

LAWINTER REVIEW

Law - International Law
International Relations

ISSN 2153-4020

LAWINTER REVIEW

VOLUME XII – Nº 01 – 2021

Featured Authors (Volume XII – nº 01 – 2021)

Johannes Hegemann

Alberto F. T. S. Carbonar

Sibilla Sartori

Cláudia Regina de Azevedo

Lígia Braghetto

Verônica Scriptore Freire e Almeida

Angélica Cristina Rodrigues

Domenico Vigliaturo

LAWINTER REVIEW

New York

ISSN 2153-4020

LAWINTER REVIEW

Law - International Law
International Relations

ISSN 2153-4020

LAWINTER WORLD GROUP

The Lawinter World Group is a pioneering open-access review for the publication of knowledge and commentary on Law, International Law, and International Relations.

It has been online and freely available since 2001 (lawinter.com).

Founded to present an opportunity to students access the pedagogical materials of international law, linking cutting edge international law with “today’s classroom”, Lawinter has become a connection center for scholars around the world in various branches of Law and International Relations.

The global reach of Lawinter is achieved through its online presence, the high caliber of its contributors, authors, and editors.

More recently, Lawinter World Group included the publication of Books from Swiss and United States to the world.

Lawinter Review and Lawinter Editions warmly welcome submissions of high-quality, including articles, Books, essays, case-notes, comments, and reviews, which focus on Law, International Law, and International Relations. Lawinter Review and Lawinter Editions publish in English, French, German, Spanish, Italian or Portuguese.

Send all inquiries to:

review@lawinter.com

EDITORIAL BOARD - Lawinter Review - Lawinter Editions

Silviana Cocan - PHD - University of Bordeaux - France & Université Laval - Canada / Postdoctoral at Université du Québec - Canada.

Wei Dan - PHD - Coimbra University / Professor at University of Macau - China.

Alexandra Harrington - PHD - McGill University / Professor at Albany Law School - USA.

Evita Dionysiou - PHD - Panteion University / Professor at Athens Metropolitan College - Greece.

Dattesh D. Parulekar - PHD - Goa University - India & Johns Hopkins University - USA / Professor at Goa University - India.

Diogo Leite de Campos - PHD - Université de Paris II and IX, and Coimbra University - Cathedric Professor at Coimbra University – Portugal.

Shivani Sanghavi - LLM - Georgetown University - USA / United Nations Legal Assistant - IRMCT - The Hague - The Netherlands.

Andrea Carcano - PHD - University of Milan / Professor at University of Milan - Italy.

Cora Cheung - Masters - Leiden University / Professor at Singapore Institute of Technology - Singapore.

Rafael Leal-Arcas - PHD - European University Institute - Italy / Harvard Law School - USA / Professor at Queen Mary University of London - United Kingdom.

Abbas Poorhashemi - PHD Université de Strasbourg - France / Scientific Member & President of the Canadian Institute for International Law Expertise (CIFILE) - Toronto - Canada.

Vittorio Mainetti - PHD - Graduate Institute Geneva / Professor at University of Milan - Italy.

Ivo Josipovic - Professor at University of Zagreb / President of Croatia (2011-2015) - Croatia.

Daniel Freire e Almeida – PHD - Coimbra University – Portugal / Postdoctoral at Georgetown University - USA / Professor and Lawyer.

Sibilla Sartori - Masters of Laws - University of Verona - Italy / International Expert, United Nations Industrial Development Organization - Austria.

Ana Cláudia Nascimento Gomes - PHD - Coimbra University - Portugal / Prosecutor and Professor of Law.

Donatella M. Viola - PHD - London School of Economics and Political Science / Professor at University of Calabria - Italy.

Ana Maria Freire P. M. Almeida - PHD and Postdoctoral - Sao Paulo State University - Brazil.

Lina Reyes S. - PHD - Université Paris Nanterre - France & Universitat Autònoma de Barcelona - Spain.

Danilo Fontenele Sampaio Cunha - PHD - PUC University - Brazil / Federal Judge and Professor of Law.

Yangzi Tao - PHD Keio University - Japan / Space Generation Advisory Council at United Nations (National point of contact - China).

Fabio Luiz Gomes - PHD ongoing Salamanca University - Spain / Lawyer and Professor of Law.

Marie Gerardin - PHD - Capella University of Minnesota - USA / Professor at University of Edinburgh Law School - Scotland - United Kingdom.

LAWINTER REVIEW – New York - ISSN 2153-4020

Sabrina Lanni - PHD / Associate Professor at Milan University - Italy.

Raimundo Nonato Chaves Neto - PHD ongoing at Lisbon University - Portugal / Lawyer and Professor at Lisbon University - Portugal.

Walid Fahmy - PHD Université Nancy 2 - France / Legal Counsel on the African Court on Human Rights.

Thalita Leme Franco - PHD - University of Sao Paulo - Brazil / Lawyer and Professor.

Fatih Öztürk - PHD - Istanbul University - LLM Queen's University - Canada - Professor at Istanbul University - Turkey.

Fabiola Vianna Morais - Masters - Coimbra University - Portugal / Professor of Law.

Bashar H. Malkawi - Doctor of Juridical Science at American University Washington College of Law – USA / Dean and Professor of Law at University of Sharjah - UAE.

Verônica Scriptore Freire e Almeida - PHD - Coimbra University - Portugal / Lawyer and Professor of Law.

Ana Carenzi - Masters - Université de Montréal - Canada / Internationalist.

Umberto Machado de Oliveira - PHD - Coimbra University - Portugal / Prosecutor and Professor of Law.

Haseeb Mohammed - LLM, Public International Law - University of Nottingham - United Kingdom - Professor at Jindal Global University - India.

LAWINTER WORLD GROUP

© Lawinter Review, New York. ISSN 2153-4020. ISSN National Centre for the USA.

© Lawinter Review, New York. OCLC-Online Computer Library Center – USA. OCLC Number: 516234013.

© Lawinter Editions, New York. Library of Congress: NRC103986.

© Lawinter Editions, Zürich. Verlagsnummer -ISBN Agentur Schweiz: 978-3-9525199.

© Lawinter Editions in partnership with Amazon KDP University.

© Lawinter.com, New York and Zürich.

