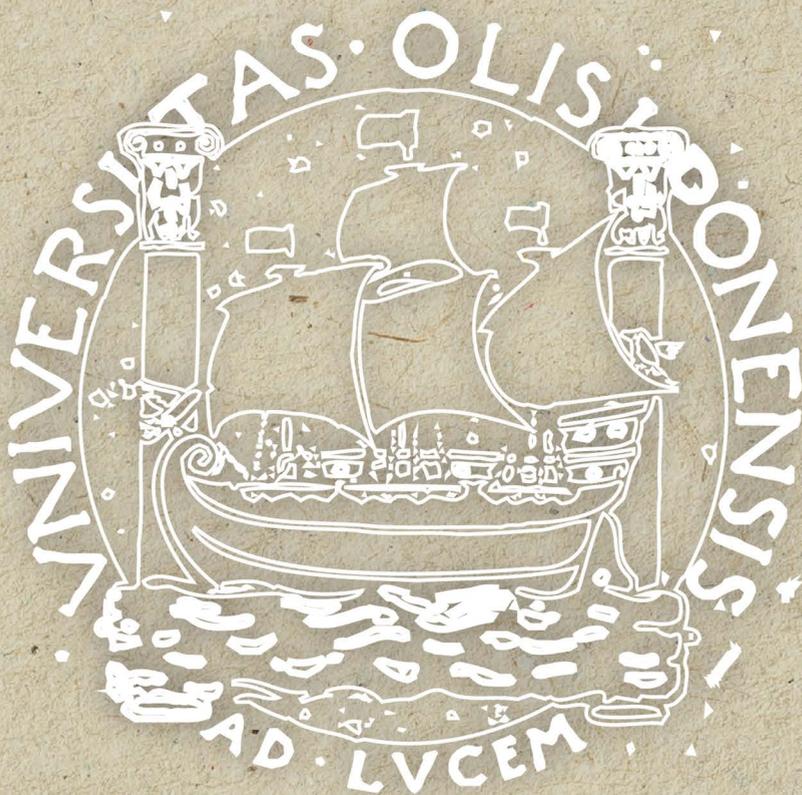


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- Elsa Dias Oliveira**
209-230 Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- Fernando Loureiro Bastos**
231-258 A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- Filipa Lira de Almeida**
259-281 Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
283-304 Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- Hugo Ramos Alves**
305-339 Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- Isabel Graes**
341-374 Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- Jean-Louis Halpérin**
375-404 La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- João de Oliveira Galdes**
405-489 Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- Jones Figueirêdo Alves**
491-515 Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- Jorge Cesa Ferreira da Silva**
517-552 A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- José Luís Bonifácio Ramos**
553-564 Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

-
- Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
-
- Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
-
- José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

-
- Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
-
- Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
-
- Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas

The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies

Silvio Romero Beltrão* | Maria Carla Moutinho Nery**

Resumo: O artigo trata da necessidade de ponderação do princípio da vulnerabilidade com o princípio da preservação da empresa, com o objetivo de regular a crise econômico-financeira provocada pela pandemia da Covid-19. Procura analisar a sensibilidade do setor aéreo aos efeitos econômicos da pandemia e considerar a adoção de requisitos objetivos para a determinação da vulnerabilidade.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Consumidor. Preservação da empresa. Companhias Aéreas. Pandemia.

Abstract: The article deals with the need to balance the principle of vulnerability with the principle of preservation of the company, in order to regulate the economic and financial crisis caused by the pandemic of Covid-19. It seeks to analyze the sensitivity of the airline company to the economic effects of the pandemic and to consider the adoption of objective requirements for determining vulnerability.

Keywords: Vulnerability. Consumers. Preservation of the company. Airlines. Pandemic.

Sumário: 1. Introdução; 2. Contextualismo normativo: Qual o peso das circunstâncias na conduta às quais as partes ficam obrigadas?; 3. O princípio da vulnerabilidade como proteção do consumidor; 4. O princípio da preservação da empresa; 5. O conflito de princípios e o choque simétrico da pandemia. 6. Considerações finais.

* Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Escola da Magistratura de Pernambuco e da Universidade Federal de Pernambuco. Juiz de Direito. silviorb@gmail.com.

** Doutoranda em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UFPE. Professora da Escola da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Analista Judiciária do TJPE. mariacarlamoutinho@gmail.com.

1. Introdução

A ausência de estudo de critérios objetivos acerca do reconhecimento da vulnerabilidade como opção viável ao reconhecimento da desigualdade material e, em última análise, como forma para alcançar a justiça nas relações jurídicas permite deixar determinadas situações de vulnerabilidade contratual à margem da proteção estatal.

Aliado a isso, a falta de estruturação do bom uso da vulnerabilidade vincula o uso desta aos aspectos subjetivos da relação contratual, quando são consideradas características especiais do sujeito de direito como meio de viabilizar uma maior proteção do legislador.

Sob o ponto de vista patrimonial, a vulnerabilidade representa, portanto, uma característica do sujeito como, por exemplo, o consumidor, tido como o vulnerável da relação de consumo frente ao fornecedor, cujo poderio econômico é presumido. Uma vez reconhecida a vulnerabilidade do sujeito¹, a regra sugere a intervenção estatal para a preservação da igualdade material por meio de incidência de norma protetiva no caso concreto em favor do consumidor².

E se o consumidor não for vulnerável? E se o consumidor não estiver em nenhuma posição de desvantagem seja de ordem jurídica, econômica ou de qualquer outro tipo de conhecimento?

A maior crise econômica e sanitária dos últimos anos, suportada por todos os países do mundo, teve início no ano de 2020, em virtude da pandemia da Covid-19. Neste contexto pandêmico, é possível visualizar o sentido inverso do natural desequilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor.

¹ “Em síntese, a noção de vulnerabilidade é introduzida e persiste no vocabulário bioético numa função adjetivante, como uma característica, particular e relativa, contingente e provisória, de utilização restrita ao plano da experimentação humana, tornando-se cada vez mais frequente na constatação de uma realidade que se pretende ultrapassar ou mesmo suprimir por meio da atribuição de um poder crescente aos vulneráveis”. PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. Rev. Brasileira de Bioética, vl. II, jan. 2007, p. 35.

² “A partir dessas premissas, a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a responsabilidade, com imposição da obrigação de indenizar”. KONDER, Carlos Nelson. *Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 99. Mai-Jun, 2015, p. 5.

