-tunisie-pguard-le-robot-de-securite-pour-signaler-les-infractions>. Acesso em: 12 set. 2020.

para maior precisão e detecção de temperatura.⁶²

Cingapura tem um aplicativo chamado Tracetgether.⁶³ Ele permite que as pessoas compartilhem voluntariamente suas informações e rastreia outras pessoas com quem elas entram em contato via bluetooth. Se algum dos usuários do aplicativo contrair COVID-19, todos os usuários que entrarem em contato com essa pessoa serão notificados, juntamente com o governo. Também não há transparência sobre quem pode ter acesso a essas informações.

E em exemplo deplorável de falta de *compliance*, o infame Grupo NSO está explorando a crise global e lançando seus serviços de rastreamento para governos em todo o mundo. O software de *hacking* construído pela empresa foi implicado em inúmeras violações de direitos humanos, talvez mais notavelmente no assassinato de Jamal Khashoggi. O aplicativo (alegadamente testado em cerca de uma dúzia de países), leva duas semanas de informações de rastreamento de telefone celular de uma pessoa infectada e, em seguida, combina essas informações com os dados de localização coletados por empresas nacionais de telefonia móvel. O objetivo é identificar pessoas que estiveram nas proximidades do paciente por mais de 15 minutos e, portanto, poderiam ser vulneráveis ao contágio, mas nada é confiável se considerando o histórico do grupo NSO.⁶⁴

É inerente a fluidez conceitual das noções de bem comum, interesse público e necessidades coletivas, tudo aliado a dificuldade de se ponderar e aplicar proporcionalidade entre direitos de igual status constitucional, no caso, à privacidade e à saúde pública. Nesse sentido, revela-se um dever jurídico de governos atenderem aos referidos valores constitucionais, como forma de, na busca da máxima otimização dos melhores interesses em jogo, protegerem, tanto o interesse coletivo, quanto o das pessoas individualmente consideradas, ambas razões primordiais para a justificação de existência do Estado.

7. CONCLUSÃO

O mundo está enfrentando uma crise de saúde pública que as gerações atuais não conheciam. E as respostas adotadas pelos governos para combater o COVID-19 terão um impacto além desta emergência, pois soluções meramente imediatistas costumam não defender os direitos humanos no médio e longo prazo. Dados e tecnologia serão componentes essenciais na luta contra o COVID-19, mas a questão problemática reside na possibilidade de governos acabarem usando dados e tecnologia, tanto para ajudar a combater o vírus, quanto para outros fins menos nobres. A mensagem deve ser simples: proteger os direitos digitais das pessoas também promove a saúde pública em seu sentido amplo; e sem que se precise de vigilância abusiva e ilícita.

Saliente-se três vetores para serem seguidos. Primeiro, devemos ir além dos indivíduos como *locus* de controle sobre os dados. Assim como a pandemia expôs o quão interconectados estamos em termos de saúde, também veio mostrar o quão interconectados estamos em termos de privacidade: quando se trata de pandemia e privacidade, os indivíduos que tomam decisões por si próprios, não são habilitados para produzir os melhores resultados coletivos,

62 YASSINE, Hadi M.; SHAH, Zubair. "How could artificial intelligence aid in the fight against coronavirus?". *Expert review of anti-infective therapy*, v.10, n.6, 2020, p.493-497. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14787210.2020.1744275>.

63 6 things about OpenTrace, the open-source code published by the TraceTogether team, GovTech Singapore, 09 set. 2020. Disponível em: <https://www.tech.gov.sg/media/technews/six-things-about-opentrace>.

64 Bloomberg. Israeli Spyware Firm Wants to Track Data to Stop Coronavirus Spreading, 2020. Disponível em:

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-17/surveillance-company-nso-supplying-data-analysis-to-stop-virus>. Acesso em: 12 set. 2020.

seja por não terem essa visão, seja por conta de que ações individuais sempre repercutem em consequências sociais mais amplas. No debate de “privacidade *versus* saúde em dimensão social” (ou saúde X segurança), ao natural, não prevalecerá um enquadramento individualista mesmo quando envolvendo a dignidade humana. Entretanto, o que se precisa é de determinação coletiva sobre as infraestruturas e instituições que processam os dados e que determinam como eles serão usados. Isso requer ir além da privacidade, implicando na escolha de optar ou não, por infraestruturas de vigilância de coronavírus público-privadas, assim como, quanto ao desenvolvimento de mecanismos democráticos para moldar a estrutura, aplicativos e agendas de arquiteturas tecnológicas ou *privacy by design*.

Em segundo lugar, mostram-se necessários mecanismos legais eficazes para garantir que o público tenha controle democrático sobre as novas infraestruturas tecnológicas. Atualmente, os dados gerados por nossos smartphones são absorvidos por provedores de sistemas operacionais, empresas de telecomunicações e desenvolvedores de aplicativos, mas a regulamentação e as responsabilidades são limitadas. Contudo, há espaço nesse ecossistema para outro grupo de atores que atuam no interesse das comunidades. Propostas como cooperativas de dados e fundos fiduciários podem facilitar a negociação coletiva entre usuários e grandes empresas de tecnologia e assim serem criados mecanismos para que essas coletividades usem e administrem dados democraticamente.

Em vez de aceitar a escolha na dicotomia excludente que envolve “privacidade” ou “saúde”, será possível reestruturar o conjunto de escolhas e compensações em oferta. Para evitar a transferência de recursos de vigilância expandidos para empresas e estados, qualquer tentativa de utilizar dados para a mitigação do coronavírus poderia ser governada por fundos de dados ou outros mecanismos fiscalizatórios como Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), caso a Autoridade Nacional de Dados criada pela LGPD não venha se mostrar eficiente e suficiente.

Terceiro e último, é primordial garantir que quaisquer sistemas/apps desenvolvidos sejam incapazes de se tornar formas arraigadas de vigilância e exploração de dados. As reformas de privacidade muitas vezes se concentram em atenuar os piores danos da vigilância, invocando a linguagem do direito internacional dos direitos humanos para exigir aplicações “necessárias, adequadas e proporcionais”.

Nesse contexto, considerada a crise, tem-se que a confiança pública é a chave para garantir que todos se unam. A erosão da privacidade de dados pessoais, seria equivocada e prejudicial, tanto durante, quanto após esse momento aflitivo. Nesta luta colaborativa contra a COVID-19, todos temos a responsabilidade de agir, aconselhar e proteger: governos, empresas, ONGs e indivíduos. Esperamos que os insights aqui compartilhados possam em alguma maneira contribuir para a reflexão sobre as formas de encontrar e implementar uma adequada resposta comum neste momento de crise, pois tais medidas protegem, ao fim e ao cabo, todas as sociedades que jamais se desconectarão.

REFERÊNCIAS

6 things about OpenTrace, the open-source code published by the TraceTogether team, *GovTech Singapore*, 09 set. 2020. Disponível em: <https://www.tech.gov.sg/media/technews/six-things-about-opentrace>.

Tunisie Numerique. *A first in Tunisia: Pguard, the security robot to report violations*, 2020. Disponível em: <<https://news-tunisia.tunisienumerique.com/tunisia-a-first-in-tunisia-pguard-the-security-robot-that-reports-violations/>> Acesso em 07 set. 2020.

ALEUY, O. Alejandro; PITESKY, Maurice; GALLARDO, Rodrigo "Using multinomial and space-time permutation models to understand the epidemiology of infectious bronchitis in California between 2008 and 2012". *Avian diseases*, v. 62, n. 2, 2018, p.226-232. Disponível em: <https://doi.org/10.1637/11788-122217-Reg.1>.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p.67-79, 1999.

ALIMADADI, Ahmad; ARYAL, Sachin; MANANDHAR, Ishan; MUNROE, Patricia B.; JOE, Bina; CHENG, Xi. "Artificial intelligence and machine learning to fight Covid-19". *Physiological genomics*, v. 52, n. 4, 2020, p.200-202. Disponível em: <https://doi.org/10.1152/physiolgenomics.00029.2020>

ALLAM, Zaheer; JONES, David S. (2020). "On the coronavirus (Covid-19) outbreak and the smart city network: Universal data sharing standards coupled with artificial intelligence (AI) to benefit urban health monitoring and management". *Healthcare* (Basel, Switzerland), v. 8, n. 1. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/healthcare8010046>.

Asociación para el Progreso de las Comunicaciones. *Ecuador: Las tecnologías de vigilancia en contexto de pandemia no deben poner en riesgo los derechos humanos*, 2020. Disponível em: <https://www.apc.org/es/pubs/ecuador-las-tecnologias-de-vigilancia-en-contexto-de-pandemia-no-deben-poner-en-riesgo-los>. Acesso em: 12. set. 2020.

AYYOUBZADEH, Seyed-Mohammad; AYYOUBZADEH, Seyed-Mehdi; ZAHEDI, Hoda; AHMADI, Mahnaz; KALHORI, Sharareh R. Niakan. "Predicting Covid-19 incidence through analysis of Google trends data in Iran: Data mining and deep learning pilot study". *JMIR Public health and surveillance*, v. 6, n. 2, 2020, e18828. Disponível em: <https://doi.org/10.2196/18828>.

BASTIAT, Frédéric. *A lei*. LVM Editora. Edição do Kindle, posição 222, 2019.

Bangalore Mirror. *Government publishes details of 19,240 home-quarantined people to keep a check*, 2020. Disponível em: <https://bangaloremirror.indiatimes.com/bangalore/others/government-publishes-details-of-19240-home-quarantined-people-to-keep-a-check/articleshow/74807807.cms>. Acesso em: 12. set. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BENGTSSON, Linus; GAUDART, Jean; LU, Xin; MOORE, Sandra; WETTER, Erik; SALLAH, Kankoe; REBAUDET, Stanislas; PIARROUX, Renaud. "Using mobile phone data to predict the spatial spread of cholera". *Scientific reports*, v. 5, n. 1, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/srep08923>.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2020.

BIONI, Bruno. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 191-201, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=118902>.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Bloomberg. *Israeli Spyware Firm Wants to Track Data to Stop Coronavirus Spreading*, 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-17/surveillance-company-nso-supplying-data-analysis-to-stop-virus>> Acesso em 07 set. 2020.

BRANDEIS, L. D.; WARREN S. D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, nº 5, dec., 1890. Business Insider SA. *South Africa will be Tracking Cellphones to Fight the Covid-19 Virus*. 2020. Disponível em: <https://www.businessinsider.co.za/south-africa-will-be-tracking-cellphones-to-fight-covid-19-2020-3>> Acesso em 07 set. 2020.

- CARDOSO, Bruno. *Tecnopolíticas da vigilância*. Boitempo Editorial. Edição do Kindle. Posição 264. 2018.
- CIS-India. *Ebola: A big data disaster*, 2016. Disponível em: <https://cis-india.org/papers/ebola-a-big-data-disaster>. Acesso em: 12 set. 2020.
- CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da Proteção de Dados - À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*. Coimbra: Almedina, 2020.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1987. v. 3.
- DIEB, Daniel; GOMES, Helton Simões. Governo vai monitorar celular para controlar aglomeração na pandemia. [S. l.]: *UOL*, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/04/02/para-combater-a-covid-19-o-governo-federal-vai-monitorar-o-seu-celular.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.
- Doc Sears. Do we have to “trade off” privacy?, *Doc Sears*, set. 2010.
- DONEDA D.; ALMEIDA, B.A.; BARRETO, M.L. Uso e proteção de dados pessoais na pesquisa científica. *Revista Direito Público*, v.16, n.90, 2019, p.179-194.
- DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- European Data Protection Board. *Processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, 2020. Disponível em: https://edpb.europa.eu/news/news/2020/statement-edpb-chair-processing-personal-data-context-covid-19-outbreak_en. Acesso em: 12. set. 2020.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de direito constitucional*. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERRETTI, L. *et al.* Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. *Science*, v.368, n. 641, 08 maio 2020.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. 1, p.321 *apud* FACHIN, Antonio Zulmar. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- Governo do Estado de São Paulo. *Governo de SP apresenta Sistema de Monitoramento Inteligente contra coronavírus*. 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sp-apresenta-sistema-de-monitoramento-inteligente-contracoronavirus>. Acesso em: 12 set. 2020.
- GUANAES P.; SOUZA A.R.; DONEDA D.; NASCIMENTO, F.J.T. *Marcos legais nacionais em face da abertura de dados para pesquisa em saúde: Dados pessoais, sensíveis ou sigilosos e propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2018.
- HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- IN LOCO. *Política de Privacidade: In Loco x COVID-19*. 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.inloco.com.br/pt/privacy-covid-19>. Acesso em: 12. set. 2020.
- La Hora. Sandoval sobre Alerta Guate: “Quien la quiera descargar lo puede hacer”, 2020. Disponível em: < <https://lahora.gt/sandoval-sobre-alerta-guate-quien-la-quiera-descargar-lo-puede-hacer/> > Acesso em 07 set. 2020.
- LAI, P. C.; WONG, C. M.; HEDLEY, A. J.; LEUNG, G. M. “Spatial clustering of SARS in Hong Kong”. *Hong Kong medical journal* = *Xianggang Yi Xue Za Zhi*, v. 15, Suppl 9, 2009, p.17-19.
- LANDAU, Susan. *Location Surveillance to Counter COVID-19: Efficacy Is What Matters*. 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/location-surveillance-counter-covid-19-efficacy-what->

matters> Acesso em: 7 set. 2020.

Le Soir. *Coronavirus: le cabinet De Block dit «oui» à l'utilisation des données télécoms*, 2020. Disponível em: <https://plus.lesoir.be/286535/article/2020-03-12/coronavirus-le-cabinet-de-block-dit-oui-lutilisation-des-donnees-telecoms>. Acesso em 12. set. 2020.

Lei n.13.979/2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MCDONALD, Sean Martin. *Ebola: A Big Data Disaster - Privacy, Property, and the Law of Disaster Experimentation*. CIS Papers, 2016.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORLEY, Jessica *et al.* Ethical guidelines for COVID-19 tracing apps. *Nature*, [s.l.], v. 582, n.7810, p.29-31, 28 maio 2020. *Springer Science and Business Media LLC*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1038/d41586-020-01578-0>. Acesso em 7 set. 2020.

Organisation for Economic Co-operation and Development (Org.). *New mobile applications for COVID-19 "tracking" are also being launched*. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tracking-and-tracing-covid-protecting-privacy-and-data-while-using-apps-and-biometrics-8f394636/#section-d1e108>. Acesso em: 08 set. 2020.

Perú. *Debilidades de plataforma del Ministerio de Salud exponen información de pacientes COVID-19*, 2020. Disponível em: <https://saludconlupa.com/noticias/peru-debilidades-de-plataforma-del-ministerio-de-salud-pueden-exponer-informacion-clinica-de-pacientes-covid-19/>. Acesso em: 12 set. 2020.

Politico. *Commission tells carriers to hand over mobile data in coronavirus fight*, 2020. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/european-commission-mobile-phone-data-thierry-breton-coronavirus-covid19/>. Acesso em: 12 set. 2020.

Prefeitura da Cidade de Recife. *Prefeitura do Recife usa tecnologia como aliada na contenção do novo coronavírus*. 24 mar. 2020. Disponível em: <http://www2.recife.pe.gov.br/noticias/24/03/2020/prefeitura-do-recife-usa-tecnologia-como-aliada-na-contencao-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 12 set. 2020.

RODOTÁ, S. *A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar; 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus* (Pandemia Capital) (p.4, posição 14). Boitempo Editorial. Edição do Kindle. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Supremo Tribunal Federal. MC - ADI 6387/DF, Rel. Min. Rosa Weber. CFOAB x Presidente da República. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2020.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, Privações e Violações de Direitos Constitucionais Fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.85-104, maio/ago., 2017, p.100. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/N.32-06.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

The New York Times. *In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>. Acesso em: 12 set. 2020.

The Verge. *New study aims to use health data from a smart ring to identify coronavirus symptoms*, 2020. Disponível em: <https://www.theverge.com/2020/3/23/21191225/coronavirus-smart-ring-oura-ucsf-san-francisco-general-hospital-tempredict>. Acesso em: 12 set. 2020.

YASSINE, Hadi M.; SHAH, Zubair. "How could artificial intelligence aid in the fight against coronavirus?". *Expert review of anti-infective therapy*, v.10, n.6, p.493-497, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14787210.2020.1744275>.

Recebido em: 13.10.2020

Aprovado em: 10.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

PRUX, Oscar Ivan; PIAI, Kevin Henrique de Sousa. (Des)liberdade viral na pandemia: uma releitura da escalada por dados pessoais e seus impactos à luz dos direitos da personalidade e a proteção de dados. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.273-292, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-16.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

ANÁLISE CRÍTICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DURANTE O PERÍODO DE CONTINGÊNCIA DA COVID-19

CRITICAL ANALYSIS OF BRAZILIAN PERSONAL DATA PROTECTION DURING COVID-19 CONTINGENCY PERIOD

Victor Auilo Haikal ¹

RESUMO: Este artigo discute algumas medidas tomadas pelos entes públicos no Brasil durante o período de contingência sanitária da COVID-19 sobre o tratamento de dados pessoais e proteção à privacidade, levando-se em consideração que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ainda não estava em vigor, mas, nem por isso já não havia normas vigentes suficientemente estabelecidas para que os direitos dos titulares fosse adequadamente respeitado. Para chegar às conclusões almejadas utilizar-se-aram os métodos de dedução estrutural e dialético a partir de fontes confiáveis de pesquisa, relevando-se a própria interdependência que os temas da proteção de dados pessoais e segurança da informação possuem com os demais institutos a seu redor. As conclusões tiradas vertem para já conhecida deficiência do entendimento da cultura da privacidade e proteção de dados pessoais, pois os esforços não são direcionados para que os direitos do titular sejam garantidos ou que exista coesão no desenvolvimento da mencionada cultura, mas, e tão somente o atingimento de certos objetivos governamentais e institucionais.

Palavras-chaves: direito digital; direito à privacidade; proteção de dados pessoais; lei geral de proteção de dados pessoais; MP 954/2020; MP 959/2020; convênio Estado de São Paulo; dados anonimizados.

ABSTRACT: This paper assesses some actions performed by government entities about personal data treatment and privacy protection during the COVID-19 contingency period, considering that the Brazilian General Data Protection Law was not in force, but, besides that, there was sufficient norms in effect that predicted the adequate protection of the subjects right to privacy. To achieve the conclusions, the structural and dialectical deduction methods were used with trustworthy research sources, ensuring that the interdependency of the personal data protection and information security have with other related areas of knowledge. All conclusions point to the well-known privacy and personal data protection culture deficiency, because the efforts are not channeled to the protection of the subjects rights would be granted nor that would be cohesion during the development of such culture, but, and solely, the execution of government and institutional goals.

Keywords: digital law; right to privacy; personal data protection; brazilian general data protection law; MP 954/2020; MP 959/2020; State of São Paulo agreements; anonymous data

¹ 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.

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 março², 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 pessoas³, ou abril, na Espanha, cujo número alcançou 24.543⁴, 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 população⁵;
- 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)⁶ 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 outras⁷.

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 Saúde⁸ que foram também adotadas pelos governos mencionados⁹, 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 desemprego¹⁰ e até mesmo fechamento de empresas¹¹ 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 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>. 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 útil¹², 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 outros¹³, 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*¹⁴.

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 padrões¹⁵, 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

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 >. 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.

rede de 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 consentimento¹⁶.

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 Brandeis¹⁷, 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*”¹⁸.

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 registrados¹⁹, 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 titular²⁰, 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*²¹, 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 demais²², culminando na promulgação da lei federal de proteção de dados pessoais alemã, a *Bundesdatenschutzgesetz*, em 1977²³, 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. Danilo Doneda, *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 204.

22 Cf. Danilo Doneda, *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 procedessem²⁴.

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 humana²⁵.

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 pessoas²⁶.

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 indivíduo²⁷, similar à forma que o direito à imagem deve ser respeitado²⁸.

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 Federal²⁹, 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 Estatística³⁰, cuja finalidade indicada era viabilizar o contato para entrevistas não presenciais pelo órgão³¹.

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 LGPD³².

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 mencionado³³.

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 previsto³⁴.

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*³⁵.

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 texto³⁶, 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>. 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 compete 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 país³⁷.

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 2020³⁸.

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 LGPD³⁹, 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 o antropocentrismo jurídico⁴⁰.

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, III⁴¹, 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 irrelevante⁴², 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 Estatístico -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 2018⁴³.

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 Presidencial⁴⁴.

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 minimização⁴⁵ 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 2020⁴⁶ 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 enquete⁴⁷, sendo que resultado similar também foi alcançado, em que 58% das pequenas empresas brasileiras ainda não tinham se adaptado à lei⁴⁸.

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 Parlamento⁴⁹, 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. CAPTERRA. 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 atos⁵⁰.

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 existência⁵¹?

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 Inteligente⁵².

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 questão⁵³ 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*)⁵⁴.

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 anonimizados⁵⁵, que sequer deveriam ser considerados como *'dados pessoais'* para fins de tratamento nos termos da LGPD⁵⁶, 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 vir⁵⁷, 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 interesses⁵⁸ 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 Consumidor⁵⁹ e o Código Civil⁶⁰ 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 Civil⁶¹ 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 telecomunicações⁶² 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 sociais⁶³.

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 clientes⁶⁴, 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 Constituição⁶⁵, além do disposto no Código de Defesa do Consumidor sobre os direitos daquele que estiver inserido em banco de dados⁶⁶.

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 > 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=Gr8LAAAIAAJ&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

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.

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_agravos/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.

Recebido em: 28.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

HAIKAL, Victor Auiilo. Análise crítica da proteção de dados pessoais durante o período de contingência da covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.293-313, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-17.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS JURÍDICOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE OS PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL

REFLECTIONS ON THE LEGAL IMPACTS OF COVID-19 PANDEMIC ON BRAZILIAN HEALTH CARE CONTRACTS

Adalberto de Souza Pasqualotto ¹
Bernardo Franke Dahinten ²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar as principais medidas de impacto jurídico que foram adotadas pelo ou para o sistema de saúde suplementar e os planos de saúde em razão da pandemia do novo coronavírus. A abordagem está estruturada em duas grandes partes. A primeira parte, relacionando planos de saúde e a Covid-19, contém dois capítulos, um sobre aspectos gerais da pandemia e outro sobre aspectos gerais dos contratos de planos de saúde. Na sequência, a segunda parte traz, de forma sistemática e objetiva, algumas das mais relevantes medidas jurídicas diretamente relacionadas à pandemia, que repercutiram no mercado dos planos de saúde. Esta parte está dividida em quatro capítulos: o primeiro sobre medidas político-legislativas; o segundo sobre medidas judiciais; o terceiro sobre medidas regulatórias da ANS; e o quarto sobre medidas sanitárias e assistenciais.

Palavras-Chave: planos de saúde; saúde suplementar; pandemia; covid-19; coronavírus.

ABSTRACT: This article aims to present the main measures of legal impact that were adopted by or for the supplementary health system and health plans due to the pandemic of the new coronavirus. The approach is structured in two major parts. The first part, relating health plans and Covid-19, contains two chapters, one on general aspects of the pandemic and another on general aspects of health plans contracts. In the sequence, the second part brings, in a systematic and objective way, some of the most relevant legal measures directly related to the pandemic, which rebounded in the health insurance market. This part is divided into four chapters: the first on political-legislative measures; the second on judicial measures; the third on ANS regulatory measures; and the fourth on sanitary and assistance measures.

Keywords: health plans; supplementary health; pandemic; covid-19; coronavirus.

1 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.

2 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.

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 apocalípticos³, e que acarretou rupturas, crises e mudanças próprias de uma grande guerra mundial: milhões de infectados e de mortos⁴, hospitais lotados, profissionais

3 "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).

4 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 massa⁵, 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.⁶ 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*.⁷ 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.⁸

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 constitucional⁹, que integra o sistema nacional de saúde e contempla aproximadamente 25% da

5 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.

6 “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).

7 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.

8 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.

9 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.¹⁰

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.¹¹ 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.¹²

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.¹³

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.¹⁴

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

10 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.

11 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.

12 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.

13 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.

14 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. e Orgs.). *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 empresas¹⁵, 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.¹⁶ 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 publicados¹⁷, 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. 14.010¹⁸ -, 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 Deputados²⁰, apenas entre os meses de março e julho de 2020, constata-se que foram apresentados mais de 50 PLs²¹ 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.

15 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).

16 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).

18 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).

19 Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).

20 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>

21 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 n.º. 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 n.º. 1.070/2020, para vedar o reajuste das mensalidades de planos de saúde em casos de epidemias de grande proporção; o PL n.º. 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 n.º. 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 n.º. 2.154/2020, para tornar obrigatória a cobertura para exames de agentes patogênicos causadores de epidemias e pandemias.²²

Muitos projetos, por outro lado, buscam garantir que o sistema público de saúde e o Poder Público em geral possa utilizar (fila única²³) ou requisitar²⁴ 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 n.º. 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 n.º. 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 n.º. 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 n.º. 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.²⁵

Alguns PLs também se destacam por buscarem garantir direitos especiais aos prestadores de serviços, como o PL n.º. 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 n.º. 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

22 Entre outros que também tratam de questões semelhantes, citáveis os PLs n.º. 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.

