

**OS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL E OS NOVOS DANOS:
OS DESAFIOS TRAZIDOS PELA PANDEMIA**

*20 YEARS OF THE CIVIL CODE AND THE NEW DAMAGES:
THE PANDEMIC CHALLENGES*

Fernanda Schaefer *

RESUMO: Muito se questiona sobre o alcance e funções da responsabilidade civil e sobre a tipificação de novos danos. Durante a pandemia da Covid-19 essa discussão ganhou novos elementos decorrentes de situações que colocam em xeque os pressupostos clássicos da responsabilidade civil e deixam clara a inutilidade de soluções apresentadas a partir da função compensatória. O presente artigo, fruto de palestra proferida no Superior Tribunal de Justiça, propõe uma reflexão sobre os novos rumos da responsabilidade civil, especialmente quando diversas situações ocorridas durante o período pandêmico parecem trazer danos sociais importantes que não gerariam responsabilização se analisados exclusivamente sobre as lentes tradicionais do instituto. Nos 20 anos do Código Civil, a responsabilidade civil ganha novos contornos e funções que se tornam cada vez mais importantes para a tutela da pessoa humana.

Palavras-chave: responsabilidade civil; novos danos; pandemia; solidariedade; danos sociais.

ABSTRACT: There is much debate about the scope and functions of civil liability and the classification of new damages. During the Covid-19 pandemic, this discussion has gained new elements arising from situations that challenge the classical assumptions of civil liability and make clear the futility of solutions based on compensatory function. This article, resulting from a lecture given at the Superior Court of Justice, proposes a reflection on the new directions of civil liability, especially when various situations that occurred during the pandemic period seem to bring about significant social harm that would not result in liability if analyzed solely through the traditional lenses of the legal institution. In the 20 years since the Civil Code was enacted, civil liability has acquired new contours and functions that are becoming increasingly important for the protection of human beings.

Keywords: civil liability; new damages; pandemic; solidarity; social damages.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Responsabilidade civil e Novos Danos. 2. Pandemia e Desafios à Responsabilidade Civil. 3. Considerações finais. Referências.

* Pós-Doutora pelo Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Bioética da PUC-PR, bolsista CAPES. Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Curitiba, em 2000. Especializou-se em Direito Processual Civil pela mesma instituição em 2003. Foi bolsista CAPES no Mestrado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, curso que concluiu em março de 2005. Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, curso em que realizou Doutorado Sanduíche nas Universidades do País Basco e Universidade de Deusto (Espanha) como bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico vinculado ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFPR. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito da Saúde e Empresas Médicas vinculado ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu do UniCuritiba. Professora de Direito Civil, Direito do Consumidor e Biodireito do Curso de Direito do UniCuritiba. Coordenadora do Curso de Pós Graduação em Direito Médico e da Saúde da PUC-PR. Assessora Jurídica do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção à Saúde Pública MPPR. Autora de obras e artigos sobre responsabilidade médica e Biodireito. E-mail: schaeferfernanda@gmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5508-1720>

INTRODUÇÃO

Uma das novidades trazidas pela Lei n. 10.406/02 (Código Civil) foi a tão esperada sistematização (não exaustiva) da responsabilidade civil, naquela norma inserida como fonte de obrigações no Título IX do Primeiro Livro da Parte Especial (arts. 927 a 954). À época comemorada, a organização do instituto no novo Código refletia a previsão constitucional do art. 5º, V (que ampliou o conceito de dano, abrangendo qualquer ofensa um interesse juridicamente tutelado¹) e os estudos doutrinários e posicionamentos judiciais do período². No entanto, passados vinte anos da publicação do Código Civil muita coisa mudou, inclusive a própria percepção doutrinária sobre a abrangência da responsabilidade civil, seus fundamentos e funções.

O reconhecimento da indenizabilidade dos novos danos³, a reparação do dano causado por culpa ou independente dela e a repressão ao abuso de direito tiveram força determinante no que se pode denominar de erosão⁴ dos filtros tradicionais da responsabilidade civil (culpa, dano e nexo de causalidade) que vem impulsionando a crescente teoria do dano, a flexibilização do nexo de causalidade e a expansão de suas funções.

O fenômeno é curioso não só porque quebra paradigmas há décadas estabelecidos para o instituto, mas também, porque amplia seu campo de incidência. Há, basicamente, duas grandes razões para o novo espaço tomado pelo “direito de danos”: a primeira é o próprio fenômeno da objetificação da imputação de danos⁵ (que embora polêmica e importante, não será abordada nesse artigo); a segunda, foco do presente artigo, é o deslocamento do eixo da responsabilidade civil para o fato jurídico lesivo, buscando-se a reparação pelo dano sofrido e não mais a sanção pelo dano causado.

¹ A previsão constitucional obrigou à renovação da própria responsabilidade civil brasileira, o que não significa que passados 34 anos já tenhamos compreendido a verdadeira dimensão dos danos morais. Vale ainda destacar, que a intensa dinâmica dos fatos e a resposta jurisdicional produziu um sutil deslocamento do dano moral enquanto fonte regra para fonte valor (valor jurídico), o que poderia nos ajudar a entender as novas hipóteses de danos.

² Segundo Giselda Hironaka, “nem perfeito, nem retrógrado. Nem ambicioso, nem descomprometido com a realidade. Razoável. Com um certo viés de preocupação, caso de considere, de um modo amplo, a recepção da teoria do risco como sistema geral. Ou com um certo viés de coragem, caso de considere a abertura cometida em nome da equidade, assunto que absolutamente não habitou o sistema do Código Civil de 1916, ao tempo da sua promulgação, há quase um século” (HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 139-140).

³ Vale lembrar que o Código Civil de 2002 adotou um sistema aberto que utiliza “cláusula geral que comporta diversas situações de lesões a direitos, indeterminadamente, mas cuja identificação ocorre no caso concreto. Em um sistema aberto, os danos reparáveis não são pré-definidos pelo legislador, mas identificados caso a caso. A cláusula geral possui a consequência definida (reparar o dano), mas a hipótese que ativa a consequência, ou seja, a definição do dano, precisa ser preenchida” (LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano moral coletivo sob a perspectiva dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 53).

⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵ Segundo Schreiber (*Ibidem*) esse caminho foi paulatinamente construído pela eliminação dos tradicionais muros de contenção à obrigação de indenizar: a necessidade da verificação de um ato ilícito, da culpa e em casos extremos, do nexo causal, mediante presunções de causalidade que atribuem a responsabilidade a um pagador, seja ele o agente, o protagonista de uma atividade de risco inerente ou um segurador (contratual ou legal). A atividade preponderante do julgador nas pretensões compensatórias consiste em avaliar se há um dano injustificado, ou seja, uma lesão a um interesse digno de proteção, mediante um balanceamento entre as razões do lesante e do lesado.

O presente artigo, a partir de revisão bibliográfica e normativa, sugere reflexão sobre como os fundamentos da responsabilidade civil se relacionam com os novos danos, especialmente em situações ocorridas durante a pandemia de Covid-19 e que agora começam a chegar aos tribunais, determinando o efetivo abandono do perfil novencentista do instituto e dos elementos anacrônicos que o acompanham.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL E NOVOS DANOS

A principal e tradicional função da responsabilidade civil é a reparação de danos, sejam patrimoniais, sejam morais. Há sólido consenso com relação a isso. E foi sobre esse consenso que o instituto foi construído e introduzido no Código Civil de 2002.

No setor dos bens jurídicos patrimoniais a função reparatória é instrumentalizada por duas formas de tutela: restitutória (repristinação do *status quo*) e ressarcitória: pagar ao lesado o prejuízo econômico sofrido. Já os danos morais, são apenas compensáveis, justamente por ser impossível voltar ao estado anterior. Portanto, vale lembrar, indenizar é apagar o dano, o que só se consegue fazer pela reposição do patrimônio. Compensar é dar algo que contrabalanceia o mal causado, já que seria impossível apagá-lo.

O reconhecimento da possibilidade de compensar danos morais⁶, como direito fundamental, previsto no art. 5º, V, CF, produziu um deslocamento do dano moral enquanto fonte regra para fonte valor (valor jurídico), que parece ainda não ter sido integralmente compreendido pela doutrina e jurisprudência brasileiras. A nova concepção do dano moral⁷ permitiu um alargamento dos danos compensáveis, impondo um verdadeiro desafio que não deve se fixar em tipificar novos danos, mas sim, em determinar os verdadeiros interesses existenciais merecedores de tutela e, principalmente, a função que se pretende dar à reparação ou compensação.

Não se trata aqui de defender ampla e irrestrita discricionariedade para determinar o que é indenizável ou não. Se está aqui a afirmar a necessidade de utilização de parâmetros

⁶ A aceitação do dano moral não foi acompanhada pela definição de uma dogmática específica, o que leva a constantes confusões nas mais diferentes decisões judiciais. O termo moral carrega, sem dúvida, um conteúdo ético e subjetivo que é muitas vezes valorado erroneamente. Os danos morais devem ser compreendidos a partir da ideia de afetação de bens jurídicos imateriais que não precisam de consequências observáveis para serem indenizáveis. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “o dano moral não pode ser reduzido à lesão a um direito da personalidade, nem tampouco ao efeito extrapatrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando um direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua indignidade, qualquer mal evidente ou perturbação, mesmo se ainda não reconhecido como parte de uma categoria jurídica” (MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 183-184).

⁷ Vale lembrar aqui que o sistema brasileiro, em razão dos arts. 186 e 927, CC, adotou um sistema aberto de danos morais, sendo desnecessário e sem sentido tipificá-los de forma diversa. A tipificação é necessária em sistemas fechados, como italiano. A abrangência conceitual brasileira traz vantagens: abre espaço para ponderação de bens de acordo com as especificidades do caso; permite que a doutrina conceba critérios objetivos e oxigena a cláusula geral do art. 186, CC (FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019).

objetivos de ponderação que deverão ser concretamente aplicados para determinar se o interesse reclamado é digno de tutela ou não.

Por isso, é possível afirmar que não se trata de uma mera redefinição ontológica da noção do dano, porque a tradicional classificação de reparabilidade patrimonial e extrapatrimonial também já não dá conta de novas situações e diversos fatos decorrentes da pandemia podem muito bem exemplificar o que se está aqui a afirmar.

Em sua função reparatória a responsabilidade civil é uma forma de tutela nitidamente repressiva, por qualquer das vias (restitutória, indenizatória ou compensatória). No entanto, para os bens extrapatrimoniais a tutela repressiva que deriva da função reparatória não é ideal. A tutela ótima seria a que realiza a função preventiva com a tutela inibitória dos direitos de personalidade porque em vez de focar no efeito do dano, foca na prevenção da violação do direito⁸.

Como se sabe, classicamente, no sistema privado brasileiro a interferência do ordenamento nas mais diferentes atividades se dá, em regra, *a posteriori* (momento patológico do dano⁹) em nome da clássica noção de reparabilidade, apta a corrigir o desequilíbrio econômico decorrente da lesão já estabelecida.

Por isso, nota-se a importância da flexibilização dos filtros da responsabilidade civil, pois não pode estar o instituto restrito aos danos (efeito da conduta). Há situações que merecem atuação repressiva ou preventiva, justamente para evitar que o dano ocorra (contenção de comportamentos), especialmente, quando se analisam os direitos de personalidade ou a possibilidade daquela conduta gerar danos à coletividade. É com essa visão multifuncional da responsabilidade civil que se propõe a reflexão sobre as situações adiante apresentadas.

2. PANDEMIA E DESAFIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL

A emergência internacional de saúde é definida pelo Regulamento Sanitário Internacional (RSI) da Organização Mundial da Saúde (OMS) como “uma situação extraordinária que constitui um risco de saúde pública para outros Estados através da disseminação internacional de doenças e por potencialmente exigir uma resposta internacional coordenada”¹⁰.

⁸ Segundo Rosendal, no que tange à atual conjuntura do direito brasileiro, evidenciam-se três funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória: função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: com objetivo de inibir atividades potencialmente danosas. A função preventiva, por sua vez, é considerada um princípio do direito de danos e não, propriamente, uma quarta função. Destaca-se, portanto, como consequência necessária da incidência das demais funções, o que não impede sua manifestação autônoma, ou seja, objetivo essencial da responsabilidade civil contemporânea (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013).

⁹ FARIAS, *et al*, *op. cit.*, 2019.

¹⁰ O RSI entrou em vigor no dia 15 de junho de 2007. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/documentos/regulamento-sanit%C3%A1rio-internacional-2005>_Acesso em: 6 de fev. 2023.

De acordo com a OMS, para que a situação seja decretada internacionalmente, devem estar presentes os seguintes critérios: o surto deve ser “sério, repentino, incomum ou inesperado”; traz “implicações para a saúde pública além da fronteira nacional do Estado afetado”; e “pode exigir uma resposta internacional imediata”.