© The Author(s), under exclusive global license to Lawinter Review and Lawinter Editions, New York – Zürich.

This Work is subjected to copyright. All rights reserved. Except as permitted under the United States Copyright Act, no part of this publication may be reproduced or distributed in any form or by any means, or stored in a database or retrieval system, without prior permission of the Publisher.

The Publisher, the Authors and the Editors are safe to assume that the advice and information in this Review are believed to be true and accurate at the date of publication. Neither the Publisher nor the Authors or the Editors give a warranty, expressed or implied, with respect to the material contained herein or for any errors or omissions that may have been made. The Publisher remains neutral with regard to jurisdictional claims in published maps and institutional affiliations.

The articles are the exclusive responsibility of the Authors, and do not compromise the Editorial Board, Lawinter Review, and Lawinter Editions.

Send all inquiries to:

Lawinter Review: review@lawinter.com

Table of Contents

Road to Recovery: Are We In This Together?

JOHANNES HEGEMANN - ALBERTO F. T. S. CARBONAR 07

Technology Innovation for the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)

SIBILLA SARTORI 29

The Welfare State’s Role in Brazil: Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

CLÁUDIA REGINA DE AZEVEDO 39

The Relevance of Free and Clarified Consent to Medical Ethics and the Civil Responsibility in the Health Area

***LÍGIA BRAGHETTO – ANGÉLICA CRISTINA RODRIGUES -
VERÔNICA SCRIPTORE FREIRE E ALMEIDA75***

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

***DOMENICO VIGLIATURO*113**

ROAD TO RECOVERY: ARE WE IN THIS TOGETHER?

Alberto F. T. S. Carbonar^{1*}

Johannes Hegemann^{2**}

I. Introduction

The world remains in a state of economic turmoil. Despite restrictions being eased, the effects of the lockdown caused by the Coronavirus (COVID-19) remain critical. The fact that rapid recovery of the global economy cannot be expected was made clear by the latest economic forecasts: The World Bank pointed out a massive GDP contraction by at least 5.2 percent this year³. Also, the Federal

¹ * **Alberto F. T. S. Carbonar:**

-Brazilian Lawyer with an LL.M. in Taxation at Georgetown University Law Center (GULC) – Washington DC – USA, and an MBA in International Business and Foreign Trade at Fundação Getúlio Vargas (FGV) - LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/albertoftscarbonar/> .

² ** **Johannes Hegemann:**

-Full-qualified Lawyer in Germany with an LL.M. in International Business and Economic Law (IBEL) at Georgetown University Law Center (GULC) – Washington DC - USA - LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/johannes-hegemann-4b5661161/> .

³ The World Bank, The Global Economic Outlook During the COVID-19 Pandemic: A Changed World, June 8, 2020,

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

Reserve (Fed) came to a similar conclusion for the U.S. estimating an economic decline by 6.5 percent⁴. The International Monetary Fund (IMF) even called the Great Lockdown as the worst economic crisis since the Great Depression⁵.

However, despite these dramatic figures and massive tumblings at the financial markets, the Fed did not follow the view of the IMF and drew a line between current events and the 1929 economic crash. By doing so, it emphasized the strong and rapid responses by governments and the overall robust world financial system⁶.

In this sense, our article analyzes fiscal responses provided by the international community to tackle the Great Lockdown. By doing so, it (1) compares current crisis with three other previous crises (Great Depression, WWII, Global Financial Crisis); (2)

<https://www.worldbank.org/en/news/feature/2020/06/08/the-global-economic-outlook-during-the-covid-19-pandemic-a-changed-world>

⁴ Federal Reserve, “Federal Reserve Board and Federal Open Market Committee release economic projections from the June 9-10 FOMC meeting” Federal Reserve, June 10 2020, <https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/files/fomcprojt20200610.pdf>.

⁵ IMF, “The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression”, Apr. 2020.

⁶ CNN, "No, this isn't another Great Depression", says Jerome Powell, CNN Business, June 10, 2020, https://edition.cnn.com/business/live-news/stock-market-news/061020/h_1785076f3b5998703c2445b8a97b4f99

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

describes relevant responses provided by international organizations (i.e. World Bank, IMF, World Trade Organization – WTO, and Organization for Economic Development and Cooperation - OECD); (3) analyzes tax policy guidance provided by the Platform for Collaboration on Tax and measures adopted by Brazil, China, Germany, India, and the United States; and (4) explains how the unilateralism is shaping the global post-pandemic scenario.

II. Why Fast Recovery is Possible?

Quick responding to a crisis is crucial. Despite its apocalyptic appearance, the Great Lockdown gives rise to hope of a fast recovery. That is mainly because of today's solid economic responses by governments throughout the world. For example, the CARES Act was approved by the U.S. Congress just 12 days after the state of emergency was declared. In contrast, in the days of the Black Thursday (stock market crash), it took almost four years to implement substantial stimulus measures⁷. Furthermore, unlike

⁷ The White House, Proclamation on Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak, March 13, 2020, <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-declaring-national-emergency-concerning-novel-coronavirus-disease-covid-19-outbreak/>

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

crises relating to the Great Depression and WWII, international organizations play a vital role in today's world economic system.