23 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>. Acesso em: 28/06/2020.

24 Em linhas gerais, os alegados fundamentos jurídicos de tal requisição são a Constituição Federal (arts. 5º, inc. XXV e 196), a Lei Federal n.º. 8.080/90 (art. 15, inc. XIII) e a Lei Federal n.º. 13.979/20 (art. 3º, inc. VII). Citável, também, a Recomendação n.º. 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”.

25 Entre outros que também tratam de questões semelhantes, citáveis os PLs n.º. 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.²⁶

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).²⁷

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 Federal²⁸, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do

26 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.

27 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.

28 Processo nº. 0709544-98.2020.8.07.0001, tramitando junto à 15ª Vara Cível de Brasília.

Estado de São Paulo²⁹, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe³⁰, uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte³¹ e uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul³², 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 trabalhista³³ 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 médica³⁴; e outra buscando a obrigatoriedade de cobertura para o teste sorológico para a detecção do novo vírus³⁵. 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 atuante³⁶, 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

29 Processo nº. 1029663-70.2020.8.26.0100, tramitando junto à 32ª Vara Cível de São Paulo.

30 Processo nº. 20201360079, tramitando junto à 6ª Vara Cível de Aracaju.

31 Processo nº. 0813982-53.2020.8.20.5001, tramitando junto à 4ª Vara Cível de Natal.

32 Processo nº. 5031637-21.2020.8.21.0001, tramitando junto à 15ª Vara Cível de Porto Alegre.

33 Processo nº. 0000496-12.2020.5.10.0006, tramitando junto à 6ª Vara de Trabalho de Brasília.

34 Processo nº. 0807782-77.2020.4.05.8300, tramitando junto à 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

35 Processo nº. 0810140-15.2020.4.05.8300, tramitando junto à 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco.

36 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 material³⁷ 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-19³⁸, 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.³⁹

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 outros⁴⁰, 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 beneficiários⁴¹. 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.⁴²

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 úteis⁴³, os prazos da NIP não assistencial e dos processos sancionadores foram interrompidos⁴⁴ e os prazos relacionados a obrigações envolvendo, entre outros, SIB, TISS, IDSS e aqueles relativos ao

37 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.

38 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>. Acesso em: 14/07/2020.

39 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.

40 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>. Acesso em: 15/07/2020.

41 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.

42 Considerações sobre os fundamentos que conduziram à retomada dos prazos originais constam na Nota Técnica nº 10/2020/ASSNT-DIPRO/DIRAD-DIPRO/DIPRO.

43 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.

44 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.⁴⁵ A flexibilização de obrigações econômico-financeiras envolvendo provisões e capital regulatório, de modo a gerar maior liquidez das operadoras, foi outra medida adotada.⁴⁶

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.⁴⁷

Ainda que tenha havido críticas quanto à efetividade de todas essas medidas⁴⁸, 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 [...]”⁴⁹.

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).”⁵⁰

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,

45 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.

46 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.

47 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.

48 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).

49 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>. Acesso: 04/07/2020.

50 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.⁵¹

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. 85.⁵² 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”.⁵³ 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”⁵⁴.

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.⁵⁵ 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.⁵⁶ 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. 13.989.⁵⁷

51 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.

52 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.

53 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.

54 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>. Acesso: 04/07/2020.

55 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>. Acesso em: 22/07/2020.

56 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.

57 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 médico⁵⁸ a distância, através de plataformas tecnológicas de informação e comunicação. Apesar de não constituir uma forma de assistência verdadeiramente nova⁵⁹ e já ser considerada, há algum tempo, como uma das potenciais formas de suprir deficiências nos serviços e sistemas de saúde⁶⁰, a prestação de serviços de saúde a distância atrai debates éticos e jurídicos importantes, razão pela qual não foi, até hoje, largamente implantada⁶¹.

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. 1.821/2007⁶², 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. 1.643/2002⁶³ definiu e disciplinou a matéria, além de estar referida, também, no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº. 2.217/2018)⁶⁴. 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 paciente⁶⁵, seja por não haver, ainda, regulamentação expressa sobre tais práticas⁶⁶.

58 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.

59 Acerca do histórico da telemedicina, cujos relatos iniciais remontam ao século XIX, ver HARTZHEIM, 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>. Acesso em 20/07/2020.

60 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>. Acesso em: 28/07/2020.

61 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/>>.

62 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).

63 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.

64 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”.

65 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”.

66 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 pandemia⁶⁷.

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 Medicina⁶⁸ que se sucederam sobre a questão. Cabe referir que já existe, atualmente, tramitando no Congresso Nacional, no mínimo um Projeto de Lei⁶⁹ 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

67 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.

68 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).

69 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>. 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>. 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>. 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>. 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#>. 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>. 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>. 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>. 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.

Recebido em: 05.10.2020

Aprovado em: 20.01.2021

Como citar este artigo (ABNT):

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; DAHINTEN, Bernardo Franke. Reflexões sobre os impactos jurídicos da pandemia da covid-19 sobre os planos de saúde no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.314-330, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-18.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A IMPORTÂNCIA SISTÊMICA DA PROTEÇÃO DA CONSUMIDORA SUPERENDIVIDADA: A NECESSÁRIA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 3515/2015 NO CENÁRIO PÓS COVID-19

THE SYSTEMIC IMPORTANCE OF FEMALE SUPERENDIVIDED CONSUMER PROTECTION: THE NECESSARY APPROVAL OF BILL Nº 3515/2015 IN THE POST COVID-19 SCENARIO

Antônio Carlos Efig ¹
Juliana Bertholdi ²

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo compreender o fenômeno do superendividamento feminino no cenário pós-covid-19, descrevendo a importância da aprovação do Projeto de Lei nº 3515/2015 para sua mitigação. Neste diapasão, o primeiro capítulo preocupa-se em delinear o espaço socioeconômico ocupado pela mulher na dinâmica brasileira, destacando-a como estruturante social e arrimo de família, cujos hábitos de consumo estão centrados no sustento de seu núcleo familiar e cujo endividamento advém, essencialmente, do gasto com necessidades básicas. Em um segundo momento, investiga-se os impactos da pandemia do Covid-19 no superendividamento feminino e as consequências sociais advindas de tal dinâmica. Finalmente, explora-se o Projeto de Lei nº 3515/2015 como necessária solução ao superendividamento feminino, cujos efeitos deletérios ultrapassam a figura da mulher superendividada, impactando o núcleo familiar e a economia brasileira. Neste sentido, conclui-se que a aprovação do referido projeto de lei é fundamental para a proteção da consumidora superendividada, a fim de que as condições adversas a serem enfrentadas no cenário pós Covid-19 não inviabilizem parcela significativa da economia familiar brasileira

Palavras-chave: direito socioambiental; direito do consumidor; superendividamento; estudos de gênero; covid-19.

ABSTRACT: This study aims to understand the phenomenon of female over-indebtedness in the post-covid-19 scenario, describing the importance of approving Bill No. 3515/2015 for its mitigation. In this tuning fork, the first chapter is concerned with delineating the socioeconomic space occupied by women in the Brazilian dynamic, highlighting it as a social structuring and breadwinner, whose consumption habits are centered on the sustenance of their family nucleus and whose indebtedness comes, essentially, spending on basic needs. In a second step, we investigate the impacts of the Covid-19 pandemic on female over-indebtedness and the social consequences arising from such dynamics. Finally, Bill No. 3515/2015 is explored as a necessary solution to female over-indebtedness, the harmful effects of which go beyond the figure of over-indebted women, impacting the family nucleus and the Brazilian economy. In this sense, it is concluded that the approval of the referred bill is fundamental for the protection of the over-indebted consumer, so that the adverse conditions to be faced in the post-Covid-19 scenario do not prevent a significant portion of the Brazilian family economy.

Keywords: socio-environmental law; consumer law; over-indebtedness; gender studies; covid-19.

1 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/PR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7060-2654>. E-mail: ace@eradv.com.br.
2 Mestre em Direito pela PUC/PR. Especialista em Direito Público pela UniBRASIL. Especialista em Direito Eleitoral pelo IDDE/Faculdades Arnaldo Janssen. Professora da UNINTER e da UNIOPET. Bolsista CAPES/PROEX. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O superendividamento é fenômeno verificado em larga escala no cenário socioeconômico brasileiro, constituindo tema latente nas discussões que permeiam a área do Direito do Consumidor. Neste aspecto, depreende-se dos estudos analisados no presente artigo que seis entre cada dez famílias brasileiras não possuem condições, mesmo a médio e longo prazo, de honrar com as dívidas assumidas.

Destaca-se que metade das famílias brasileiras são capitaneadas por mulheres, sendo a figura das mães-solo representante de mais de um quarto das famílias brasileiras com filhos. Não à toa, as principais vítimas do superendividamento no Brasil são as mulheres de baixa renda, cuja acentuada vulnerabilidade ganha contornos ainda mais evidentes durante crises sociais e econômicas como a atualmente enfrentada: sem perspectivas de fontes de rendas e responsáveis pelo sustento familiar, tais mulheres tornam-se presas fáceis das práticas predatórias de venda de créditos no mercado brasileiro.

Neste aspecto, o presente artigo possui como principal escopo entender como as mulheres se colocam neste cenário de endividamento crônico, buscando compreender as dimensões e impactos do superendividamento feminino antes e durante o cenário de pandemia.

A compreensão desta realidade é fundamental para que as políticas públicas empregadas durante o crítico período – inclusive aquelas que possuam cunho jurídico – não se balizem tão-somente por estereótipos de gênero, que imputam às mulheres superendividadas a pecha de impulsivas e suscetíveis à sociedade consumista.

Como se demonstrará, recai sobre uma parcela significativa das mulheres brasileiras a responsabilidade de gestora e provedora de seu lar, não fazendo jus, no entanto, às mesmas condições e direitos que seus pares homens – vez que, além de trabalharem menos horas por absorverem o trabalho doméstico, ainda são relegadas ao desemprego, subemprego, informalidade e menores salários.

A partir do método dedutivo-indutivo, realizado pela análise de dados e de bibliografia produzida sobre o tema, busca-se uma primeira incursão no cruzamento de dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para compreender a extensão e implicações do endividamento feminino, a fim de investigar se o Projeto de Lei 3515/2015 é solução adequada ao intrincado problema.

2 AS MULHERES NA ECONOMIA BRASILEIRA: CONSUMIDORAS, ESTRUTURANTES SOCIAIS E ARRIMOS DE FAMÍLIA

Sem pretender realizar inventário histórico preciso ou mesmo exaurir a análise da presença feminina no atual cenário socioeconômico brasileiro, cumpre ao presente capítulo delinear, a partir de dados técnicos, o papel desenvolvido pela mulher brasileira na economia familiar.

Desde logo, para fins metodológicos, cumpre esclarecer que a dualidade clássica homem/mulher adotada pela coleta de dados por entidades de coleta de dados – a exemplo do

3 “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).

4 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).

IBGE - não permite que a presente análise contemple, de maneira satisfatória, a multiplicidade do “ser mulher” que as modernas teorias de gênero nos apresentam. De toda sorte, fulcral a introdução, ainda que dissociada da desejável interseccionalidade⁵: as próprias limitações das categorizações de pesquisa estatística constituem, em si, indicador da dualidade que alimenta a maior vulnerabilidade feminina descrita neste estudo, reforçando as estruturas tradicionais de papéis de gênero e a conseqüente divisão sexual do trabalho⁶.

Neste passo, a referida dualidade verificada na coleta de dados replica a compreensão do gênero e de seus papéis na sociedade ocidental: historicamente, à mulher foi reservado o domínio do privado, as decisões do lar e o trabalho doméstico não remunerado, enquanto aos homens, foi reservado o domínio do público, das decisões políticas e do trabalho externo remunerado⁷.

Tais construções culturais possuíram e ainda possuem impactos consideráveis na construção das sociedades ocidentais: a participação das mulheres no mercado de trabalho (formal ou informal) é fenômeno que remonta às últimas cinco décadas – dados do censo demográfico do IBGE informam que na década de 1950, apenas 13,6% das mulheres brasileiras eram economicamente ativas, sendo que o índice masculino alçava os 80,8%⁸.

Não obstante as raízes históricas e obstáculos culturais, as mulheres – maioria numérica no Brasil, atingindo quase quatro milhões de excedentes – vêm adquirindo gradativamente maior relevância social e econômica⁹, ainda que tal importância não tenha, necessariamente, rompido o teto de vidro¹⁰ dos espaços de poder, em que as mulheres seguem subrepresentadas¹¹.

Atualmente, as mulheres representam 45,3% do mercado de trabalho formal¹², estimando-se que sejam maioria no mercado informal de trabalho¹³: empregados do setor privado e trabalhadores domésticos sem carteira de trabalho assinada; trabalhadores por conta própria e empregadores que não contribuem para a previdência social; e trabalhadores familiares auxiliares¹⁴ - espaços normalmente relacionados ou próximos à esfera privada e culturalmente reservados à ocupação feminina.

Neste aspecto, destaca-se que a informalidade é característica a organização

5 CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*: compreendendo o gênero da esfera pessoal à política no mundo contemporâneo. Tradução e revisão técnica Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015, p.176.

6 Ao ignorar a interseccionalidade na realização de pesquisas empíricas, as entidades de coletas de dados impossibilitam que estudos como o presente abordem, por exemplo, o superendividamento na população transexual ou “agênero”, igualmente vulneradas em nossa sociedade.

7 BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e Política*: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014, p.32-36.

8 IBGE, Censo Demográfico 1940, 1950, 1960, 1970, 1980, 1991 e 2000. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/85/cd_2000_caracteristicas_populacao_domicilios_universo.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

9 ALVES, José Eustáquio Diniz. Et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (Orgs.). *50 Anos de Feminismo*: Argentina, Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos. 1ª ed., 1ª. Reimp., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017.

10 WRIGHT, E. O.; BAXTER, J. The Glass Ceiling Hypothesis: a reply to critics. *Gender&Society*, vol.14, n.6, 2000, p.914-821.

11 ROCHA, C. T. da C. *Gênero em ação: rompendo o teto de vidro?* (novos contextos da tecnociência). Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciência Humanas. Florianópolis, 2006.

12 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: Divulgação Especial - Mulheres no Mercado de Trabalho. 2018. Disponível em: http://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2010/05/pnadc_201703_comentarios.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

13 Conforme orientação técnica do IBGE, o conceito de ocupação informal mais indicado à análise do contexto brasileiro é aquele disposto pela Organização Internacional do Trabalho (International Labour Organization – ILO), definindo-se assim como *proxy* das ocupações informais as categorias mencionadas. Veja mais em: IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: Divulgação Especial - Mulheres no Mercado de Trabalho. 2018. Disponível em: http://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2010/05/pnadc_201703_comentarios.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

14 IBGE. *PERFIL dos municípios brasileiros 2018*. Rio de Janeiro, 2019. 131 p. Acima do título: Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html?edicao=25506&t=publicacoes>. Acesso em: 17 jun. 2020.

mercadológica brasileira, fulcral para identificação de desigualdades. Recentemente, o Brasil alcançou seu recorde de trabalhadores informais, com 41,4% dos trabalhadores na informalidade – mais de 38 milhões de brasileiros¹⁵.

O Boletim da FACAMP de 2019 indica que as mulheres são a maioria nas categorias que incluem o desemprego e a situação precária no mercado de trabalho: pessoas subocupadas (53,1%), desocupadas (52,6%) e na Força de Trabalho Potencial – FTP (58,9%) – lembrando que o mercado de trabalho informal estaria contido nestas porcentagens¹⁶.

No Brasil, 47,8% das mulheres negras têm como fonte de renda o trabalho informal, especialmente o trabalho doméstico sem carteira assinada¹⁷. Tal ocupação é especialmente vulnerável em cenários de crise social e econômica, ante sua instabilidade e volatilidade.

Sem a formalização, este enorme contingente de trabalhadoras informais – já vulneradas pelas mais diversas violências inerentes ao patriarcado - resta sem acesso aos importantes mecanismos de proteção social, como o salário mínimo, a licença maternidade, a aposentadoria ou mesmo o afastamento laboral por motivo de saúde – tornando-as ainda mais vulneráveis.

Além disso, cerca de dois terços das pessoas fora da FTP (65,2%) e das pessoas indisponíveis para o trabalho (66,8%) são mulheres¹⁸. Tais números denotam grandes disparidades na maneira de inserção de homens e mulheres em idade ativa em suas diversas categorias. Conforme concluem as pesquisadoras responsáveis pelo Boletim, os dados colhidos em 2019 indicam aumento da precariedade da inserção das mulheres no mercado de trabalho brasileiro.

Ademais, desde que são colhidas informações pelo IBGE, as mulheres recebem salários sensivelmente menores do que os homens com a mesma qualificação e disposição de horas laboradas, sendo o último índice colhido de 91%¹⁹. Quando adicionada a proporcionalidade das horas trabalhadas a menor, em média 4,8 horas a menos do que seus pares masculinos – fruto, essencialmente, da divisão sexual do trabalho – a diferença nos rendimentos verificada era muito mais significativa.

Em relatório do IBGE de 2019, quando considerada a área de atuação e proporcionalidade das horas trabalhadas – denotando, novamente, a subutilização da força de trabalho feminina no mercado de trabalho formal - identificou-se diferenças salariais entre os sexos muito mais significativas:

No primeiro grupo (Diretores e gerentes), o rendimento médio das mulheres (R\$ 4.435) correspondia a 71,3% do recebido pelos homens (R\$ 6.216). Já no grupamento dos Profissionais das ciências e intelectuais, no qual as mulheres tinham participação majoritária (63,0%), a razão dos rendimentos baixava para 64,8%. As mulheres também apresentavam participação acima de 60% no grupo dos Trabalhadores de apoio administrativo, contudo, o percentual do rendimento médio delas era bastante superior àquele

15 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html>. Acesso em 19 jun. 2020.

16 GORAYEB, D.; FILLETI, J.; CARDOSO de MELO, M.F. "Boletim Mulheres no mercado de trabalho – 1º trim. 2019". In FACAMP: MMT. Campinas: Editora FACAMP volume 01, número 01, maio de 2019.

17 IBGE. *Síntese e Indicadores Sociais 2019*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em 19 jun. 2020.

18 GORAYEB, D.; FILLETI, J.; CARDOSO de MELO, M.F. "Boletim Mulheres no mercado de trabalho – 1º trim. 2019". In FACAMP: MMT. Campinas: Editora FACAMP volume 01, número 01, maio de 2019.

19 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Divulgação Especial - Mulheres no Mercado de Trabalho*. 2018. Disponível em: http://databasebrae.com.br/wp-content/uploads/2010/05/pnadc_201703_comentarios.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

registrado no grupo dos Profissionais das ciências e intelectuais, atingindo a razão de 86,2%.²⁰

O IBGE destaca ainda que a maior escolaridade das mulheres não é suficiente para levá-las à força de trabalho em proporção maior ou similar a dos homens²¹. Em 2018, a taxa de participação das mulheres com ensino superior completo na força de trabalho era 2,6 vezes maior que a das mulheres sem instrução ou com ensino fundamental²².

A conclusão sobre os dados acima apresentados é de que as mulheres brasileiras se encontram em maior vulnerabilidade econômica e social que os homens brasileiros: a população feminina está desocupada em maior proporção, tem menores rendimentos e está mais sujeita à informalidade que a população masculina.

Os índices acima descritos, no entanto, possuem impacto que ultrapassa em muito a esfera íntima das mulheres que integram a sociedade brasileira: ao achacar economicamente as mulheres, impactamos diretamente a capacidade econômica das famílias e, conseqüentemente, em sua relação com o mercado de consumo.

Em 2010, 38,7% dos 57,3 milhões de domicílios registrados no IBGE já eram comandados por mulheres.²³ Em 2018, o número rapidamente escalou para 48,2% dos domicílios²⁴. Tais dados denotam a rápida ascensão das mulheres a posição de arrimo de família, somando ao trabalho doméstico não remunerado a responsabilidade pelo sustento familiar.

Ainda, entre 2005 e 2015, o número de famílias compostas por mães solo subiu de 10,5 milhões para 11,6 milhões, segundo dados do IBGE divulgados em 2017.²⁵ Considerando apenas as famílias com filhos, o percentual desse arranjo aumentou de 25,8% para 26,8%, nesse período – mais de um quarto das famílias brasileiras com filhos são geridas e sustentadas exclusivamente por mulheres. Apenas a título de comparação simples, o número de famílias monoparentais masculinas não chegou aos 2%.²⁶

Tais dados denotam a importância da mulher na estruturação social e econômica brasileira: ao contrário do ditado pelo imaginário popular, as mulheres possuem especial protagonismo na economia brasileira, gerindo e sustentando famílias em porcentagem similar à masculina, ainda que carreguem consigo todas as vulnerabilidades já delineadas.

Neste sentido, ao tornarem-se porcentagem significativa dos arrimos de família, as mulheres passam também a adquirir expressividade inegável na construção do Produto Interno Bruto nacional: se 65% do PIB da economia advém do consumo familiar (algo em torno de R\$

20 IBGE. *PERFIL dos municípios brasileiros 2018*. Rio de Janeiro, 2019. 131 p. Acima do título: Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html?edicao=25506&t=publicacoes>. Acesso em: 17 jun. 2020.

21 IBGE. *PERFIL dos municípios brasileiros 2018*. Rio de Janeiro, 2019. 131 p. Acima do título: Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html?edicao=25506&t=publicacoes>. Acesso em: 17 jun. 2020.

22 IBGE. *PERFIL dos municípios brasileiros 2018*. Rio de Janeiro, 2019. 131 p. Acima do título: Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/10586-pesquisa-de-informacoes-basicas-municipais.html?edicao=25506&t=publicacoes>. Acesso em: 17 jun. 2020.

23 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. 2010. Disponível em: http://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2010/05/pnadc_201703_comentarios.pdf. Acesso em: 19 maio 2020.

24 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

25 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html>. Acesso em: 19 jan. 2020.

26 IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores-2015*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

4,5 trilhões), às mulheres cumpre fatia significativa do mercado de consumo nacional.

No Brasil, a pesquisa e doutrina responsáveis pelo tema de orçamentos e despesas familiares, especificamente sobre a divisão de gênero, ainda é escassa. As conclusões dos poucos estudos encontrados, no entanto, são similares.

O estudo promovido por Pinheiro e Fontoura²⁷, produzido em 2017 a partir de dados da POF 2002/2003, concluiu que a despesa com o aumento de ativos (investimento em bens móveis e imóveis) constituíam a maior fatia do dispêndio familiar dos núcleos chefiados por homens, independentemente do estrato de renda; as famílias chefiadas por mulheres, por sua vez, comprometiam a maior parte de sua renda com itens de subsistência, como habitação e alimentação. Para as famílias chefiadas por elas, apenas a partir do oitavo décimo de renda é que o aumento do ativo entrou para os cinco principais gastos da família.

Tal conclusão demonstra que as famílias chefiadas por mulheres (quase metade das famílias brasileiras) possuem uma maior dificuldade no acúmulo de bens móveis e imóveis, o que, somado à ausência de direitos trabalhistas inerentes ao trabalho formal, acaba por gerar maiores dificuldades em cenários de instabilidade econômica, a exemplo a recente pandemia do COVID-19.

Em mesmo sentido, o levantamento produzido por Galvão e Almeida, buscou delinear o modelo de consumo e comportamento familiar por gênero, concluindo que, mesmo nas famílias chefiadas por homens, os papéis de gênero ainda impactam na maneira como o dinheiro auferido pelas mulheres é investido na economia familiar:

O resultado de que a renda feminina impacta mais as despesas com alimentação dentro de casa do que a renda masculina pode estar atrelado ao papel de cuidado da alimentação do lar, que é reservado a elas desde antigamente (Pinheiro e Fontoura, 2007). Somado a isso, são as mulheres que gastam mais com educação, quando comparados aos gastos masculinos com este grupo, simbolizando que são elas que investem mais em conhecimento e, conseqüentemente, em capital humano, principalmente na educação dos filhos. Seguindo essa lógica, o impacto da renda feminina nos gastos com saúde também é maior do que o impacto da renda masculina, indicando que são elas que prezam mais pelo zelo e bem-estar da família. Elas também gastam mais com roupa de mulher, o que é bastante intuitivo, pois são elas as consumidoras mais frequentes deste tipo de bem²⁸.

As conclusões sobre o perfil de consumo das famílias brasileiras são fulcrais para uma melhor compreensão do perfil de consumo das mulheres brasileiras e de seu papel na economia local.

Ao refletirmos sobre o fato de que as mulheres que não trabalham fora de casa detêm quase toda a responsabilidade sobre os afazeres domésticos, aliado ao fato de que as mulheres que trabalham fora utilizam suas rendas para impactar os grupos de produtos voltados à família, como alimentação, saúde e estudos, qualquer seja sua escolha, cumpre a elas a responsabilidade pela vida familiar.

A soma destas características, como veremos adiante, faz das mulheres de baixa renda as principais vítimas do inadimplemento e conseqüente superendividamento.