Segundo o Centro de Genebra para Governança do Setor de Segurança (DGAF), o estado de emergência geralmente é formado por duas estruturas: uma legal, que consiste na base legislativa e constitucional; e outra operacional, ou seja, o plano estratégico que será aplicado durante o estado de emergência. Ambas as estruturas devem ser complementares, agindo em conjunto para dar uma melhor resposta à situação de emergência. Por conta disso, a estrutura operacional deve levar em consideração a estrutura legal, incluindo também os princípios gerais do Direito Internacional Público.

Apesar de cada país poder definir os seus próprios parâmetros quanto ao estado de emergência, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos estabelece alguns princípios que devem ser respeitados nestas situações: declaração oficial para a comunidade internacional; situação excepcional que ameace o país em questão; boa comunicação, de modo que a comunidade local saiba quais são as medidas tomadas contra a possível ameaça; o plano de ação do governo durante o estado de emergência deve ser proporcional às ameaças causadas pela situação; o plano operacional não pode ser incompatível com os Direitos Humanos e não deve haver nenhum tipo de discriminação, seja por motivos de raça, cor, orientação sexual, gênero, língua, religião, entre outros.

A categorização da pandemia da Covid-19 como uma emergência de saúde pública internacional possui não só caráter sanitário, mas também, político, de alerta à comunidade internacional sobre as medidas de cooperação que devem ser tomadas para conter a disseminação da doença e das suas possíveis consequências. Por isso, dispõe a Constituição da OMS que,

Os Estados partes nesta Constituição declaram, de acordo com a Carta das Nações Unidas, que os princípios seguintes são fundamentais para a felicidade de todos os povos, para a harmonia de suas relações e para a sua segurança.

Art. 21. A Assembleia de Saúde poderá adotar regulamentos concernentes:
às medidas sanitárias e de quarentena ou qualquer outro processo com o fim de impedir a propagação de doenças de um país a outro;
à nomenclatura das doenças, das causas de óbito e dos métodos de higiene pública;
a padrões com respeito a processos de diagnósticos para uso internacional;
a padrões relativos à garantia, pureza e atividade dos produtos biológicos, farmacêuticos e similares que se encontram no comércio internacional;

Implementação do RSI – 58o. Conselho Gestor – 72a. Sessão do Comitê Regional da OMS para as Américas. Disponível em <https://www.paho.org/sites/default/files/2020-09/CD58-INF-1-p-implementacao-rsi.pdf> Acesso em: 6 de fev. 2023.

Ratificado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 395/2009 (10/07/09). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-publicacaooriginal-114307-pl.html> Acesso em: 6 de fev. 2023.

Tradução do RSI aprovada pelo Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/regulamento-sanitario-internacional/arquivos/7181json-file-1> Acesso em: 6 de fev. 2023.

à publicidade e nomenclatura dos produtos biológicos farmacêuticos e similares que se encontram no comércio internacional.

Artigo 22. Os regulamentos adotados para a execução do art. 21 entrarão em vigor para todos os Estados Membros, uma vez devidamente notificada a sua adoção pela Assembleia de Saúde, exceto para os Membros, que, dentro dos prazos determinados na notificação, tenham comunicado ao Diretor Geral e sua recusa ou as reservas que lhes opõem.

Artigo 23. A Assembleia de Saúde tem competência para fazer recomendações aos Estados Membros relativamente a todo assunto que seja da alçada da Organização.

No Brasil, os fundamentos constitucionais do estado de emergência estão nos arts. 136 a 141, CF.¹¹ O país ratificou o RSI com o Decreto Legislativo n. 395/2009 e com o Decreto n. 7.616/11¹², estabeleceu as regras sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, dispondo que:

Art. 4º A declaração de ESPIN será efetuada pelo Poder Executivo federal, por meio de ato do Ministro de Estado da Saúde, após análise de:

I - recomendação da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, nos casos de situações epidemiológicas;

II - requerimento do Ministério da Integração Nacional, após o reconhecimento da situação de emergência ou estado de calamidade pública, quando forem necessárias medidas de saúde pública nos casos de desastres; ou

III - requerimento do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município afetado, mediante parecer favorável da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, no caso de desassistência à população

§ 1º No caso no inciso III do **caput**, o Ministério da Saúde comunicará ao Ministério da Integração Nacional do encaminhamento do requerimento, para avaliação da necessidade de atuação conjunta.

§ 2º A recomendação e os requerimentos de que tratam este artigo serão dirigidos ao Ministro de Estado da Saúde para avaliação.

Em atenção ao disposto no Decreto n. 7.616/11 e em observância ao contido no RSI e à declaração de estado de emergência publicada pela OMS em 30 de janeiro de 2020, o Ministério da Saúde publicou em 4 de fevereiro de 2020 a Portaria n. 188/GM/MS¹³, declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

¹¹ “Art. Art. 136, CF. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. [...]”.

“Art. 137, CF. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta”.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7616.htm Acesso em: 6 de fev. 2023.

¹³ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388> Acesso em: 6 de fev. 2023.

Na sequência, em 6 de fevereiro de 2020, foi publicada a Lei n. 13.979¹⁴, norma temporária que dispunha sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. No mesmo dia (11 de março de 2020) em que a OMS reconheceu a existência de uma pandemia, o Ministério da Saúde publicou a Portaria n. 356, 11 de março de 2020, dispondo sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979¹⁵. E daí em diante, União, Estados e Municípios publicaram uma enxurrada de normas legais e operacionais para combate e controle do vírus, variando de acordo com o estágio epidemiológico e necessidades locais.

Assim que as primeiras normas foram publicadas, as primeiras demandas judiciais começaram a aparecer e, entre elas as contidas nas ADIs n. 6341¹⁶ e 6343/20¹⁷ e a ADPF 672/20¹⁸, que questionavam a competência dos entes federativos para legislar sobre prevenção e controle da Covid-19. No julgamento, o STF se posicionou reconhecendo a competência concorrente dos Estados e suplementar dos Municípios para adoção de medidas sanitárias de acordo com sua própria realidade e no âmbito de seus territórios, deixando clara a necessidade de que as medidas sejam justificadas *in concreto*.

Decorridos dois anos da declaração inicial, em razão do novo cenário epidemiológico e do amplo programa de vacinação, embora para a OMS o estado alerta sanitário ainda esteja em vigor¹⁹ para a Covid-19, o Ministério da Saúde publicou a Portaria n. 913, de 22 de abril de 2022

¹⁴ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735> Acesso em: 6 de fev. 2023.