A diminuição do consumo e a instabilidade desenfreada das contratações fez aflorar a quebra de sinalagma em vários campos, a exemplo dos setores imobiliários, aéreos, turísticos, de eventos e de educação. Com isso, algumas leis foram promulgadas em diversos países com o objetivo de regular a crise contratual vivenciada pelo mundo e preservar as contratações, diminuindo os danos provenientes da pandemia.

Neste cenário pandêmico, a vulnerabilidade pode atingir a todos os sujeitos da relação, mesmo aqueles que, aprioristicamente, não seriam considerados vulneráveis nas condições subjetivas? Diante da crise econômica provocada pela pandemia, questiona-se: seria possível reconhecer a vulnerabilidade de um segmento econômico para a preservação da economia de um país? Em que medida se pode analisar a quebra do equilíbrio do negócio jurídico a partir do reconhecimento da vulnerabilidade dos sujeitos, ou condições dos contratantes mediante a construção de critérios objetivos para esta finalidade? Neste sentido, seria possível adotar requisitos objetivos e específicos a serem cotejados com os subjetivos para, em cada caso concreto, na análise da relação jurídica em geral, identificar a desigualdade material e a vulnerabilidade objetiva a ser considerada pelo Estado na aplicação do direito?

Este trabalho tem por objeto pesquisar a possibilidade de permitir a desigualdade material em prol de um bem maior: a manutenção da economia, mediante o cumprimento do princípio da função social da empresa, sem desprezitar o princípio da vulnerabilidade do consumidor³, tendo por base o caso das empresas aéreas que, dentre outras, é comum às diversas nações vítimas da pandemia⁴.

³ Não se desconhece a divergência doutrinária acerca da existência (ou não) de um princípio da vulnerabilidade. A referida discordância exigiria um estudo mais aprofundado acerca do tema, incompatível com o objetivo do presente artigo. No entanto, no sentido favorável ao reconhecimento da vulnerabilidade como princípio, por todos: WATANABE, K., BENJAMIN, A. H. V., FINK, D. R., FILOMENO, J. G., GRINOVER, A. P., NERY JUNIOR, N., & DENARI, Z. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Forense Universitária: Rio de Janeiro. 58ª. Edição, 1998, p. 66.

⁴ “O conteúdo da justiça contratual deve ser buscado, assim, dentro do exato contexto histórico-social no qual o negócio, que se pretende justo, se manifesta. Em uma sociedade democrática, tal qual a brasileira, inspirada por valores personalistas e solidaristas, liberdade e igualdade jurídicas revelam-se pilares fundamentais, não cabendo ao Estado intervir, a priori, diretamente nas relações privadas, salvo para assegurar a efetividade de direitos fundamentais [...] Ainda que não exclusivamente, apresenta-se não só viável, mas de todo conveniente estender a atuação corretiva do magistrado a todas as situações de desequilíbrio ou desproporção manifestas. [...] Nesse sentido, observa-se que o estudo do equilíbrio contratual não deve ser realizado pontualmente apenas no tocante à determinada obrigação estaticamente considerada, mas de forma global, levando em conta a relação jurídica como um todo, a abranger as especificidades de cada situação jurídica em concreto, em perspectiva dinâmica”. MONTEIRO FILHO, CARLOS EDISON DO RÊGO; PEYNEAU RITO, FERNANDA PAES LEME. *Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual*. Revista Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 389-410, maio/ago. 2016, pp. 401-403.

Diante destas ponderações, busca-se, em um primeiro momento, realizar a contextualização normativa da problemática, mediante a investigação do peso das circunstâncias que justificam a obrigação das partes, para, então, analisar o princípio da vulnerabilidade do consumidor na conjuntura atual de preservação dos pactos de manutenção das empresas, como forma de equalizar a manutenção dos segmentos econômicos abatidos pela crise pandêmica e garantir, em especial, o emprego dos trabalhadores.

Assim, o presente estudo tratará da atuação jurisdicional quanto à aplicação do princípio da vulnerabilidade combinado com o princípio da preservação da empresa, e buscará compreender a interpretação que deve ser aplicada aos casos envolvendo as empresas aéreas, em face da atual crise pandêmica.

2. Contextualismo normativo: Qual o peso das circunstâncias na conduta às quais as partes ficam obrigadas?

Partindo da concepção de que o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico, surge a seguinte questão: tem esse mesmo ordenamento a propriedade de qualificar todos os comportamentos possíveis ou podem ocorrer condutas para as quais não foram previstas soluções jurídicas?⁵

Eventualmente, pode ocorrer do ordenamento jurídico se deparar com situações para as quais não ofereça qualquer solução⁶. Nesse mesmo sentido, as relações contratuais não são capazes de resolver, muitas vezes, os limites das obrigações de cada uma das partes, ou porque as partes não chegaram a cogitar certas possibilidades, ou porque, pelo seu comportamento, acharam desnecessária a regulamentação de certas intenções⁷.

⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Atlas, São Paulo, 2ª. Edição, 1994, p. 217.

⁶ “Estas dificuldades na discussão da questão não são, por fim, específicas do problema das lacunas, mas da metodologia jurídica em geral. Talvez se possa dizer, em conclusão, que elas surgem em função da pluridimensionalidade mesma do objeto que chamamos direito e, conseqüentemente, da sua eventual lacunosidade”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 222.

⁷ “Na concepção clássica de contrato, a relação contratual é desenvolvida por duas partes em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutem livremente as cláusulas contratuais, firmando o acordo de vontades. Seria o que hoje é denominado de “*contrato paritário, discutidos individualmente e com o tempo para as tratativas preliminares*”. Contudo, nem sempre é possível transcrever para o contrato todas as intenções que determinaram a realização daquele negócio jurídico, ou porque as partes não chegaram a cogitar certas possibilidades, ou porque pelo comportamento das mesmas, elas acharam desnecessária a regulamentação de certas intenções”. BELTRÃO, Silvio Romero. *Elementos para a Interpretação dos Contratos*. Revista da Esmape / Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife, Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, 1996. Referência: v. 19. n. 39. p. 189–212, jan/jun., 2014.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz, “*As estruturas sociais, portanto, são constituídas por uma combinatória de expectativas cognitivas e normativas, de modo a conferir durabilidade às relações sociais dinamicamente em transformação*”⁸. Nesse sentido, surge o conflito entre o textualismo, conforme consta na lei ou no contrato, e o contextualismo, na qual, para além da lei e do contrato, tem bastante relevância o peso das circunstâncias⁹.

Basta fixar nestas três obrigações de pagar, para verificar que as respostas podem ser diferentes, em um mesmo contexto de crise econômica e sanitária em razão da pandemia.