27 PINHEIRO, L. S.; FONTOURA, S. O. Perfil das despesas e dos rendimentos das famílias brasileiras sob a perspectiva de gênero. In: SILVEIRA, F. G. et al. (Orgs.). *Gastos e consumos das famílias brasileiras contemporâneas*. Brasília: Ipea, 2007, v.2, p.201-247.

28 GALVÃO, Maria Cristina. ALMEIDA, Alexandre Nunes. O padrão de consumo e comportamento familiar por gênero no Brasil: uma análise usando a pesquisa de orçamentos familiares 2008/2009. *Revista planejamento e políticas públicas*, n. 50, jan./jun. 2018.

3 O SUPERENDIVIDAMENTO FEMININO E A PANDEMIA DO COVID-19

O inadimplemento sempre constituiu resultado possível das relações contratuais obrigacionais, configurando-se, portanto, tema central do Direito das Obrigações e do Direito do Consumidor²⁹. O inadimplemento, entendido como descumprimento de uma obrigação contraída, acarreta ao devedor a responsabilização pelo montante da dívida, perdas e danos, juros e multas e, se judicializada a dívida, honorários advocatícios.

Com a expansão do crédito no Brasil e no mundo, novas e complexas situações de inadimplemento passaram a ser observadas, restando potencializadas as situações de descumprimento obrigacional. Tal democratização do crédito, precedida da concessão irresponsável de empréstimos e financiamentos, cujas obrigações os consumidores não têm condições de saldar a médio ou longo prazo, acabam por gerar um endividamento estrutural e duradouro que afeta, inclusive, as capacidades de subsistência dos cidadãos³⁰.

Como destaca Bruno Miragem³¹, o maior problema encontrado na expansão da concessão de crédito acima verificada (aqui entendida como a maior disponibilidade de recursos para oferecimento de crédito), é na facilitação de sua obtenção, desacompanhada a) da exigência de maiores garantias e b) da observação dos limites de endividamento pessoal do devedor ou seu padrão de renda. Tal movimentação vem acompanhada de altas taxas de juros, em virtude do maior “risco” assumido pelo credor.

Conforme relatório da Associação Nacional de Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (ANEFAC), o volume de crédito no Brasil aumentou mais de 500% nos últimos dez anos (junho de 2003 a junho de 2013), atingindo R\$ 2,5 trilhões³². Tal expansão, de proporções sem precedentes, gera o endividamento paulatino dos cidadãos, seja pelo estímulo a busca de status e satisfação de desejos, seja pela necessidade de obtenção de itens básicos de sobrevivência, como alimentos, água, luz, habitação, saúde, entre outros³³.

As facilidades na obtenção de crédito, somadas ao grande estímulo promovido pela sociedade de consumo³⁴, ganha novos contornos com a transformação do crédito em si em produto vendável. Tais condições incitam a consolidação de um fenômeno que convencionou chamar-se “superendividamento”, conceituado por Claudia Lima Marques como:

[...] a impossibilidade global do devedor como pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco oriundas e delitos e de alimentos e um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.³⁵

O tema do superendividamento adentrou a pauta nacional de maneira mais significativa nos últimos quinze anos, período em que o endividamento familiar aumentou significativamente

29 PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro Sampaio. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, 2015, p.435-467, set./out. 2015.

30 MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de Investigações Científicas da Escola Nacional de Defesa do Consumidor*, vol. 1. Brasília: DPCD/SDE, 2010, p.21.

31 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.435.

32 ANEFAC. *Pesquisa de Juros*. Disponível em: <https://www.anefac.org/pesquisa-de-juros>. Acesso em: 19 jun. 2020.

33 EFING, Antonio Carlos; MENDES, Carolina Janaina; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Uma análise do superendividamento a partir de uma perspectiva socioambiental e do direito ao meio ambiente equilibrado. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 88-103, jul./dez. 2019, p.92.

34 Aqui definida como “caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça”. (GRINOVER, Ada Praellegriani et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.6).

35 MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de Investigações Científicas da Escola Nacional de Defesa do Consumidor*, vol. 1. Brasília: DPCD/SDE, 2010, p. 21.

em nosso país. Conforme dados apresentados por Porto e Sampaio (2015), em 2005 o nível de endividamento familiar encontrava-se em 20%, em outubro de 2014 o nível atingido saltou para 46% em relação à renda acumulada do país em 12 meses³⁶. Atualmente, estima-se que o superendividamento familiar tenha atingido 60% das famílias brasileiras.³⁷

O significativo aumento dos superendividados pode ser atribuído, dentre os fatores já mencionados, ao extenso esforço publicitário dos fornecedores de crédito, que estimulam um comportamento imprudente na tomada de crédito pelos consumidores.³⁸ Neste sentido:

O conteúdo das mensagens publicitárias, de um modo geral, concentra-se em valorizar as ideias de imediatidade e facilidade, sobretudo de obtenção do crédito. E da mesma forma, associam a tomada de crédito como espécie de conduta natural para quem se encontre em dificuldade com a satisfação das despesas ordinárias, ou ainda como modo de realização de um “sonho” almejado pelo consumidor. Recorre-se, portanto, ao incentivo do imaginário, do imaterial, sem qualquer espécie de advertência ou informação acerca do alcance da responsabilidade do tomador do crédito pelo pagamento da dívida.³⁹

Miragem ainda explica a existência de três principais destinatários das mensagens publicitárias de crédito: a) financiamento de bens de valores significativos, em que o diferimento do pagamento pela via do crédito é que permite a aquisição do respectivo bem; b) aquisição de produtos duráveis de maior valor, como bens de utilidade comum e reconhecida e outros bens cuja necessidade/desejo seja produto da sociedade consumista; c) oferta de crédito em espécie ou de utilização imediata, para satisfação de necessidades urgentes ou decorrentes de descontrole do tomador de crédito⁴⁰.

O autor ainda aduz que os maiores problemas são vislumbrados na terceira categoria, em que a facilidade de concessão do crédito quando desacompanhada de um cumprimento adequado do dever de informação e esclarecimento pelo fornecedor pode comprometer a autonomia racional na decisão sobre contratar ou não, estimulando o superendividamento.

Para além dos esforços publicitários, as crises econômicas possuem papel importante na consolidação do superendividamento da população. Efing, Polewka e Oyague explicam que a doutrina divide os superendividados em duas categorias: os superendividados passivos e os ativos. Enquanto aqueles não conseguem pagar suas dívidas por situações alheias às suas vontades (crises econômicas, desemprego inesperado, divórcio ou doença, etc), estes adentram o superendividamento de forma consciente, sabendo desde o início que não conseguiram arcar com aquela dívida ou mesmo de forma inconsciente, acreditando honestamente que conseguirão pagar aquela dívida, mas equivocam-se ao calcular o impacto da dívida em seus orçamentos.⁴¹

Do narrado no primeiro capítulo, resta claro que as mulheres constituem grupo vulnerável economicamente e conseqüentemente estão mais sujeitas a integrarem as categorias de superendividamento, em ambos grupos: seja por não conseguirem quitar suas

36 PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro Sampaio. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, 2015, p.435-467, set./out. 2015.

37 IDEC. *Apoio a campanha pela urgência de projeto de combate ao endividamento*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-apoia-campanha-pela-urgencia-de-projeto-de-combate-ao-endividamento>. Acesso em: 20 jun. 2020

38 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.437.

39 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 437.

40 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 437.

41 EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A Crise Econômica brasileira e o Superendividamento da população Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social - Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *Revista dos Tribunais online – Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, p.387-433, set./out. 2015. Acesso em: 12 jun. 2020.

dívidas por situações alheias a sua vontade, como o desemprego e o subemprego, seja por não vislumbrarem alternativas para o sustento próprio e dos filhos sob sua custódia.

De fato, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em pesquisa realizada no ano de 2018, concluiu que o superendividamento afeta especialmente as mulheres⁴², que constituíam 66% dos indivíduos que procuraram a instituição buscando soluções para sua situação financeira, sendo em sua maioria as únicas responsáveis pela renda familiar. Os dados se aproximam daqueles obtidos pela Professora Claudia Lima Marques no observatório do superendividamento, em que conclui que a maioria dos consumidores eram mulheres (aproximados 61,4%).⁴³

Segundo a professora, tal categorização poderia ser erroneamente interpretada com a falsa premissa de que mulheres tomam decisões de consumo baseadas em vontades; a verdade, no entanto, é que como demonstrado no primeiro capítulo deste estudo, estas mulheres são arrimos de família e suas rendas estão absolutamente comprometidas com gastos familiares básicos.⁴⁴

Ainda evidenciando a vulnerabilidade feminina, estima-se que dos mais de 13 milhões de pessoas no Brasil que sobrevivem abaixo da linha da pobreza, a maioria são mulheres, negras, mães e chefes de família.⁴⁵ Assim, pode-se concluir que os principais gastos das mulheres superendividadas não se tratam de produtos supérfluos, mas sim de gastos inerentes à sobrevivência e à vida digna.

Assim, quando do início da pandemia mundial gerada pelo novo Coronavírus, a situação delineada quanto ao superendividamento já era bastante desfavorável para as mulheres, em sua maioria trabalhadoras informais, subutilizadas no mercado de trabalho ou mesmo desempregadas, principais vítimas do superendividamento, mas ainda assim responsáveis pelo sustento solo de suas famílias⁴⁶.

Das pesquisas já realizadas sobre os efeitos econômicos da pandemia do Coronavírus, resta evidente uma mudança nos padrões de consumo: de fato, os consumidores deixaram de adquirir produtos supérfluos e passaram a consumir essencialmente apenas produtos alimentícios e farmacêuticos.⁴⁷ Conforme o documento, desde março, o consumo das famílias desabou, demonstrando que a economia brasileira entrou em retração histórica.

Do acima delineado, no entanto, a recessão não impactou tão significativamente o padrão de consumo feminino, que se manteve essencialmente focado no consumo de bens de primeira necessidade. A modificação do padrão de consumo nacional, no entanto, chamou a atenção das autoridades, que buscaram nos programas de complementação de renda, uma solução.

Demonstrando preocupação com os efeitos da recessão, foi aprovada política pública de benefício governamental popularmente chamado de “Coronavoucher”, no valor de R\$ 600,00 (Lei nº 13.982/2020). Os destinatários de tais valores coincidem com a classe dos maiores superendividados.

42 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: 16 jun. 2020.

43 TJRS. *Projeto Piloto do Superendividamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/superendividamento.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

44 MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. *Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 15 jun. 2020.

45 MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. *Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 15 jun. 2020.

46 IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. 2018*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

47 FGV. *Monitor do PIB*. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/navegacao-superior/noticias/monitor-do-pib-fgv-aponta-crescimento-de-0-9-na-atividade-economica-em-agosto.htm?utm_source=portal-fgv&utm_medium=fgvnoticias&utm_campaign=fgvnoticias-2019-10-18. Acesso em: 02 maio 2020.

Ao cotejar os dados do perfil dos superendividados analisados no Projeto Piloto do Superendividamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o TJRS, divulgado pelo Observatório do Crédito e do Superendividamento da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS-MJ, percebemos que 62,7% dos consumidores superendividados têm renda mensal média de até três salários mínimos⁴⁸ - critério é utilizado para definir quem é titular do direito para receber o “Coronavoucher”.

Os requisitos para o recebimento do auxílio emergencial coincidem com as características encontradas nas pessoas superendividadas: mulheres: empregadas que não possuem carteira assinada, autônomas, desempregadas, microempreendedoras individuais, conforme demonstrado no capítulo anterior⁴⁹.

Desta forma, conclui-se que o consumidor superendividado, mesmo recebendo o “Coronavoucher”, volta-se ao consumo de produtos de primeira necessidade, restando evidente, assim, que esta parcela a população sofre o dilema entre quitar suas dívidas, pagar as contas atuais ou alimentar-se.

Tal cenário denota a probabilidade clara de agravamento da já difícil situação de superendividamento das mulheres brasileiras de baixa renda, responsáveis pelo sustento de famílias, diagnóstico este que merece especial atenção da academia e do poder público, vez que as consequências do superendividamento, somadas àquelas da pandemia do COVID-19, não podem ser solucionadas tão somente com o pagamento do auxílio emergencial, insuficiente para cobrir os gastos de subsistência e quitar as dívidas assumidas pelas superendividadas.

Segundo Clarissa Costa de Lima:

A democratização do crédito que ocorreu nos últimos anos, atingindo milhares de brasileiros de baixa renda, baixa escolaridade, que nunca receberam qualquer tipo de educação financeira e pagam a mais alta taxa de juro do mundo, fez nascer o debate sobre a necessidade de regular mais detalhadamente a prevenção e o tratamento do superendividamento de modo a permitir a reorganização financeira do devedor e a chance de recomeçar sem o peso das dívidas pretéritas.⁵⁰

As soluções para tal problema, essencialmente na esfera jurídica, ainda são escassas. Sobre o tema, afirmam Efing, Mendes e Meirelles⁵¹:

[...] o enfrentamento da questão do superendividamento ainda é uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, não trata especificamente dos casos de superendividamento e os outros institutos passíveis de aplicação ao caso, não tratam o problema como este deveria ser realmente tratado, ou seja, com uma análise específica das suas causas e efeitos, com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Portanto, entendendo o superendividamento como questão central à proteção da mulher e da economia brasileira, que se analisará o Projeto de Lei nº 3515/2015, possível solução para a importante questão.

48 TJRS. *Projeto Piloto do Superendividamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/superendividamento.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

49 CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Informações sobre o Auxílio emergencial do Governo Federal*. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso em: 21 jun. 2020.

50 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.131.

51 EFING, Antonio Carlos; MENDES, Carolina Janaina; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Uma análise do superendividamento a partir de uma perspectiva socioambiental e do direito ao meio ambiente equilibrado. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 88-103, jul./dez. 2019, p.91.

4 O PROJETO DE LEI Nº 3515/2015: VACINA PARA A DOENÇA DO SUPERENDIVIDAMENTO FEMININO

Conforme acima descrito, as soluções jurídicas para o superendividamento são ainda insipientes, uma vez que o CDC não trata especificamente do instituto. Embora identifiquem-se no ordenamento jurídico algumas normas esparsas que possam eventualmente ser aplicadas aos casos concretos, bem como possam ser encontrados no sistema judiciário programas de monitoramento e tratamento do superendividamento, não há norma sistematizadora capaz de abordar o tema de maneira satisfatória.

Assim, vem ganhando corpo a bancada que defende a importância da atualização do Código de Defesa do Consumidor através do Projeto de Lei nº 3515/2015.

Proposto no Senado por José Sarney (PMDB/AP), o projeto é produto de democráticas discussões: amplamente debatido no âmbito da sociedade civil, à época do anteprojeto, e largamente discutido no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, cujas comissões realizaram audiências públicas e delinearam múltiplos pareceres para aperfeiçoamento do texto.

Quando se analisa o produto final do debate democrático, identifica-se uma preocupação ampla com a Defesa do Consumidor, nos âmbitos da prevenção, repressão e tratamento do superendividamento.

Neste sentido, esclarecem Claudia Lima Marques e Roberto Castellanos Pfeiffer que tais frentes insculpidas no PL são “vacina (prevenção) e tratamento/remédio (repressiva e de cura) do superendividamento do consumidor pessoa física”⁵², vez que excluídos das possibilidades da falência e recuperação extrajudicial, reservadas às pessoas jurídicas.

No âmbito da prevenção, o PL 3515/2015 amplia a educação sobre consumo consciente e torna mais assertiva a exemplificação das informações que devem ser prestadas pelas instituições para a concessão de crédito, tornando-a mais responsável. O projeto ainda prevê a obediência ao princípio da boa-fé⁵³, assim definido: “a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação (art. 54-A, § 1º).”⁵⁴

Conforme destacam Efing, Polewka e Oyague, a educação financeira dos consumidores está contemplada com a inclusão do inc. IX no art. 4º do CDC, inclusão “mais do que necessária, levando em conta que no Brasil, via de regra, aprender sobre finanças pessoais não faz parte do universo educacional”⁵⁵.

Por sua vez, no âmbito repressivo, são descritas novas modalidades de práticas abusivas e de oferta e publicidade enganosa, permitindo a sanção por condutas que estejam em desacordo com o crédito responsável, valendo-se da vulnerabilidade do consumidor para venda de produtos abusivos.

Finalmente, o Projeto de Lei nº 3515/2015 oferece para o tratamento do superendividamento o que Marques denomina de “principal remédio” para a cura do

52 MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. *Superendividamento dos consumidores*: Vacina é o PL 3.515 de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 15 jun. 2020.

53 MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 75, p.9-42, 2010, p.10 e seg.

54 BRASIL. Projeto de Lei nº 3515/2015.

55 EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A Crise Econômica brasileira e o Superendividamento da população Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social - Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *Revista dos Tribunais online – Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, p.387-433, set./out. 2015, p.400. Acesso em: 12 jun. 2020.

superendividamento, a repactuação de dívidas. Esclarece Marques:

O processo de repactuação de dívidas, realizado em audiência conciliatória, conta com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos (art. 104). No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada (art. 104, § 3º).⁵⁶

Com este mecanismo, tornar-se-ia mais simples a recuperação econômica do consumidor, possibilitando que o conjunto dos credores aprove um plano de pagamento de dívidas benéfico a todos os envolvidos. Esclarece Marques⁵⁷:

Os credores ganham ao terem possibilitado recuperar a integralidade ou parcela substancial de dívida cujo pagamento, sem a existência do plano dificilmente seria efetivado. O consumidor, por ter possibilitada a sua recuperação econômica com a preservação dos rendimentos necessários a fazer frente ao seu mínimo existencial. E a sociedade brasileira, já que o consumidor poderá — com absoluta responsabilidade e sem comprometer o plano de pagamento — ter acesso, ao menos, aos produtos e serviços essenciais, exercendo assim a cidadania e movimentando a economia.

Se o projeto já contava com grande apoio na academia e na sociedade civil, com a atual pandemia do Coronavírus e o aumento da vulnerabilidade do consumidor, o PL ganhou ainda mais adesão e urgência. Recentemente o Brasilcon, em parceria com o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) lançou campanha digital pela aprovação do PL 3515/2015.⁵⁸

Defende o IDEC que “a recuperação da confiança e do consumo das famílias passa diretamente pela aprovação do PL 3515/15, que cria uma conciliação em bloco do consumidor com todos os seus credores, preservando o seu mínimo existencial”⁵⁹, além de promover boas práticas de crédito responsável.

Ante os dados colacionados no presente estudo, defende-se que referido Projeto de Lei ganha especial importância para a mulher brasileira, em especial a mulher de baixa renda, premissa pelo desemprego, pela redução de renda advinda da suspensão temporária do contrato de trabalho, justamente a parcela mais vulnerável da população à prática predatória das empresas de crédito.

Conforme amplamente demonstrado, a mulher de baixa renda está premissa pela redução de renda advinda da suspensão temporária do contrato de trabalho, pela demissão e pela impossibilidade de desempenhar atividades informais. Assim, a sensibilidade a aceitar ofertas de crédito é ainda mais latente, sendo essencial que estas sejam feitas de forma absolutamente responsável. Assim, a aprovação do Projeto de Lei n.º 3515/2015 seria extremamente importante para objetivar as condutas que devem ser evitadas e privilegiar,

56 MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. *Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 15 jun. 2020, p.2.

57 MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. *Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 15 jun. 2020, p.2.

58 IDEC. *Apoio a campanha pela urgência de projeto de combate ao endividamento*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-apoia-campanha-pela-urgencia-de-projeto-de-combate-ao-endividamento>. Acesso em: 20 jun. 2020.

59 IDEC. *Apoio a campanha pela urgência de projeto de combate ao endividamento*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-apoia-campanha-pela-urgencia-de-projeto-de-combate-ao-endividamento>. Acesso em: 20 jun. 2020.

assim, os fornecedores de boa-fé.

Desta feita, neste período excepcional, em que a sociedade necessita de medidas que permitam a reconstrução da economia brasileira, a aprovação do Projeto de Lei nº 3515/2015 surge “como o remédio adequado para prevenir e tratar um problema crônico que os efeitos colaterais da Covid-19 podem agravar profundamente”⁶⁰: o superendividamento das consumidoras.

5 CONCLUSÕES

Portanto, resta evidenciado que, para além das vulnerabilidades já inerentes da figura do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, as mulheres representam grupo especialmente vulnerado no que concerne ao superendividamento, representando a parcela da população mais sujeita às ofertas maliciosas de créditos realizadas pelas empresas especializadas.

Dos efeitos deletérios experimentados por qualquer cidadão superendividado, a mulher superendividada enfrenta dificuldades que extrapolam sua esfera individual: arrimos de família e estruturantes sociais, as mulheres possuem impacto significativo na economia familiar, representando quase metade dos arrimos de família brasileiros e mais de um quarto das famílias monoparentais.

Ainda, por assumirem grande parte da responsabilidade dos gastos básicos familiares, a exemplo da alimentação e saúde, a completa perda de sua capacidade financeira representa ameaça à saúde familiar, refletindo diretamente na vida das crianças brasileiras.

Atualmente, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro instrumento adequado a prevenção, repressão e tratamento do superendividamento, levamento as mulheres e famílias brasileiras a situações econômicas de difícil recuperação. Com o agravamento da crise política e econômica do Covid-19, que recai especialmente sobre as mulheres, tornou-se urgente a busca de medidas jurídicas que possam amortizar o baque financeiro sobre elas sentido.

Desta sorte, fundamental a aprovação do PL n.º 3.515/15 como medida de urgência durante a Pandemia do COVID-19, sendo seus institutos na esfera preventiva (notadamente com o estímulo à educação financeira) e de tratamento aliados importantes na proteção da consumidora.

Especialmente no período vivido, as políticas de prevenção, com a educação para o consumo consciente e intensificação da prestação de informações aos consumidores pelas instituições para a concessão de crédito, são fundamentais para a preservação do mínimo existencial e da dignidade destes núcleos familiares. Em momentos de aflição, como o presente, os sujeitos tendem a realizar a contratação de crédito de modo irrefletido e imprudente.

No que se refere ao tratamento das consumidoras superendividadas, a instituição do processo judicial de repactuação de dívidas, conforme proposto no projeto de lei que aguarda aprovação (PL nº 3.515/15), que prevê uma fase pré-processual, possibilitará maior dignidade às mulheres superendividadas e aparece como solução ao cenário de sobrecarga do judiciário, que paulatinamente se agravará diante da pandemia ou nos esforços de reerguimento da economia nacional pós-pandemia.

60 MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. *Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 15 jun. 2020, p.2.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. Et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (orgs.). *50 Anos de Feminismo: Argentina, Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos*. 1ª ed., 1ª. Reimp., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017.

ANEFAC. *Pesquisa de Juros*. Disponível em: <https://www.anefac.org/pesquisa-de-juros>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e Política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014, p.32-36.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3515/2015.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Informações sobre o Auxílio emergencial do Governo Federal*. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CONNEL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero – uma perspectiva global: compreendendo o gênero da esfera pessoal à política no mundo contemporâneo*. Tradução e revisão técnica Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

DEFENSORIA PUBLICA 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: 16. jun. 2020.

EFING, Antonio Carlos; MENDES, Carolina Janaina; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Uma análise do superendividamento a partir de uma perspectiva socioambiental e do direito ao meio ambiente equilibrado. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 88-103, jul./dez. 2019.

EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A Crise Econômica brasileira e o Superendividamento da população Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social - Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *Revista dos Tribunais online – Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, p.387-433, set./out. 2015. Acesso em: 12 jun. 2020.

FGV. *Monitor do PIB*. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/navegacao-superior/noticias/monitor-do-pib-fgv-aponta-crescimento-de-0-9-na-atividade-economica-em-agosto.htm?utm_source=portal-fgv&utm_medium=fgvnoticias&utm_campaign=fgvnoticias-2019-10-18. Acesso em: 02 maio 2020.

GALVÃO, Maria Cristina. ALMEIDA, Alexandre Nunes. O padrão de consumo e comportamento familiar por gênero no Brasil: uma análise usando a pesquisa de orçamentos familiares 2008/2009. *Revista planejamento e políticas públicas*, n. 50, jan./jun. 2018.

GRINOVER, Ada Prellegri *et. al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GORAYEB, D.; FILLETI, J.; CARDOSO de MELO, M.F. “*Boletim Mulheres no mercado de trabalho – 1º trim. 2019*”. In FACAMP: MMT. Campinas: Editora FACAMP, volume 01, número 01, maio de 2019.

IBGE. – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese e Indicadores Sociais*. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2020.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html>. Acesso em: 19 jun. 2020.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Divulgação Especial - Mulheres no Mercado de Trabalho*. 2018. Disponível em: http://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2010/05/pnadc_201703_comentarios.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores-2015*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. 2010. Disponível em: http://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2010/05/pnadc_201703_comentarios.pdf. Acesso em: 19 maio 2020.

IBGE. *Censo Demográfico 1940, 1950, 1960, 1970, 1980, 1991 e 2000*. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/85/cd_2000_caracteristicas_populacaodomicilios_universo.pdf. Acesso em: 17 jun. 2020.