¹⁵ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346> Acesso em: 6 de fev. 2023.

¹⁶ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754372183> Acesso em: 6 de fev. 2023.

¹⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349714298&ext=.pdf> Acesso em: 6 de fev. 2023.

¹⁸ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf> Acesso em: 6 de fev. 2023.

¹⁹ No dia 27 de janeiro de 2023 o Comitê de Emergência do Regulamento Sanitário Internacional (OMS), durante a 14ª Reunião Ordinária, deliberou pela continuidade do nível máximo de alerta para a Covid-19, reconhecendo ser o momento de transição no qual os países devem se conduzir com cautela para mitigar eventuais agravamentos da crise. Reconheceu, ainda, que a doença está permanentemente estabelecida e, por isso, é necessário estabelecer políticas de saúde sustentáveis e de longo prazo. No dia 30 de janeiro de 2023¹⁹, o Diretor-Geral da Organização Mundial da Saúde acolheu as recomendações do mencionado Comitê: **1- Manter o ímpeto da vacinação contra a COVID-19 para atingir 100% de cobertura de grupos de alta prioridade, guiados pelas recomendações SAGE em evolução sobre o uso de doses de reforço. Os Estados Partes devem planejar a integração da vacinação contra a COVID-19 em parte dos programas de imunização ao longo da vida. 2- Melhorar a comunicação dos dados de vigilância do SARS-CoV-2 à OMS. Dados melhores são necessários para: detectar, avaliar e monitorar variantes emergentes; identificar mudanças significativas na epidemiologia da COVID-19; e entender o peso do COVID-19 em todas as regiões.** Recomenda-se que os Estados Partes usem uma abordagem integrada para vigilância de doenças infecciosas respiratórias que aproveite o sistema Global de Vigilância e Resposta à Influenza. **3- Aumente a aceitação e garanta a disponibilidade a longo prazo de contramedidas médicas.** Os Estados Partes devem aumentar o acesso a vacinas, diagnósticos e tratamentos contra a COVID-19 e considerar **a preparação para que essas contramedidas médicas sejam autorizadas fora dos procedimentos da Lista de Uso de Emergência e dentro das estruturas regulatórias nacionais normais. 4- Manter forte capacidade de resposta nacional e preparar-se para eventos futuros** para evitar a ocorrência de um ciclo de pânico-negligência. **5- Continuar trabalhando com as comunidades e seus líderes para lidar com a infodemia e implementar efetivamente medidas sociais e de saúde pública baseadas em risco (PHSM). 6- Continuar a ajustar quaisquer medidas**

(com vigência a partir de 23 de maio), revogando a Portaria 188/20 e determinando o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV)²⁰.

As epidemias evidenciam as respostas políticas, sociais, morais, jurídicas e científicas diante das diversas ameaças à saúde humana, revelando a necessidade de se analisar essas questões como fatos contínuos, que apontam erros e acertos na condução de políticas públicas e análise de dados epidemiológicos, bem como, estabelecem as mais diversas responsabilidades. Esse brevíssimo relato demonstra a necessidade de se analisar os casos que hoje chegam aos tribunais não só a partir das normas vigentes em cada ente federativo em um dado momento, mas também, em razão dos impactos que o descumprimento desses atos poderia gerar à coletividade ou às políticas públicas estabelecidas para combater a pandemia.

A situação trouxe à tona temas que precisam ser mais bem debatidos à luz da responsabilidade civil e de diferentes garantias constitucionais. Apenas para *exemplificar* em um exercício meramente provocativo:

1) Como se dará a aplicação da responsabilidade civil contratual à luz do Direito Internacional Privado e do Direito nacional com relação às cláusulas excludentes de responsabilidade por eventos adversos das vacinas como condição de acesso às vacinas. E ainda, o risco do desenvolvimento poderá ou não ser considerado excludente de responsabilidade (questão ainda não definida nos tribunais superiores)?

Adalberto Pasqualotto e Leiliane Vidaletti²¹ afirmam que “seguramente, uma vacina desenvolvida em caráter emergencial e distribuída em nível global apresenta um risco inevitável de eventos adversos graves, mesmo diante da observância da melhor técnica pelo fabricante”. Diante da pandemia, o Estado se viu obrigado a assumir os riscos pelos efeitos adversos das vacinas adquiridas a fim de possibilitar a sua aquisição. Para isso, além de haver cláusula expressa nos instrumentos contratuais com os fabricantes, publicou em 10 de março de 2021, a Lei n. 14.125.

Outro ponto que merecerá detida discussão é sobre a responsabilização dos demais entes federativos pelos eventos adversos das vacinas. Se de fato é a União a parte contratante com os laboratórios e responsável pela aquisição e distribuição dos imunizantes; Estados e Municípios são responsáveis pela execução do Plano Nacional de Operacionalização da

remanescentes relacionadas a viagens internacionais, com base na avaliação de risco, e não exigir comprovação de vacinação contra a COVID-19 como pré-requisito para viagens internacionais. **7- Continuar a apoiar a pesquisa** de vacinas aprimoradas que reduzem a transmissão e têm ampla aplicabilidade, bem como pesquisas para entender todo o espectro, incidência e impacto da condição pós-COVID-19 e desenvolver caminhos de atendimento integrados relevantes [grifos nossos].

²⁰ Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2022/prt0913_22_04_2022.html_ Acesso em: 6 de fev. 2023.

²¹ PASQUALOTTO, Adalberto; VIDALETTI, Leiliane Piovesani. Efeitos adversos pós-vacinação: a cláusula contratual de irresponsabilidade do fabricante e a responsabilidade do Estado na execução da política de imunização. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra; MORAES, Maria Celina Bodin (Org.). *Direito e vacinação*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 21-38.

Vacinação contra a Covid-19 (PNO)²². Os efeitos da cláusula de irresponsabilidade poderiam ser aproveitados por aqueles que não fazem parte da relação contratual? Seria a responsabilidade exclusiva da União ou haveria solidariedade entre todos os entes federativos que não participaram do acordo com os laboratórios? Segundo Adalberto Pasqualotto e Leiliane Vidaletti,

É o Sistema Único de Saúde que administra o PNI, tratando-se, portanto, de responsabilidade direta da União, na forma do art. 37, § 6º da Constituição. Qualquer dano sofrido por paciente em serviços prestados pelo SUS acarreta a responsabilidade direta e objetiva da administração pública. Portanto, é pacífico afirmar a desnecessidade de qualquer lei especial para garantir a responsabilidade do poder público pelos cidadãos perante os serviços públicos de saúde. A Lei 14.125/2021 produziu apenas o efeito político de respaldar a posição da União em contratar com os laboratórios aceitando a cláusula de irresponsabilidade, mas não era essencial à garantia do cidadão, embora fosse relevante para eventual direito de regresso da União perante o laboratório produtor.