TABLE 1 - WORLD ECONOMIC CRISES AND POLICY RESPONSES

World Crises	Great Depression (1929)	World War II (1939-1945)	Global Financial Crisis (2008)	Great Lockdown (2020)
Description / Cause	Considered as the most severe depression of all times. Resulted from Banking crisis in the U.S. after a major fall in stock prices around October 24, 1929, (known as "Black Thursday") and spread worldwide on October.	Global war between two military alliances: the Allies and the Axis - Four main causes: (i) aftereffect of World War I and Versailles Treaty; (ii) Great Depression; (iii) Nationalism in Italy, Germany, and Japan; and (iv) Protectionism (1930 Smoot-Hawley Tariff)[8].	The most serious financial crisis since the Great Depression. Began with depreciation in the subprime mortgage market in the U.S. and developed into an international banking crisis with the collapse of the investment bank Lehman Brothers.	A global pandemic caused by Coronavirus (COVID-19) that forced countries to implement quarantines and social distancing. This expression is a result of the governments' measures to shut down businesses in order to avoid the spread of COVID-19.
Economic Effects	Between 1929 and 1932, the worldwide GDP fell by an estimated 15%[9]. Personal income, tax revenue, profits and prices dropped; international trade fell more than 50%[10]. Unemployment in the U.S. rose to 23% and in some countries rose as high as 33%[11].	World War II led to the highest number in human casualties of any war in history, with a death toll 70 million (4% of world's population); Total collapse of European and Asian economy due to much of the European industrial infrastructure was destroyed during the war.	World's Annual GDP Growth reduced from 4,3% to -1,6% (2007-2009); World's Annual Unemployment Rate increased from 5,4% to 6% (2007-2009); 15.3 million jobs lost in the U.S. [12]; Decline in consumer wealth estimated in trillion of U.S. dollars.	Until July 2020, more than 13,6 million infected, and more than 600,000 lives lost around the World [13]; The first major impact was the 2020 stock market crash on February 20; World's Annual GDP Growth of -5.2% (2020); 26.5 million jobs have been lost in the U.S. [14]; Potential for 195 million job losses [15].
Policy Responses	The New Deal (1933-1939)	Marshall Plan (1948)	Troubled Asset Relief Program (TARP), Economic Stimulus Act (ESA) [16] (2008)	Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security (CARES) Act [17] (2020)
Description / Economic Measures	"3Rs": (i) relief for unemployed and poor: Public Works for government buildings, airports, hospitals, school, roads; and farm and rural programs. (ii) Recovery of the economy back normal levels: the Strict policy to balance the federal budget by cutting the salaries of government employees and pensions to veterans by 15%; (iii) Reform of the financial system: Banking and Monetary Reform; Securities Act [18]	American initiative for foreign aid to Western Europe for economic recovery, after World War II. The U.S. transferred over \$13 billion (\$149 billion in The main goals were to rebuild war-torn regions, remove trade barriers, modernize industry, improve European prosperity, and prevent the spread of Communism. The Marshall Plan required a reduction of interstate barriers, a dropping of many regulations, and encouraged an increase in productivity.	TARP: a major bailout of the financial system. Governments enacted large stimulus packages, by borrowing and spending to offset the reduction in private sector demand caused by the crisis. Central banks purchased US\$2.5 trillion of government debt and troubled private assets from banks. ESA: A combination of \$100 billion in tax rebates and \$50 billion in business investments incentives. The main intention was to stimulate consumer and business spending.	The largest-ever economic stimulus package in U.S. history - \$2,5 trillion relief act to provide relief to individuals, businesses, and government organizations. CARES Act includes tax provisions intended to provide an economic stimulus to both businesses and individuals. The intention of the legislation was to increase cash flow and to reduce the cost of capital.

Source: World Bank [19] / IMF [20] / ILO [21]

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21

⁸ For more detailed information, see Kimberly Amadeo, *The Economic Impact of World War II, The Balance*, February 26, 2020, <https://www.thebalance.com/world-war-ii-economic-impact-4570917>

⁹ Roger Lowenstein, "History Repeating", *Wall Street Journal*, Jan 14, 2015, <https://www.wsj.com/articles/book-review-hall-of-mirrors-by-barry-eichengreen-1421192283>

¹⁰ Idem.

¹¹ Frank, Robert H.; Bernanke, Ben S. (2007). *Principles of Macroeconomics* (3rd ed.). Boston: McGraw-Hill/Irwin. p. 98. ISBN 978-0-07-319397-7

¹² Lance Lambert, "Real Unemployment Rate Soars Past 20% — and the U.S. Has Now Lost 26.5 Million Jobs," *Fortune*, Apr. 23, 2020

¹³ *The New York Times*, *Coronavirus Map: Tracking the Global Outbreak*, Jun. 10, 2020, <https://www.nytimes.com/interactive/2020/world/coronavirus-maps.html>

¹⁴ Idem.

¹⁵ United Nations, *Covid19: impact could cause the equivalent of 195 million job losses*, says ILO chief, April 8, 2020, <https://news.un.org/en/story/2020/04/1061322>

¹⁶ For more detailed information, see Christian Broda, Jonathan Parker, *The Economic Stimulus Payments of 2008, and the Aggregate Demand for Consumption*, Dec. 2012, <http://economics.mit.edu/files/8528>

¹⁷ For more detailed information, see Erica Gellerman, *The CARES Act: A Simple Summary*, Bench, <https://bench.co/blog/operations/cares-act/>

¹⁸ see. Ben Bernanke, *Nonmonetary effects of the financial crisis in the propagation of the Great Depression*, (1983) *American Economic Review*. Am 73#3 257–76.

¹⁹ *The World Bank Group, The Global Economic Outlook During the COVID-19 Pandemic: A Changed World*, The World Bank, June 8, 2020, <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2020/06/08/the-global-economic-outlook-during-the-covid-19-pandemic-a-changed-world>

²⁰ International Monetary Fund (IMF), "The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression" (Apr. 2020).

²¹ International Labor Organization (ILO), ILOSTAT, *Unemployment Rate (%)*, Annual, <https://ilostat ilo.org/data/>

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

III. Meeting their responsibilities: The Role of the IMF, the World Bank, and the OECD during the pandemic²²

III.1) Stimulating Economies: Support by the IMF and the World Bank Group.

Countries with limited financial means especially suffer under the lockdown. Unlike highly developed economies they are often unable to foster their economies with massive stimulus packages. Thus, both, the IMF and the World Bank Group have met their responsibility to relieve economic hardship, particularly to developing countries.

Just at the outset of the pandemic, the IMF declared that it would be willing to mobilize \$ 1 trillion lending capacity to support countries tackling the economic impacts caused by Coronavirus²³. In addition, it set up an emergency program providing countries around the globe with financial support and debt relief. So far, 70 countries have received financial support by the IMF amounting to more than \$ 24.6 billion. IMF continues to monitor its member

²² This section is limited to a group of organizations that specifically contributed to the guidance and formulation of economic and fiscal policies to stimulate the recovery of the crisis.

²³ IMF, “Confronting the Crisis: Priorities for the Global Economy”. International Monetary Fund, April 9, 2020, <https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/04/07/sp040920-SMs2020-Curtain-Raiser>.

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

countries and offers additional assistance if needed in the months to come²⁴.