1 – A obrigação de um lojista de *shopping center* de pagar a renda (aluguel) de imóvel fechado por força de decreto institucional do Poder Público durante a pandemia.

2 – A obrigação do mutuário de pagar as prestações do empréstimo contraído perante o Banco, em virtude de desemprego causado pelas demissões em massa durante a pandemia, ante a paralisação das atividades de muitas empresas.

3 – A obrigação do locatário de imóvel residencial de pagar a renda (aluguel) do bem, que se encontra em uso, cujo inquilino não sofreu qualquer redução salarial em decorrência da pandemia.

Nos casos acima, todos têm obrigação de pagar um valor certo em uma data certa, e o texto contratual não suscita qualquer dúvida a isso. Mas a resposta ou solução para o problema do inadimplemento deve passar pela finalidade do contrato e de qual maneira a circunstância “crise econômica e sanitária” afeta a conduta do devedor no cumprimento de sua obrigação.

Em todas essas obrigações não foram previsíveis os efeitos da pandemia nos contratos, o que o torna incompleto e sujeito ao aperfeiçoamento pelo Poder Judiciário, que talvez com uma maior amplitude possa contextualizar o problema e entregar o melhor resultado para as partes^{10/11}.

⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 106.

⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Almedina: Coimbra. 2007. p. 509.

¹⁰ “Já o contextualismo será, nesta perspectiva, um reconhecimento da inevitabilidade do inacabamento contratual (e por vezes até a sua vantagem estratégica) dados os custos de transação, daí evoluindo para presunção de superioridade, em certas circunstâncias ao menos, da adjudicação judicial e de outras instâncias de hetero-regulação: as circunstâncias em que se reconhece que o legislador e os tribunais são capazes de cercar o contrato com um enquadramento mais coordenador e eficiente do que a solução que se alcançaria por negociação bilateral – mormente quando se encare a possibilidade de a heteroregulação fornecer normas supletivas “maioritárias” que antecipem a substância da maior parte dos acordos, dispensando as partes de incorrerem nos custos e incertezas da negociação.” ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*, p. 511.

Devido à falta de respostas prontas decorrentes da alteração das circunstâncias, não há dúvidas de que neste momento fica evidenciada a necessidade de renegociar¹². Neste ponto, o estudo da alteração das circunstâncias¹³ permite a reapreciação das cláusulas contratuais, diante das novas circunstâncias, com vistas a reequilibrar o sinalagma contratual¹⁴.

Não há dúvidas de que neste momento fica evidenciada a necessidade de renegociar diante da alteração das circunstâncias. Neste ponto, a cláusula *rebus sic stantibus* (“*enquanto as coisas estão assim*”), permite a reapreciação das cláusulas contratuais, diante das novas circunstâncias, com vistas a reequilibrar o sinalagma contratual.

O enfrentamento dos efeitos da pandemia nos contratos permite ações hábeis a minorar as suas consequências, mesmo que não exista o desequilíbrio do valor das prestações pactuadas no contrato, notadamente, por força do reconhecimento da solidariedade social, como elemento da função social do contrato.

A valorização da solidariedade social ocorre em razão da pluralidade de problemas nascidos do contexto pandêmico, tendo tanto o credor como o devedor sido alvo de seus efeitos, sendo uma circunstância visível para todas as partes, o que inibe o fundamento no subjetivismo de cada um dos envolvidos.

Nessa linha de pensar, não é suficiente a repactuação baseada somente na equivalência das prestações, quando o ponto principal da base do negócio, o qual foi atingido pela pandemia, é a inexistência de mercado para o objeto contratado¹⁵.

¹¹ Em artigo recentemente publicado no Jornal El País da Espanha, com o título “Una solución ante el caos contractual en las empresas por el coronavirus”, ficam bastante evidentes as consequências para a economia mundial dos problemas causados pela pandemia e a falta de respostas prontas, justas e eficazes das normas e dos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/06/12/legal/1591984883_910604.html.

¹² “Vimos já que a renegociação do contrato será, em muitos casos, a solução mais óbvia para o problema da alteração das circunstâncias que interferem no equilíbrio das partes e na onerosidade do contrato”. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 676.

¹³ “Há, pois, que operar com um modelo de decisão que comporte, entre as suas variáveis, quer a autonomia privada e seus valores, com os factores de concretização sediados no contrato celebrado, que a boa fé-igualdade, precisada em consonância com as alterações registradas no caso real”. CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 1114.

¹⁴ “Sendo implícito e não acolhido em cláusula geral o princípio do equilíbrio, a sua concretização no âmbito das relações regidas pelo Código Civil se dá, portanto, por meio de institutos e de regras que precisam o seu conteúdo (ainda que de modo vago, utilizando termos semanticamente abertos, como ‘lesão’ e ‘excessiva onerosidade superveniente’) e fixam os seus requisitos ou condições de incidência”. MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado*, Saraiva, 2018, p. 651.

¹⁵ “Dessa forma, a base do negócio seria constituída, dentre outros aspectos, pela (a) equivalência das prestações, pela (b) permanência aproximada do preço convencionado e pela (c) existência de mercado para o objeto contratado”. EHRHARDT JR., Marcos. *Revisão Contratual, a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança das circunstâncias*, Editora Podium, Salvador, 2008, p. 97.

Assim, não se busca a análise subjetiva da alteração da base do negócio¹⁶, pois não se declara a existência de erro no momento da celebração do contrato. O que está em mente é a inexistência do mercado, em face dos efeitos económicos da pandemia que superam o risco previsível e a própria vontade das partes, atingindo a todos de forma simétrica¹⁷.

Nos casos acima explicitados, pode-se notar que a obrigação do lojista de *shopping center* foi afetada pela inexistência de mercado, com as determinações do poder público de proibição de funcionamento dos centros comerciais, que impedem a execução do contrato para o fim que foi proposto, qual seja, a produção ou a circulação de bens e serviços. Então, o retorno à base negocial é, no momento, um fator de indeterminação, visto que não há previsão do restabelecimento da normalidade. Talvez, nesse caso, a repactuação do valor da renda (aluguel), com a diminuição do preço, inclusive com a possibilidade de sua inexigibilidade durante o período de fechamento das lojas do *shopping center*, seja a melhor solução¹⁸.