A revogação da Lei n. 14.125, em 17 de novembro de 2022, pela Lei n. 14.466, sem qualquer ressalva, traz um novo capítulo à discussão: a assunção de responsabilidade pelo Estado estaria restrita aos efeitos adversos graves ocorridos ao tempo de vigência da lei?

2) Sobre a morte indigna (mistanásia) e as escolhas trágicas realizadas por médicos e pela regulação do Sistema Único de Saúde, será possível responsabilizar o Estado no caso de comprovação de omissão de medidas necessárias para minimizar os efeitos da pandemia? Seria possível responsabilizar médicos, que mesmo sem o apoio de Protocolos e Diretrizes que deveriam ter sido oferecidos pelo Ministério da Saúde e Conselho Federal de Medicina, tiveram que escolher qual paciente priorizar em momentos de escassez de leitos, equipamentos e profissionais de saúde?

A ausência de protocolos e diretrizes nesse momento aumenta o estresse sobre o profissional da linha de frente e coloca em xeque a credibilidade das medidas de contingenciamento.

Junto com a 2ª. grande onda que assolou o país, diante do silêncio do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina, alguns entes privados optaram por divulgar seus protocolos. Entre os documentos divulgados, destaca-se o da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB) em conjunto com a Associação Brasileira de Medicina de Emergência (ABRAMEDE), Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG) e Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP) que aprovaram uma série de recomendações²³ para médicos e gestores realizarem a alocação de recursos em face do colapso do sistema de saúde, afastando o critério etário como um critério de escolha porque discriminatório por si. Em breve síntese, o

²² Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-svs/coronavirus/plano-nacional-de-operacionalizacao-da-vacinacao-contra-a-covid-19-pno-2a-edicao-com-isbn> Acesso em: 6 de fev. 2023.

²³ A recomendação afirma que “a identificação de maior chance de benefício deve utilizar medidas objetivas, com boa base de evidência e que possam ser aplicadas universalmente. Escores de gravidade tais como o *Sequential Organ Failure Assessment* (SOFA) e *Acute Physiology And Chronic Health Evaluation* (APACHE) são exemplos dessas medidas objetivas, sendo o SOFA a mais utilizada. No entanto, porque o SOFA também apresenta limitações, deve ser combinado com outras medidas”.

documento afirma que qualquer que seja o critério, deve ele em primeiro plano levar em consideração o benefício prognóstico das terapias escolhidas. Uma vez determinada a terapia, deve ser ela compartilhada com toda a equipe assistente, com o paciente (se consciente) e com seus familiares. Médicos que seguirem esses protocolos, bem como as respectivas entidades, poderiam ser responsabilizados pelas escolhas feitas?

Para que as escolhas se justifiquem ética e juridicamente é necessário que seus critérios sejam transparentes e objetivos, cientificamente justificados, juridicamente bem fundamentados e amplamente aceitos. Não há diretriz ou protocolo perfeito que dê conta de momentos pandêmicos. A natureza complexa das escolhas exige um processo de validações éticas, médicas e jurídicas também complexas e que é incapaz de se esgotar em si. Todo protocolo deve conseguir demonstrar a maximização de benefícios a curto e a longo prazo e daí a necessidade de seu aperfeiçoamento em razão das questões práticas que com certeza irão se apresentar. A preocupação deve estar centrada em se evitar mortes desassistidas (mistanásia), o mais trágico dos problemas.

Estando os critérios claros e bem arrazoados, em regra, não há o que se falar em responsabilidade civil ou penal do profissional que realizou a trágica escolha. A princípio também não é possível se falar em responsabilidade do Estado uma vez que a situação de escassez decorre de situação imprevisível e extraordinária. No entanto, essas soluções não são absolutas, uma vez que em certos casos a conduta do médico ou do Estado pode ter contribuído para a ocorrência do dano (morte do paciente). Fórmulas mágicas não existem e, por isso, embora os protocolos sejam indicativos de boa prática médica, não são automaticamente causas excludentes de responsabilidade. O modo pelo qual se reage à doença e à crise serão essenciais na análise de eventual responsabilidade e esse exame é obrigatoriamente casuístico e realizado com extrema cautela.

3) Quais serão os efeitos da responsabilidade civil para aquelas pessoas que foram pegas descumprindo as ordens sanitárias de isolamento e quarentena? Que furaram maliciosa e egoisticamente a fila de vacinação, imunizando-se fora de seu grupo ou faixa etária?

O momento pandêmico exige que os egoísmos sejam abandonados em nome de uma solidariedade social que se apresenta a cada dia mais necessária. Trata-se de um chamado à atuação com responsabilidade social, essa sim capaz de auxiliar na contenção da crise pela grande adesão às medidas preventivas e profiláticas. E essa responsabilidade social deverá ser levada em conta na análise judicial dessas situações, ampliando, assim, a zona de incidência da responsabilidade civil.

4) É possível responsabilizar civilmente alguém por recusar a vacinação, quando o próprio Ministério da Saúde, mesmo autorizado pelo STF²⁴, não adotou (por razões exclusivamente políticas) a imunização contra a Covid-19 como obrigatória?²⁵

²⁴ Vide ADIs 6586 e 6587 e ARE 1267879, disponíveis em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf> Acesso em: 6 de fev. 2023.
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf> Acesso em: 6 de fev. 2023.

5) Os pais podem ser responsabilizados civilmente por não consentir com a imunização de seus filhos menores ou incapazes?²⁶

A compreensão das novas dimensões da autoridade parental é importante para a resposta a essa pergunta. A Constituição Federal de 1988 mudou radicalmente o cenário da relação paterno-filial, conferindo à criança e ao adolescente a condição de sujeito de direito, garantindo-lhes proteção especial em razão de sua vulnerabilidade e da promoção do desenvolvimento de sua personalidade.