At the same time, the World Bank Group also has taken actions to help developing countries strengthen their abilities to respond to the impacts of the pandemic. For the next 15 months, the World Bank Group provides financial assistance to developing countries in particular with regard to increasing disease surveillance, improving public health interventions, and helping the private sector to operate and to sustain jobs. This program has now reached the vast majority of the world's population. On May 19th, World Bank Group announced its emergency response to fight COVID-19 has reached 100 developing countries - making up 70% of the world's population²⁵.

²⁴ IMF, "Emergency Financing and Debt Relief". International Monetary Fund, June 10, 2020, <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/COVID-Lending-Tracker>

²⁵ The World Bank Group, "World Bank Group's Operational Response to COVID-19 (coronavirus) – Projects List". The World Bank, June 9, 2020, <https://www.worldbank.org/en/about/what-we-do/brief/world-bank-group-operational-response-covid-19-coronavirus-projects-list>

Road to Recovery:
Are We In This Together?

III.2) Facilitating Global Food Supply: World Trade Organization (WTO)

Unlike any crisis before, in a dramatic way, the Coronavirus has also revealed the indulgences of the current world economic system and its reliance on complex supply chains. That is especially true when it comes to food. At the outset of the pandemic, customers in supermarkets often faced shortages with regard to food and certain types of groceries. For that reason, under the leadership of the WTO, the European Union and another 29 WTO member states, among them the U.S. and China, committed themselves in a joint declaration to open and predictable trade in agricultural and food products²⁶. The parties agreed to oblige themselves till the end of the crisis. Chief among these commitments is not to impose agricultural export restrictions and to refrain from implementing unjustified trade barriers on agriculture and agri-food products and key agricultural production inputs²⁷.

²⁶ WTO, Responding to the Covid-19 Pandemic with open and predictable trade in agricultural and food products, May 29, 2020, WT/GC/208/Rev. 2. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/GC/208R2.pdf>

²⁷ Idem.

Road to Recovery:
Are We In This Together?

III.3) Emergency Tax Responses: Policy Guidance from the *Platform for Collaboration on Tax*

On June 16, 2020, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), the United Nations (UN), the IMF, and the World Bank signed together a formal letter published on the *Platform for Collaboration on Tax* in which reinforce the crucial role that taxation plays in the face of the coronavirus crisis²⁸. In sum, these organizations pointed out the need for a global response and cooperation. They also stressed that tax policy will play a key role in at least three aspects during the crisis: **(1st)** to support universal access to basic goods and services through "lifeline" measures; **(2nd)** to strengthen tax capacity in the long term, in order to enable the recovery of tax revenue and stimulate economic growth after the crisis; and **(3rd)** to reform and stimulate

²⁸ The *Platform for Collaboration on Tax* (PCT) is a joint initiative of the IMF, the OECD, the UN, and the World Bank Group (WBG) to strengthen collaboration on domestic resource mobilization (DRM). The PCT stimulates international cooperation in the tax field and strengthens the exchange of relevant information and reports between tax administrations in order to develop better tax policy guidance. During the pandemic, PCT served, in real-time, to exchange contents, disseminate information, and allowed a faster, more solid, coordinated, and efficient reaction by the tax administrations against the adverse economic effects of the pandemic. For more details please access: IMF, OECD, UN, WBG, Facing the Crisis: The Role of Tax in Dealing with COVID-19, PCT, June 16, 2020, <https://www.tax-platform.org/news/blogs/facing-crisis-role-tax-dealing-with-covid-19>

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

countries' governance capacity as part of the inclusive economic development process.

Among the international organizations, the IMF and the OECD are taking together a leading role in the formulation of tax policies to solve some of the unprecedented challenges that the international community is currently facing²⁹³⁰. Specifically in regards to the IMF, several relevant documents were formulated to provide guidance in terms of tax policy to face the coronavirus crisis:

- Fiscal Policies to Protect People During the Coronavirus Outbreak³¹;
- Tax Law Design Considerations When Implementing Responses to the COVID-19 crisis³²;
- Special Series on Fiscal Policies to Respond to COVID-19³³;

²⁹ Idem.

³⁰ Nana Ama Sarfo, How the OECD Became the World's Tax Leader, Tax Notes, May 11, 2020, <https://www.taxnotes.com/tax-notes-international/tax-policy/how-oecd-became-worlds-tax-leader/2020/05/11/2chl>

³¹ IMF, Fiscal Policies to Protect People During the Coronavirus Outbreak, March 5, 2020, <https://blogs.imf.org/2020/03/05/fiscal-policies-to-protect-people-during-the-coronavirus-outbreak/>

³² IMF, Tax Law Design Considerations When Implementing Responses to the COVID-19 Crisis, April 12, 2020, <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/covid19-special-notes#leg>

³³ IMF, Special Series on Fiscal Policies to Respond to COVID-19, July 16, 2020, <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/covid19-special-notes#leg>

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

- Policy Steps to Address the Corona Crisis³⁴;

On the other hand, the OECD/G-20 Inclusive Framework has the mandate to provide guidance on tax issues like the base erosion and profit shifting (BEPS) project and taxation of the digital economy³⁵. These projects provided the OECD unique insights on tax policy and an opportunity to produce several relevant reports to support countries in formulating and implementing tax measures against the economic effects of COVID-19 pandemic:

- Tax Administration Responses to COVID-19: Support for Taxpayers³⁶;
- Emergency Tax Policy Responses to the COVID-19 pandemic: Limiting the Damage to Productive Potential and Protecting the Vulnerable³⁷;

³⁴ IMF, Policy Steps to Address the Corona Crisis, March 16 2020, <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/03/16/Policy-Steps-to-Address-the-Corona-Crisis-49262?cid=em-COM-123-41273>

³⁵ The OECD/G20 Inclusive Framework is a multilateral forum that groups 137 countries and jurisdictions on an equal footing for multilateral negotiation of international tax rules. For more information, see: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps.htm>

³⁶ OECD, Tax Administration Responses to COVID-19: Support for Taxpayers, Forum on Tax Administration, March 16, 2020, https://oecd.dam-broadcast.com/pm_7379_119_119698-4f8bfnejoj.pdf

³⁷ OECD, Emergency tax policy responses to the COVID-19 pandemic: Limiting damage to productive potential and protecting the vulnerable. Center for Tax Policy and Administration. March 20, 2020. https://oecd.dam-broadcast.com/pm_7379_119_119695-dj2g5d5oun.pdf

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

- Tax Administration Responses to COVID-19: Measures Taken to Support Taxpayers³⁸;
- Tax and Fiscal Policy to Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience³⁹;
- Tax Administrations Responses to COVID-19: Recovery Period Planning⁴⁰.