Importa registrar não ser o (in)adimplemento do aluguel a hipótese de impossibilidade do cumprimento da obrigação, por se tratar de obrigação de pagar (e não de obrigação de fazer). No entanto, a incapacidade financeira do lojista, decorrente da queda abrupta das vendas durante o período de fechamento das lojas, implica uma quebra objetiva da finalidade do contrato, razão pela qual as contraprestações por ele devidas precisam ser renegociadas.

Por sua vez, a obrigação do mutuário de pagar as prestações do empréstimo contraído perante o Banco tem objeto contratual diverso, qual seja: o Banco cumpriu completamente sua obrigação de entregar ao devedor o valor do mútuo, e agora aguarda a devolução do valor, conforme as prestações pactuadas. Mas o devedor não possui as mesmas condições económicas que possuía quando realizou o contrato. Então, no caso, talvez a melhor solução seja a moratória, a suspensão da obrigação por um determinado período, até o restabelecimento do equilíbrio econômico, qual seja, o retorno da capacidade económica do devedor, com a normalização do mercado de consumo. O valor integral permanece sendo devido,

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 1080.

¹⁷ “Tem estado subentendido, mas há que explicitá-lo, que o ‘choque exógeno’ de contingências imprevistas tem relevância prática e se traduz em danos efectivos, não porque ele destrua o programa contratual inicialmente estabelecido, mas porque ele atinge investimentos específicos, ‘investimentos de confiança’, realizados à sombra daquele programa contratual”. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 630.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Impossibilidade de prestar e excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 1, 2020, p. 391-427.

devendo ser respeitado o caráter social da revisão tão-somente para parcelamento ou adiamento da data do pagamento.

Por fim, o locatário de um imóvel residencial, que o utiliza conforme os fins pactuados e não sofreu qualquer impacto económico em seu rendimento, não pode exigir alteração do valor do aluguel, como uma atitude de boleia, em razão das circunstâncias gerais. No caso, as circunstâncias não alteraram o objeto do contrato, mesmo diante da crise económica, devendo a obrigação ser cumprida conforme foi contratada, não se tolerando atitudes oportunistas.

Enfim, nas diversas situações, mesmo perante circunstâncias gerais, o seu peso na alteração das obrigações contratadas irá depender da apreciação do caso em concreto, pois não basta somente a existência de um fato imprevisível, é necessário que esse mesmo fato tenha dado causa a alteração do figurino pensado pelas partes em obediência ao equilíbrio e ao objeto contratado^{19/20}.

O devedor do mútuo poderia já estar em débito pelo incumprimento do contrato antes da pandemia; sendo assim, a nova situação de crise económica não pode ser imputada como causa para a sua inadimplência, e possível moratória²¹.

O peso que se atribui às circunstâncias decorre da busca de um critério de interpretação hábil a ponderar os elementos intrínsecos e extrínsecos, com base na finalidade do contrato e nos efeitos das circunstâncias na execução e cumprimento das obrigações, sem excluir a aplicação da lei, mas possibilitando uma abordagem interpretativa que leve em consideração o contexto do momento da exigência das condutas²².

Sem a observação do contexto atual de pandemia, sem a ponderação da crise económica como força maior, pública e notória, sem a compreensão do choque

¹⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 1114.

²⁰ “Sintetizando, dependendo das circunstâncias, o recurso à equidade faculta ao julgador uma apreciação do caso concreto desprendida da estrita aplicação das regras positivas. O juízo *ex aequo et bono* pressupõe um modo de aplicação do direito, tendo por base os seus institutos e normas jurídicas, atenuando a rigidez de aspectos formais e preenchendo lacunas decorrentes da dificuldade de aplicação estrita de soluções de direito positivo. Em suma, proferindo uma decisão justa no caso concreto, que corresponda à concretização do direito ainda que não se identifique plenamente com a solução legal”. MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, 2020, número 2, p. 576.

²¹ “Registre-se que a “mudança circunstancial deve ser externa, conjuntural, como as provocadas pela própria natureza, ou pelas autoridades, ou ainda pelo comportamento macroeconómico”, ou seja não pode ser imputada às partes, sob pena de responsabilização pelas perdas e danos em detrimento do direito à revisão do negócio”. EHRHARDT JR., Marcos, *Revisão Contratual, a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança das circunstâncias*, p. 101.

²² ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 509.

simétrico da pandemia que afeta tanto o credor quanto o devedor, sem a constatação da paralização do mercado, “*a interpretação dos contratos se converteria no mais fútil dos bizantinismos*”²³.

Nesse sentido, o cenário atual da pandemia é importante para a análise da proteção dos interesses dos consumidores diante das dificuldades econômicas que as empresas estão suportando, merecendo destacar o desafio em analisar a problemática da manutenção da economia, mediante o cumprimento do princípio da preservação da empresa, sem desrespeitar o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

3. O princípio da vulnerabilidade como proteção do consumidor

A pós-modernidade e o Estado Social permitiram o nascimento de um arcabouço principiológico hábil a servir como base ao intérprete para a solução do caso concreto. Ao lado da boa-fé, da função social, da solidariedade e da equivalência material, a vulnerabilidade tem ampla aplicabilidade em todos os ramos do direito²⁴.

Delimitar o conceito de vulnerabilidade não é uma tarefa fácil para a doutrina. Não existe uma conceituação estanque da qual se possa extrair objetivamente e em poucas palavras o significado de vulnerabilidade. Isso porque estar vulnerável em uma determinada hipótese não implica, necessariamente, em uma vulnerabilidade plena para as demais situações. Daí a importância de a vulnerabilidade ser tratada como princípio jurídico de natureza objetiva (e não como característica do sujeito), pois permite a utilização de conceitos abertos para se adequar à realidade social do momento.

O conceito de vulnerabilidade deve estar sempre em construção, pois o reconhecimento da vulnerabilidade de outrora não é o mesmo dos dias atuais. Da análise etimológica do termo, pode-se dizer que a vulnerabilidade é uma “*qualidade ou estado do que é vulnerável*” e tem por sinônimos a “*suscetibilidade de ser ferido ou atingido por uma doença; fragilidade*”²⁵. Nesse sentido, Maria do Céu Patrão

²³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 510.

²⁴ “O surgimento da *vulnerabilidade* no contexto da experimentação humana e como classificação a atribuir a alguns é determinado por factores históricos: o recurso a sujeitos de experimentação no desenvolvimento da investigação biomédica foi crescendo ao longo da primeira metade do séc. XX, recorrendo a grupos de pessoas desprotegidas e/ou institucionalizadas, como órfãos, prisioneiros, idosos e, mais tarde, judeus e outros grupos étnicos, considerados inferiores e mesmo subhumanos pelos nazis, ou povos, como os chineses, que os japoneses também exploraram em prol da prossecução dos seus objetivos científicos e militares”. PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio*, pp. 30-31.