No Brasil, a vacinação obrigatória (compulsória²⁷) de crianças e adolescentes é imposta por lei²⁸, afastando-se a autonomia parental em nome do melhor interesse da criança e interesse social. Dispõem os arts. 3º e 5º, da Lei 6.259/1975 (estabeleceu Programa Nacional de Imunizações²⁹ – PNI); art. 29, 39, § 1º, 40, do Decreto 78.231/1976 (regulamenta o PNI) e art. 14, §1º, da Lei 8.069/1990 (ECA) que a vacinação das crianças é obrigatória nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias, garantindo-se a imunização gratuita por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

Antes da polêmica da vacina contra a Covid-19, o STF assim havia se manifestado sobre o tema, fixando tese de repercussão geral (ARE 1.267.879, em 17 dez. 2020):

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações; (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870> Acesso em: 6 de fev. 2023.

²⁵ Vide: SCHAEFER, Fernanda. Vacinação obrigatória: entre o interesse individual e o social e a possibilidade de responsabilização civil em caso de recusa à vacinação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). *Coronavírus e a responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 417-427.

²⁶ Vide: SCHAEFER, Fernanda. Autonomia parental e vacinação obrigatória. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 253-272.

²⁷ Rosenvald questiona o uso do termo compulsório. Afirma o autor que “na maioria das jurisdições, a sanção se resume à multa, o que, em um primeiro momento gera o efeito positivo de constranger os pais à vacinação. Ocorre que, muitos optam por não pagar, entendendo aquela multa como um preço a ser pago para a aquisição do ‘direito à não vacinação’. Assim, em tese, o termo ‘compulsório’, só se aplicaria nos casos em que a criança fosse momentaneamente separada dos pais para ser vacinada, contra a sua vontade ou a dos pais. Isso não acontece nos estados democráticos. Daí a necessidade de recorrer a métodos coercitivos que imponham sanções legais ao invés da aposta em instituições coercitivas que façam uso da força para assegurar o cumprimento de ordens” (ROSENVALD, Nelson. A obrigatoriedade da vacinação e a privacidade da família. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.com.br>. Acesso em: 6 de fev. 2023).

²⁸ O art. 27, do Decreto n. 78.231/76, dispõe que “serão obrigatórias, em todo o território nacional, as vacinações como tal definidas pelo Ministério da Saúde, contra as doenças controláveis por essa técnica de prevenção, consideradas relevantes no quadro nosológico nacional”. O calendário de imunizações obrigatórias é definido binualmente pelo Ministério da Saúde.

²⁹ Segundo o Ministério da Saúde o “Programa Nacional de Imunizações (PNI), criado em 1973 [sic], tem como missão organizar a Política Nacional de Vacinação, contribuindo para o controle, a eliminação e/ou erradicação de doenças imunopreveníveis. Está vinculado ao Sistema único de Saúde, sendo coordenado pelo Ministério da Saúde de forma compartilhada com as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde” (Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/sismob/instrutivo-e-legislacao-dos-programas/programa-nacional-de-imunizacao>. Acesso em: 6 de fev. 2023).

caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

A decisão parece que irá refletir em discussões sobre a obrigatoriedade da vacinação contra Covid-19 para crianças e adolescentes, ressaltando-se, no entanto, que até janeiro de 2023 essa vacina ainda não foi incluída no calendário vacinal oficial do Ministério da Saúde, o que também poderá impactar em novas discussões.

6) Os médicos podem ser responsabilizados civilmente por prescrição (ou recusa de prescrição) de medicamento *off-label* contra a Covid-19? A autonomia do médico proclamada pelo Conselho Federal de Medicina³⁰ e o estabelecimento de protocolo de tratamento pelo Ministério da Saúde³¹ podem servir como excludentes de responsabilidade?

De fato, as situações aqui tomadas como exemplos apenas podem ser analisadas a partir do caso concreto. Não há presunções que possam levar à tomada de decisão ou posicionamento prévio e universal, tampouco pouco podem ser as decisões guiadas pelos clássicos pressupostos da responsabilidade civil.

Assim, por exemplo, aquele que recusa a vacinação ou não cumpre as ordens de isolamento e quarentena determinadas por autoridades sanitárias, transmitindo (ou gerando o risco de transmitir) a doença a outras pessoas não só estaria potencialmente cometendo alguns ilícitos penais (arts. 132, 267, 268, 330, CP), mas também, estaria incorrendo em um ilícito civil³² que poderia justificar incidência das consequências da responsabilidade civil. No entanto, talvez, as duas formas de tutela, em situações de pandemia, sejam remédios inúteis ou inidôneos se pensados a partir apenas das funções punitivas ou reparatórias, quando o principal objetivo é prevenir condutas de risco (contenção de comportamentos) e reprimi-las na medida do possível, buscando-se a maximização da proteção da saúde coletiva, tão importante em momentos de emergência sanitária.

³⁰ Parecer n. 04/2020, disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4> Acesso em: 6 de fev. 2023.

³¹ Orientações do Ministério da Saúde para Manuseio Medicamentoso Precoce de Pacientes com Diagnóstico da Covid-19. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/arquivos/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19-pdf> Acesso em: 6 de fev. 2023.

³² Vale aqui a ressalva de Rosenvald: “o contraste entre a vontade do particular e a vontade da norma imperativa evidencia o ilícito. Mas, a doutrina se limita a se referir ao ato ilícito para caracterizar a responsabilidade civil e o efeito desfavorável da reparação de danos, desconhecendo a recorrência de um ilícito não danoso. A relação entre o ilícito e a responsabilidade civil é de gênero e de espécie. A obrigação de reparar danos patrimoniais ou morais é uma das possíveis eficácias do ato ilícito. Em sua estrutura, o ilícito demanda como elementos nucleares a antijuridicidade (elemento objetivo) e a imputabilidade (elemento subjetivo) do agente. O dano não é elemento categórico do ilícito, mas a ele se acresce como fato gerador de responsabilidade civil (art. 927, CC). Assim, de forma equivocada e míope, substitui-se uma noção ampla e indiscriminada de ilícito por um conceito restrito de ilícito danoso, que descuida da decisiva consideração de que a intervenção do direito se realiza no sentido de tornar possível uma reação a uma situação de contraste entre aquilo que foi estatuído e um certo comportamento, prescindindo da causa que determinou o ilícito. Portanto, a noção de ilícito se estende a uma série de *fattispecies*, nos quais a proibição de determinados atos gera a aplicação de uma sanção em sentido amplo, de forma a infligir um mal ao transgressor” (ROSENVALD, Nelson. *O ilícito omissivo parental: as três travessias*. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf>. Acesso em: 6 de fev. 2023).