IV. Tax Policy: A Fundamental Tool to Face The Crisis

The study of tax policy is primarily concerned with “the design of a tax system that is capable of financing the necessary level of public spending in the most efficient and equitable way as possible” ⁴¹ . However, the current pandemic presents an unprecedented situation to policymakers and governments to re-

³⁸ OECD, Tax Administration Responses to COVID-19: Measures Taken to Support Taxpayers, April, 21, 2020, <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-administration-responses-to-covid-19-measures-taken-to-support-taxpayers-adc84188/>

³⁹ OECD, Tax and Fiscal Policy in response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience, May 19, 2020. <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience-60f640a8/>

⁴⁰ OECD, Tax Administration Responses to COVID-19: Recovery Period Planning, May 26, 2020. <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-administration-responses-to-covid-19-recovery-period-planning-0ab5481d/>

⁴¹ Vito Tanzi, Howell H. Zee. Tax Policy for Emerging Markets: Developing Countries. International Monetary Fund. National Tax Journal. Jun. 2000, p. 299.

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

think their tax policy in a creative way to contain the economic effects of the Great Lockdown and to stimulate economic recovery through fiscal measures.

Specifically with regard to the Great Lockdown, according to the OECD, policymakers should take into account four policy objectives: (i) support efforts to reduce health crisis; (ii) limit the adverse effects from containment and mitigation measures on households and businesses; (iii) support economic recovery; (iv) strengthen the resilience of economic and health systems⁴².

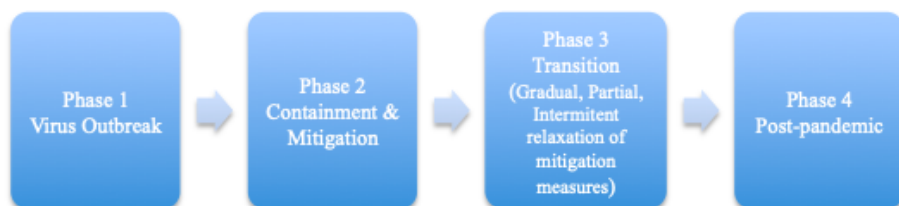
Policy objectives and its responses by legislators should meet its challenges throughout the different phases of the pandemic:

⁴² OECD, Tax and Fiscal Policy in response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience, May 19, 2020. <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience-60f640a8/>

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

FIGURE 1 – SCHEMATIC POLICY PHASES DURING AND AFTER THE PANDEMIC

Pandemic and Containment



Phases in Policy Response



Focus on Tax Policy Response



Source: OECD [43]

43

⁴³ Idem.

Road to Recovery:
Are We In This Together?

TABLE 2 – TAX POLICY RECOMMENDATIONS TO COUNTRIES AGAINST ECONOMIC EFFECTS OF THE GREAT LOCKDOWN

Phases	Phase 1	Phase 2	Phase 3	Phase 4
Kind of Measures	Tax policy should be part of the overall policy package that combines tax, spending, health, and financial and monetary policies. Short-term measures focused on maintaining business liquidity and supporting household income.	Measures should continue to limit hardship and maintain the ability for a rebound. Instruments can include deferring tax payments, waiving social security contributions (SSC) and selected taxes.	Fiscal stimulus to support investment and consumption. Stimulus needs to be carefully timed and well targeted. Policies must match countries' specific circumstances and there be will no-one-size-fits-all responses	Measures shift attention to help restore public finances. Policy makers should consider ways of raising revenues to restore long-term fiscal sustainability and fund public investments.
Example of Measures	<ul style="list-style-type: none"> - Extension of deadlines and deferral payments; - Tax payment deferrals; - More flexible tax debt repayments; - Remitting penalties and interest; - Enhanced tax refunds (VAT and other taxes); - Reduced SSCs; - Other (non-SSCs) tax waivers; - Enhanced loss offset provisions; - Welfare payments to individuals and workers; 	<ul style="list-style-type: none"> - Debt payment plans; - Waiving or deferring employer and self-employed SSC, as well as payroll related taxes; - tax concessions for workers in health and other emergency-related sectors - Deferring payments of VAT, customs or excise duties for imported items; - Speeding up refunds of excess input VAT; 	<ul style="list-style-type: none"> - Debt payment plans; Deferring or waiving taxes that are levied on a tax base that does not vary with the immediate economic cycle; - Adjusting the required advance payments on the basis of a revised expected tax liability; - Increasing the generosity of loss carry-forward provisions. - Reduction of VAT rates to support consumption 	<ul style="list-style-type: none"> - Taxation of digital economy (BEPS 2.0 project); - Carbon pricing tax measures; - Taxation of new revenue sources – extraordinary revenue raising measures (some countries are discussing legalization of gambling, cannabis, and others, in order to promote taxation and obtain new revenues).

Source: OECD [44]

44

Tax policy is playing a crucial role during the Great Lockdown to establish emergency measures with the intention to immediately support population and businesses more vulnerable (e.g. micro and small businesses, and autonomous service providers), which were directly affected by the crisis. Tax measures are also focusing to

⁴⁴ Idem.

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

contain other adverse economic effects, such as solvency, liquidity, and household and business cash flow in general. Most of these tax measures are temporary and their duration will depend on the countries' scenario and its fiscal budget/capacity.