IDEC. *Apoio a campanha pela urgência de projeto de combate ao endividamento*. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-apoia-campanha-pela-urgencia-de-projeto-de-combate-ao-endividamento>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. *Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. Acesso em: 15 jun. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.75, p. 9-42, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de Investigações Científicas da Escola Nacional de Defesa do Consumidor*, vol. 1. Brasília: DPCD/SDE, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, L. S.; FONTOURA, S. O. Perfil das despesas e dos rendimentos das famílias brasileiras sob a perspectiva de gênero. In: SILVEIRA, F. G. et al. (Orgs.). *Gastos e consumos das famílias brasileiras contemporâneas*. Brasília: Ipea, 2007, v. 2, p. 201-247.

PORTO, Antonio José Maristrello; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro Sampaio. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.101, 2015, p.435-467, set./out. 2015.

ROCHA, C. T. da C. *Gênero em ação: rompendo o teto de vidro? (novos contextos da tecnociência)*. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciência Humanas. Florianópolis, 2006.
TJRS. *Projeto Piloto do Superendividamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/superendividamento.html>. Acesso em: 15 jun. 2020.

WRIGHT, E. O.; BAXTER, J. The Glass Ceiling Hypothesis: a reply to critics. *Gender&Society*, vol.14, n.6, 2000, p.914-821.

Recebido em: 10.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

EFING, Antônio Carlos; BERTHOLDI, Juliana. A importância sistêmica da proteção da consumidora superendividada: a necessária aprovação do Projeto de Lei nº3515/2015 no cenário pós covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.314-329, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-19.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E O SUPERENDIVIDAMENTO DE MULHERES NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

REFLECTIONS OF HUMAN RIGHT AND OVER-INDEBTEDNESS OF WOMEN IN THE CORONAVIRUS PANDEMIC

Carolina Silvino de Sá Palmeira ¹
Fabiana Rodrigues Barletta ²

RESUMO: O superendividamento é um fenômeno contemporâneo do mercado de consumo. O acesso ao crédito fácil, permeado pela publicidade abusiva em suas mais variadas formas, possibilitou o aumento do consumo, em especial, durante a pandemia do coronavírus. O ingresso da mulher no mercado de trabalho ao longo do século XX fez com que a inadimplência atingisse, em especial, o público feminino, sobretudo em famílias monoparentais ou naquelas assoladas pelo desemprego dos demais membros do núcleo familiar. Nesse contexto, faz-se necessário correlacionar os efeitos da pandemia com o aumento do superendividamento feminino e a influência do feminismo na narrativa contemporânea desse fenômeno, que traz prejuízos à ordem econômica e expõe muitas famílias a condições de miserabilidade extrema, sem recursos que possam ampará-las durante esse período de calamidade pública, o que vai contra os direitos humanos na perspectiva de Herrera-Flores, marco teórico principal. A metodologia utilizada é a da resenha bibliográfica por meio do método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: coronavírus; feminismo; pandemia; publicidade; superendividamento; direitos humanos

ABSTRACT: Over-indebtedness is a contemporary phenomenon in the consumer market. The access to easy credit, permeated by abusive advertising, in its most varied forms, made it possible to increase consumption, especially during the coronavirus pandemic. The entry of women into the labor market, along of the 20th century, caused default to reach the female public, especially in single-parent families or those affected by unemployment by other members of the family nucleus. In this context, it is necessary to correlate the effects of the pandemic with the increase in female over-indebtedness and the influence of feminism in the contemporary narrative of this phenomenon, which brings losses to the economic order and exposes many families to conditions of extreme poverty, without resources to support them during this period of public calamity, which goes against human rights from the perspective of Herrera-Flores, the main theoretical framework. The methodology used is the bibliographic review using the hypothetical deductive method.

Keywords: coronavirus; feminism; pandemic; advertisement; over-indebtedness; human rights

1 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.

2 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.

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.³ Uma teoria tradicional dos direitos humanos, considera os direitos humanos próprios da essência humana, “que os ostenta pelo mero fato de existir”⁴

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.⁵

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.⁶

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

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. 21.

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. 21.

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. 27.

sadia, tempo para o lazer e formação.⁷

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.⁸

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.⁹ Mas a igualdade não é algo “dado de antemão”.¹⁰

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.”¹¹

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.¹²

O direito não diz ser o que é. No direito encontramos o “dever ser”.¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵

É imperioso reconhecer que bens são os *meios* e os *recursos* “que realmente necessitamos e desejamos para viver dignamente.”¹⁶

Para que haja direitos humanos as pessoas precisam ocupar situações de igualdade

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. 28.

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. 30.

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. 31.

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. 38.

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. 30.

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. 38.

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. 41.

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. 45.

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. 53.

no “acesso aos bens necessários para uma vida digna.”¹⁷

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.¹⁸ 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.¹⁹

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.²⁰ “Contextualizar os direitos como práticas sociais concretas nos permite ir contra a homogeneização, a invisibilização, a centralização, e a hierarquização das práticas institucionais tradicionais.”²¹

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.²² 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.²³ 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.²⁴ 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

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. 61.

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. 61.

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. 63.

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. 71.

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. 71.

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. 72.

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. 128.

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. 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.²⁵

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.²⁶ 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.”²⁷ 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 neoliberalismo²⁸.

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,²⁹ 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.³⁰ No centro há dominação e violência em sua homogeneidade, enquanto as periferias dialogam em sua pluralidade.³¹ 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.³² Abstratamente, há um universalismo *a priori* para os direitos humanos, mas a prática mostra que isso não acontece.³³ Algumas identidades, como a da negritude ou a do feminino, por exemplo, devem ser levadas em conta.³⁴

A racionalidade consiste em não negar as lutas pelo “reconhecimento de diferenças

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. 135.

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. 136.

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. 136.

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. 145.

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. 146.

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. 151.

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. 151.

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. 154.

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. 155.

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. 156.

étnicas ou de gênero”.³⁵ 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.³⁶ A perspectiva é de se encontrar com os outros e com suas pretensões de reconhecimento e respeito³⁷ numa perspectiva intercultural.³⁸

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.”³⁹ Esses espaços são de luta pela dignidade humana.⁴⁰ A hegemonia tira as possibilidades dos excluídos, logo, é preciso lhes dar poder.⁴¹

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.⁴² 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.⁴³

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.⁴⁴

A outra tarefa a se inventar é a reapropriação ou a apropriação do “centro de gravidade” da ação política.⁴⁵ O liberalismo tem como objetivo a subsunção do trabalho e da vida cotidiana como objetivo.⁴⁶ O mercado absorve as culturas que resistem a ele e desagrega todo tipo de ação organizativa que não possa ser consumida.⁴⁷ Posturas elitistas costumam se apoiar na

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. 157.

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. 158.

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. 158.

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. 160.

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. 163.

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. 163.

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. 164.

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. 188.

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. 189.

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. 190.

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. 191.

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. 192.

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. 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.”⁴⁸ 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.⁴⁹ Deve-se “adotar o ponto de vista do fazer humano” por meio de mediações reais⁵⁰ bem como “ fazer a história criando um imaginário social instituinte” por meio da luta pela dignidade, que é histórica.⁵¹ 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.⁵² Ninguém pode dizer peremptoriamente como o mundo é, num processo de coisificação, pois é preciso que sejam construídos os próprios caminhos.⁵³

Somos o entorno, numa perspectiva de ter mais vidas num sistema maior. Isso tem a ver com o quanto podemos preservá-las.⁵⁴ 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,”⁵⁵ 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 sobreendividam 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.⁵⁶ Há que se conseguir a coincidência da teoria com a vida, num compromisso com nossa verdade, que consiste na luta contra o

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. 198.

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. 199.

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. 200.

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. 201.

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. 204.

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. 204.

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. 205.

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. 206.

patriarcalismo.⁵⁷ O compromisso dos direitos humanos é “criar condições e possibilidades sociais, econômicas, culturais e políticas de ter, exigir e garantir as responsabilidades que assumimos.”⁵⁸ 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”⁵⁹. 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.”⁶⁰

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.⁶¹

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.⁶² 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.⁶³ Há uma dissociação das partes com o todo e as várias partes da cidade passam a ser tratadas de forma autônoma.⁶⁴

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.⁶⁵ 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

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. 207.

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. 208-209.

59 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.

60 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]

61 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.

62 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.

63 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.

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. 98.

65 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.

mercado, padronizando as cidades.⁶⁶

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.⁶⁷ “Os mapas culturais são denunciadores de mapas linguísticos identificadores dos traços individuais e coletivos de um local”.⁶⁸ 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.⁶⁹

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.⁷⁰ 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.⁷¹ 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.⁷² Quando as mulheres possuem renda, mais são pobres, correm risco maior se superendividar, 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.⁷³

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 domésticas⁷⁴. O fenômeno ocorre quando o indivíduo possui dívidas que superam a

66 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.

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.119.

68 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.

69 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.

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. 1.875.

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. 1.876.

72 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.

73 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.

74 LIMA, Clarissa Costa de. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 27-28.

sua capacidade financeira e comprometem o mínimo existencial, que compõe a dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República⁷⁵.

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 legal⁷⁶. 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 crédito⁷⁷.

Impulsionado pela publicidade abusiva direcionada a oferta de crédito “fácil”, “sem burocracia” e “sem consulta SPC/ Serasa” e pela ausente transparência no dever de informação⁷⁸, o consumidor, na maioria dos casos, não consegue cumprir o pacto contratual, antes submetido aos clássicos princípios do direito civil⁷⁹ e reforça a imprescindibilidade de renegociação das dívidas.

A doutrina classifica o superendividamento em duas espécies: ativo e passivo.⁸⁰ 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 então⁸¹. 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, acidentes⁸². Embora seja comum o superendividamento ativo, é certo que predomina o superendividamento passivo nas famílias brasileiras, conforme já se apontou em estudo sobre o tema⁸³. 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.⁸⁴ 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 recomeçar⁸⁵. De início, o projeto teve origem no Senado Federal, sob o PL 283 de 2012, de autoria de José Sarney⁸⁶. Inspirado nas alterações promovidas no *Code de la Consommation*, de origem francesa⁸⁷, o referido

75 LIMA, Clarissa Costa de. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.104-105.

76 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 >. Acesso em: 11 ago. 2020.

77 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 150.

78 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.

79 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 116.

80 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.

81 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.34.

82 LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.34.

83 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 198-199.

84 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.74-75.

85 BUCAR, Daniel. *Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.171.

86 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.

87 BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial/casos concretos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

projeto de lei objetiva a modificação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, com destaque para a inserção do mínimo existencial como direito básico do consumidor⁸⁸. 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 crédito⁸⁹.

Com o avanço da pandemia do coronavírus no Brasil, e o consequente isolamento social imposto, avançam também os casos de inadimplência pelos problemas na economia e pelo desemprego⁹⁰. Em 2018, o Instituto de Defesa do Consumidor indicava 30 milhões de superendividados no Brasil⁹¹, 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 atraso⁹². É certo que 11,7% não terão condições de adimplir as dívidas contraídas⁹³. Em comparação a abril de 2019, o índice de endividamento subiu 2,6% dentro do grupo de superendividados⁹⁴, 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 mês⁹⁵. Nota-se, então, que o superendividamento é a principal marca de uma sociedade de consumo⁹⁶. Trata-se de circunstância que decorre, ainda que parcialmente, de um maciço trabalho de publicidade, que se distingue, atualmente, em sua forma e meio⁹⁷. 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 invasivas⁹⁸. 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 acessíveis⁹⁹.

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 vulneráveis¹⁰⁰, cujas dívidas superam a sua capacidade patrimonial.

88 BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial/casos concretos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.83.

89 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. Acesso em: 18 ago. 2020.

90 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.

91 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.

92 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.

93 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.

94 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.

95 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.

96 MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

97 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.138-139.

98 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.146-147.

99 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.

100 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 mulheres¹⁰¹. Ao contrário do que se imagina, não se trata de representação da simbólica vaidade feminina¹⁰². 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 marido¹⁰³. 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 anos¹⁰⁴. Nesse grupo, estão majoritariamente mulheres que auferem renda de até 10 (dez) salários-mínimos¹⁰⁵. 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 profissionais¹⁰⁶.

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 população¹⁰⁷. 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 milhões¹⁰⁸. 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 mulheres¹⁰⁹. 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 salários¹¹⁰. A

101 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.

102 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.

103 MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos Consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 24, v.100, jun./ago. 2015, p. 395.

104 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.

105 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.

106 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.

107 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.

108 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. Acesso em: 25 ago. 2020.

109 PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n.36, jun. 2010, p. 15.

110 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 sexos¹¹¹. 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 colonizador¹¹². 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 romper¹¹³.

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 mulher¹¹⁴, 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 determinantes¹¹⁵, 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 capitalista¹¹⁶. A construção de um ideal de feminino, em cada sociedade, portanto, é determinante para a lógica do mercado de consumo¹¹⁷. 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 social¹¹⁸. 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 mulheres¹¹⁹. 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

111 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.

112 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.

113 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.130-131.

114 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.

115 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.

116 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.

117 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.

118 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2 ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014, p.138-139.

119 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.

sustentabilidade dessa prática a longo prazo¹²⁰.

A população feminina convive, ainda, com a violência simbólica, perpetrada pelo mercado de consumo, que estabeleceu um mito de perfeição¹²¹ 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 beleza¹²² impulsionado pelo mercado de cosméticos e cirurgias plásticas¹²³, de modo a manter sólido o propósito de perfeição estética, imposto pela publicidade¹²⁴.

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 digitais¹²⁵, pois ignora, no seu âmago, as perspectivas de gênero inseridas em cada sociedade, quando não reforça os preconceitos coloniais do patriarcado branco¹²⁶. 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

120 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.

121 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.

122 BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014, p. 139-141.

123 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.124.

124 DEL PRIORE, Mary. *Histórias e conversas de mulher*. São Paulo: Planeta do Brasil. s.d, p.158-243, *passim*.

125 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.

126 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.

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.

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 >. 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. 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. 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 só*s. 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.

Recebido em: 16.09.2020

Aprovado em: 08.06.2021

Como citar este artigo (ABNT):

PALMEIRA, Carolina Silvino de Sá; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Reflexões sobre direitos humanos e o superendividamento de mulheres na pandemia do Coronavírus. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.347-363, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-20.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

EL CONSUMIDOR FRENTE AL DESAFÍO DE UNA VIDA DIGITAL

THE CONSUMER FACING THE CHALLENGE OF A DIGITAL LIFE

Germán Esteban Müller ¹

RESUMEN: La pandemia de COVID-19 y el aislamiento social obligatorio dispararon exponencialmente el uso de internet y generaron mayor consciencia sobre los desafíos que la red involucra. La especial vulnerabilidad de amplios sectores ante el uso de nuevas tecnologías, o incluso para acceder a ellas, los problemas de privacidad e intimidad que acarrearán, los incumplimientos en el comercio electrónico son algunos de ellos. Todos implican análisis que no pueden limitarse a los encuadres tradicionales y requieren de cierta adaptación. En este trabajo procuramos plantearlos y referir brevemente el estado actual de cada uno de ellos, en la búsqueda de generar la discusión necesaria para enfrentarlos con mayor solvencia.

Palabras clave: consumidor de servicios de internet; intimidad y privacidad en internet; comercio electrónico.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic and obligatory social isolation sparked exponentially the use of the internet and with it some of the challenges that the network brings. The special vulnerability of wide sectors of the population to the use of the new technologies (or even to access them), privacy and intimacy issues, breaches in e-commerce, are some of them. All involve analysis that cannot be limited to traditional frameworks and requires a certain adaptation. In this work we try to raise them and briefly refer to the current status of each one of them, in the quest to generate the necessary discussion to face them with more solvency.

Keywords: internet services consumer; intimacy and privacy in the internet; electronic commerce.

¹ 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.

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 población². 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 sospecha³, 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 normas⁴.

Aunque para la mayoría de nosotros suena a ciencia ficción, desde hace años existen experimentos como el fallido *Google Flu Trends*⁵. 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.⁶

Como toda nueva tecnología, Internet⁷ implica para la gran mayoría de los internautas utilizar un “servicio elaborado” y riesgoso⁸, 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 proveedores⁹.

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

2 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.

3 Yuval Harari alerta que ahora gobiernos y corporaciones tienen a su disposición herramientas antes impensadas. El enojo, la alegría, el 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>).

4 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.

5 “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/>).

6 Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52319044>, <http://www.unidiversidad.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>.

7 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.

8 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.

9 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).

Civil de Internet en Brasil y puede servir de ejemplo y modelo para la región y el mundo.

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 Consumidor¹⁰. 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 valioso¹¹.

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*”.¹²

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 digitales¹³, 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 derechos¹⁴. 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

10 SCOTTI, Luciana. *Gobernanza global: alternativas para la regulación jurídica del ciberespacio*. Buenos Aires: Ed. Thomson Reuters-La Ley, 2015, p.135.

11 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>.

12 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.

13 MERCOSUR/GMC/RES. Nº 21/04.

14 Ver WAJNTRAUB, Javier H.. *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p.79.

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 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 alertas¹⁵. Por el contrario, la mayoría de la doctrina entiende que los consumidores de servicios en Internet sufren una cada vez mayor vulnerabilidad¹⁶. 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 actividad¹⁷.

Frustagli¹⁸ 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 hipervulnerables¹⁹ 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 cotidianas²⁰.

Italiano y Branciforte²¹ sostiene que se trata de personas que tienen un perfil débil

15 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).

16 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.”

17 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.

18 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.

19 Incorporada en el derecho positivo argentino en la Resolución 2020-139-APN-SCI#MDP

20 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/>)

21 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

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 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.

Tambussi²² 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. Wajntraub²³ citando a Sahián²⁴, así como Chamatropulos²⁵, también estudian la inclusión de los consumidores electrónicos entre los hipervulnerables. La tutela de estos sectores se torna absolutamente necesaria²⁶.

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 INDEC²⁷ 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 personas²⁸.

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 información²⁹. 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

22 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.

23 WAJNTRAUB, Javier H.. *Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa*, TOMO LA LEY 2020-C, Buenos Aires.

24 SAHIÁN, José H.. *El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo*. SJA del 18/09/2019, cita online: AR/DOC/2635/2019.

25 CHAMATROPULOS, Demetrio A.. *Estatuto del Consumidor comentado*. 2ª edición. Buenos Aires: La Ley, 2019, tomo I, p.165.

26 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.

27 Disponible en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdepremsa/mautic_05_20A36AF16B31.pdf.

28 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.

29 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.

información, consagrados en las legislaciones internacionales de derechos humanos y en el marco legal argentino: si los servicios se vuelven caros o inaccesibles, se genera restricción de contenidos³⁰.

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 camino³¹. 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 requisito³².

En el Juzgado Contencioso Administrativo Federal³³ 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

30 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>.

31 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”.

32 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 ...”

33 Causa Nro. 10.420/2020 “Barraza, Victor Javier Y Otro C/ En S/ Amparo Ley 16.986.

inteligencia artificial en el ámbito del comercio electrónico lo constituyen los sistemas de 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 privada³⁴.

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.)³⁵.

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 libertades³⁶. 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)³⁷, 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.

34 CHESÑÉVAR, Carlos; ESTÉVEZ, Elsa. El comercio electrónico en la era de los bots, I&C N°44, Año 22, Julio 2018, p.129.

35 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.

36 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>.

37 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 Argentina³⁸ 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° 27.275³⁹, 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 laboral⁴⁰.

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 necesario⁴¹.

Álvarez Larrondo⁴² 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

38 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/tratamiento-de-datos-personales-ante-el-coronavirus>.

39 Inciso incorporado por art. 13 del Decreto N° 746/2017.

40 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.

41 IANELLO, Romina. *El fin del Privacy Shield*. Disponible en: https://abogados.com.ar/el-fin-del-privacy-shield/26365#_ftn2

42 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 Japaze⁴³ 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 abusivas⁴⁴. 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, debilidades⁴⁵.

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 datos⁴⁶. En pocas palabras, los sesgos en los datos se traducen en discriminaciones en las decisiones que estos algoritmos toman⁴⁷ que pueden fácilmente multiplicarse.

43 JAPAZE, Belén. *Las prácticas empresariales y marketing agresivo*, en *Cuestiones de Derecho del Consumidor*. MÜLER, Germán (Coord.), Bibliotex, Tucumán, 2015, p.150.

44 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.

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 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.

47 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 ella⁴⁸.

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 persona⁴⁹) y la discriminación asumen nuevos ribetes⁵⁰.

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 saberlo⁵¹.

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 mes⁵². 2) Existe la posibilidad de realizar publicaciones básicamente anónimas: No sabemos con certeza quién es la persona (o bot⁵³) 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 Sydiaha⁵⁴ 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

48 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.

49 TOMELO, Fernando. *Cyberbullying y responsabilidad civil de los padres en la web 2.0*, RCyS3020-VIII, 46.

50 “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>).

51 LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. LexisNexis 2006, Citar: Lexis N° 7004/008228.

52 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/>.

53 Un bot (aféresis de robot) es un software que sirve para comunicarse con el usuario, imitando un comportamiento humano.

54 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 dolo⁵⁵. 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 usuarios⁵⁶. 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 dañoso⁵⁷. 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 Tomeo⁵⁸, 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

55 En esa postura: TOMELO, Fernando. *Responsabilidad civil de buscadores de Internet*. La Ley 30/08/2010, comentario al fallo “Bandana”.

56 TOMELO, Fernando. *Cyberbullyng y responsabilidad civil de los padres en la web 2.0*, RCyS2010-VIII, 46.

57 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.

58 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.⁵⁹

59 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 Pizarro⁶⁰ 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 otro⁶¹, se destaca que el perito informático explicó que

60 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.

61 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 perfiles⁶². 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 género⁶³ violan nuestro derecho positivo, y no pueden ser aceptados en defensa de la libertad de expresión⁶⁴.

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 Internet⁶⁵. 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.⁶⁶

La prohibición de censura previa que reina en los estados democráticos impide desde todo punto de vista intervenir de ese modo en Internet⁶⁷. Por ese motivo, debemos pensar que

62 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/.

63 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 “.”

64 “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)

65 “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.

66 “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).

67 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 pleito⁶² 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 ss⁶³. 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 colectivo⁶⁴.

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

62 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.

63 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.

64 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 UE⁶⁵ 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 arrepentimiento⁶⁶.

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 digital⁶⁷.

El “*Examen de la armonización de la ciberlegislación en América Latina*”⁶⁸ 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:

65 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).

66 En Argentina los art. 1104 y ss. y cs. del Código Civil y Comercial de la Nación.

67 https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf.

68 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 Córdoba⁶⁹ 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 cuestión⁷⁰.

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

69 N° Resolución: 41, Año: 2020 Tomo: 1 Folio: 168-183, MERCADO LIBRE S.R.L. C/ DIRECCIÓN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y LEALTAD COMERCIAL. 70 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: CNCom., 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*⁷¹.

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.⁷²

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 sucursal⁷³; 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, receptar 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 una estructura acorde con el servicio de que se trate, tema sobre el cual, el anteproyecto vuelve más adelante.⁷²

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

71 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>).

72 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.

73 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. Chamatropoulos; 1a ed. facsimil.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019., p.300.

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 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 em: <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/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.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.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.

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 VILLAFANE, 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.

Recibido em: 28.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

MÜLER, Germán Esteban. El consumidor frente al desafío de una vida digital. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.364-385, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-21.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

OS DIREITOS REAIS EM MOVIMENTO: A TIPICIDADE DO DIREITO DE PROPRIEDADE E A PANDEMIA

THE DYNAMICS OF PROPERTY LAW: NUMERUS CLAUSUS AND THE 2020 PANDEMIC

Eroulths Cortiano Junior ¹
Izabella Maria Medeiros e Araújo Pinto ²

RESUMO: Em nome da segurança jurídica, a construção teórica da propriedade moderna afastou a autonomia privada do âmbito dos direitos reais, culminando nos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade, que dizem respeito à instituição e ao conteúdo desses direitos. Esses princípios são colocados à prova na contemporaneidade, o que nos faz questionar se ainda se justifica excluir a autonomia privada do âmbito dos direitos reais. A existência de tipos abertos, como a figura do condomínio edilício, nos permite afirmar que há algum espaço, ainda que mínimo, para a autonomia privada nos direitos reais, manifestada neste caso através da convenção condominial. No presente estudo, analisamos os problemas decorrentes da pandemia do COVID-19 nos condomínios edilícios e as tentativas legais e jurisprudenciais de interferência na propriedade condominial durante a crise pandêmica, o que nos permite concluir que autonomia pode se unir à legislação para redesenhar a propriedade, limitando ou alterando os poderes proprietários.

Palavras-chave: autonomia privada; condomínio; direitos reais; pandemia; propriedade.

ABSTRACT: In the name of legal certainty, the theoretical construction of modern property has removed private autonomy from the realm of property law, culminating in the principles of *numerus clausus* and typicality, which concern the institution and the content of these rights. These principles are put to the test in contemporary times, which makes us question whether it is still justified to exclude private autonomy from the scope of property law. The existence of open types, such as the building condominium, allows us to state that there is some space, even if minimal, for private autonomy in property law, manifested in this case through the condominium convention. In the present study, we analyze the problems arising from the COVID-19 pandemic in building condominiums and the legal and jurisprudential attempts to interfere in condominium property during the pandemic crisis, which allows us to conclude that autonomy can be combined with legislation to redesign property, limiting or changing proprietary powers.