²⁵ “vulnerabilidade”, in *Dicionário Michaelis de Português*. Disponível em <<https://michaelis.uol.com.br/busca?id=w4yE7>>. Consultado em 21-6-2021.

Neves destaca: “*Vulnerabilidade é uma palavra de origem latina, derivando de *vulnus (eris)*, que significa ferida. Assim sendo, ela é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido*”²⁶.

Assim, a vulnerabilidade busca conferir a uma das partes o reconhecimento jurídico da fragilidade para, por meio de normas protetivas, trazer aos institutos uma interpretação que vise proteger os interesses das partes sem desigualdade.

Sob esse aspecto, o princípio tem incidência mundial, pois, como registra José Ozório Bittencourt: “*O reconhecimento da vulnerabilidade é unívoco no mundo. A resolução da ONU n.º 29/248 reconhece que os consumidores estão em desequilíbrio no tocante à condição econômica, educacional e capacidade financeira*”. No âmbito nacional, a Constituição Federal do Brasil, não positivou o termo “vulnerabilidade”, tendo o constituinte se limitado a reconhecer a proteção ao consumidor como direito fundamental (artigo 5º, XXXII) e a positivar o princípio da defesa do consumidor como reitor da Ordem Econômica e Financeira²⁷.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor positivou o princípio da vulnerabilidade²⁸ no artigo 4º, inciso I, no qual, ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo, fez reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo²⁹. A Lei 8.078/1990 reconhece, portanto, o consumidor como sendo o sujeito vulnerável da relação de consumo como forma de materializar o princípio da equivalência material. Neste contexto, o conceito de consumidor foi “*pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes*”³⁰, levando-se em consideração a necessidade deste sujeito de direito de receber do ordenamento a proteção necessária para atuar em pé de igualdade em relação ao fornecedor.

²⁶ PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio*, pp. 29-30.

²⁷ BITTENCOURT, José Ozório de Souza. *O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004, p. 258.

²⁸ “O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor. O artigo 4º, I, do CDC estabelece entre os princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo o ‘reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo’”. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 198.

²⁹ CDC Artigo 4º “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

³⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

O advento do Estado Social, a assumpção do indivíduo como protagonista das relações jurídicas e todo o contexto histórico vivenciado pelo País e pelo mundo, ao tempo da promulgação do CDC, gerou a necessidade de imputar ao consumidor (e a tantas outras categorias de vulneráveis) a condição de parte mais frágil da relação, evidenciando a natureza subjetivista da vulnerabilidade. Naquele momento, era o que tinha de ser feito, pois consumidores, trabalhadores, mulheres, crianças, adolescentes, idosos, negros, homossexuais clamavam pelo reconhecimento dos direitos das minorias.

No entanto, 30 anos após a promulgação do CDC, percebe-se a necessidade de volver um novo olhar para as relações negociais. O viés objetivista, utilizado, inclusive, pelos demais princípios balizadores do Estado Social, como por exemplo, a boa-fé objetiva, faz-se necessário para, assim, viabilizar o reconhecimento da vulnerabilidade no caso concreto como ferramenta de justiça distributiva.

Tratar de vulnerabilidade sob o prisma objetivo implica em abandonar a condição de “sujeito vulnerável” para avaliar o contexto de vulnerabilidade vivenciado no caso concreto e, assim, verificar quem faz jus à proteção constitucional como via de equalizar a igualdade aos sujeitos da relação e não apenas a um destes sujeitos.

É sob esse novo olhar que o legislador vem trilhando um caminho pelo qual se busca o reconhecimento da vulnerabilidade integral para, com isso, evitar-se excessos de lado a lado, visando preservar a integridade das relações negociais.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, para não falar em todo o mundo, as empresas aéreas buscam trazer fôlego para um segmento econômico visivelmente abalado com os cancelamentos e adiamentos de voos, bem como diante do fechamento de fronteiras³¹. A sociedade precisa manter viva a categoria econômica do transporte aéreo sob pena de todos virem a sofrer as consequências da falta de voos para o exercício das suas atividades de trabalho e de lazer. No Brasil, a edição da Lei 14.034/2020 (Lei das Aéreas) regrou a forma de devolução parcelada e diferida dos valores pagos pelas passagens aéreas em caso de cancelamento de voos e consequente desistência da viagem como meio de suavizar o impacto econômico negativo gerado pela pandemia.

³¹ “Isto porque os efeitos provocados pelo Covid-19 vão muito para além dos óbitos ocorridos. A pandemia veio provocar um autêntico tsunami na economia mundial, deixando alguns setores em especial numa situação de delicada debilidade. Nessa situação ficaram, sem dúvida, o turismo e a aviação sendo que, no caso desta última, sem ajudas públicas, a Europa veria as suas companhias aéreas, como o Grupo Lufthansa, a Air France-KLM, a Brussels Airlines, a Norwegian Air, a Finnair, a Alitalia, e a própria TAP, em risco de colapso”. SALGADO, Catarina. *O impacto da pandemia na aviação civil – um novo 11/9?* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 1, 2020, p. 119.

Sob o viés subjetivo, algumas empresas tiveram sua condição financeira seriamente abalada com redução considerável da renda e do lucro como, por exemplo, as que sobrevivem do setor de eventos e turismo. Contudo, outras passaram a auferir um maior rendimento em decorrência da pandemia como, por exemplo, as empresas de tecnologia, de fabricação de equipamentos de proteção individual (EPI), farmácias e distribuidoras de alimentos.

Nesse contexto, indaga-se: equalizar a assumpção dos danos provocados pela pandemia na medida das possibilidades de cada uma das partes da relação comercial não seria tratar os desiguais de forma distinta na medida de suas desigualdades?

Diante desta situação, a distribuição de prejuízos deve acontecer de acordo com a capacidade de suportá-los sob pena de onerar demais apenas um dos lados da relação diante de uma situação em que todos são vítimas e não culpados.

Novamente aqui, nas diversas situações, mesmo perante a circunstância de crise pandêmica, o seu peso na alteração das obrigações contratadas irá depender da apreciação do caso concreto. Se, por um lado, muitas empresas tiveram prejuízos terríveis, outras foram imensamente beneficiadas, não sendo suficiente o fato “crise pandêmica”, em si mesmo, para determinar a alteração do equilíbrio contratual.