TABLE 3 - TAX MEASURES ADOPTED BY BRAZIL, CHINA, GERMANY, INDIA, AND U.S.[45]

BRAZIL	CHINA	GERMANY	INDIA	UNITED STATES
<p>(1) In order to avoid layoffs, government authorized companies to reduce working hours and employee wages. Informal workers and the unemployed will receive a temporary new benefit of USD 120/month (USD 240 for single mothers). This benefit will be paid during 3 months.</p> <p>(3) Deferral of deadlines regarding tax obligations during the pandemic; Extension, from 60 to 90 days, of the payment of state taxes;</p> <p>(4) Lower taxes and import levies on essential medical supplies; Contributions to autonomous social services for employees in commerce, industry, services and transport cut in half; Financial Operations Tax rate on credit operations contracted in the period between April 3, 2020 and July 3, 2020 was reduced to zero;</p> <p>(5) Certain tax liabilities and other charges are postponed, in particular for SME;</p> <p>(6) Deferral of the employer's contribution to the unemployment severance fund (FGTS) due by legal entities for a period of three months;</p> <p>(7) Deductibility of donations.</p>	<p>(1) "Immediate depreciation" of the cost of purchased machinery and equipment used to produce items against COVID-19;</p> <p>(2) Increase of the period for offsetting tax losses from 5 to 8 years (carryforward), in sectors with adverse impact (e.g., transport, hospitality and tourism). VAT exemption on transport sectors, consumer goods, delivery services necessary for social isolation, and for small taxpayers in Hubei province. Reduction of simplified VAT for other provinces (from 3% to 1%);</p> <p>(3) Deduction of costs and expenses related to products and activities donated (by NGOs or the government) related to the pandemic (and VAT exemption for own production). Exemption from taxes on imports of donated inputs to combat the pandemic;</p> <p>(4) Deferral of deadlines for complying with tax obligations (income statements).</p>	<p>(1) Upon request by taxpayers and based on adverse effects ("direct and significant") related to the pandemic: Deferral of tax payments and obligations, subsidies to the harmed. Deferral of tax payments, without interest;</p> <p>(2) Review and reduction of payments by estimate, based on the adverse effects of the pandemic;</p> <p>(3) Deduction of costs and expenses related to donations and activities of solidarity and charity.</p> <p>(4) VAT exemptions on free supply of medical equipment and health services;</p> <p>(5) Complete reimbursement of social security contributions by the Federal Labour Office for those on reduced hours;</p> <p>(6) Taxpayers affected by COVID-19 shall be granted a reduction in prepayments for municipal business tax purposes upon request if income in the current year is expected to be lower than in the previous year.</p> <p>(7) Taxpayers with profit and rental income affected by the Corona crisis can apply for a retroactive reduction of advance payments already made for income or corporation tax for 2019 on the basis of a lump-sum loss carryback (= 15% of the profits on which the advance tax payment for 2019 is based OR more precise and detailed calculation).</p>	<p>(1) Immediate refund of credits owed to taxpayers, with greater urgency for small companies and self-employed workers;</p> <p>(2) Tax filing extension - Income tax returns for FY18-19 due on March 31st are postponed to June 30th. No late fee/penalty should be charged for this period;</p> <p>(3) Businesses with an aggregate annual turnover of less than Rs. 5 Crore can file GST returns for March, April and May 2020 by the last week of June 2020. No interest, late fee and penalty will be charged. Other businesses can also file GST returns by the last week of June 2020, but a reduced rate of interest (9% instead 18%) will be charged in case of late filing (i.e. later than June 30th).</p> <p>(4) More flexible tax debt repayments - No interest, late fee and penalties will be charged if CIT returns are filed late during the period of April 1st to September 30th.</p>	<p>(1) Liquidity injection in the economy through tax refunds, reduction or deferral (among other aid and stimulus measures). \$2.5 trillion budgeted impact predicted [CARES Act];</p> <p>(2) Retroactivity (5 years carryback) of tax losses for the base periods 2018, 2019 and 2020. Temporarily removes the taxable income limitation to allow an Net Operating Losses (NOL) to fully offset income. Acceleration of Alternative Minimum Tax (AMT) refunds;</p> <p>(3) Increase in interest deductibility limits (30% increase to 50%, and 2019 profits as a parameter for 2020);</p> <p>(4) Payroll: tax credits for employee retention;</p> <p>(5) Extension of deadlines for compliance regarding tax obligations during the pandemic;</p> <p>(6) Deductibility of donations.</p>

Source: IMF [46]/ OECD [47]/ KPMG [48]/ INSPER [49]

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

45 46 47 48 49

Tax measures introduced to support businesses have been fairly similar across countries, with a strong focus on the extension of deadlines and tax payment deferrals⁵⁰. However, policies put into place reflect each country's special situation during the pandemic. The main differences are related to budget capacity and the confidence/trust in the relationship between tax authorities and taxpayers.

⁴⁵ This table is limited to an analysis of the main tax measures set forth by specifically selected countries. For more detailed information, see the sources provided for this table.

⁴⁶ IMF, Policy Tracker, Policy Responses to COVID-19, Jun. 12, 2020. <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19#U>

⁴⁷ OECD, Tax and Fiscal Policies central to governments' responses to COVID-19 crisis, May 4, 2020, <https://www.oecd.org/tax/tax-and-fiscal-policies-central-to-governments-responses-to-covid-19-crisis.html>

⁴⁸ KPMG, Jurisdictional tax measures and government reliefs in response to COVID-19, June 14, 2020, <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2020/03/jurisdictional-tax-measures-in-response-to-novel-coronavirus-covid-19.html>

⁴⁹ INSPER, Webinar: *Medidas tributárias estrangeiras relativas à pandemia COVID-19, uma análise crítica*, April, 17, 2020. <https://www.insper.edu.br/agenda-de-eventos/medidas-tributarias-estrangeiras-relativas-a-pandemia-covid-19/>.

⁵⁰ OECD, Tax Administration Responses to COVID-19: Measures Taken to Support Taxpayers, April, 21, 2020, <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-administration-responses-to-covid-19-measures-taken-to-support-taxpayers-adc84188/>

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

The United States, for example, due to its budget capacity, has already anticipated measures to stimulate its economy in a post-pandemic scenario, as it is possible to see from its measures regarding compensation of tax losses and AMT refunds. These measures are intended to generate immediate cash flow in businesses. Germany follows a similar approach. Nonetheless, its measures create conditions and requirements to benefit exclusively those taxpayers who were directly affected by the pandemic. This reflects the existing confidence/trust in the relationship between tax authorities and taxpayers in this country.