Keywords: private autonomy; condominium; property law; pandemic; property.

¹ 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

² Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: izabellamedeiros@hotmail.com

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 relativos³. 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)⁴. Dizer diferente acarretaria insegurança, já que a autonomia privada de uns repercutiria em situações jurídicas reais que devem ser obedecidas por todos⁵.

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

3 Ver, por todos, GATTI, Edmundo; ALTERINI, Jorge H. *El derecho real*. Elementos para una teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

4 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).

5 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*⁶?

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”⁷.

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, decidiu⁸:

(...)

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.

6 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).

7 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.

8 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 coproprietário⁹. Os princípios da boa-fé objetiva e da função social da propriedade devem estar presentes no momento da elaboração da convenção¹⁰, 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 condomínio¹¹. 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”¹².

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 Legislativas¹³, 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

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. 240-241.

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. 243-245.

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. 273-275.

12 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.

13 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 1204/2020 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.”¹⁴

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

14 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>. 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”¹⁵. 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 26/03/2020¹⁶ 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

15 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.

16 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>. 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 atualizado¹⁷, 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 2020³⁸, 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

17 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>. Publicado em 26/03/2020, atualizado em 29/06/2020. Acesso em: 29 ago. 2020.

18 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”¹⁹. 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

19 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 horas²⁰.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso também enfrentou a questão²¹ 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 contágio²².

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 recurso²³.

20 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)

21 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)

22 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.

23 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.*²⁴

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 instância²⁵.

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

24 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.

25 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, inexistia 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*”²⁶. 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 teoría 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.

Recebido em: 16.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; ARAÚJO PINTO, Izabella Maria Medeiros e. Os direitos reais em movimento: a tipicidade do direito de propriedade e a pandemia. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.386-400, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-22.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

26 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.

O IMPACTO DO CORONAVÍRUS DE 2019 (COVID-19) NO DIREITO DA FAMÍLIA PORTUGUÊS DE 2020 ¹

THE IMPACT OF THE CORONAVIRUS OF 2019 (COVID-19) ON THE PORTUGUESE FAMILY LAW OF 2020

Jorge Duarte Pinheiro ¹

RESUMO: O presente estudo versa a resposta do Direito da Família português à epidemia de Covid-19, mais precisamente no momento crítico da epidemia em território português, correspondente ao da vigência do período de estado de emergência, nos domínios da violência doméstica, da proteção de crianças e jovens em perigo, da proteção de idosos, das relações entre cônjuges ou companheiros e das relações de pais separados com os filhos comuns. Concede-se especial atenção ao tema do impacto jurídico do coronavírus nas relações dos progenitores divorciados ou separados com as crianças, tratando-se especificamente dos problemas do exercício das responsabilidades parentais, do convívio entre pais e filhos e dos alimentos.

Encerra-se com considerações sobre a situação subsequente ao momento crítico da epidemia em Portugal no que toca aos alimentos e à justiça de família.

Palavras-chave: coronavírus; Covid-19; Direito da Família; Direito de Família.

ABSTRACT: The present study refers to the Portuguese Family Law reaction to the epidemic of Covid-19, more precisely in the critical moment of the epidemic in the Portuguese territory, i.e., during the state of emergency period, taking into account the fields of domestic violence, protection of endangered children and young people, protection of seniors, relations between spouses or cohabiting partners, and relations between separated parents and their common children. It is given special attention to the theme of juridical effects of coronavirus in the area of relations between children and separated or divorced parents, dealing namely with the problems of exercise of parental responsibilities, contact between parents and children, and alimonies. The study finishes considering situation after the critical moment of epidemic in Portugal regarding alimonies and family justice.

Keywords: coronavirus; Covid-19; Family Law.

¹ 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.

² Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Professor e agregado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. (Portugal).

1 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 aprovados³. 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*.⁴

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 2020⁵, tendo o estado de

3 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"...

4 Cf. <https://dre.pt/legislacao-covid-19-areas-tematicas> (consulta de 27-08-2020).

5 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 mês⁶ 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)⁷.

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 refeições⁸.

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

6 Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março.

7 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.

8 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”⁹.

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 avulsos¹⁰ 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 limitado¹¹.

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).¹²

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

9 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*).

10 Cf. a página “Legislação na área da violência familiar”, disponível no sítio do Parlamento português (https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Legislacao_AreaViolenciaDomestica.aspx; consulta de 27-08-2020).

11 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).

12 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 Portugal¹³). 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 41.º, n.º 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 família¹⁴, 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

13 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).

14 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 filhos¹⁵.

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 estatísticos¹⁶, 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 anos¹⁷. 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 idosos¹⁸, que, no entanto, não deixaram de ser contaminados em estruturas residenciais de acolhimento por pessoas que afinal tinham sido contratadas para lhes prestarem cuidados...¹⁹

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 divórcio²⁰.

Apareceram entretanto notícias que apontam para um aumento anómalo do número de divórcios depois de ter cessado o estado de emergência²¹, o que pode ser atribuído quer ao contexto de confinamento (que, forçando maior convívio entre os membros do casal num

15 Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa, AAFDL, 2018, p. 18.

16 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).

17 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; consulta de 27-08-2020): 910 do total de óbitos, que foram 1043.

18 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”.

19 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-contraiu-o-virus-em-lares-e33-em-casa/>; consulta de 27-08-2020).

20 Tais entidades são os tribunais e as conservatórias do registo civil (cf. artigo 1773.º do Código Civil português).

21 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.²²

Em Portugal, nada disso acontece²³. 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

22 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.

23 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 criança²⁴; 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,

24 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*²⁵.

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)”²⁶.

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 lei²⁷.

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,

25 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 (consulta de 27-082020).

26 Cf. marinho, Sofia; correia, Sónia Vladimiro. Nota de apresentação à obra colectiva *Uma família parental, duas casas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.11.
27 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 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 obrigatório²⁸. 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.

28 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; 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 idade²⁹.

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 sanitária³⁰.

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.³¹ Terá chegado o tempo em que a preocupação de evitar o contágio se tornará mais preponderante do que uma *boa decisão*?

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.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

29 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) 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.

30 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).

31 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 (consulta de 27-08-2020).

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-UrWdgnwZD2_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.ª 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=IwAR3PeTWnH3IEyHFwzOHSWdIA45VWYGczT3fiwFm50c-QnwwgSw3GS8JhKwZo; consulta de 27-08-2020).

GUERRA, Paulo. *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo anotada*. 4.ª 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.ª 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 (consulta de 27-08-2020).

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Lisboa, AAFDL, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito da Família Contemporâneo*. 6.ª edição. Salvador: Jus-PODIVM, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: vol. 5: Direito de Família*. 15.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Recebido em: 10.09.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

PINHEIRO, Jorge Duarte. O impacto do coronavírus de 2019 (Covid-19) no Direito da Família Português de 2020. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.401-412, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-23.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

COVID-19 E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES INTRAFAMILIARES

COVID-19 AND ITS REFLECTIONS IN INTRAFAMILY RELATIONS

Alessandra Cristina Furlan ¹
Daniela Braga Paiano ²

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise da pandemia Covid-19 e seus reflexos no Direito de Família, em especial nas relações intrafamiliares. Para tanto, menciona, de modo geral, quais são os efeitos da crise sanitária no Direito de Família e discorre sobre alguns pontos específicos. Inicia com a investigação do aumento da violência doméstica contra a mulher nos liames convivenciais/conjugais e uma possível reparação quando do seu cometimento. Em seguida, o artigo examina a evolução do instituto do divórcio no ordenamento jurídico e demonstra que o isolamento social ocasionou um aumento de pedidos. Outro assunto importante aqui estudado é a questão de como deve ficar a guarda dos filhos, evitando que esses saiam de casa e possam, eventualmente, contaminar-se com o vírus. Finalmente, aponta uma outra situação trazida pela pandemia nas relações familiares: a Recomendação no 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Lei no 14.010/2020 que determinam que a prisão civil do devedor de alimentos seja cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar. À luz do método dedutivo e análise bibliográfica, confronta os posicionamentos constantes na doutrina pátria e analisa decisões judiciais dos tribunais inferiores e, particularmente, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Faz breves conclusões a respeito da temática.

Palavras-chave: consequências; pandemia; relações familiares.

ABSTRACT: This study aims to analyze the Covid-19 pandemic and its effects in Family Law, especially in intra-family relationships. It outlines, in general, what the pandemic reflexes are in Family Law and then analyze some specific points. It begins with an analysis of the increase in domestic violence in convivial relationships and possible reparation when harm is caused. Then, the article analyzes the evolution of the divorce institute in legal system and shows that the pandemic caused an increase of its requests. Another important point studied here is the situation of how to keep the children safe, preventing them from leaving home and being contaminated with the virus. Finally, it points out another situation brought with the pandemic in family relations: CNJ Recommendation n. 62/2020 and Law 14.010/2020, which determine that the maintenance debtor's prison be converted into house arrest. By the deductive method and bibliographic analysis, It confronts the positions present in the homeland doctrine and analyzes judicial decisions of the lower courts and, particularly, the Superior Court of Justice (STJ). Brief conclusions on the subject are made.

Keywords: consequences; pandemic; family relations.

1 Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora adjunta no Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: alessandracfurlan@uenp.edu.br

2 Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora adjunta no departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: danielapaiano@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual sofre os efeitos do maior desafio do século no âmbito da saúde: a pandemia da Covid-19. A vertiginosa disseminação da doença aliada às medidas sanitárias de isolamento social impactou diversos setores, em especial o econômico, mas, sobretudo, afetou de todos os modos o ser humano, que vem enfrentando questões de ordem pessoal, psíquica, emocional, econômica, e em seu relacionamento com as demais pessoas.

No Direito não seria diferente. Leis foram elaboradas regulamentando situações excepcionais para enquanto durar a pandemia. Por consequência, o Direito de Família viu-se afetado, tanto pela publicação dessas normas quanto pela influência que as restrições sociais trouxeram ao ser humano inserido em um grupo familiar.

Diversos exemplos poderiam ser aqui mencionados, mas o objetivo deste trabalho é limitar-se a alguns efeitos da pandemia nas relações intrafamiliares.

Pode-se perceber que, devido ao isolamento social e a uma maior proximidade entre os cônjuges/companheiros sob o mesmo teto, aflorou a questão do aumento da violência doméstica entre os casais (bem como a outros grupos de vulneráveis, como idosos e crianças). No Brasil, os índices de violência doméstica e familiar mostram-se alarmantes: a cada quatro minutos, uma mulher sofre violência física, sexual, psicológica ou de outros tipos. O assunto ocupa diariamente os noticiários, revelando agressões nas mais diferentes classes sociais, faixas etárias, raças/etnias e níveis de escolaridade. Em todos os cantos do país, mulheres convivem com agressões ocasionadas por seus próprios maridos e companheiros. Na tentativa de proteger a vítima de violência doméstica, diversas medidas foram adotadas e várias propostas de lei estão em trâmite.

Em tal contexto de selvageria, a existência de danos materiais, morais e estéticos resultantes dos atos ilícitos impulsionam os pleitos indenizatórios, no sentido de reparar ou compensar a vítima, punir o agressor e educar a sociedade. No entanto, se a discussão a respeito da responsabilidade civil entre consortes não é nova, foi a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, o primeiro documento legislativo pátrio que regulamentou o tema. O Código Civil de 2002, na mesma esteira do anterior, nada dispôs sobre a responsabilidade civil no ambiente familiar, contando apenas com regras gerais, aplicadas às mais variadas hipóteses de danos.

Sem qualquer pretensão de realizar um estudo exaustivo sobre a matéria, o artigo traz esclarecimentos genéricos sobre a responsabilidade civil nas relações matrimoniais e convivenciais, seguidos do estudo específico da reparação/compensação de danos decorrentes da violência doméstica e familiar contra a esposa ou companheira. Após a análise legislativa e doutrinária, o texto apresenta algumas posições dos tribunais.

Na sequência, o artigo tece uma evolução do divórcio no ordenamento jurídico pátrio e mostra que, devido à pandemia, o número de casais rompendo seus relacionamentos aumentou muito.

No que tange aos filhos, duas considerações são feitas: a primeira diz respeito a como manter a convivência com os genitores, quando separados, evitando-se que os filhos saiam de casa e ocasionalmente possam se contaminar; o segundo diz respeito ao não pagamento de pensão alimentícia e a questão da prisão civil do devedor de alimentos. Muitos executados entraram com medidas judiciais para não serem presos durante o período da pandemia. O amparo legal encontrado foi a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Lei nº 14.010/2020, que determinam a prisão domiciliar no lugar do encarceramento.

O artigo buscou analisar questões polêmicas que o isolamento social forçado pela

pandemia ocasionou no ambiente dentro das relações jurídicas familiares, sob uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial de assuntos que ficaram em evidência no momento atual.

2 A PANDEMIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES

A pandemia da Covid-19 afetou diversos setores da sociedade. Sem dúvida, os principais efeitos são sentidos pelo ser humano e pela economia. O que se pretende, no presente trabalho, é analisar os efeitos da pandemia nas relações intrafamiliares, sob alguns aspectos.

Pode-se citar como exemplo os efeitos *post mortem* nas relações jurídicas familiares, tais como o aumento da elaboração de testamentos, a realização de planejamento sucessório, a possibilidade de se realizar testamento vital, a escolha em se submeter ou não aos tratamentos médicos experimentais.

No tocante aos casais, a proximidade provocada pelo confinamento gerou um aumento do número dos denominados contratos de namoro; outros optaram por viver em união estável ou se casar no período da pandemia. Outra consequência dessa proximidade não planejada é a elevação dos casos de violência doméstica, aumento do número de pedidos de divórcio ou dissolução de uniões estáveis e, eventualmente, reparação por danos causados uns aos outros.

No que se refere aos filhos, estes vivem o momento de *homeschooling*, no qual os pais se tornam professores de seus próprios filhos e o lar se torna escola. Estes também enfrentam o problema de abusos e sofrem atos de violência. Quando da separação de seus genitores, surge a questão da guarda: como a guarda será estabelecida nesse período de pandemia para que se evitem danos aos filhos, como evitar o abandono afetivo e os casos de alienação parental.

Ademais, surge a questão do pagamento de alimentos que, por medida excepcional, converte a prisão civil do devedor em prisão domiciliar.

Enfim, são muitas as situações que podem ocorrer no campo familiar como consequência dos efeitos da pandemia, porém, este artigo restringir-se-á a analisar casos envolvendo violência doméstica familiar e responsabilidade civil, aumento dos casos de divórcio, guarda de filhos e prisão civil do devedor de alimentos.

2.1 Da violência doméstica e a reparação do dano

Como anteriormente mencionado, uma das repercussões da pandemia foi o aumento dos casos de violência doméstica. Em decorrência do confinamento vivido pelas famílias, a proximidade dos envolvidos, o aumento de consumo de bebidas alcoólicas e o uso de drogas fizeram aumentar os casos de violência doméstica e familiar, particularmente contra a mulher.

Esse ilícito causado no seio familiar pode ter como consequência sua reparação. Ensina Nelson Rosenthal que “o ilícito endofamiliar é uma figura heterogênea que abrange o descumprimento de obrigações que pesam sobre uma pessoa como consequência de seu status em um contexto familiar, por sua qualidade de cônjuge ou progenitor.”³

As alterações sociais e econômicas moldaram um novo modelo de relação familiar, baseado na igualdade de gênero, o que viabilizou a responsabilidade civil entre consortes em países como Inglaterra, Estados Unidos, Portugal, Itália, França e Alemanha⁴. Não restam dúvidas sobre a aplicabilidade dos princípios gerais da responsabilidade civil quando o ato

3 ROSENTHAL, Nelson. A singularidade do ilícito endofamiliar e da responsabilidade civil na conjugalidade. *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, p. 1-8, jan.-abr./2020. Disponível em: www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc, p.2, Acesso em: 22 jul. 2020.

4 Sobre o assunto, confira: CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra: Coimbra, 2000.

ilícito é comum, isto é, independentemente de lesante e lesado estarem unidos pelo vínculo matrimonial ou convivencial.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, novos delineamentos foram trazidos à questão, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor fundante da República Federativa do Brasil, a igualdade entre cônjuges (artigo 5º, I e artigo 226, §5º da CF), tornando o ambiente favorável à discussão sobre a reparação de danos no contexto conjugal, convivencial e parental.

Frente à omissão do Código Civil de 2002 – ao contrário dos Códigos Civis Francês e Português, que trazem dispositivos específicos sobre a responsabilidade civil entre cônjuges – a Lei Maria da Penha apresenta remédios relativos à responsabilização civil do agressor, “amparando o *princípio da reparação integral dos danos* pelo qual todos os prejuízos suportados pela vítima da violência doméstica devem ser reparados”⁵. A referida Lei é um sistema protetivo da mulher contra toda e qualquer violência de gênero. Nesse sentido, viabiliza-se a indenização por danos estéticos, morais, existenciais, materiais e até mesmo pensão por incapacidade laborativa relacionada à violência doméstica⁶.

A referida Lei protege a mulher vítima de violência doméstica, sendo, nessa situação, um sujeito que merece uma tutela especial por estar em situação de vulnerabilidade⁷.

Infere-se do breve esboço histórico que, com as modificações econômicas, sociais e estruturais da família, é possível afirmar que quaisquer violações desses preceitos constitucionais ou infraconstitucionais, tanto no âmbito interno ou externo das relações familiares, impõem consequências jurídicas de diversas ordens, em especial quando constatada a violência doméstica e familiar.

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa DataSenado em parceria com o Observatório da Mulher constatou que 78% das mulheres que sofreram violência doméstica em 2019 foram agredidas pelos atuais ou pretéritos maridos, companheiros ou namorados. “Problemas econômicos causados pela redução da renda auferida e o aumento do consumo de álcool no período de isolamento social estão entre possíveis gatilhos para agressões.”⁸ A pesquisa aponta que, em 41% dos casos, o agressor foi o marido, companheiro ou namorado e, em 37%, ex-marido, ex-companheiro ou ex-namorado.⁹ Diante desse cenário, nove projetos de lei (conforme consta na matéria) foram propostos para tentar diminuir o problema da violência doméstica no período da pandemia.¹⁰

A Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Estado de São Paulo, lançou a cartilha “Prevenção ao COVID-19” e o “Guia Prático: identificação e prevenção à violência contra as mulheres com deficiência”.¹¹ Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançaram a campanha Sinal Vermelho para a Violência Doméstica, com o objetivo de ajudar as mulheres a pedirem ajuda silenciosa nas farmácias e drogarias do país, com um X vermelho

5 TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p.890.

6 TJSP Agravo de Instrumento 2058846-49.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; Data do Julgamento: 18/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018.

7 TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 889.

8 Notícia disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 23 jul. 2020.

9 Notícia disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 23 jul. 2020.

10 Notícia disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 23 jul. 2020.

11 Notícia disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/sedpcd-lanca-cartilhas-sobre-prevencao-a-covid-19-e-violencia-domestica/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

desenhado na palma da mão¹².

Samara Aguilar e Clarissa Höfling afirmam que na China, depois do coronavírus, gerou-se um aumento de três vezes na quantidade de denúncias recebidas; na Europa esse número também aumentou, e, no Brasil, “esse aumento já está em torno de 18%, segundo a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, tendo o canal 180, que recebe denúncias dessa ordem, recebido um aumento de 8,5%.”¹³

Percebe-se que, devido ao aumento dos casos de violência doméstica entre os cônjuges (e também contra outras pessoas vulneráveis – idosos, crianças e adolescentes e pessoas com deficiência), mecanismos têm sido criados na tentativa de inibir e punir os agressores.

Cabe destacar que, quando da ocorrência de atos de violência doméstica que causem dano ao agredido, caberá o ressarcimento deste. Neste sentido, afirma Carlos Alberto Bittar, ao tratar dos reflexos advindos dos fatos lesivos nos planos moral e material, que o componente de uma família pode sofrer lesões provocadas por outro integrante, como o cônjuge. Em casos específicos, os lesionamentos suscitam, além da reparação dos danos, efeitos jurídicos específicos previstos na legislação correspondente, como o desate do vínculo produzido pelo divórcio fundado em grave infração dos deveres conjugais¹⁴. Vale lembrar o conceito de responsabilidade trazido por José de Aguiar Dias:

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida, ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.¹⁵

Paulo Luiz Neto Lôbo esclarece que, se constatados danos morais ou materiais suportados por um cônjuge em decorrência da ação do outro, e se os atos cometidos lesarem direitos da personalidade, nada há que diferenciar da responsabilidade civil comum. A pretensão e a ação pela reparação do dano têm fonte na ofensa em si – e não na dissolução do casamento¹⁶. E, acrescenta-se que não há necessidade de ser a conduta do cônjuge culpado tipificada como crime¹⁷, pois basta o atentado aos direitos da personalidade.

Merece acentuar as funções que historicamente se atribuíram à responsabilidade civil: punir o culpado, vingar e indenizar a vítima, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos antissociais¹⁸. A evolução do instituto posiciona a vítima dos danos no

12 A criação da campanha é resultado do grupo de trabalho criado pelo CNJ para elaborar estudos e ações emergenciais voltados a ajudar as vítimas de violência doméstica durante a fase do isolamento social, uma vez que, nos meses de março e abril, o índice de feminicídio cresceu 22,2%, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Notícia disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

13 AGUILAR, Samara; HÖFLING, Clarissa. Violência doméstica, pandemia da Covid-19 e novos desafios. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-26/hoffling-aguilar-violencia-domestica-covid-19-desafios>. Acesso em: 23 jul. 2020.

14 BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 198.

15 DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. vol. I. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 2.

16 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 11-28.

17 Belmiro Pedro Marx Welter defende que só a conduta do cônjuge tipificada como crime poderá resultar em indenização por dano moral. As demais condutas – não criminosas – apenas são causa à separação judicial e divórcio. (WELTER, Belmiro Pedro Marx. Dano moral na separação, divórcio e união estável. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 775, p. 128-135, maio 2000).

18 (Tradução livre). No texto original original: “*A travers les siècles, la responsabilité civile semble avoir servi cinq fonctions étroitement liées: a) châtimement d’un coupable; b) et c) vengeance et indemnisation de la victime; d) et e) rétablissement de l’ordre social et prévention des comportements anti-sociaux. L’importance respective de ces fonctions peut avoir varié selon les siècles, les lieux, les types de faute ou les cas individuels*” (TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2e. éd. Paris: Économica, 1989. (Collection Études Juridiques Comparatives), p. 133).

centro da responsabilidade civil, e a sua função principal consiste em assegurar o completo ressarcimento do lesado, de forma a tutelar a dignidade da pessoa humana prejudicada.

Osni de Souza informa que as condutas ensejadoras de sanções na órbita do direito de família são insuficientes para reparar os danos que extrapolam as relações familiares.¹⁹ Ou seja, o legislador, ao mencionar certas violações ensejadoras de responsabilização no campo familiar, não conseguiu prever todas as possíveis hipóteses, de modo que danos podem surgir, ainda que não tutelados especificamente na parte de Direito de Família nem na de responsabilidade, mas que, por uma interpretação conforme, chega-se a essa conclusão.

A Lei Maria da Penha traz, no artigo 5º, um conceito amplo de violência contra a mulher, para abranger “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. A violência deve ocorrer no âmbito da unidade doméstica, da família ou abranger qualquer relação íntima de afeto, no qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Mais especificamente, o artigo 9º, §4º da Lei estabelece que “Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial à mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados (...)”. O dispositivo, que prevê expressamente a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos danos, foi trazido pela Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019.

A consulta às páginas dos tribunais demonstra inúmeras formas de violência praticadas contra a mulher no contexto doméstico e familiar: tentativa de morte²⁰, agressão física e ameaça²¹, tentativa de lesão corporal²², injúria²³, invasão de domicílio²⁴, restrição da liberdade, importunação sexual²⁵, estupro, ofensa à honra²⁶ e tantas outras. Nos casos julgados, é possível constatar a *violência* motivada no gênero, bem como a vulnerabilidade da ofendida²⁷.

Quanto aos danos decorrentes da violência, estes podem ser patrimoniais e extrapatrimoniais²⁸, cumulados ou não²⁹. É necessário, para que a vítima seja indenizada, que comprove ter o dano decorrido do ato violento do agressor. A não demonstração do nex

19 SOUZA, Osni de. *Dano moral no direito de família*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 108.

20 TJSP, Habeas Corpus Criminal 0001324-30.2020.8.26.0000; Relator (a): Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Carlos - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/02/2020; Data de Registro: 21/02/2020.

21 TJSP, Apelação Cível 1042003-85.2016.8.26.0100; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª Vara da Família e Sucessões; data do julgamento: 16/09/2019; data de registro: 16/09/2019.