Por isso, para além de pensar a responsabilidade civil a partir do clássico dogma da reparação, deve-se pensá-la a partir da premissa da precaução (princípio tão caro ao Direito Sanitário³³), responsabilizando-se o agente que se nega à vacinação, fura fila ou não observa ordens de isolamento ou quarentena pelo apelo à prudência e ao cuidado.

Nesse sentido, “a responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro”, pois, como ensina Savater “com a instituição social da pessoa nasce o conceito eticamente básico de responsabilidade, que é tanto a vocação de responder ante os outros, quanto ser responsável pelos outros”³⁴.

Portanto, seria possível afirmar a responsabilidade do agente que transmite a doença (responsabilidade pelo dano), assim como, pelo risco de transmissão ou às políticas públicas adotadas para conter o avanço do vírus (responsabilidade independente de dano). Segundo Clayton Reis³⁵,

O ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

Então, se o nexos de causalidade seria um desafio nessas situações, uma vez que a prova da contaminação, ou de que aquele agente causou a proliferação da doença, ou ainda do efetivo prejuízo às políticas públicas seria bastante complexa. A solução da temática é ainda dificultada pelo acolhimento, no Direito brasileiro, segundo parte da doutrina, da subteoria da necessidade, construção evolutiva da teoria da causalidade direta e imediata, desenvolvida por Agostinho Alvim e aparentemente acolhida pelo STF no julgamento do RE 130.764 (1992), e

³³ O escopo geral da precaução é “ultrapassar a prevenção”, determinando a desnecessidade de que um dano se produza ou se mostre iminente, para que deva ser evitada a produção ou a repetição desse dano. O que significa afirmar que a “segurança” transforma-se em um novo paradigma, “[...] que dá às obrigações morais a forma de ética e transforma o princípio de responsabilidade em precaução”, em um contexto de “incertezas científicas e do risco da ocorrência de danos graves e irreversíveis”. Trata-se de princípio intimamente ligado à gestão de riscos. Referido princípio busca conter a inovação e “reorientar” o progresso científico ilimitado, “[...] revalorizando a busca dos verdadeiros responsáveis pelos comportamentos imprudentes”, por abrigar a convicção de que “[...] existem comportamentos que devem ser proibidos, sancionados e punidos” (DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? In: *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 53-63, 2002, p. 57).

Precaução está também ligada à ideia de afastamento de perigo e de segurança das gerações futuras. Representa a busca da proteção da espécie humana e, para tanto, riscos eminentes e riscos futuros deverão ser considerados, inclusive os riscos que o atual estágio do desenvolvimento da ciência não consegue mensurar.

³⁴ SAVATER, Fernando. *Ética como amor-próprio*. São Paulo: Martins-Fontes, 2000. p. 149.

³⁵ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 78-79.

que teve como Relator o Ministro Moreira Alves. Trata-se, em verdade, de construção teórica que não oferece critérios seguros e objetivos de aplicação, permitindo a utilização, pelo magistrado, de forma intuitiva, da tese que, escolhida de antemão, melhor atenda à sua percepção pessoal.

Por óbvio as teorias clássicas da causalidade não dariam conta dessas situações. O caso concreto autorizaria outras formas de imputação, como por exemplo, o simples tipo de perigo decorrente automaticamente de comportamentos que violam o paradigma da prevenção (violação de ordens administrativas como a quarentena ou isolamento ou da própria recusa a se submeter a uma vacinação obrigatória capaz de deter o avanço da doença). Não se está aqui a afirmar a possibilidade de dano de risco³⁶, mas sim, da imputação de responsabilidade decorrente de efetivo perigo, de responsabilizar aquele que conhecendo ou não podendo ignorar o perigo de contágio, expõe outras pessoas ao risco de contrair a doença ou que efetivamente a transmite, ou ainda, que encontra formas de burlas políticas públicas para delas tirar proveito.

Deve-se lembrar que o especial objeto tutelado aqui é a saúde individual e coletiva e, portanto, pouco importa se houve vontade dolosa ou não em transmitir a doença, o que importa é que as condutas do agente decorrem da sua assunção de risco, de condutas e comportamentos reais que geram ofensas mensuráveis na saúde de outrem ou na ordem coletiva (especialmente nas políticas públicas adotadas para conter o novo vírus). Busca-se, com isso, estabelecer consciência sobre a quota de responsabilidade (moral e jurídica) pela saúde coletiva, afinal, a saúde é dever do Estado, mas também responsabilidade de cada um. Em situações de emergência sanitária, da responsabilidade com a saúde não depende apenas a sobrevivência individual, mas também de toda a humanidade.

Não se trata aqui, no entanto, de defender a exacerbação do coletivo, porque isso poderia gerar injustiças, programas de saúde autoritários, seletivos ou excludentes, implementando desarmonia social baseada em critérios classificatórios de saúde e de doença. Estabelece-se a premissa de que o interesse público não é sinônimo de prevalência absoluta sobre o direito à privacidade, mas às vezes será justificador da sua mitigação, em razão do princípio jurídico da solidariedade³⁷ social (art. 3º, I, CF) e do princípio ético da responsabilidade³⁸.

³⁶ Segundo Bisneto e Simão, “não há falar, assim, em “dano de risco”, na hipótese de determinada pessoa ter tido contato com um indivíduo infectado, sem ter sido alertada, em razão do temor de ser portadora da doença. Tal circunstância, por si só, não caracteriza dano indenizável. Em casos de indivíduos portadores de doenças graves ou de idade avançada, integrantes do grupo de risco letal, o aludido dano decerto não se identifica com o risco, mas advém, neste caso, da violação contundente de direito da personalidade, mais especificamente a integridade psicológica da vítima, não se afigurando necessária a construção de uma responsabilidade *ex ante* a fim de justificar, na hipótese mencionada, o dever de reparação” (DANTAS BINESTO, Cícero; SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil nos casos de transmissão coletiva do coronavírus. In: *Conjur*, 6 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/direito-civil-atual-responsabilidade-civil-transmissao-coletiva-coronavirus>. Acesso em: 6 de fev. 2023).

