

PANDEMIA E RESPONSABILIDADE: A PESSOA NO CENTRO DO TABULEIRO

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho *

Completa-se, enfim, o último quadrimestre do mais insólito ano há muito não vivido. O sofrimento imposto à humanidade em 2020 que, desde março, provoca tamanhas incerteza e insegurança ainda turva a visão de futuro, mas já se podem entrever lições a serem colhidas. A premência de lidar com pandemia altamente infecciosa demandou de todos, cada um em sua área, atenção e atuação quase exclusivas. Os impactos da catástrofe reverberaram, claro, no tema da responsabilidade civil, que incorporou novos desafios a seu amplo espectro de atuação. À história caberá retratar esse hiato na linha de transcurso regular dos acontecimentos, e não faltará matéria-prima para sociólogos, filósofos e economistas num mundo em radical transformação; mas por qualquer ângulo pelo qual se enfoque o problema, da análise sobressairá a preocupação com o essencial: a pessoa humana e seus valores existenciais a serem tutelados pelo ordenamento jurídico com máxima prioridade.

Assim, em meio à distopia pandêmica, logo se fez imprescindível a intervenção do Estado-administrador para protagonizar o combate à Covid-19 e do Estado-legislador para regular momento de tamanha anormalidade. Na experiência estrangeira, países como Portugal, Espanha, Itália e Alemanha já em março contavam com leis de emergência para tratar de questões atinentes ao direito privado no período. No Brasil, conquanto a iniciativa tenha partido razoavelmente célere, a lentidão do processo legislativo mostrou-se estarrecedora, em especial na Câmara dos Deputados e na presidência da República. Desse modo, apenas a 12 de junho – três meses após as primeiras medidas restritivas no Brasil – entrou em vigor a lei brasileira a implantar regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado (RJET – Lei 14.010/2020) e mesmo assim bastante desfalcada por diversos vetos presidenciais que

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Representante da linha de pesquisa de direito civil no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Foi coordenador do Programa de Pós-Graduação, chefe do Departamento de Direito Civil e vice-diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Foi diretor jurídico do Procon-RJ (2011-2013). Membro do conselho editorial da revista eletrônica de direito civil *Civilistica.com*. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/RJ. Membro e coordenador da comissão de eventos científicos do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Membro e primeiro vice-presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Mestre em direito da cidade e doutor em direito civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e parecerista em temas de direito privado. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7792-9788>

viriam, em seguida, a ser derrubados pelo Congresso Nacional.

A lei do RJET, como ficou notabilizada, além de ter nascido temporã, já veio à luz condenada à morte precoce, pois a maioria de seus dispositivos previa o dia 30 de outubro de 2020 para deixarem de vigor, data em que os efeitos da pandemia na realidade permaneciam intensos – como ainda seguem, inclusive com o recrudescimento de medidas de isolamento impostas por estados e municípios. Melhor seria que o legislador emergencial fizesse corresponder a vigência das regras que quis implantar à extensão do período de duração da pandemia, valendo-se por exemplo de cláusula aberta que associasse sua vigência ao reconhecimento normativo do estado de calamidade pública. Como isso não ocorreu, a chegada do termo final indicado na lei (30.10.20) deixou o intérprete-aplicador do direito órfão de regulamento específico para problemas oriundos da Covid-19, o que não impede, no entanto, que na análise do caso concreto possa se valer dos mesmos valores inspiradores do RJET. Nesse sentido, embora o artigo 9º do RJET tenha expirado em 30 de outubro,¹ deverá o juiz avaliar se o despejo do inquilino em meio à pandemia implicará grave risco à sua saúde e à sua vida, valores que deverão ser ponderados no caso concreto. De igual modo, mesmo após 30 de outubro poderá ser válida reunião virtual da assembleia condominial caso se constate elevado risco de contaminação (RJET, art. 12).² A rigor, na eventualidade de sequer ter existido intervenção legislativa emergencial, os dois casos apontados provavelmente receberiam soluções semelhantes, senão idênticas, inspiradas por princípios e valores que dão conformidade à construção de cada decisão, na unidade do sistema jurídico em cujo vértice se destaca a proteção da pessoa e seus interesses existenciais.³