Some countries are also establishing contradictory measures that do not follow the best practices established by the OECD. China, for example, established a measure that allows the immediate depreciation of machines and equipment used in the fight against COVID-19. This creates a benefit for companies that are already having an increase in revenue and profits during the crisis. China also established a schedule for a post-pandemic scenario, like the extension of 5 to 8 years of carry-forward provisions for tax losses. But this measure is reluctant with regard to business support compared to NOL's policies set up in the U.S.

On the other hand, India established a series of measures that contribute to the extension of deadlines and tax payments

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

deferrals. In addition, there is a specific orientation in India's measures for acceleration and immediate tax refunds and credits for taxpayers that are small businesses and self-employed persons. Brazil is pursuing a similar approach with regard to small and self-employed persons. Also, Brazil's plan is focused on maintaining jobs, by reducing payroll costs. Nevertheless, in contrast to the German approach, Brazil's actions are not limited to a certain group of taxpayers but aim for a broad relief of its people and businesses.

V. Unilateralism in a Post-Pandemic World Order: An ongoing trend?

Not least because of Brexit and the election of Donald Trump as President, the trends for more unilateralism and provincialism have shaped politics around the globe⁵¹. It seems that since the outbreak of the pandemic, these trends have even accelerated: The trade conflict between China and the U.S.⁵², the decision of the U.S.

⁵¹ Brookings, The purpose of multilateralism - A framework for democracies in a geopolitically competitive world, Will Moreland, September 2019. <https://www.brookings.edu/research/the-purpose-of-multilateralism/>.

⁵² WTO, An Economic Analysis of the US-China Trade Conflict, Economic Research and Statistics Division, Feb. 26, 2020, https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd202004_e.pdf

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

to suspend funding for the WHO⁵³, the EU member states' unilateral actions in their fight against the spread of the virus⁵⁴, the stepping down of the WTO Director-General as result of constant blocking of the judges' appointment to the appellate body⁵⁵, or the global race for a vaccine and its supply exclusively for a country's own population expose the amount unilateralism in today's politics⁵⁶.

Despite the international economic system developed since the early days of Bretton Woods, which supply chains allowed vast amounts of the world to flourish, it seems that the Great Lockdown finally ushered in change for new world order. But is isolationism a sustainable way to rebuild our economy? Do deglobalization and the cut of multi-international supply chains preserve our wealth? Certainly not. While it is clear that globalization and international

⁵³ CNN, The US is halting funding to the WHO. What does this actually mean?, Jesse Yeung, April 16, 2020. <https://www.cnn.com/2020/04/15/world/trump-who-funding-explainer-intl-hnk/index.html>.

⁵⁴ DW, Coronavirus and the EU: The nation versus the union?, Christoph Hasselbach, March 19, 2020. <https://www.dw.com/en/coronavirus-and-the-eu-the-nation-versus-the-union/a-52848640>.

⁵⁵ BBC News, Coronavirus, WTO head steps down a year early as downturn looms, May 15, 2020. <https://www.bbc.com/news/business-52659406>.

⁵⁶ Newsweek, China Trying to Steal Coronavirus Vaccine Research, But U.S. Will Develop It First: Trump National Security Advisor, Benjamin Fearnow, May 24, 2020. <https://www.newsweek.com/china-trying-steal-coronavirus-vaccine-research-us-will-develop-it-first-trump-national-1506260>.

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

cooperation can be destructive in its outcome, seen in foregoing of the last months during the pandemic, we should not believe to live on an island⁵⁷. Globalization has been the defining feature in the world. Our economic system is built on multilateralism. To aim for more unilateralism won't provide a strong comeback after this pandemic.

It is clear that in order for the global economy to recover fast and effectively, there must be a global response⁵⁸. Blaming international organizations, such as the United Nations⁵⁹, the World Health Organization (WHO)⁶⁰, or the WTO⁶¹ for their actions

⁵⁷ World Economic Forum, Have we reached peak globalization - and where do we go from here?, Richard N. Haass, May 15, 2020. <https://www.weforum.org/agenda/2020/05/deglobalization-gloalization-coronavirus-covid19-international-pandemic/>.

⁵⁸ The World Bank, The Global Economic Outlook During the COVID-19 Pandemic: A Changed World, June 8, 2020, <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2020/06/08/the-global-economic-outlook-during-the-covid-19-pandemic-a-changed-world>

⁵⁹ Rick Gladstone, U.N. Security Council 'Missing in Action' in Coronavirus fight, The New York Times, April 2, 2020. <https://www.nytimes.com/2020/04/02/world/americas/coronavirus-united-nations-guterres.html>

⁶⁰ David Fidler, The World Health Organization and Pandemic Politics: the good, the bad, and an ugly future for global health, Think Global Health, April 10, 2020. <https://www.thinkglobalhealth.org/article/world-health-organization-and-pandemic-politics>

⁶¹ World Economic Forum, Why Multilateralism is in such a mess and how we can fix it. Jan. 25, 2020, <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/why-multilateralism-is-in-such-a-mess-and-how-we-can-fix-it/>

**Road to Recovery:
Are We In This Together?**

before and during the pandemic is not constructive. However, it is also obvious that our understanding of multilateralism must change. Politicians throughout the world must heed their people concerns about complex, multilateral entities. In order to survive, international organizations must reform. The upcoming years, with elections in the U.S., Germany, and Brazil will show its outcome about the remaining of these organizations that cohered our international economic system for the last decades.

VI. Conclusion

Never before, countries and international organizations provided such robust and immediate responses to the economic effects of a crisis like in the Great Lockdown. More than ever tax policy has played a crucial role to support countries' populations and businesses to stimulate its economic recovery. Thereby, the policies put into place reflect each country's different situation during the crisis and its fiscal capacity. Furthermore, since the outbreak of the pandemic, the unilateralism trend is accelerating more than ever. Criticism of international organizations will continue. Nonetheless, faster and effective economic recovery will only be achieved through a joint global response.

TECHNOLOGY INNOVATION FOR THE UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS (SDGS)

Sibilla Sartori^{1*}

Abstract

The paper aims at exploring the potential of technology, including related to the Fourth Industrial Revolution (4IR), in achieving United Nations Sustainable Development Goals (SDGs). It also provides an overview on the negative impact of COVID-19 pandemic on the process towards the implementation of SDGs, and the role of technology in the fight against Coronavirus.