4. O princípio da preservação da empresa

Do outro lado da relação existe a figura do comerciante cuja proteção principiológica vem mediante o princípio da preservação da empresa. O conteúdo do princípio da preservação da empresa tem sua origem no abrandamento da pena de falência, oriundo de sucessivas crises económicas que provocaram a quebra de diversas empresas, sem qualquer perdão do Estado, quando os fatos que levaram à quebra foram exteriores a sua administração³².

Este princípio, em regra, é largamente utilizado pelos Tribunais Superiores para justificar a relativização de determinadas regras impostas em face da insolvência da sociedade comercial, sendo, pois, necessário que se compreenda o seu conteúdo, os seus limites e quando será justificável a sua atuação.

Ao enfrentar o atual momento de crise económica e sanitária, deve-se socorrer ao princípio da preservação da empresa, a partir do seu conteúdo social, cuja origem

³² “A evolução posterior nos sécs. XIX e XX foi no sentido de abrandamento da penosidade da falência, uma vez que as crises económicas de 1870, 1914 e 1929 provocaram uma multiplicidade de falências casuais que produziram um sentimento geral de benevolência para com os falidos. Surge, por isso, uma ideia de separar os destinos do homem e da empresa insolventes, ensaiando-se vias de recuperação”. LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes, *Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 36.

advém das garantias constitucionais que visam a manutenção do emprego, a redução das desigualdades e o desenvolvimento nacional³³.

Mas de fato, tanto o princípio da vulnerabilidade do consumidor quanto o princípio da preservação da empresa possuem um elevado grau de indeterminação e generalidade em seus conteúdos, pois, a norma jurídica ao prever a aplicação do princípio não tem condições de antecipar, enumerar e regular todas as situações hipotéticas da vida real em que o bem jurídico protegido eventualmente seja afetado³⁴. Aliás, essa é a grande importância da existência de princípios no sistema normativo: solucionar litígios não previstos na legislação, pois a natureza aberta deles permite ao operador do direito uma maior liberdade interpretativa.

Assim, o princípio da preservação da empresa visa viabilizar a atividade econômica e social da pessoa jurídica, diante de uma situação de crise econômico-financeira, com o objetivo de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a sua função social e o estímulo à atividade econômica, sem necessidade de enumerar as formas de proteção.

Nesse sentido, a indeterminação das formas e dos meios de preservação da empresa faz surgir diversas modalidades de mecanismos para a sua preservação, dos modos mais variáveis, com o objetivo de superar a situação de crise econômico-financeira do devedor e manter a sua função social.

O princípio da preservação da empresa, em decorrência de sua indeterminação, surge como um trunfo nas mãos do operador do direito, como uma garantia, como uma defesa contra os riscos e surpresas que possam surgir durante o processo de insolvência³⁵, diante das várias formas de alcance e de densidade do controle judicial. Ou seja, a intensidade da aplicação da preservação da empresa como controle judicial é variável de acordo com o caso em concreto, diante da ausência de determinabilidade do seu alcance. Assim, diante da indeterminação do princípio, é necessário apurar os seus limites e localizá-lo dentro do contexto social, ponderando-o com outros princípios existentes no ordenamento jurídico, no caso do presente estudo, com o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

O próprio legislador estabeleceu regras que restringem a preservação da empresa. É da própria natureza dos princípios a possibilidade de sofrerem limitações, pois, caso contrário, teria o legislador que prever toda a abrangência da norma. Assim,

³³ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial, Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo: Atlas, 2017, p. 53.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 87.

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, p. 71.

independentemente da força do princípio da preservação da empresa, ele deve ceder espaço, por exemplo, a uma hipótese de força maior que supere o seu conteúdo.

A preservação da empresa, ao assumir a natureza de princípio, sofre a influência de uma reserva imanente de ponderação, que apesar de sua consagração podem ter que ceder a uma força de compreensão com peso maior.

Nesse sentido, o conteúdo do princípio da preservação da empresa deve ser ponderado por meio de outras situações jurídicas protetivas, na evidência de que os efeitos da crise econômico-financeira, causada pela pandemia, atinge a todos de forma síncrona, mas com resultados e expectativas diversas:

– O empresário insolvente tem interesse em recuperar a força econômica de sua empresa e reiniciar suas atividades empresariais com o menor dano possível.

– Por sua vez, os credores querem obter o bem ou serviço contratado, ou até mesmo a devolução do valor pago, de forma que os seus prejuízos também sejam mínimos.

– Os terceiros envolvidos nas atividades tanto do credor quanto do devedor almejam que não sejam afetados pelos resultados danosos causados pelo incumprimento das obrigações.

– O próprio Estado, dependente da arrecadação de impostos, deseja que o atual momento de crise econômico-financeira seja superado para que o fechamento das empresas não afete a criação de riquezas e a manutenção do trabalho.

– E, por fim, o próprio mercado, que se encontra em desequilíbrio, almeja a remoção das externalidades que prejudicam o desenvolvimento social e econômico de forma livre³⁶.

Nessa linha de raciocínio, as empresas aéreas recebem uma maior atenção do Estado e conseqüentemente do mercado, por ser um setor considerado sensível, pois, diversas outras atividades ligadas ao turismo e a própria dinâmica da sociedade são dependentes do bom funcionamento dos transportes aéreos.

A importância social da empresa é relevante para a análise e ponderação com os outros princípios. Pois, no caso, o direito busca não só o cumprimento das obrigações, mas também a divisão justa e equilibrada dos efeitos da pandemia.

Evidentemente, é necessário ponderar as obrigações recíprocas, caso a caso, em busca do reequilíbrio contratual, e verificar o direito de forma ampla e não individual, a permitir a manutenção dos elementos essenciais da empresa, na atividade econômica local: a compreensão de sua capacidade produtiva, principalmente para a manutenção de empregos³⁷.

³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. 4ª. Edição. Coimbra: Almedina, 2016, p. 492.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial*, Direito de Empresa, São Paulo. Saraiva, 2009, p. 383.

5. O conflito de princípios e o choque simétrico da pandemia

Regra geral, tanto o princípio da vulnerabilidade quanto o princípio da preservação da empresa vão sofrer limitações impostas pela própria lei que os instituiu, bem como em face de conflitos com outros valores também protegidos pelo sistema, tais como o do devido processo legal e o da segurança jurídica³⁸.

É natural observarmos que a livre aplicação de um princípio pode levar à insegurança jurídica, ao subjetivismo e ao tratamento desigual em relação aos diversos processos que tratam da mesma competência.