Ainda do ponto de vista normativo, o terceiro quadrimestre de 2020 também contemplou, após longas idas e vindas, a entrada em vigor da maioria dos dispositivos da aguardada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Inicialmente prevista para vigorar a partir de agosto de 2020, após vinte e quatro meses de *vacatio legis*, a LGPD deparou-se com a tentativa de protelação de sua vigência, via edição da Medida Provisória 595, para maio de 2021. A previsão, contudo, não foi aprovada no Congresso quando da conversão da MP em lei,

¹ 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.

² 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.

³ O RJET incidiu, ainda, em grave equívoco no que toca à disciplina da prescrição. Embora a suspensão dos prazos prescricionais promovida por seu artigo 3º, tenha sido medida de inegável acerto, o modo como foi desenhada pelo legislador – iniciando-se apenas com a promulgação da lei em questão – associado à mencionada lentidão do processo legislativo levou ao esvaziamento da medida, pois, durante o longo período entre março de 2020 – início dos efeitos fáticos da pandemia – e 12 de junho de 2020, os prazos prescricionais continuaram a correr. Poderia o legislador ter minimizado o problema caso tivesse retrocedido o início da suspensão das prescrições para 20 de março de 2020 – termo inicial dos eventos derivados da pandemia, conforme artigo 1º, parágrafo único, do RJET –, ressalvados os prazos consumados antes da vigência desta Lei, medida que, a um tempo, teria respeitado o direito adquirido e conferido maior utilidade prática ao dispositivo. Cf, sobre o assunto, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Prescrição e RJET (Lei 14.010/2020): surgimento de um problema e perda da chance de sua solução. In: *Migalhas de Responsabilidade Civil*, 15 de junho de 2020.

razão pela qual a LGPD, em sua maior parte, repita-se, passou a vigorar mesmo em 18 de setembro de 2020.

Trata-se de diploma imprescindível à concretização do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Na atual sociedade tecnológica, na qual a informação constitui valiosa *commoditie*, a tutela do dado pessoal, como extensão da personalidade para além da materialidade corpórea, adquire papel central na promoção da dignidade da pessoa humana. Assim, não se pode mais deixar de reconhecer a proteção dos dados pessoais como direito fundamental. Como se pode perceber, tal fenômeno decorre da tutela, mais ampla, que se irradia diretamente da Constituição à pessoa humana.⁴ Em outras palavras, no direito contemporâneo, em que a pessoa e sua plena realização existencial foram alçadas a valor supremo, demanda-se a releitura da estrutura e da função dos direitos da personalidade nas múltiplas situações em que se apresentam. Configura-se, desta feita, linha de ruptura com o sistema patrimonialista e individualista de outrora, e se dá início à definição de novos bens jurídicos que se desenvolvem céleres no contexto da sociedade tecnológica, tais como o direito ao tempo livre e a proteção dos dados pessoais (que se autonomiza da tutela da privacidade).

Ainda neste último terço de 2020, especificamente em 11 de setembro de 2020, comemoraram-se os trinta anos do Código de Defesa do Consumidor. Diploma bastante avançado ao tempo de sua promulgação, o CDC tornou-se responsável pela consolidação do mercado de consumo no Brasil por meio de mecanismos jurídicos pioneiros que logo se espalharam por todo o direito privado, notadamente no campo dos contratos e da responsabilidade civil. Cuida-se de exemplo eloquente do que Norberto Bobbio designara função promocional do direito.⁵