22 TJPR - 1ª Câmara Criminal - 0016350-10.2017.8.16.0014 - Londrina - Rel.: Juiz Naor R. de Macedo Neto - J. 21.11.2019, publicação 10.12.2019)

23 TJSP, Habeas Corpus Criminal 2007466-16.2020.8.26.0000; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cachoeira Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 19/02/2020; Data de Registro: 19/02/2020.

24 TJSP, Apelação Criminal 0001624-65.2016.8.26.0506; Relator (a): Reinaldo Cintra; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 05/02/2020; Data de Registro: 08/02/2020.

25 TJSP, Apelação Criminal 1501648-58.2018.8.26.0050; Relator (a): Roberto Porto; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 25ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/11/2019; Data de Registro: 13/11/2019).

26 TJSP, Apelação Cível 0006059-28.2014.8.26.0288; Relator (a): Mônica de Carvalho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/04/2019; Data de Registro: 08/04/2019.

27 O TJSP entendeu pela incompetência da Vara de *Violência* Doméstica e Familiar Contra a Mulher e ausência de configuração de violência de gênero no caso de serem as partes ex-sócios, com contato exclusivamente profissional, sem qualquer relação íntima de afeto (TJSP; Apelação Criminal 1016206-82.2018.8.26.0506; Relator (a): Vico Mañas; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 29/01/2020; Data de Registro: 03/02/2020)

28 TJRS, Apelação Cível, Nº 70080953870, Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 24-04-2019.

29 Agravo de Instrumento – Ação de indenização por danos estéticos, morais, existenciais, materiais e pensão por incapacidade laborativa, relacionada à violência doméstica – Princípio da fungibilidade – Possibilidade – Reconhecimento do inconformismo como Recurso em Sentido Estrito – Decisão que declinou da competência, remetendo os autos para processamento em vara cível especializada – Cabimento – Medida que não causa prejuízo à parte, garantindo-lhe a devida prestação jurisdicional em unidade igualmente especializada, e permite a melhor organização interna dos órgãos do Poder Judiciário – Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido. (TJSP, Agravo de Instrumento 2058846-49.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; Data do Julgamento: 18/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018).

causal impede a reparação/compensação dos prejuízos³⁰.

Enfim, no contexto atual, mecanismos estão sendo criados para proteger as pessoas vulneráveis que venham a sofrer violência doméstica e, caso ocorra algum dano perpetrado nas relações familiares, caberá a reparação deste. Pelas regras gerais da responsabilidade civil, não há óbices à indenização por danos causados por um cônjuge ao outro, incluindo a possibilidade de violência doméstica e familiar contra a mulher.

2.2 Do aumento do número de casos de divórcios

A pandemia também acarretou efeitos nas relações convencionais. Isto porque, segundo se verá adiante, aumentou de forma demasiada o número de casos de divórcio/separação entre os casais.

Sobre o divórcio, pode-se afirmar que é um dos institutos que vem sofrendo grandes alterações no ordenamento jurídico, em decorrência da modificação das relações conjugais e também de uma diminuição da ingerência estatal na vida dos casais. Ele passou de um pedido juridicamente impossível para um direito potestativo, sem exigência de prazos para seu requerimento, e hoje cogita-se, inclusive, no divórcio 'unilateral/impositivo'.

Essa evolução teve início com a Emenda Constitucional nº 9 (de 28 de junho de 1977) que instituiu o divórcio no país, tendo sua regulamentação pela Lei nº 6.515/77.³¹

Em princípio, para que as partes pudessem requerer o divórcio, elas deveriam passar pela separação – fosse ela uma separação de fato ou judicial, devendo esperar o transcurso de determinados lapsos temporais, para então poderem pleiteá-lo – divórcio direto ou por conversão, nas modalidades consensual ou litigiosa, mas todos na via judicial.

Foi com a Resolução nº 35/2007 do CNJ que se permitiu a utilização da via extrajudicial para os divórcios e separações consensuais, mediante o atendimento de certas exigências (Lei nº 11.441/2007).

Em 2010, por meio da Emenda Constitucional nº 66, ocorreu uma das maiores transformações no que se refere ao divórcio: a emenda acabou com os lapsos temporais exigidos para o pedido de divórcio.

Iniciou-se, assim, uma discussão doutrinária se permanece ou não o instituto da separação no ordenamento jurídico, já que foi possibilitado às partes o pedido de divórcio sem a necessidade de separação prévia. Foi então que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 22 de março de 2017, pronunciou-se pela permanência da separação, considerando o princípio da vedação do retrocesso em matéria de Direito de Família.

Com o advento do atual Código de Processo Civil (2015), manteve-se no Capítulo X (que trata das ações de família), o instituto da separação no ordenamento jurídico. No entanto, a questão não se encontra definitivamente sedimentada³².

30 RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. Alegação de ameaças e agressões praticadas pelo ex-companheiro, que resultaram em abalo psicológico e sequelas físicas na autora. Exame de corpo de delito, laudo médico e avaliação psiquiátrica concluíram pela inexistência de nexos causal. Leve perda auditiva e tontura que podem ser degenerativas. Testemunha que não presenciou a agressão, nem as lesões alegadas. Ausência de provas suficientes. Ônus da autora. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados. Recurso não provido, com observação. (TJSP, Apelação Cível 1000226-95.2015.8.26.0637; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/05/2019; Data de Registro: 31/05/2019).

31 RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 94.

32 "O Supremo Tribunal Federal (STF) irá analisar se, após a Emenda Constitucional (EC) 66/2010, a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela se mantém como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro. Em votação unânime, o Plenário Virtual da Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria discutida no Recurso Extraordinário (RE) 1167478". Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413604&caixaBusca=N>. Acesso em: 26 jun. 2020.

O tema divórcio voltou a ser motivo de polêmica após a edição do Provimento nº 6/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que possibilitou o divórcio unilateral, também denominado de divórcio impositivo, em cartório, por apenas um dos cônjuges, sem a presença ou concordância do outro cônjuge. Com isso, não seria mais necessário utilizar-se da via judicial para requerer o divórcio de forma unilateral. Após o pedido em serviço de registro de casamento, o outro cônjuge seria notificado para conhecimento da averbação, que ocorreria no prazo de cinco dias após a notificação.³³

O assunto foi muito polêmico e fez com que o CNJ editasse uma recomendação proibindo todos os cartórios de editarem o divórcio impositivo, tanto por vício formal como por questão do Tribunal de Pernambuco não ter competência para edição de tal norma, que é de competência legislativa privativa da União.³⁴

Recentemente, por conta da pandemia Covid-19, foi editado o Provimento nº 100/2020 do CNJ que possibilita o divórcio *on line*³⁵, permitindo que o divórcio consensual, realizado na via extrajudicial, no qual se exigia a presença física das partes, pode, agora, mediante os mesmos requisitos, ser feito na forma eletrônica.³⁶

Novamente, o tema ganha destaque no mundo jurídico após uma recente decisão do juiz de Direito Paulo Lúcio Nogueira Filho, da 1ª. Vara da Família e Sucessões de São Paulo. O mesmo decretou o divórcio unilateral de um casal ao deferir liminar (tendo por base a Emenda Constitucional nº 66/2010), mencionando em sua decisão que “nada impede a decretação do divórcio antes da decisão final”. Na ocasião, o magistrado também fixou alimentos provisórios em favor do filho e decidiu que a guarda deveria ficar com a mãe.³⁷ Foi também usado como parâmetro a tutela de evidência prevista no artigo 311, IV do Código de Processo Civil.³⁸

Feita essa contextualização da temática, pode-se afirmar que o fim da conjugalidade é algo que envolve sofrimento e dor (ainda que envolva o sentido de libertação), em que o ser humano se depara consigo mesmo, com seu desamparo estrutural.³⁹

No momento atual, em que o mundo enfrenta os efeitos da pandemia do Covid-19 e as famílias estão cumprindo o isolamento social, aumentou a procura pelo divórcio. Como exemplo, temos a China, onde na cidade de Xiam reportou-se um recorde de número de divórcios e a quarentena foi apontada como principal fator para que isso ocorresse.⁴⁰

Afirma Rodrigo da Cunha Pereira que a procura pelo termo “divórcio” na internet

33 Notícia disponível em: http://www.tjpe.jus.br/agencia-de-noticias/noticias-em-destaque-com-foto/-/asset_publisher/Mx1aQAV3wfGN/content/provimento-possibilita-pedido-de-divorcio-unilateral-em-cartorio-de-registro-civil?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fagencia-de-noticias%2Fnoticias-em-destaque-com-foto%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_Mx1aQAV3wfGN%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3D118_INSTANCE_CXIsxqqKa60z__column-1%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 17 jul. 2020.

34 Notícia disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-proibe-divorcio-impositivo-em-todo-pais/>

24 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.

35 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/DJ156_2020-ASSINADO.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

36 Notícia disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7343/Novo+provimento+do+CNJ+possibilita+o+div%C3%B3rcio+virtual>

37 Notícia disponível em: https://m.migalhas.com.br/quentes/331032/nada-impede-a-decretao-antes-da-decisao-final-afirma-juiz-ao-conceder-divorcio-unilateral?fbclid=IwAR2mSPlKYQ7ajs57SdEWrf1j3Rx1iIXM0tBpDMkp107U8ce_FBYm47qGLo. Acesso em: 23 jul. 2020.

38 Notícia disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7521/Div%C3%B3rcio+de+ser+%E2%80%9Cdireto+e+imotivado%E2%80%9D%2C+decide+Justi%C3%A7a+de+S%C3%A3o+Paulo>. Acesso em: 23 jul. 2020.

39 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 230.

40 Notícia disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-24/divorcios-operam-forma-excepcional-conta-quarentena>. Acesso em: 23 jul. 2020.

aumentou em 9.000% (nove mil por cento).⁴¹ O site “Agência Brasil” noticiou que, nesse aumento, cerca de 70% dos pedidos foram realizados por mulheres (já que estas sentem mais de perto os efeitos da tripla jornada).⁴² Muitos são os motivos que acirraram os pedidos de divórcio: aumento da violência doméstica, ingerência de álcool e drogas, desemprego, sobrecarga emocional, entre outros.

Sobre essa evolução nas relações conjugais em que as partes uma vez unidas pelo vínculo do matrimônio não poderiam desfazê-lo até o advento do divórcio como um pedido meramente potestativo, verificou-se que o instituto do divórcio sofreu muitas alterações – ausência de requisito temporal, possibilidade de ser feito na via extrajudicial, na forma eletrônica, sem a necessidade do consentimento da parte contrária, enfim, muitos são os fatores que privilegiam a autonomia privada da parte e lhe dá liberdade de escolha em permanecer ou não casada. Com isso, diante da liberdade dada ao consorte e diante da realidade enfrentada pelo confinamento social, muitos casais têm optado, por romper a relação conjugal nesse período pandêmico, o que gerou um efetivo aumento dos casos de divórcio entre as partes, seguindo cada um o seu caminho e tentando realizar-se de outro modo.

2.3 Da alteração da guarda previamente estabelecida

Outro assunto que veio à tona foi a questão da possível alteração da guarda de filhos em tempos de COVID-19. Genitores separados têm enfrentado a situação de como melhor exercer a guarda nessa fase de risco à vida e à saúde.

Sabe-se que o Código Civil, no artigo 1.583, estabeleceu dois modelos de guarda: a unilateral ou a compartilhada. Na primeira modalidade, a guarda é conferida a um só dos genitores (ou a terceiro), e na compartilhada existe um sistema de participação efetiva de ambos os genitores, com responsabilização conjunta e exercício de direitos e deveres pelos pais que não vivem sob o mesmo teto.

Sempre que possível, preferencialmente, será determinada a guarda compartilhada, tendo em vista que, para o filho, este seria o melhor modelo em virtude da coparticipação de seus genitores, que prestigia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Um regime de convivência torna-se, portanto, essencial para os fins do poder familiar, na medida em que permite que ambos os progenitores exerçam influência no desenvolvimento do filho, mesmo no caso de divórcio. A visita do pai ou da mãe, melhor denominada de convivência⁴³, mitiga os efeitos do divórcio por meio da identificação de períodos em que a criança estará sob os cuidados de cada um dos pais.

Afirma Rodrigo da Cunha Pereira que o Código Civil de 2002 não estabelece especificamente como deve ser regulamentada a convivência familiar. Sugere que o ideal é que, “independentemente da modalidade da guarda, estabeleça-se a máxima amplitude dessa convivência/visitação, com ambos os pais, compartilhado ou não, avós maternos e paternos, além de qualquer parente que tenha estabelecido laços afetivos importantes e significativos”.⁴⁴

Deste modo, no presente momento de exceção, pensar em um melhor interesse do

41 Notícia disponível em: http://www.rodrigodacunha.adv.br/busca-por-divorcio-na-web-cresce-9-000-por-cento-rodrigo-da-cunha-pereira-avalia-o-fenomeno/?fbclid=IwAR0jC4KxqLd5RB83KwAeK9yHr8ssYGrcypNbJ0yY0VypKs4zn5Kxy8WE_c. Acesso em: 23 jul. 2020.

42 Notícia disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/aumenta-procura-por-divorcio-durante-pandemia>. Acesso em: 23 jul. 2020.

43 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família, coronavírus e guarda compartilhada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>. Acesso em: 24 jul. 2020.

44 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. (versão eletrônica). Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 410.

filho implica em assegurar, em um primeiro momento, sua própria vida. Significa dizer que é possível que a maneira dos genitores se relacionarem com seus filhos não mais será a mesma. Compartilhar a guarda, da maneira como era feita, acabou por se tornar um risco ao próprio filho, na medida em que, caso ele saia e tenha contato com o outro genitor, pode significar risco de exposição ao vírus 'invisível'.

Muitos pedidos de suspensão de visitas (geralmente por parte da mãe) foram feitos, impedindo a convivência com o pai.⁴⁵ Um exemplo a ser citado é o caso de uma mãe ter pleiteado a suspensão temporária de visitas paterna enquanto perdurar a pandemia. Isso porque, tanto a mãe quanto o filho de 8 anos de idade são portadores de problemas respiratórios e outras enfermidades que os colocam no grupo de risco. Ademais, segundo a mãe, o pai submete o filho à convivência com outras pessoas (recebendo visitas e indo a festas com o filho), colocando-o em situação de risco de contaminação pelo coronavírus.⁴⁶

A sugestão dada por José Fernando Simão é a de suspender provisoriamente o sistema de deslocamento das crianças nesses tempos, mantendo-as apenas com a mãe, ou com quem já residirem. Embora a solução possa gerar efeitos negativos pela falta de convivência com um dos genitores, Simão chama o momento de hora de escolhas trágicas. A segunda sugestão dada pelo autor é aumentar o período de convivência com os genitores – como, por exemplo, quinze dias com cada um deles.⁴⁷ A situação não é fácil. Outros problemas são mencionados pelo autor, tais como quando um dos genitores trabalhar na área da saúde e a convivência com os avós idosos.⁴⁸

Na tentativa de mitigar os efeitos negativos da falta de convivência entre o genitor e o filho, tem-se utilizado meios virtuais para aproximar as partes, tais como utilização de vídeo chamada ou ligações telefônicas.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Paraná, após suspensão temporária de convívio com o pai (trabalhador da área da saúde), determinou que o filho tivesse o contato diário com o pai pelo período de trinta minutos, com o intuito de se gerar um menor dano ao filho e nutrir o afeto entre as partes.⁴⁹

Nesses tempos, surge um novo princípio norteador das relações de convivência entre genitores e seus filhos: o princípio da presença virtual. Explica Mário Luiz Delgado que “a pandemia nos abriu os olhos para um novo princípio, que estava ausente entre nós, mas ausente de posituação, a permitir que o comparecimento e presença se façam também no espaço virtual.”⁵⁰

No mesmo sentido, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) elaborou orientações envolvendo a guarda compartilhada ou unilateral com o intuito de preservar a saúde do menor em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência:

45 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família, coronavírus e guarda compartilhada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>. Acesso em: 24 jul. 2020.

46 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Por problemas respiratórios de mãe e filho, convívio paterno é suspenso enquanto durar a pandemia*. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/por-problemas-respiratorios-de-mae-e-filho-convivio-paterno-e-suspenso-enquanto-durar-a-pandemia/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

47 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; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 6-7.

48 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; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (Coords.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 6-7.

49 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330346/tj-pr-assegura-contato-virtual-diario-de-pai-e-filho-por-30-minutos>. Acesso em: 24 jul. 2020.

50 DELGADO, Mário Luiz. *A pandemia e o princípio da presença virtual*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual>. Acesso em: 24 jul. 2020.

- a. As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida;
- b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;
- c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;
- d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado;
- e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas;
- f. O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como um todo.

Deste modo, em tempos excepcionais em que a presença física é impedida, em nome da manutenção da saúde e da própria vida do filho, o caminho a amenizar essa falta de contato, seja com pais ou com avós e demais parentes próximos, é a utilização do espaço virtual por vídeo chamadas e telefonemas para encurtar a distância e amenizar a dor da saudade.

2.4 Da prisão civil do devedor de alimentos em tempos de pandemia

Mais um tema que tem causado controvérsia durante a pandemia é a questão da prisão civil do devedor de alimentos. Como se sabe, os alimentos são essenciais para a manutenção da vida humana. E a questão de sua necessidade, fixada de acordo com a possibilidade econômica de quem paga, coloca esse dependente em uma situação de vulnerabilidade. Isto porque, muitas vezes, ele precisa manejar diversas ações para ter seu direito garantido. Para sua fixação faz-se necessária a prova do parentesco. Uma vez fixados e não pagos, inicia-se um processo de execução. Ou seja, a temática alimentos envolve, muitas vezes, ação de investigação de paternidade, ação de alimentos, ação de execução, ação revisional (para diminuir ou majorar os alimentos) e ação de exoneração. Não é nada fácil depender economicamente de outra pessoa. A falta de comprometimento com o dever alimentar coloca em risco o bem estar e a sobrevivência do alimentado. Essa situação de vulnerabilidade tem afetado especialmente os filhos e os idosos que necessitam ingressar com ações, as mais diversas, para terem seus direitos satisfeitos.

O Código de Processo Civil, ao tratar da execução de alimentos, o fez na parte de cumprimento de sentença (títulos executivos judiciais – artigos 528 e seguintes) e na parte do processo de execução, na execução de títulos executivos extrajudiciais – artigos 911 e seguintes. Quando feita por cumprimento de sentença, é possível a exigência da multa ou o rito de prisão civil, e quando a execução é realizada por título extrajudicial, é possível o rito da prisão civil ou da penhora de bens. A escolha com relação ao rito da execução é do credor de alimentos (artigo 528, §8º).

Sobre a prisão civil prevista no artigo 528, §3º do CPC, a medida é fixada de um a três meses, em regime fechado (§4º), separado dos demais presos, sendo possível a utilização do rito de prisão civil quando a cobrança for de até os três últimos meses anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (§7º).

Ocorre que, em tempos de Covid-19, por conta do alto grau de contaminação pelo

vírus e pela necessidade de isolamento social, os devedores de alimentos começaram a ingressar com medidas judiciais tentando impedir o cumprimento da prisão.⁵¹ Com isso, o Superior Tribunal de Justiça e o Poder Judiciário como um todo começaram a determinar a cumprimento do mandado de prisão no próprio domicílio do devedor (no mesmo sentido foi a edição da Lei emergencial nº 14.010/2020).⁵² Outrossim, a Recomendação nº 62/2020 do CNJ aconselha aos “Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”⁵³ e em seu artigo 6º recomenda aos magistrados “com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus”^{54 55}. Neste sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Família. Alimentos. Filhos menores. Admissibilidade em hipóteses excepcionais. Prisão civil na execução de alimentos. Inadimplemento de obrigação alimentar atual (Súmula 309/STJ). Pandemia de covid-19. Risco de contágio. Prisão domiciliar. Ordem parcialmente concedida. 1. O presente habeas corpus foi impetrado como substitutivo do recurso ordinário cabível, o que somente é admitido excepcionalmente pela jurisprudência desta Corte de Justiça e do egrégio Supremo Tribunal Federal quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, podendo-se, em tais hipóteses, conceder-se a ordem de ofício. 2. O pagamento parcial do débito não afasta a regularidade da prisão civil, porquanto as quantias inadimplidas caracterizam-se como débito atual, que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo, nos termos da Súmula 309/STJ. 3. *Diante do iminente risco de contágio pelo Covid-19, bem como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em regime diverso do fechado.* 4. *Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para que o paciente, devedor de alimentos, cumpra a prisão civil em regime domiciliar.* (HC 561.257/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 08/05/2020) (grifos dessas autoras)

51 MONTEIRO, Juliano Ralo. GOZZO, Débora Gozzo. Alimentos em tempos de COVID-19: a responsabilidade do devedor perante o credor. *Revista IBERC*, v.3, n.2, p.143-160, maio/ago. 2020 www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.131>, p. 144. Acesso em: 23 jul. 2020.

52 MONTEIRO, Juliano Ralo. GOZZO, Débora Gozzo. Alimentos em tempos de COVID-19: a responsabilidade do devedor perante o credor. *Revista IBERC*, v.3, n.2, p.143-160, maio/ago. 2020 www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.131>, p. 144. Acesso em: 23 jul. 2020.

53 MONTEIRO, Juliano Ralo. GOZZO, Débora Gozzo. Alimentos em tempos de COVID-19: a responsabilidade do devedor perante o credor. *Revista IBERC*, v.3, n.2, p.143-160, maio/ago. 2020 www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.131>, p. 154. Acesso em: 23 jul. 2020.

54 MONTEIRO, Juliano Ralo. GOZZO, Débora Gozzo. Alimentos em tempos de COVID-19: a responsabilidade do devedor perante o credor. In: *Revista IBERC*, v.3, n.2, p.143-160, maio/ago. 2020 www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.131>, p. 156. Acesso em: 23 jul. 2020.

55 Neste sentido: Habeas corpus. Família. Prisão civil. Obrigação alimentar em favor de ex-cônjuge. Inadimplemento de obrigação atual (Súmula 390/STJ). Situação financeira do devedor. Incurção probatória inviável em sede de rito sumário. Paciente idoso e convalescente de doença grave. Situação objetiva. Pandemia do covid-19. Risco de contágio. Cabimento de prisão domiciliar. Ordem parcialmente concedida. 1. No caso em exame, a execução de alimentos refere-se a débito atual, não estando demonstrada pelas provas pré-constituídas a efetiva ausência de rendimentos. A verificação da redução da capacidade econômica do alimentante e a revisão das justificativas apresentadas para o inadimplemento da obrigação demandam dilação probatória, inviável em sede de Habeas Corpus. 2. Diante do iminente risco de contágio pelo Covid-19, bem como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em regime diverso do fechado em estabelecimento estatal. 3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para que o paciente, devedor de alimentos, possa cumprir a prisão civil em regime domiciliar. (HC 563.444/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/05/2020, DJe 08/05/2020)

Percebe-se do julgado colacionado a aplicação do teor da Recomendação nº 62/2020 do CNJ e Lei nº 14.010/2020, qual seja, não aplicar a prisão civil, deixando o devedor de alimentos em prisão domiciliar, evitando-se o risco do aumento da contaminação por Covid-19.

Contudo, essa medida colide com o direito fundamental aos alimentos a serem prestados aos vulneráveis (filhos e idosos). Ela protege a vida do devedor, mas desprotege a manutenção da vida do alimentado.

Em decisões mais recentes, os tribunais têm aplicado a Recomendação nº 62/2020 dando uma outra interpretação: não aplicam a prisão civil, mas diferem o período de seu cumprimento, já que, em 'prisão domiciliar' todas as pessoas estão em razão da pandemia.

Habeas corpus. Obrigação alimentícia. Inadimplemento prisão civil. Decretação. Pandemia. Súmula nº 309/STJ. Art. 528, § 7º, do CPC/2015. Prisão civil. Pandemia (covid-19). Suspensão temporária. Possibilidade. Diferimento. Provisoriamente. 1. Em virtude da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19), admite-se, excepcionalmente, a suspensão da prisão dos devedores por dívida alimentícia em regime fechado. 2. Hipótese emergencial de saúde pública que *autoriza provisoriamente o diferimento da execução da obrigação cível enquanto pendente a pandemia*. 3. Ordem concedida. (HC 574.495/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020) (grifos destas autoras).56

Enfim, o problema que surge com a suspensão dessas prisões civis do devedor de alimentos é que a prisão ainda é o meio mais eficaz para conseguir que os alimentos sejam pagos. Quando a Lei ou a Recomendação determinam que o sacrifício seja suportado pelo credor de alimentos, ela coloca em risco a manutenção da vida deste, estimulando, em determinadas situações, o não cumprimento das obrigações entre as partes. Com a situação do diferimento da prisão, resta a dúvida se algum dia ela vai ser imposta e como ficará seu cumprimento, já que até o presente momento não se sabe quando a vida voltará à normalidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, pode-se concluir que o Direito de Família foi diretamente afetado, sob diversos aspectos, pela pandemia da Covid-19. Mostrou-se que diversas situações afetam as relações jurídicas intrafamiliares.