Na atual situação de crise econômica e financeira, é necessário indagar o quanto a aplicação do princípio da preservação da empresa poderá afetar o princípio da vulnerabilidade em defesa do consumidor.

Voltando às empresas aéreas, pergunta-se: o quando o risco contratual poderá ser repartido entre as partes, diante da causa externa da pandemia? É possível aplicar o princípio da vulnerabilidade do consumidor, e atribuir somente às empresas o risco pela inexecução do contrato, no modo, forma e tempo acordado? O risco para a economia, diante da possibilidade de quebra das empresas que não possuem uma previsão de retorno ao mercado, aliada ao fechamento do comércio e das fronteiras, aos repetidos *lockdowns*, não as tornariam individualmente mais vulneráveis e sensíveis à externalidade da pandemia?

Com o objetivo de conter os sérios danos sofridos pelas empresas aéreas, decorrentes da pandemia Covid-19, o Brasil editou, inicialmente, a Medida Provisória n. 925 de 18 de março de 2020, tendo sido convertida na Lei 14.034/2020, trazendo medidas emergenciais para a aviação brasileira^{39/40}.

³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, p. 315.

³⁹ Em Portugal, o dec.- lei n.º 17/2018 regula o exercício das atividades das agências de viagens e turismo. OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 2, 2020, p. 232.

⁴⁰ No espaço jurídico da União Europeia, o Regulamento 261/2004 trata dos aspectos relacionados aos cancelamentos de voos. “Temos presente o facto de esta leitura do regime do Regulamento 261/2004 poder determinar a insolvência dos transportadores. Efetivamente, num cenário de paralisação da atividade, o reembolso dos bilhetes determina uma deterioração financeira extrema do transportador. Por este motivo, em vez do discurso de movimentos de pressão traduzidos na tentativa de supressão dos direitos dos passageiros, somos do entendimento de que uma solução equilibrada poderia passar, de *iure condendo*, pela aprovação de um regime transitório destinado a tutelar os titulares dos vales de viagem, nomeadamente pela imunização insolvencial dos respetivos créditos ou pela criação de um fundo de garantia de reembolsos, assegurando ao passageiro que, por via da aceitação do vale de viagem, mesmo no cenário extremo de insolvência do transportador, não veria prejudicado o respetivo crédito”. ALVES, Hugo Ramos. *Sobre a repercussão do COVID-19*

O artigo 2º da Lei 14.034/2020 estendeu os prazos de pagamentos de contribuições, decorrentes da concessão federal, como forma de suavizar os prejuízos das empresas aéreas. Assim, as contribuições devidas pelas companhias aéreas ao Governo Federal, com vencimento no ano de 2020, puderam ser pagas até 18 de dezembro 2020. Nesse ponto, importa registrar ter o próprio Poder Público assumido seu grau de responsabilidade na repartição dos danos.

Por outro lado, o prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas, contratadas até 31 de dezembro de 2020, será de doze meses, observadas as multas previstas no contrato e a manutenção da assistência material, nos termos da Resolução n. 400 da ANAC⁴¹.

Em respeito à solidariedade social, houve a possibilidade de isenção das penalidades contratuais, caso os consumidores optassem por ficar com o crédito da passagem a ser utilizado no período de doze meses, a contar da data do voo.

Além disso, em 20 de março de 2020, a Associação Brasileira das Empresas Aéreas – ABEAR, o Ministério Público Federal e a Secretaria Nacional do Consumidor – SENACOM, do Ministério da Justiça, assinaram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com as companhias aéreas para tratar das questões sobre remarcação, cancelamentos e reembolso de passagens aéreas durante o período da pandemia, vigente no biênio 2020/2021. Em casos de remarcação, para voos a serem operados entre os dias 1 de março de 2020 e 30 de junho de 2020, o consumidor teve a chance de remarcar a passagem, uma única vez, sem nenhum custo adicional, para viagens dentro e fora do território nacional, respeitado o mesmo trajeto (mesma origem e destino), com exceção dos casos de *codeshare*, planos de milhagens e voos *charter*.

No TAC, como forma de evitar a judicialização da questão, acordou-se, ainda, a impossibilidade de transferência do crédito a terceiros. Nesse ponto, passagens compradas em alta temporada deveriam ser remarcadas para o mesmo período enquanto as passagens de baixa temporada poderiam ser remarcadas para o mesmo período ou, se para a alta temporada, o consumidor deveria assumir a diferença tarifária. A troca de destinos também foi possível, mediante pagamento do saldo devedor relativo a distinção do valor da passagem. Ainda neste mesmo contexto, caso o voo tivesse saído da malha aérea da companhia, ao consumidor caberia o crédito relativo ao bilhete adquirido.

As companhias aéreas ficaram exoneradas de prestar a assistência material (acomodação e alimentação), prevista no art. 27 da Resolução n. 400 da ANAC

no Direito Aéreo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano LXI, número 1, 2020, p. 258.

⁴¹ ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil.

em caso de fechamento de fronteira, ficando obrigadas a reunir esforços junto ao Ministério das Relações Exteriores para trazer o passageiro de volta ao País. As respostas das empresas às solicitações dos consumidores deveriam ser feitas no prazo máximo de 45 dias, devendo ser disponibilizados aos usuários, de forma gratuita, canais de atendimento por telefone ou *online*, para esclarecimento de dúvidas e realização de reclamações.

Trata-se de solução conjunta negociada, mediante a união de esforços na qual buscou-se conciliar os interesses dos consumidores e dos fornecedores, diante das circunstâncias imprevistas, a refletir positiva colaboração para a manutenção dos negócios jurídicos e, em última análise, contornar a situação contingencial.

Importa registrar, ainda, que todo esse esforço será em vão em caso de abuso de tarifas, desassistência ao viajante, o descaso da operadora, pois a força maior não implica dar carta branca para práticas abusivas. Afinal, o crédito fornecido para momento posterior deve ser suficiente a adquirir a integralidade da passagem aérea ou ao menos 80% desta, quando utilizado para o mesmo trecho de viagem e o mesmo período do ano, cabendo às operadoras reunir esforços para tanto.

O espírito colaborativo, aliado à interpretação conjunta dos princípios da vulnerabilidade do consumidor e da função social da empresa, não permite, por exemplo, que o valor do crédito seja correspondente a menos de 50% do valor da mesma passagem aérea para momento posterior, sob pena de se repassar ao consumidor a assumpção integral de todo o prejuízo causado pela pandemia. Busca-se, com isso, a repartição de prejuízos e não o repasse deles para apenas uma das partes, pois os efeitos da pandemia devem ser simétricos⁴².