³⁷ Segundo Moraes, “ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, [...], já definitivamente marcado pela consciência de que, se por um lado, já não se pode conceber o indivíduo como um *homo clausus* – concepção mítica e ilusória –, por outro tampouco devem existir direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos só existem para que sejam exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos ‘fundamentalmente organizados’ para viverem uns em meio a outros. Não se trata, portanto, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade, ou vice-versa. O princípio a

A solidariedade, enquanto valor, deriva dessa consciência racional dos interesses comuns que representam cada membro de um grupo social. “É conceito dialético de reconhecimento do outro”³⁹ que não permite o fracionamento da tutela da pessoa humana em fracionadas e autônomas hipóteses.

Nota-se, então, que se já não bastassem tantas mudanças para a responsabilidade civil, a pandemia da Covid-19 colocou que xeque muitas soluções que eram tidas como os novos rumos do instituto. As hipóteses, antes propositivas, passam agora a ser testadas nos tribunais que devem conciliar direitos individuais e coletivos na busca da melhor proporcionalidade possível. Segundo Rosenthal⁴⁰ “repensar a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente”, o que significa dizer que para além de punir e reparar, deve ela agora ser voltada à prevenção de ilícitos.

As situações aqui enumeradas apresentam novos desafios não só à sistemática do instituto estabelecida pelo Código Civil, mas especialmente aos tribunais que deverão apresentar decisões que para além dos novos danos, sopesando as novas funções da responsabilidade civil. Deve-se priorizar a tarefa de selecionar, conter novos danos e impedir comportamentos indesejados, em vez de se dedicar à mera tipificação dos novos danos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o final do século XX foi o momento de grande desenvolvimento da responsabilidade civil e da teoria dos danos, o primeiro quarto do século XXI, traz novos desafios que parecem exigir não só que se repense as funções da responsabilidade civil e o que delas se pode esperar, mas especialmente que se compreenda que os temas que a cercam são cada vez mais inter e multidisciplinares, exigindo uma soma de saberes para conduzir a soluções justas e proporcionais.

A tutela prioritária da pessoa humana, a expansão das fronteiras da responsabilidade objetiva, a resignificação da culpa, a flexibilização do nexo de causalidade, a funcionalização do princípio da reparação integral, representam a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade

ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação para sua adequada tutela propenda ora para a liberdade, ora para a solidariedade. [...]. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmesurada é incompatível com a solidariedade”. (MORAES, *op. cit.*, p. 107-108).

³⁸ Hans Jonas chama a atenção para a insuficiência dos imperativos éticos tradicionais diante das novas dimensões do agir coletivo. Não nega as premissas da ética tradicional, mas busca uma ponderação sobre o significado dessas mudanças para a condição moral. De sua inquietação, propôs um novo imperativo categórico “age de tal forma que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra”, mais racional e voltado para um agir coletivo. Procurou, com isso, não só uma ética voltada ao bem humano, mas também o bem de coisas, alargando o que se conhecia por fim em si mesmo para além da esfera do homem (JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2007. p. 40).

³⁹ MORAES, *op. cit.*, p. 111-112.

⁴⁰ ROSENTHAL, *op. cit.*, 2013, p. 91

civil indicam uma importante mudança com relação à compreensão de seus significados e funções.

Passados 20 anos da publicação do Código Civil, pode-se afirmar que a principal função da responsabilidade civil já não é mais única e exclusivamente a compensação ou reparação de danos. O instituto vai além das fronteiras pensadas pelo Código vigente para também se apresentar como importante arma preventiva de comportamentos indesejados e punitiva nas diversas dimensões das relações privadas (especialmente naquelas que geram impactos sociais importantes).

A quantidade de novos danos revela um novo olhar dos tribunais sobre o tema, em especial no que se refere à tutela dos aspectos existenciais da personalidade, mas também representam um fundado temor de banalização das pretensões que teriam por único limite a criatividade humana. Nesse contexto, a responsabilidade civil deve assegurar a satisfação de pretensões legítimas e sérias que encontram respaldo no ordenamento jurídico e nos valores por ele assegurados a partir da dignidade da pessoa humana. A insegurança trazida por tentativas vãs de novas tipificações de danos autônomos não pode se sobrepor à necessidade de harmonização social e tutela de interesses existenciais privilegiados.

O desafio está posto. Definir critérios de aferição de merecimento de tutela, considerados os valores protegidos pelo ordenamento brasileiro e respeitado certo grau de discricionariedade, parece ser tarefa prioritária neste novo cenário. Insistir na perspectiva unidimensional (a partir apenas do dano já consumado) é ignorar todas as transformações sociais e jurídicas desse início de século, especialmente quando se pensa na tutela das situações jurídicas existenciais e em importantes reflexos sociais de comportamentos considerados privados. A responsabilidade civil deve assumir-se como um verdadeiro instrumento de promoção da pessoa humana⁴¹.

REFERÊNCIAS

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? *In: São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 53-63, 2002.

DANTAS BINESTO, Cícero; SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil nos casos de transmissão coletiva do coronavírus. *In: Conjur*, 6 de abr. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/direito-civil-atual-responsabilidade-civil-transmissao-coletiva-coronavirus>. Acesso em: 6 de fev. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2007.

⁴¹ MORAES, *op.cit.*, p. 23.

HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LACERDA, José Gutemberg Gomes. *Dano moral coletivo sob a perspectiva dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto; VIDALETI, Leiliane Piovesani. Efeitos adversos pós-vacinação: a cláusula contratual de irresponsabilidade do fabricante e a responsabilidade do Estado na execução da política de imunização. In: RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MENEZES, Joyceane Bezerra; MORAES, Maria Celina Bodin (Org.). *Direito e vacinação*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 21-38.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. A reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSENVALD, Nelson. *O ilícito omissivo parental: as três travessias*. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_47adb680219640af8c1ac8ad9be76f5b.pdf>. Acesso em: 6 de fev. 2023.

ROSENVALD, Nelson. *A obrigatoriedade da vacinação e a privacidade da família*. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.com.br>. Acesso em: 6 de fev. 2023.

SAVATER, Fernando. *Ética como amor-próprio*. São Paulo: Martins-Fontes, 2000.

SCHAEFER, Fernanda. Vacinação obrigatória: entre o interesse individual e o social e a possibilidade de responsabilização civil em caso de recusa à vacinação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Coord.). *Coronavírus e a responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 417-427.

SCHAEFER, Fernanda. Autonomia parental e vacinação obrigatória. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Indaiatuba, SP: Foco, 2021. p. 253-272.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Recebido: 15.02.2023

Aprovado: 08.06.2023

Como citar: SCHAEFER, Fernanda. Os 20 anos do Código Civil e os novos danos: os desafios trazidos pela pandemia. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 22-38, maio/ago. 2023.