A primeira aqui analisada foi o aumento da violência doméstica entre os casais e eventuais danos causados às partes. Índices foram trazidos mostrando quem são os agressores bem como o efetivo aumento da violência. Com o intuito de coibir esse aumento e proteger a vítima, diversos projetos de lei estão em tramitação, sem contar as leis estaduais que vieram tutelar o interesse da vítima.

Não obstante, quando dessas situações surgir o dano para a vítima, nasce o dever

56 No mesmo sentido: Neste sentido: Habeas corpus. prisão civil. devedor de alimentos. pedido de substituição da medida por prisão domiciliar. superação do óbice previsto na súmula n.º 691/STF. *recomendação n.º 62/2020 do cnj. pandemia do coronavírus (covid 19). situação excepcional a autorizar a concessão da ordem. suspensão do cumprimento da prisão civil*. 1. Controvérsia em torno da regularidade da prisão civil do devedor inadimplente de prestação alimentícia, bem como acerca da forma de seu cumprimento no momento da pandemia pelo coronavírus (Covid 19). (...) 3. *Considerando a gravidade do atual momento, em face da pandemia provocada pelo coronavírus (Covid-19), a exigir medidas para contenção do contágio, foi deferida parcialmente a liminar para assegurar ao paciente, o direito à prisão domiciliar, em atenção à Recomendação CNJ nº 62/2020*. 4. Esta Terceira Turma do STJ, porém, recentemente, analisando pela primeira vez a questão em colegiado, concluiu que a melhor alternativa, no momento, é apenas a suspensão da execução das prisões civis por dívidas alimentares durante o período da pandemia, cujas condições serão estipuladas na origem pelos juízos da execução da prisão civil, inclusive com relação à duração, levando em conta as determinações do Governo Federal e dos Estados quanto à decretação do fim da pandemia (HC n.º 574.495/SP). 5. Ordem de habeas corpus concedida. (HC 580.261/MG, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020) (grifos dessas autoras)

de reparação. As reparações têm como fonte tanto os deveres constitucionais quanto os localizados na parte de Direito de Família e ainda da responsabilidade civil em geral, bem como em leis específicas – como a Maria da Penha.

O artigo teve o objetivo de demonstrar que, no país, os altos índices de violência doméstica e familiar contra a mulher traduzem a necessidade de discussão da temática, em especial quando cometida pelo cônjuge e companheiro. As práticas que, até pouco tempo, eram consideradas comuns e passavam despercebidas, tornaram-se inaceitáveis em uma sociedade democrática, igualitária, fundada na dignidade da pessoa humana.

Mesmo com toda emancipação tida pela mulher na sociedade e por consequência no ordenamento jurídico, pode-se verificar que os casos de violência doméstica atingem pessoas dos mais diversos níveis sociais e intelectuais e, na sociedade atual, não podem mais ser tolerados.

O aumento do número de pedidos de divórcio também veio à tona neste momento. O artigo trabalhou uma evolução da temática – lembrando que o divórcio era um pedido juridicamente impossível e hoje um direito potestativo, sem exigência de lapsos temporais para seu requerimento, podendo ser feito tanto na via judicial quanto na extrajudicial. Como mecanismo de realização do divórcio extrajudicial, o CNJ editou um provimento permitindo que o divórcio fosse realizado na forma eletrônica, evitando-se, deste modo, a presença das partes quando na modalidade extrajudicial, na atual conjuntura. Cabe lembrar, também, que o divórcio levantou outra polêmica no que diz respeito à possibilidade de ser concedido quando solicitado unilateralmente ou pela via da tutela de evidência, denominado de “divórcio impositivo ou unilateral”.

Com relação à guarda de filhos, pode-se concluir que a guarda compartilhada ou o direito de visita ficou prejudicado, já que se deve cumprir a regra do isolamento social, e deslocar o filho para outra casa pode eventualmente colocá-lo em situação de risco. Por conta disso, a sugestão feita foi que o filho fique um período mais prolongado com cada genitor – por exemplo 15 dias em cada casa, ou que a aproximação seja feita pelos meios de comunicação como chamadas de vídeo ou telefônicas. Nasce aqui um novo princípio, o “princípio da presença virtual”.

Finalmente, o artigo trouxe à tona a Recomendação nº 62/2020 do CNJ e a Lei nº 14.010/2020 que permitem que no período de pandemia a prisão do devedor de alimentos seja substituída por prisão domiciliar. Como todas as pessoas devem permanecer em casa, essa medida, que evita uma possível contaminação do devedor, é ineficaz. Ademais, ela leva em conta a vida do devedor, mas não leva em consideração a necessidade do credor em receber tais alimentos. Recentemente, o STJ e os tribunais inferiores têm decidido pelo diferimento do pedido da prisão – o que também acaba por prejudicar o credor de alimentos. Seja a substituição da prisão civil pela prisão domiciliar ou pela análise posterior do pedido de prisão, tais medidas preservam a vida do devedor, mas não do credor, conforme mencionado.

Muitos outros são os efeitos da pandemia nas relações jurídico familiares, mas coube a este artigo a análise dos pontos aqui levantados, com breves conclusões da temática.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Samara; HÖFLING, Clarissa. *Violência doméstica, pandemia da Covid-19 e novos desafios*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-26/hofling-aguilar-violencia-domestica-covid-19-desafios>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra: Coimbra, 2000.

DELGADO, Mário Luiz. *A pandemia e o princípio da presença virtual*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual>. Acesso em: 24 jul. 2020.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. vol. I. 10. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HC 561.257/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/05/2020, DJe 08/05/2020.

HC 563.444/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/05/2020, DJe 08/05/2020.

HC 574.495/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020.

HC 580.261/MG, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020.

<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 23 jul. 2020.

<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 23 jul. 2020.

<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/pdfs/violencia-domestica-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 23 jul. 2020.

<https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/sedpcd-lanca-cartilhas-sobre-prevencao-a-covid-19-e-violencia-domestica/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

<https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413604&caixaBusca=N>. Acesso em: 26 jul. 2020.

http://www.tjpe.jus.br/agencia-de-noticias/noticias-em-destaque-com-foto/-/asset_publisher/Mx1aQAV3wfGN/content/provimento-possibilita-pedido-de-divorcio-unilateral-em-cartorio-de-registro-civil?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fagencia-de-noticias%2Fnoticias-em-destaque-com-foto%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_Mx1aQAV3wfGN%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3D_118_INSTANCE_CXlxsqqKa6Oz__column-1%26p_p_col_count%3D1. Acesso em: 17 jul. 2020.

<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-proibe-divorcio-impositivo-em-todo-pais/>. Acesso em: 23 jul. 2020.

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/DJ156_2020-ASSINADO.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7343/Novo+provimento+do+CNJ+possibilita+o+div%C3%B3rcio+virtual>. Acesso em: 23 jul. 2020.

https://m.migalhas.com.br/quentes/331032/nada-impede-a-decretacao-antes-da-decisao-final-afirma-juiz-ao-conceder-divorcio-unilateral?fbclid=IwAR2vmSPIKYQ7ajs57SdEWrf1j3Rx1iIXMOtBpDMkp107-U8ce_FBYm47qGLo. Acesso em: 23 jul. 2020.

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7521/Div%C3%B3rcio+ pode+ ser+ %E2%80%9Cdireto+ e+ imotiva- do%E2%80%9D%2C+ decide+ Justi%C3%A7a+ de+ S%C3%A3o+ Paulo. Acesso em: 23 jul. 2020.>
<https://www.conjur.com.br/2020-mai-24/divorcios-operam-forma-excepcional-conta-quarentena. Acesso em: 23 jul. 2020.>

http://www.rodrigodacunha.adv.br/busca-por-divorcio-na-web-cresce-9-000-por-cento-rodrigo-da-cunha-pereira-avalia-o-fenomeno/?fbclid=IwAR0jC4KxqxLd5RB83KwAeK9yHr8ssYGrcypNbj0yY0V-YpKs4zn5Kxy8WE_c. Acesso em: 23 jul. 2020.

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-06/aumenta-procura-por-divorcio-durante-pandemia. Acesso em: 23 jul. 2020.>

<https://www.migalhas.com.br/quentes/330346/tj-pr-assegura-contato-virtual-diario-de-pai-e-filho-por-30-minutos. Acesso em: 24 jul. 2020.>

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

MONTEIRO, Juliano Ralo. GOZZO, Débora Gozzo. Alimentos em tempos de COVID-19: a responsabilidade do devedor perante o credor. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 143-160, maio/ago. 2020 www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.131>. Acesso em: 23 jul. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família, coronavírus e guarda compartilhada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>. Acesso em: 24 jul. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Por problemas respiratórios de mãe e filho, convívio paterno é suspenso enquanto durar a pandemia*. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/por-problemas-respiratorios-de-mae-e-filho-convivio-paterno-e-suspenso-enquanto-durar-a-pandemia/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROSENVALD, Nelson. A singularidade do ilícito endofamiliar e da responsabilidade civil na conjugalidade. *Revista IBERC*, v.3, n.1, p.1-8, jan.-abr./2020. Disponível em: www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc, p. 2. Acesso em: 22 jul. 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; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Sílvia Felipe (Coords.). *Coronavírus: impactos no Direito de Família e Sucessões*. Indaiatuba: Foco, 2020.

SOUZA, Osni de. *Dano moral no direito de família*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), na *Súmula 600*: “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima”. (Súmula 600, Terceira Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 27/11/2017)

TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TJSP. Agravo de Instrumento 2058846-49.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudia Fonseca

Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; Data do Julgamento: 18/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018.

TJSP, Habeas Corpus Criminal 0001324-30.2020.8.26.0000; Relator (a): Marcelo Gordo; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Carlos - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 20/02/2020; Data de Registro: 21/02/2020.

TJSP, Apelação Cível 1042003-85.2016.8.26.0100; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª Vara da Família e Sucessões; data do julgamento: 16/09/2019; data de registro: 16/09/2019.

TJSP, Habeas Corpus Criminal 2007466-16.2020.8.26.0000; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Cachoeira Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 19/02/2020; Data de Registro: 19/02/2020.

TJSP, Apelação Criminal 0001624-65.2016.8.26.0506; Relator (a): Reinaldo Cintra; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 05/02/2020; Data de Registro: 08/02/2020.

TJSP, Apelação Criminal 1501648-58.2018.8.26.0050; Relator (a): Roberto Porto; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 25ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/11/2019; Data de Registro: 13/11/2019).

TJSP, Apelação Cível 0006059-28.2014.8.26.0288; Relator (a): Mônica de Carvalho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/04/2019; Data de Registro: 08/04/2019.

TJSP, Apelação Criminal 1016206-82.2018.8.26.0506; Relator (a): Vico Mañas; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Data do Julgamento: 29/01/2020; Data de Registro: 03/02/2020.

TJSP, Agravo de Instrumento 2058846-49.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; Data do Julgamento: 18/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018.

TJSP, Apelação Cível 1000226-95.2015.8.26.0637; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/05/2019; Data de Registro: 31/05/2019.

TJPR - 1ª Câmara.Criminal - 0016350-10.2017.8.16.0014 - Londrina - Rel.: Juiz Naor R. de Macedo Neto - J. 21.11.2019, publicação 10.12.2019).

TJRS, Apelação Cível, Nº 70080953870, Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em: 24-04-2019.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2e. éd. Paris: Économica, 1989. (Collection Études Juridiques Comparatives).

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Dano moral na separação, divórcio e união estável. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 775, p. 128-135, maio 2000.

Recebido em: 20.08.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga. Covid-19 e seus reflexos nas relações intrafamiliares. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.413-430, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-24.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

IMPACT OF CORONAVIRUS GLOBAL HEALTH EMERGENCY ON SPORTS LAW. SPECIAL REFERENCE TO THE CANCELLATION OF TOKYO 2020 OLYMPIC GAMES

IMPACTO DA EMERGÊNCIA GLOBAL DO CORONAVÍRUS NA SAÚDE NO DIREITO DO DESPORTO. REFERÊNCIA ESPECIAL AO CANCELAMENTO DOS JOGOS OLÍMPICOS DE TÓQUIO 2020

Elena Atienza Macías^{1 2}
Juan Francisco Rodríguez Ayuso³

“I am not your hero! Our heroes are the social and healthcare professionals”
Rory McIlroy
(Official World Golf Rankings. No 1).

ABSTRACT: 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 this paper, we will analyze the most relevant effects on Sports Law.

Keywords: health law; sports law; olympic games.

RESUMO: A emergência da COVID-19 tem vindo a espalhar-se pelo mundo a uma taxa de crescimento vertiginoso. A generalidade dos países do mundo é afectada, e a grande maioria deles decidiu adiar e/ou suspender os seus eventos desportivos. Sem dúvida, o adiamento mais relevante tem sido o dos Jogos Olímpicos de Tóquio 2020. Os efeitos económicos na indústria desportiva que a COVID-19 tem envolvido são extremamente elevados. Neste documento, iremos analisar os efeitos mais relevantes sobre o Direito do Desporto.

Palavras-chave: direito da saúde; direito do desporto; jogos olímpicos.

1 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.

2 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.

3 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.

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*”⁴ 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 disciplines⁵ 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)⁶ 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

4 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].

5 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].

6 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 impact⁷ 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 directly⁸.

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 donations⁹, 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

7 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].

8 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].

9 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) ¹⁰.

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 English¹¹ and American law¹². 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 opinion¹³, 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

10 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].

11 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].

12 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].

13 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 majeure¹⁴. However, other CAS cases reflect extremely different views. For example, it is worth mentioning case CAS 2015/A/3920¹⁵ 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 Football¹⁶.

3 THE POSTPONEMENT OF THE TOKYO 2020 OLYMPIC GAMES AND ITS EFFECTS

3.1 Significant precedents¹⁷

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 Ebola¹⁸, 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

14 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].

15 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. [Last accessed: September 8, 2020].

16 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.

17 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].

18 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 Games¹⁹. 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 controversy²⁰ 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 Rights²¹.

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

19 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.

20 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.

21 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 controversy²². 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 whereabouts²³ reporting obligations (athletes are required, among other things, to be physically present

22 Vid. VV.AA.. The COVID-19 outbreak and implications for the Tokyo 2020 Summer Olympic Games, *Travel Medicine and Infectious Disease*, February 2020.

23 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-19²⁴. 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 statement²⁵, 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 postponement²⁶

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 impact²⁷ it seems that it will reduce, according to some estimates, Japan's annual GDP growth by 1.4%²⁸. 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 contract²⁹, 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

24 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].

25 <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].

26 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].

27 Vid: <https://iusport.com/art/104317/el-coi-reconoce-el-golpe-economico-que-ha-causado-aplazar-los-jjoo> [Last accessed: September 8, 2020].

28 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].

29 The Host City Contract 2020 is available at the TOKIO 2020 official website: <https://gtimg.tokyo2020.org/image/upload/production/rtd40rja1u5m4p7oifej.pdf> [Last accessed: September 8, 2020].

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. 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 A\$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.

Recebido em: 08.10.2020

Aprovado em: 20.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

ATIENZA MACÍAS, Elena; RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco. Impact of coronavirus global health emergency on sports law. Special reference to the cancellation of Tokyo 2020 olympic games. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.431-441, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-25.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

REFLEXÕES SOBRE RESOLUÇÃO ON-LINE DE DISPUTAS (“ODR”) EM TEMPOS DE COVID-19

REFLECTIONS ON ONLINE DISPUTE RESOLUTION (“ODR”) IN COVID-19 TIMES

Fernanda Tartuce¹

RESUMO: O distanciamento social imposto pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19) tem provocado mudanças na forma como interagimos. A adoção de meios tecnológicos tem sido cada vez mais comum para reduzir distâncias e custos. A utilização de ODR's em métodos consensuais de resolução de conflitos tem crescido nesse período, apresentando vantagens e desafios para a comunicação e a interação on-line. O objetivo deste artigo é refletir sobre o potencial uso dessas tecnologias e discutir os desafios que ele impõe para os participantes. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica e documental qualitativa. O artigo conclui pela necessidade de se atentar às diferentes formas de intervenção da tecnologia na intermediação de conflitos (acelerada pelo contexto pandêmico), às desigualdades no acesso às tecnologias de informação, às diferentes relações estabelecidas pelas partes e advogados (entre si e com as ODRs) e à necessidade de adaptação da tecnologia aos meios de resolução de disputas para que ela seja uma forma de aproximação e comunicação efetiva.

Palavras-chave: métodos consensuais; odr's; on-line; resolução de conflitos; pandemia do COVID-19.

ABSTRACT: Social distancing imposed by the new coronavirus pandemic (COVID-19) has caused changes in the way we interact. The adoption of technological means of communication has been increasingly common to reduce distances and costs. The use of ODR's in consensual conflict resolution methods has grown during this period, presenting advantages and challenges for communication and online interaction. The purpose of this article is to reflect on the potential use of these technologies and to discuss the challenges it impose on participants. The methodology adopted was qualitative bibliographic and document research. The article concludes by the need to pay attention to the different forms of technology intervention in conflicts intermeditation, (accelerated by the pandemic context), inequalities in access to information technologies, different relationships established by the parties and lawyers (among themselves and with ODRs) and the need to adapt technology to the means of dispute conflict resolution so that it becomes a form of approximation and effective communication.

Keywords: conflict resolution; consensual methods; ODR's; online; COVID-19 pandemic.

¹ Mestre e Doutora em Direito Processual USP. Professora do programa de Mestrado e Doutorado da FADISP. Coordenadora e Professora em cursos de especialização na Escola Paulista de Direito (EPD). Presidente da Comissão de Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Vice-Presidente da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Diretora do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Advogada. Mediadora.

1 INTRODUÇÃO

As interações eletrônicas vinham gradualmente se ampliando em diversas searas até que, a partir da crise gerada pela pandemia do novo coronavírus, sua consagração verificou-se de forma vigorosa em 2020: a valorização de meios viabilizadores de possibilidades relacionais na área jurídica direcionou cada um(a) de nós a atuar de maneira remota sempre que possível.

A inviabilidade de encontros presenciais e a acelerada “virtualização” dos contatos humanos ensejaram o exponencial aumento do uso de plataformas de comunicação síncrona (em que as interações ocorrem simultaneamente), geralmente por meio de vídeo e/ou áudio para reuniões, aulas e encontros sociais²; a familiarização com essas vias facilitou sua adoção maciça em audiências (judiciais e arbitrais) e em sessões consensuais (de mediação e conciliação).

Para muitas pessoas, pulsa vivamente a sensação de que fomos obrigados, por força da pandemia do coronavírus, a olhar detidamente para os meios eletrônicos e adotá-los, ainda que não constituíssem a opção preferida nem mais segura: precisamos aprender intensamente a usar os mecanismos digitais enquanto lidávamos com dilemas e angústias inerentes ao árduo momento vivenciado.

Uma forma interessante de lidar com situações desconhecidas é refletir com profundidade sobre possibilidades e limites na busca de ampliar conhecimentos sobre elementos evolutivos e aspectos proveitosos do tema focado.

Para tanto, fez-se uma pesquisa bibliográfica e documental qualitativa com o objetivo de identificar as formas de inserção da tecnologia nas ODRs, como ela tem transformado a interação entre as partes e advogadas(os) no contexto pandêmico e quais práticas têm sido adotadas para adequar à tecnologia aos meios consensuais de resolução de conflitos.

2 RESOLUÇÃO ON-LINE DE DISPUTAS (ODRS)

2.1 Aspectos evolutivos

Como podemos compreender a passagem maciça de interações do modo presencial para a prodigalizada atuação em meios eletrônicos?

Embora em 2020 tenhamos constatado, por força da pandemia do Covid-19, a intensa tendência de ampliar o uso de meios digitais, o tema vem sendo objeto de iniciativas e estudos há considerável tempo.

E como chegamos ao atual “estado da arte”?

Dentre os aspectos impulsionadores do desenvolvimento de meios extrajudiciais de solução de conflitos merecem destaque o crescimento do comércio eletrônico, o aumento do tempo que as pessoas gastam com deslocamento físico (principalmente em razão de congestionamentos cada vez maiores); o aumento do custo do transporte; o incremento do volume de trabalho desenvolvido pelas pessoas no dia-a-dia e a crescente morosidade dos meios tradicionais de resolução de conflitos (Poder Judiciário)”³.

Com o incremento de formas diversificadas de comunicação, logo se constatou que a

2 ASPERTI, Cecilia; TARTUCE, Fernanda. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP n. 148, 2020.

3 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 32.

realização de práticas ligadas aos meios extrajudiciais de composição de controvérsias não precisava se limitar ao formato presencial.

O mundo dos negócios foi o espaço em que floresceram de modo mais intenso as negociações on-line.

O surgimento de meios diferenciados para compor controvérsias (como negociação e arbitragem), diga-se de passagem, deu-se originalmente fora da seara jurídica. Por força da intensa necessidade de prover eficientes resultados no âmbito comercial, os “meios alternativos de solução de controvérsias” foram se desenvolvendo com gradual aplicação para outras áreas em que prevaleciam interesses de índole marcadamente patrimonial e transacional⁴.

Diante da ineficiência do Estado para prestar a tutela jurisdicional (sobretudo em relação ao dispêndio de tempo), o cidadão e seus grupos começaram a preferir soluções extrajudiciais em que pudessem se envolver por sua própria iniciativa.

Com o tempo, a tecnologia e a inteligência artificial deixaram de estar disponíveis apenas para grandes indústrias; ao se tornarem acessíveis à maior parte da população (por vezes sem custos diretos de aquisição, como no caso das redes sociais), foi se ampliando cada vez mais a adoção de ferramentas digitais para automatizar a execução de tarefas até então dependentes de agentes humanos⁵.

Empresários do comércio eletrônico perceberam a necessidade de melhor lidar com expectativas de clientes insatisfeitos e desenvolveram plataformas próprias para tratar de controvérsias entre consumidores e vendedores; os meios on-line desenvolveram-se então com impulso da globalização e do uso massivo da internet, fatores responsáveis pelo incremento na interação e nos negócios entre pessoas situadas em locais muito distantes – em muitos dos casos, diga-se de passagem, seria praticamente inviável adotar meios presenciais de composição de conflitos⁶.

Além da superação da distância geográfica, a utilidade e a necessidade de adotar meios on-line para compor disputas foram identificadas a partir de fatores como limitação de recursos financeiros e alcance de agilidade; ao ponto, segue explicando Ricardo Dalmaso Marques:

O ODR foi criado para tentar ultrapassar uma das maiores barreiras existentes para um maior desenvolvimento desse mercado: a prevenção e a resolução de disputas em grande volume, cuja falha em muitas instâncias poderia levar à falta de confiança de consumidores no e-commerce. Não é incompreensível: usuários de serviços on-line – ou seja, que contratam com agilidade – buscam resolver suas demandas também com a mesma eficiência, e nenhuma confiança há em um sistema que possibilita uma transação em segundos, mas a resolução de uma disputa em anos ou décadas. Nesse ponto, resolver conflitos – mormente demandas de consumidores – de forma eficiente significa contribuir para o crescimento, a lucratividade

4 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 168.

5 NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. Disponível em https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%80NCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES_ALGOR%C3%80MICOS_E_OS_RISCOS_DE_ATTRIBUI%C3%87%C3%83O_DE_FUN%C3%87%C3%83O_DECIS%C3%93RIA_%C3%80S_M%C3%81QUINAS_Artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision_making_function_to_machines?campaign=upload_email. Acesso: 14 set. 2020.

6 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 31.

7 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez. 2019, p. 7.

e a confiança de um mercado.⁷

A expansão de meios on-line para resolver controvérsias de consumo busca sobretudo encontrar formas inovadoras de lidar com disputas que, de outra forma, permaneceriam sem solução devido aos altos custos do litígio, aos desafios transfronteiriços ligados ao conflito de leis e à exigência de presença física em certos mecanismos; embora todos reconheçam que os meios on-line para consumidores devam ser facilmente acessíveis, amigáveis e econômicos, a tarefa de atribuir-lhes tais características não é fácil principalmente em disputas transfronteiriças, onde novos desafios afetam o paradigma da resolução on-line de disputas⁸.

2.2 Conceituação e realidade brasileira

A expressão *Online Dispute Resolution* (ODR) retrata a utilização da tecnologia da informação e da comunicação para compor conflitos, sendo tal uso referente à totalidade do procedimento ou somente a parte dele⁹.

A maior parte dos autores considera adequado adotar um conceito aberto: a expressão ODR inclui todo e qualquer uso de tecnologia no procedimento, incluindo desde e-mails com documentos até um sistema sofisticado de coleta/armazenamento de dados, com respostas automáticas e resoluções assistidas por computadores, dentre outras ferramentas; nessa linha, a tecnologia seria não só capaz de melhorar os procedimentos, “mas também de alterar substancialmente a forma como funciona o sistema”¹⁰.

A visão mais estrita também merece atenção: segundo Daniel Arbix, que adota o conceito clássico delineado por Ethan Katsh, *Online Dispute Resolution* (ODR) pode ser definida como “resolução de controvérsias em que tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflito”¹¹.

Superando resistências e desconfianças, aos poucos foi sendo ampliada no Brasil a adoção de meios eletrônicos para viabilizar reclamação, notificação e eventual troca de propostas negociais em conflitos de consumo.