Não se esgotam na lei as possibilidades de tutela da empresa em situação de crise, diante do desenvolvimento econômico-social das relações jurídicas obrigacionais. No entanto, alguns aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes evidenciam a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para equalizar eventuais abusos.

A finalidade da lei de promover a preservação da empresa contraposta ao princípio da vulnerabilidade, bem como da segurança jurídica e da reserva legal, não impede que a interpretação da tutela jurídica dos interesses em tempos de pandemia decida os casos omissos e as situações atípicas que possam surgir.

Diante da falta de previsão de algumas situações que envolvam uma crise causada pela pandemia, com o fechamento do mercado, e o incumprimento de

⁴² MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*, p. 593.

diversos contratos, a jurisprudência tem papel fundamental na delimitação do direito, autorizando a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de resguardar o equilíbrio econômica e social das partes.

Contudo, como já observado acima, a aplicação do princípio da preservação da empresa não pode ter uma extensão desmensurada, de modo que possa surpreender terceiros pelas consequências que costumam resultar da sua aplicação ao caso em concreto, provocando uma insegurança jurídica, com a passagem direta do princípio à aplicação prática.

6. Considerações finais

As soluções encontradas para as empresas aéreas de forma flexibilizada buscam equilibrar dois interesses: a proteção do consumidor na qualidade de credor da prestação de um serviço de transporte aéreo e a proteção da empresa que se apresenta em crise devido a inexistência de mercado com a impossibilidade de atuar de acordo com seus fins.

Diante das circunstâncias atuais de pandemia o recurso à equidade é justificável, com a atenuação da rigidez dos aspectos formais das normas jurídicas, em busca de uma decisão justa, no caso concreto, em face do novo contexto, que não se assemelha plenamente a solução legal⁴³.

Antes da pandemia, havia uma grande oferta no mercado de passagens aéreas, mediante a diversidade de voos para todos os lugares do mundo nos mais diversos dias e horários. Até então, na relação empresa aérea *versus* consumidor, não era possível imaginar uma situação de vulnerabilidade das companhias aéreas.

No atual momento, as empresas aéreas veem-se enfraquecidas e incapazes de manter a atual fonte de emprego e o cumprimento de suas obrigações contratuais, pois se encontram proibidas de prestar seus serviços regulares, em razão do fechamento do comércio e das fronteiras, dos repetidos *lockdowns* e da própria ausência de passageiros, resistentes ao ambiente de confinamento dos aviões, diminuindo drasticamente a procura por viagens de turismo e negócios.

Assim, a fase presente é de crise para o setor aéreo mundial, razão pela qual as empresas aéreas brigam para se manter ativas, clamando por uma maior tolerância do direito, em virtude do reconhecimento da atipicidade vivenciada pela pandemia.

⁴³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*, p. 594.

Nesse sentido, vários fatores são determinantes para uma maior tolerância aos contratos aéreos, levando em consideração o momento de crise econômico-financeira causado pela pandemia, tais como:

1 – A importância social das empresas aéreas e seu potencial econômico para se reerguerem.

2 – A importância das empresas aéreas para a economia nacional e internacional.

3 – A importância das empresas aéreas para a manutenção de empregos diretos e indiretos.

4 – A importância da manutenção das empresas aéreas para os credores, tanto em relação aos serviços prestados quanto em relação à capacidade de recuperação do seu crédito.

Tais fatores, os quais são extrínsecos às relações contratuais, possuem um peso bastante elevado para a flexibilização das respostas a serem dadas pelo Poder Judiciário, diante das vantagens que minimizam a vulnerabilidade do devedor.

O próprio credor, consumidor do produto “transporte aéreo”, é passível de ser bastante prejudicado com o fechamento das empresas, quer pela ausência da possibilidade de prestação do serviço no futuro, quer pelo aumento dos custos com a diminuição da concorrência.

Essas respostas são típicas das relações de mercado com motivações que não são idênticas àquelas previstas no direito das obrigações e permitem reconhecer a vulnerabilidade de um seguimento econômico para a preservação da economia nacional e internacional.

Mas não se quer uma decisão aleatória. O reconhecimento pelo direito da vulnerabilidade das empresas aéreas respeita à experiência do próprio sistema jurídico-econômico, diante da gravidade representada pela quebra destas para o mercado. Com isso, busca-se otimizar os resultados, pois as normas contratuais não são capazes de resolver os problemas socioeconômicos das empresas aéreas, com repercussão geral na economia nacional e internacional, sem que as situações extrínsecas sejam superadas.

Ao invés, a legislação vigente visa preservar a categoria presumidamente mais frágil, a dos consumidores, razão pela qual a interpretação da norma, no momento, não pode ser literal. Isso porque o prejuízo decorrente de eventual falência do setor será sentido por todos, sem distinção⁴⁴.

⁴⁴ “Deste modo, podendo um tribunal, ao decidir segundo a equidade, apreciar com larga margem de liberdade os argumentos jurídicos e factuais com relevância objectiva para o mérito das questões litigiosas, socorrer-se-á, para fundar a sua decisão, do regime jurídico de certos institutos que, na ordem jurídica portuguesa, estejam mais próximos do caso concreto, devendo atender aos princípios

Diante disso, o reconhecimento da vulnerabilidade objetiva é essencial para a solução de litígios oriundos da crise como forma de conciliar os interesses de consumidores e empresários, mediante a distribuição de prejuízos, para, assim, obter-se o sustento do setor.

O olhar para o fato (e não para os sujeitos) permite o reconhecimento da circunstância de vulnerabilidade vivenciada por ambas as partes, viabilizando a solução do litígio de forma menos danosa aos sujeitos e ao seguimento econômico. Com isso, em última análise, preserva-se não somente o mercado, mas a capacidade do consumidor de usufruir desse mercado por mais tempo.

Isso porque minar o setor aéreo trará, em um futuro próximo, a impossibilidade de consumo do serviço por ele fornecido, razão pela qual o espírito solidário e colaborativo da sociedade é essencial para a cura da crise sanitária e econômica trazida pela pandemia.

gerais de direito e a valores fundamentais da ordem jurídica, sem prejuízo, contudo, de se ter sempre presente que o objectivo último – e, nessa medida, o primeiro – da sua decisão final será a procura da concreta solução que seja mais equitativa, isto é, mais justa para o caso submetido a juízo.”. MARTINEZ, Pedro Romano. *Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito*, p. 595.