Após três décadas de vigência, o CDC enfrenta renovados desafios que, à época de sua promulgação, eram inimagináveis. A pandemia da Covid-19 intensificou o consumo à distância, especialmente o realizado pela internet e, ao que tudo indica, as próximas décadas serão marcadas por relativizações das fronteiras consumidor-fornecedor, característica própria da economia do compartilhamento. Mesmo nesse desafiador cenário, o sofisticado arcabouço principiológico das relações de consumo no Brasil, de raízes constitucionais, que busca a tutela da dignidade da pessoa do consumidor com prioridade, mas em harmônica sintonia com o desenvolvimento da atividade empresarial e das potencialidades da liberdade econômica, permanece suficientemente sólido para guiar o jurista na travessia dos próximos anos, não

⁴ “Dignidade é mais que um vocábulo, e a igualdade transcende a expressão do signo linguístico. Ser sujeito de direito tem correspondido a ser *eventualmente* sujeito de direito. A susceptibilidade de tal titularidade não tem implicado concreção, efetividade. A proclamação conceitual inverte-se na realidade. Livres e iguais para não serem livres e iguais. Eis, num sentido originariamente desprovido de valor, especialmente da axiologia que recobre a vida em si mesma, a fonte de todos os direitos e princípios” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 40).

⁵ “O elemento novo das leis de incentivo, aquele que permite o agrupamento dessas leis em uma única categoria, é exatamente o fato de que elas, diferentemente da maioria das normas de um ordenamento jurídico, denominadas sancionatórias (com referência ao fato de que preveem ou cominam uma sanção negativa), empregam a técnica do encorajamento, a qual consiste em promover os comportamentos desejados, em vez da técnica do desencorajamento, que consiste em reprimir comportamentos não desejados”. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007, pp. 17-18).

obstante o reconhecimento da necessidade de atualizações pontuais em seu corpo (objeto, inclusive, de importantes projetos de lei em tramitação avançada no Congresso Nacional).

No plano da jurisprudência dos tribunais superiores, destaca-se, no dia 2 de dezembro de 2020, a aprovação de novo enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a revelar a viva discussão que se trava acerca dos danos à pessoa e suas múltiplas implicações. Trata-se do verbete 642, com a seguinte redação: “o direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir na ação indenizatória”. Não isenta de críticas, a dicção fundamenta-se não somente na letra do artigo 943 do Código Civil, mas bem assim na distinção entre *bens jurídicos* vilipendiados em decorrência de lesão extrapatrimonial e *direito à compensação* por tais danos. Ao passo que os primeiros têm natureza existencial e, portanto, são personalíssimos e intransmissíveis (CC, art. 11), o segundo tem natureza patrimonial e, por essa razão, transfere-se aos herdeiros com o falecimento do titular. Note-se que a situação regulada pelo novo enunciado se configura quando ocorre a morte da vítima do dano extrapatrimonial após a consumação da lesão, o que não se confunde com o suporte fático indicado no parágrafo único do artigo 12 do Código Civil e no parágrafo único do artigo 20 do mesmo diploma, que tratam de lesão à honra de pessoa pré-morta e, por consequência, conferem aos familiares indicados legitimidade para sua proteção. Também não parecem destoar do verbete os pleitos compensatórios de danos morais dos herdeiros pela perda do ente querido, na medida em que aqui se discute direito próprio dos familiares.

Ainda no âmbito da tutela da pessoa no Superior Tribunal de Justiça, vale observar o acirramento da divergência entre Terceira e Quarta Turmas quanto à configuração de danos extrapatrimoniais e a responsabilização de operadoras de planos de saúde pela recusa de tratamentos que não constam no rol da ANS. A título exemplificativo, a Quarta Turma, mais conservadora quanto ao tema, afastou, no julgamento do AREsp 1.497.534,⁶ a obrigação da operadora de fornecer tratamento experimental receitado por médico sob o argumento de que não cabe ao Judiciário substituir a ANS em sua atribuição “de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde”.