Na prática anterior à pandemia, o uso de vias eletrônicas acabava sendo restrito a iniciativas pontuais ou a plataformas de comunicação assíncrona (nas quais as interações independem da presença simultânea da outra parte)¹² usadas para troca de propostas por meio de chats ou mensagens; em relação aos meios consensuais, tal dinâmica era muito

8 CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3347977/Online_Dispute_Resolution_for_Consumers>. Acesso em 003A 27 maio 2020. Trecho original: “The expansion of ODR in the consumer context is not simply about reducing the cost of resolving disputes that could be settled face to face. It is mostly about finding innovative ways to settle niche disputes which otherwise would remain unresolved due to the high costs of litigation (not to mention cross-border challenges of conflict of laws) and face to face ADR methods. ODR for consumers should be characterised by being of easy access and user-friendly as well as being cost-effective. Yet, this is not an easy task, particularly in cross-border disputes, where new challenges enter into the paradigm of resolving disputes online”.

9 LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online Dispute Resolution (Odr): A Solução de Conflitos e as Novas Tecnologias. *Revista do Direito. Santa Cruz do Sul*, v. 3, n. 50, p. 53-70, set./dez. 2016.

10 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez. 2019, p.4-5.

11 ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017, p. 58.

12 ECKSCHMIDHT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E.S.; MUHR, Diana. *Do conflito ao acordo na era digital* (meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC). 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016, p. 125.

13 ASPERTI, Cecilia; TARTUCE, Fernanda. “Conversando a gente se entende”: negociação, mediação e conciliação como meios eficientes após a pandemia. In: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano Souto (Coords.). *Coronavírus: direito do cidadão e acesso à justiça*. Indaiatuba: Foco, 2020.

mais próxima da negociação do que propriamente da conciliação e da mediação¹³.

Nas plataformas de negociação, há uma diferença marcante em relação aos meios tradicionais: não há resolução do conflito por um terceiro neutro, elemento que torna o procedimento mais oneroso por força do custo econômico e do dispêndio de bens imateriais de que as partes terão de dispor (como tempo e deslocamento, dentre outros); nessa medida, “experiências de outros países demonstram que o custo da resolução de uma disputa do consumidor por meio de mecanismos tradicionais é atualmente muito alto.”¹⁴

Como bem pontuam Antônio José Maristrello Porto, Rafaela Nogueira e Carina de Castro Quirino,

Há diversos debates sobre a eficiência desses mecanismos, que dependem essencialmente dos desenhos regulatórios de e-commerce. Os mais bem-sucedidos são aqueles em que a maioria das disputas é resolvida sem a intervenção de terceiros neutros. Os esquemas efetivos de reparação do consumidor geralmente adotam uma forma de pirâmide, onde a maioria das disputas é resolvida em sua base, depois que as partes trocaram todas as informações necessárias e apenas uma pequena proporção do progresso das reclamações para a próxima etapa em que um terceiro neutro intervém para facilitar as negociações¹⁵.

O uso da tecnologia em meios de solução de conflitos pautados na participação de terceiros (juízes e fomentadores de consenso) ocorria pontualmente em alguns procedimentos (sobretudo arbitrais); em prol da útil realização de atos específicos, como a assinatura de termos iniciais de arbitragem e a escuta de testemunhas por videoconferência, a prática eletrônica atendia a necessidade de prover maior comodidade aos participantes e permitir a superação de restrições geográficas.

Como se nota, apesar de os mecanismos on-line terem sido pensados inicialmente para tratar de relações estabelecidas no ambiente eletrônico, o uso da tecnologia em meios adequados de composição de conflitos surgidos em interações físicas também se verifica: trocas de e-mails, conferências telefônicas e videoconferências, assim como outros recursos tecnológicos, passaram a ser adotados por força da conveniência, da agilidade e da economia que ensejam¹⁶.

O uso dos meios on-line de resolução de disputas, como bem explicam Rodrigo Magalhaes e Marina Saraiva, vem sendo objeto de gradual evolução:

Do ponto de vista histórico, Katsh e Rifkin (2001) ensinam que o uso dos ODR pode ser dividido em três fases. O primeiro estágio perdurou até aproximadamente o ano de 1995, quando os métodos se mantinham adstritos praticamente à resolução de controvérsias ligadas a usuários e provedores de e-mail, permanecendo a sua utilização em contextos específicos. A segunda fase ocorreu entre os anos de 1995 e 1998, quando foi percebida a necessidade do uso de meios eletrônicos para solução de controvérsias que surgiam no ciberespaço de forma geral. Na terceira fase, que teve início em 1998 estendendo-se até os dias atuais, passa-se a compreender os MESC como capazes de resolver conflitos surgidos tanto fora como dentro do ambiente eletrônico¹⁷.

14 PORTO, Antônio José Maristrello, NOGUEIRA, Rafaela, QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 114, p.295-318, nov./dez., 2017, p.297.

15 PORTO, Antônio José Maristrello, NOGUEIRA, Rafaela, QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 114, p.295-318, nov./dez., 2017, p.297.

16 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 32.

17 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019, p. 30-31.

Estamos então inseridos nessa terceira etapa.

Atualmente as plataformas on-line no Brasil têm focado no uso de quatro institutos: (i) negociação automatizada e assistida, (ii) mediação on-line, (iii) arbitragem on-line, (iv) ombudsman on-line¹⁸.

A adoção de plataformas públicas de negociação e mediação on-line tem sido incentivada pelo Poder Judiciário brasileiro tanto em fases pré-processuais como no curso de processos judiciais. Há atualmente plataformas (tanto públicas e privadas) que atuam na autocomposição de conflitos favorecendo negociações; dentre as mais conhecidas destacam-se a Mediação Digital do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a [consumidor.gov](http://consumidor.gov.br)¹⁹, mantida e gerenciada pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça²⁰.

Lísa Fernanda Alves Vieira e Lina Tieco Doi promovem adicional esclarecimento sobre possibilidades temporais:

A resolução on-line de conflitos, com possibilidade de homologação digital do acordo por um juiz, pode ocorrer de duas formas: na fase pré-processual, por iniciativa e desejo das partes antes de o conflito adentrar ao Judiciário, ou já na esfera processual, após instaurada a lide. Há oferta de plataformas privadas ou públicas em ambas as modalidades²¹.

Apesar da ausência de atos normativos de Tribunais sobre a temática, apenas 11 (onze) deles ainda não disponibilizam opções de resolução on-line de conflitos:

Ou seja, em mais de 50% dos Estados, o Tribunal de Justiça torna acessível os serviços de alguma plataforma de ODR. Transformando os dados obtidos em porcentagens, percebe-se o maior fomento à temática advindo das regiões sul e sudeste, haja vista todos os seus Tribunais de Justiça aderirem ao menos uma forma de mediação ou conciliação digital. Em seguida, o nordeste e o Centro-Oeste, com 55% e 50%, respectivamente, de adesão dos Tribunais de Justiça às plataformas virtuais. Por fim, o norte vem a ser a única região do Brasil na qual menos da metade dos Estados incentivam os métodos consensuais de autocomposição pela via online²².

Como se nota, o tema vem crescendo sob o prisma quantitativo e merece ser devidamente compreendido pelos atores do cenário jurídico também em aspectos qualitativos.

Afinal, um tratamento padronizado desatento às características dos conflitos, das partes e da acessibilidade destas aos meios virtuais poderá ensejar obstrução de seu acesso à justiça²³ e ensejar uma grave ameaça à qualidade e à reputação dos meios extrajudiciais.

18 PORTO, Antônio José Maristrello, NOGUEIRA, Rafaela, QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 114, p.295-318, nov./dez., 2017, p.6.

19 VIEIRA, Laís Fernanda Alves; DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, p.303-226, dez. 2018, p. 311.

20 BRASIL. Ministério da Justiça. *Sobre o serviço Consumidor.gov.br*. 2020. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 8 set. 2020.

21 VIEIRA, Laís Fernanda Alves, DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, dez. 2018, p. 311.

22 VIEIRA, Laís Fernanda Alves, DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, dez. 2018, p. 310-311.

23 TARTUCE, Fernanda; ASPERTI, Cecília. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP, n. 148, 2020.

3 ONLINE DISPUTE RESOLUTION: QUARTA PARTE NA INTERAÇÃO?

Como podemos compreender a adoção de meios eletrônicos na resolução de disputas: ela representa apenas uma nova forma de suporte dos mecanismos tradicionais ou chega a constituir uma quarta parte na interação entre as pessoas envolvidas na comunicação?

O conciliador, o mediador, o árbitro ou o assessor das partes, quando presentes, seriam a terceira parte; havendo um destacado “papel da tecnologia de gestão do procedimento e de estabelecimento da agenda, efetivamente guiando os litigantes a uma solução consensual, quando possível”²⁴, a mídia se configuraria como quarto elemento.

Ricardo Dalmaso Marques explica como a questão pode ser respondida por diferentes prismas:

Para alguns, os métodos de ODR seriam nada mais do que métodos adequados (ADR), porém auxiliados ou ampliados por meio do uso da tecnologia da informação e da comunicação (information and communications technology – ICT). Na realidade, todavia, os métodos de ODRs podem até ter começado como métodos de ADR executados ou administrados on-line, mas o fato é que a tecnologia forneceu aos sujeitos envolvidos “novos poderes”, pois possibilitou a criação de novos ambientes, inexistentes no mundo físico, a partir do uso dos crescentes tipos de comunicação on-line que foram se fazendo disponíveis (inclusive para esfera judicial, conforme o caso)²⁵.

São exemplos de ferramentas que podem ser agregadas pela plataforma a possibilidade de que o sistema realize cálculos complexos, o fornecimento de lista de opções com possibilidades não vislumbradas pelas partes e a inclusão de ferramentas de realidade virtual e/ou aumentada; como se nota, a influência sobre as interações das partes pode ser revolucionária²⁶.

A partir do conceito restritivo, as plataformas que ofertam serviços para compor controvérsias on-line apenas inserindo meios tradicionais (como negociação, mediação e arbitragem) no ambiente virtual não poderiam ser classificadas propriamente como ODR, já que trabalhariam com uma espécie de E-ADR; nessa linha,

As empresas de ODR propriamente ditas seriam, portanto, aquelas com plataformas plenamente automatizadas, que contam com robôs, ou algoritmos, que participam ativamente das negociações, como se fossem uma “quarta parte” na busca da resolução da disputa²⁷.

Em interessante pesquisa, constatou-se que, na prática, ainda preponderava no Brasil em 2018 a concepção ampla de ODR, que inclui tanto as resoluções de conflitos em que os meios alternativos tradicionais ocorrem on-line quanto as plataformas de negociações plenamente automatizadas; concluiu-se então que a percepção da tecnologia como quarta

24 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez., 2019, p. 4.

25 MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v.5, out./dez., 2019, p.3.

26 ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução online de disputas. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni (Coords.). *O advogado do amanhã* - estudos em homenagem ao professor Richard Susskind - Coleção Direito e Novas Tecnologias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

27 ROSA, Camila da; SPALER, Mayara Guibor. Experiências privadas de ODR no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. a.3, n.3, dez. 2018.

parte “ainda não tem sido explorada de modo representativo no país”²⁸.

Tem razão a perspectiva de que mídia viabilizadora da comunicação configura uma quarta parte na interação, assim como a adoção da visão ampliada para abarcar diversas práticas no conceito de resolução on-line de disputas melhor se coaduna com a postura inclusiva e gradual para que possamos ir nos familiarizando, gradualmente, com novos suportes de tramitação e interferência.

4 INFLUÊNCIAS DA MÍDIA E ATUAÇÃO NOS PROCEDIMENTOS

O uso de meios tecnológicos para transmitir informações naturalmente influencia o comportamento dos destinatários. São considerados efeitos da mídia (*media effects*) tanto os impactos na condução do procedimento como a forma como as partes dividem, recebem e interpretam as informações”²⁹.

A relevância da plataforma, como se nota, passa a ser considerável nesse cenário, razão pela qual caberá aos profissionais que lidam com ela saber atuar de forma adequada.

Nas interações por meio eletrônico, antes de atuar segundo as diretrizes do meio de composição de conflitos propriamente dito, será importante abordar as condições tecnológicas para que a interação se verifique sem solução de continuidade.

A título de contribuição, eis sugestões sobre o que merece ser abordado para haver clareza sobre como a comunicação pode (ou não) fluir. Antes de ir ao cerne do objetivo buscado no meio de solução de disputa, será importante abrir espaço para escutar informações sobre o estado da rede dos usuários: a internet está operando bem ou apresenta instabilidades? Havendo conhecimento de problemas, será bom reportá-los desde o início. Se o sinal de algum usuário está bom mas o de outro(s) não, será importante cessar um pouco e verificar se realmente a pessoa está presente. E o som, funciona bem? Sobre a imagem, há boa visualização ou aspectos como a luminosidade precisam ser melhorados?

Orientações direcionadas a cuidados técnicos constam nas recomendações sobre procedimentos remotos de resolução de disputas estruturado pelo *Chartered Institute of Arbitrators* (CI Arb)³⁰ nos seguintes termos:

1.3. Devem ser alocados períodos de tempo suficientes para resolver possíveis falhas de conexão ou outras falhas técnicas uma vez iniciada uma reunião ou audiência. A assistência técnica e o monitoramento do status da conexão em todas as etapas dos procedimentos remotos devem ser providenciados sempre que possível e organizados com antecedência.

1.4. A conexão de áudio e/ou vídeo da mais alta qualidade disponível para as partes deve ser utilizada. As conexões devem ser capazes de proporcionar

28 ROSA, Camila da; SPALER, Mayara Guibor. Experiências privadas de ODR no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. a.3, n.3, dez. 2018.

29 BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

30 “O Chartered Institute of Arbitrators – CI Arb, instituição fundada em Londres em 1915 com representação no Brasil (CI Arb Brazil Branch) desde 2019, edita regularmente diretrizes acerca de aspectos variados dos sistemas de resolução de disputas. As diretrizes do CI Arb condensam práticas consolidadas e procedimentos recomendados a partir da experiência de grupos de especialistas. São divulgadas em seu website www.ci-arb.org e amplamente aplicadas, por escolha das partes ou como soft law, para orientar a atuação dos envolvidos na resolução de controvérsias”. (Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/324412/chartered-institute-of-arbitrators-ci-arb-recomendacoes-sobre-procedimentos-remotos-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso: 25 ago. 2020).

uma imagem completa das pessoas envolvidas e um som claro de suas alegações e intervenções. Isso não só garantirá procedimentos mais dinâmicos, mas também eliminará a necessidade de postergação de prazos e cronogramas para a observância do devido processo.³¹

Após assegurar que há condições tecnológicas de participação, já se poderá concretizar praticamente o meio de composição de conflitos?

Ainda não: será preciso falar sobre a plataforma utilizada, sendo interessante questionar se as partes estão familiarizadas com ela e se precisam de informações detalhadas sobre como interagir.

A pluralidade de ferramentas³² (definitivamente uma marca do Poder Judiciário brasileiro) é sentida desde o início da informatização do processo judicial, coexistindo desde 2006 diversos sistemas de tramitação eletrônica (como PJe, E-saj e Projudi)

Confirmando a visão multifacetada, antes da pandemia foi aprovado o enunciado 48 no Fórum Nacional de Conciliação e Mediação (Fonacon):

As audiências de conciliação, mediação e negociação direta podem ser realizadas por meios eletrônicos síncronos ou assíncronos, podendo ser utilizados: fórum virtual de conciliação, audiência virtual, videoconferência, whatsapp, webcam, skype, scopia, messenger e outros, sendo todos os meios igualmente válidos.

Como se nota, a parte e seu(s) advogado(s) precisarão ser versáteis para saber lidar com uma miríade de opções - que, aliás, se ampliou com a pandemia.

Ao ponto, merecem destaque as ponderações de Daniel Ferreira e Carolina Barrocas sob a perspectiva da mediação on-line:

Toda mídia possui suas vantagens e falhas e é nesse momento que um profissional bem treinado fará a diferença e utilizará a mídia como sua aliada. O mediador, ao usar a tecnologia em um procedimento de ODR, deverá estabelecer estratégias para vencer as dificuldades criadas pela mesma, como por exemplo, estabelecer confiança com as partes o quanto antes e fazer com que estas não dependam da leitura do comportamento não verbal (...) Um mediador deve, portanto, conduzir um procedimento online de maneira mais clara possível e se certificar, a todo momento, de que as partes compreenderam da maneira certa e na medida certa a mensagem enviada. O mediador deve assumir sempre o papel de esclarecedor da mensagem.³³

Os autores também lembram que talvez as partes em conflito nunca tenham feito uso da mídia que será utilizada: nesse cenário, dar explicações sobre a tecnologia será essencial para o sucesso da interação, esclarecendo o mediador que é normal sentir desconforto³⁴ e ser bem claro em relação ao contexto:

31 CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Disputas*. Disponível em: https://9961956e-d2ed-4f68-b6f9-5d9c38694afb.filesusr.com/ugd/f51e52_cd6a16d84d404118b4972084386f72ce.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

32 Há considerável diversidade: o Conselho Nacional de Justiça indica o uso da plataforma Webex; alguns juízes têm usado Zoom, enquanto certos tribunais adotaram Google Meet ou Microsoft Teams; há também registros de sessões conciliatórias realizadas por meio do aplicativo WhatsApp.

33 BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

34 Os autores completam: "O bom mediador deve ser capaz de prever a desconfiança e atuar de maneira imediata" (BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020).

Portanto, a única maneira de criar empatia e confiança entre as partes em um processo de mediação online é através de um profissional que seja capaz de: se conectar com as partes gerando *rapport*; estabelecer confiança o mais rápido possível; desconstruir a desconfiança; demonstrar que a tecnologia é aliada das partes; e aproximar dentro do distanciamento natural gerado pela mídia³⁵.

Orientação direcionada à chance de preparação prévia consta nas recomendações sobre procedimentos remotos de resolução de disputas estruturado pelo *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb) nos seguintes termos:

A tecnologia, o software, o equipamento e o tipo de conexão a serem utilizados em um procedimento remoto devem ser objeto de consenso pelas partes e testados com todos os participantes antes de quaisquer reuniões ou audiências³⁶.

A proposta é muito interessante por permitir que as pessoas estejam minimamente familiarizadas com o sistema no dia da sessão ou audiência. Contudo, será preciso combinar datas e horários para os testes e isso ensejará adicional investimento de tempo (bem precioso e raro atualmente).

Caso não seja disponibilizada pelo Tribunal a oportunidade de teste, será importante que o advogado busque, por sua conta, fazer uma experimentação da plataforma com o cliente de modo a familiarizá-lo com ela.

Além de buscar preparar o cliente para aspectos tecnológicos antes da reunião, caberá ao advogado prestar redobrada atenção durante a sessão on-line.

Nas reuniões presenciais muitas vezes um contato visual do cliente sinaliza ao advogado a necessidade de solicitar uma pausa ou mesmo realizar uma intervenção mais assertiva; esse tipo de indicação acaba sendo inviabilizado em uma tela (onde todos em princípio olham para todos ao mesmo tempo).

Após a sessão, conversas de corredor e/ou na saída acabam também não ocorrendo, sendo substituída por uma ligação ou chamada de vídeo - nem sempre capaz de captar as percepções e os sentimentos que fluíram durante e após a sessão. Em suma: a dinâmica cliente-advogado, sem dúvida, é bem diferente quando ambos não estão fisicamente no mesmo ambiente, o que pode trazer prejuízos tanto para a preparação prévia quanto para a atuação durante a sessão e o diálogo subsequente³⁷.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inviabilidade de encontros presenciais causada pela pandemia do novo coronavírus gerou acelerada “virtualização” dos contatos humanos, tendo crescido exponencialmente no País o uso de plataformas de comunicação, geralmente por meio de vídeo e/ou áudio, para reuniões, aulas, encontros sociais, audiências (judiciais e arbitrais) e sessões consensuais

35 BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes. *Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais*. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

36 Item 1.2 das Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Disputas. In: CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *Recomendações sobre Procedimentos Remotos de Resolução de Disputas*. Disponível em: https://9961956e-d2ed-4f68-b6f9-5d9c38694afb.filesusr.com/ugd/f51e52_cd6a16d84d404118b4972084386f72ce.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

37 TARTUCE, Fernanda; ASPERTI, Cecilia. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP, n. 148, 2020.

(de mediação e conciliação).

A expansão do uso dos meios tecnológicos, aliada às reduções de distâncias, tempo e custos, tem proporcionado o aumento da adoção de meios on-line de resolução de disputas (ODR's).

Os meios consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, além de privilegiarem o diálogo e o restabelecimento de relações, reduzem o tempo e o custo gerado por eventual promoção de demandas judiciais. Assim como as ODR's, os meios consensuais foram ainda mais prestigiados pelo Poder Judiciário a partir da necessária fase de distanciamento social.

Apesar de apresentarem vantagens, a utilização de ODR's em sessões de conciliação e mediação apresenta alguns desafios, como a dificuldade de acesso a meios tecnológicos acentuada por desigualdades socioeconômicas, a instabilidade da rede, o distanciamento da parte com advogadas(os) e a necessária adaptação à mudança na forma de interação.

A utilização dos meios tecnológicos acaba inserindo uma nova parte na gestão do conflito. Enquanto o mediador, o conciliador e o árbitro atuam como terceiro que intervêm no conflito para conduzir o mecanismo de solução, a tecnologia compreende uma quarta parte que gera interferência na interação ao impor adaptações aos participantes.

Antes de ir ao cerne do objetivo buscado no meio de solução de disputa, é importante que mediadores, conciliadores e árbitros abram espaço para ouvir informações sobre o estado da rede dos usuários e eventuais dificuldades encontradas, dispondo-se a orientar os participantes do procedimento sobre a forma de resolvê-las e interagir na plataforma.

Partes e advogadas(os) também precisarão ser versáteis para lidar com uma miríade de opções tecnológicas que trazem consigo desafios inerentes a novas formas de comunicação e interação.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p.514-539, maio/ago. 2017.

ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Intelecto, 2017.

ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. Resolução online de disputas. In: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovani (Coords.). *O advogado do amanhã* - estudos em homenagem ao professor Richard Susskind - Coleção Direito e Novas Tecnologias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ASPERTI, Cecília; TARTUCE, Fernanda. "Conversando a gente se entende": negociação, mediação e conciliação como meios eficientes após a pandemia. In: TARTUCE, Fernanda; DIAS, Luciano Souto (Coords.). *Coronavírus: direito do cidadão e acesso à justiça*. Indaiatuba: Foco, 2020.

ASPERTI, Cecília; TARTUCE, Fernanda. A conciliação e a mediação online a partir da pandemia do novo Coronavírus: limites e possibilidades. *Revista do Advogado*. AASP, n.148, 2020.

BARROCAS, Carolina, FERREIRA, Daniel Brantes. Online Dispute Resolution como forma de solução de conflitos em tempos de pandemia no Brasil e Canadá: habilidades e competências dos profissionais. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/odr-em-tempos-de-pandemia-no-brasil-e-canada/>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Sobre o serviço Consumidor.gov.br*. 2020. Disponível em: <https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>. Acesso em: 8 set. 2020.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. Recomendações sobre Procedimentos Remotos de

Resolução de Disputas. Disponível em: https://9961956e-d2ed-4f68-b6f9-5d9c38694afb.filesusr.com/ugd/f51e52_cd6a16d84d404118b4972084386f72ce.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

CORTÉS, Pablo. Online Dispute Resolution for Consumers. Disponível em: <https://www.academia.edu/3347977/Online_Dispute_Resolution_for_Consumers>. Acesso em: 27 maio 2020.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E.S.; MUHR, Diana. *Do conflito ao acordo na era digital* (meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC). 2. ed. Curitiba: Doyen, 2016.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online Dispute Resolution (Odr): A Solução de Conflitos e as Novas Tecnologias. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set./dez. 2016.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p26. ISSN: 2178-8189.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v. 5, out./dez., 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. Disponível em: https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES_ALGOR%C3%8DTMICOS_E_OS_RISCOS_DE_ATRIBUI%C3%87%C3%83O_DE_FUN%C3%87%C3%83O_DECIS%C3%93RIA_%C3%80S_M%C3%81QUINAS_Artificial_intelligence_and_procedural_law_algorithmic_bias_and_the_risks_of_assignment_of_decision_making_function_to_machines?campaign=upload_email. Acesso em: 14 set. 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*. v.114, p.295-318, nov./dez., 2017.

ROSA, Camila da; SPALER, Mayara Guibor. Experiências privadas de ODR no Brasil. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. a.3, n.3, dez. 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_10.pdf; Acesso em: 14 set. 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

VIEIRA, Laísa Fernanda Alves, DOI, Lina Tieco. Online Dispute Resolution (ODR) e regulamentação nos tribunais brasileiros. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 3, dez. 2018.

Recebido em: 16.10.2020

Aprovado em: 14.06.2020

Como citar este artigo (ABNT):

TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre resolução on-line de disputas (“ODRS”). *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.442-453 jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-26.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



Newton

ISSN 1678-8729