A Terceira Turma, por outro lado, tem apresentado entendimento mais flexível a respeito do tema, como indicado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze no julgamento do REsp 1.883.066⁷ ao afirmar o seguinte em seu voto condutor:

Em que pese ao advento de um precedente da Quarta Turma em sentido contrário ao deste voto – REsp n. 1.733.013/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 20/2/2020 –, conforme apontado pelo ora agravante, esse precedente não vem sendo acompanhado pela Terceira Turma, que ratifica o seu entendimento quanto ao caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos.

⁶ STJ, 4ª T., AREsp 1.497.534, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 06.10.2020.

⁷ STJ, 3ª T., REsp 1.883.066, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 19.10.2020.

Nota-se, no particular, que a busca pela tutela mais adequada da pessoa humana ocupa posição de centralidade, afinal, a celeuma existente entre as duas turmas de direito privado do STJ funda-se justamente na incerteza acerca de como melhor promover a dignidade dos usuários de planos de saúde. Isso porque se, por um lado, o posicionamento da Terceira Turma afigura-se mais protetivo ao consumidor em concreto que ajuizou ação para obter tratamento não previsto na lista da ANS, o entendimento da Quarta Turma busca evitar efeitos sistêmicos prejudiciais que pudessem decorrer da responsabilização da operadora por todo e qualquer tratamento⁸.

Por fim, o presente editorial não poderia findar sem aludir ao Webinar de lançamento do livro “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, em 3 de dezembro de 2020, que ganhou edição caprichada da Ed.Foco. A obra coletiva que vem a público, com título que presta homenagem a texto clássico de Castanheira Neves, retrata as apresentações que derivaram do profícuo convívio científico e importante intercâmbio acadêmico que marcaram as III Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil, na Faculdade de Direito de Coimbra (novembro de 2019), produzidas em parceria com o IBERC. Vejam-se as relevantes considerações dos coordenadores da obra – Mafalda Miranda Barbosa, Nelson Rosenvald e Francisco Muniz – na nota introdutória ao livro:

Se com base no tópico “Pessoa, Direito e Responsabilidade” pudemos, durante dois dias, debater muitos e importantes aspectos dogmáticos da responsabilidade civil, tornou-se também evidente a negação do formalismo com que, noutras épocas, o direito foi mascarado. O encontro anual de juristas portugueses e brasileiros (mas também espanhóis e de outras nacionalidades) garantiu-nos, assim, a problematização do próprio sentido de direito que, radicando na ideia de autonomia personalista, necessariamente responsável, nos oferece o princípio da responsabilidade – enquanto princípio normativo positivo, transpositivo e suprapositivo – como sustentáculo das soluções de *quid iuris* que se encontram para aqueles problemas de primeiro grau.⁹

Como se percebe dos temas que marcaram a responsabilidade civil no último quadrimestre, período em que se desenvolveu o presente número da Revista, as reflexões em torno da tutela integral da pessoa humana ocuparam o centro do tabuleiro. De fato, os direitos da pessoa demandam, talvez mais do que em qualquer outra quadra da história, deveres de cuidado e solidariedade, os quais, no contexto pandêmico ou pós-pandêmico, precisam se acentuar. Sob o fio condutor da alteridade, pois, remodela-se a própria concepção de responsabilidade, e da perspectiva multifuncional da responsabilidade civil emerge a construção do único caminho capaz de funcionalizá-la à promoção dos parâmetros axiológicos máximos do ordenamento, assentados na solidariedade social e, principalmente, no livre desenvolvimento da pessoa humana.

⁸ Seguindo-se, na linha de raciocínio, ao repasse de custos, o aumento das mensalidades e, por fim, a dificuldade de acesso ao serviço por pessoas menos abastadas.

⁹ BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. Palavras dos coordenadores. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco. *Pessoa, direito e responsabilidade*. III jornadas luso-brasileiras de responsabilidade civil. Indaiatuba: Foco, 2020.