SDGs' integration for development

The 2030 Agenda for Sustainable Development is a plan of action adopted in 2015 by all UN Member States, in order to promote global peace and prosperity by 2030. The 2030 Agenda

¹ * **Sibilla Sartori:**

-Master of Laws, University of Verona (Italy).

-International Expert, United Nations Industrial Development Organization (Austria).

Technology Innovation for the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)

identifies 17 Sustainable Development Goals (SDGs) with the aim at creating a new policy framework towards ending all forms of poverty, fighting inequalities and tackling climate change. SDGs were meant to replace the Millennium Development Goals (MDGs), which started a global effort in 2000 to tackle poverty. The 17 SDGs, also known as the Global Goals, are defined by 169 Targets, and progress towards these Targets is tracked through 232 unique Indicators, which use official statistics from the United Nations and other international organizations.

Given the complexity of today's development challenges, and the need to balance the social, economic and environmental dimensions, the United Nations Development Program (UNDP) promotes the SDGs Integration, offering tools to implement integrated solutions across the globe. As a matter of fact, SDGs are linked, interdependent, and indivisible, meaning that action in one area will affect outcomes in others. Therefore, the way we work and the solutions we develop must be integrated, in order to tackle current global challenges and to achieve SDGs.

Technology solutions and global goals

According to Professor Klaus Schwab, we are at the beginning of a revolution that is fundamentally changing the way we live, work

**Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**

and relate to one another. Indeed, Industry 4.0 is characterized by a range of new technologies that are fusing the physical, digital and biological worlds, impacting all disciplines, economies and industries, and even challenging ideas about what it means to be human.² This new chapter of the history introduced new concepts, such as Virtual reality (VR), Robotics, Internet of Things (IoT), and Artificial Intelligence (AI).

The Fourth Industrial Revolution (4IR) plays an important role in SDGs, having new technologies the potential to contribute significantly towards achieving the Global Goals. Indeed, technologies are impacting every aspect of our every-day life, and according to the Economic World Forum³, 70% of SDGs Targets could be enabled by 4IR technology applications already in deployment. At present, over 300 4IR technology applications to the Goals have been mapped. It allowed to show that Big data platforms support progression of 100% of the SDGs; Artificial Intelligence (AI) is central to over 50% of applications mapped; Advanced Materials are involved in over 10% of the mapped

² K. Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, 2016

³ *Unlocking Technology for the Global Goals*, World Economic Forum, January 2020

**Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**

applications; while Internet of Things (IoT) and Blockchain play a role respectively in 33% and 25% of the mapped applications.

However, the application of 4IR technologies among the 17 SDG is disproportionate. Indeed, a recent research demonstrated that Goals strongly tied to private-sector markets have a far more 4IR applications than others, being SDG-3 (Health), SDG-7 (Clean Energy), and SDG-9 (Industry, Innovation and Infrastructure) at the top. On the other hand, the lowest number of present-day 4IR applications were found to occur across SDGs somehow recognized as being linked with market failures, or considered a public good, in particular SDG-1 (No Poverty), SDG 5 (Gender), SDG-14 (Life Below Water), and SDG-14 (Life On Land).

Nowadays, many countries are facing challenges in realizing sustainable development through technology. *In primis*, countries might have limitations to obtain such technologies, considering that the access doesn't only depend on financial resources. Indeed, often legal or institutional barriers might impede the development and use of such technologies. Import/export tariffs, for example, drastically affect the possibility to import them; similarly, state-subsidies might sometimes promote the use of not-sustainable technologies. In order to face such limitations, it would be essential to identify and understand the legal, socio-economic, and political

**Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**

factors that may affect the effectiveness of initiatives to obtain and implement particular technologies, including identifying innovative approaches to promote technologies for sustainable development; promoting and disseminating best practices; and fostering innovative policy solutions to make environmental, economic, and social progress possible.⁴

Additionally, in certain circumstances, the application of technologies might bring negative consequences. Thus, once countries have access to it, they should also assure that technological applications would go in a “sustainable direction”. Otherwise, new technologies could lead to counterproductive impacts on society, and increase inequalities, including between those who have access to digital technology data and those who don’t. It could also negatively affect the labor market, considering that the automation will lead to the disappearance of jobs.

In general terms, properly applied technology solutions allow people to have access to a better quality of life. Indeed, through energy-efficient technologies, water purification, and sanitation technologies, as well as through the adoption of alternative agricultural and industrial technologies, people have access to

⁴ Environmental Law Institute

**Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**

sustainable energy, clean water, a safer and more stable environment.

Similarly, they contribute towards creating a more equal and safer world. Many organizations and women, for example, are using digital technology to give women the possibility to access finance, to integrate into national and even regional and global value chains, as well as to access knowledge, and therefore have better chances to grow professionally. In some cases, technological tools are used in innovative ways. One example is VIPI Cash, an application that uses blockchain to allow secure money transfer among female entrepreneurs to give them access to and control over their own money. Other notable solutions include *Diwala*, an app that assigns “Diwala tokens” with which women can buy and sell services instead of using cash, or verify and endorse their skills.⁵

Technology also demonstrated to play an innovative role in supporting peace. As a matter of fact, technology fundamentally altered how conflicts develop, and how peacebuilders prevent and mitigate violence.⁶ Indeed, it has been demonstrated that data collected using ICTs could highlight tensions and offer early warnings; similarly, information shared online can map conflicts.

⁵ R. Bidshahri, *How Technology Is Helping Close the Gender*, Singularity Hub, 2018

⁶ *How 'Peace Tech' is Changing Global Conflict*, United States Institute of Peace

**Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**

Concretely, social media proved to be an effective tool to support the peace process in Afghanistan, since twitter represented the main form of communication between the peace-talks' facilitators and Afghan civil society. Through social media, Afghan women could engage with a U.S. Congressional hearing on women's inclusion in peace and security, to reach policymakers and peace-talk facilitators. In this sense, new information and communication technologies represent opportunities to promote expression and peace.⁷

Given that innovation demonstrated to have the potential to affect progress (both in positive and negative ways), it's essential that any deployment of new technologies would always consider sustainability, in order to accelerate progress to fulfil the goals by 2030. In order to do that, decision-makers should respond in a timely manner through regulations and policies to assure that technology developed would go "on the right way" towards the achievements of SDGs. Technology, in other words, should foster sustainable development, and not exacerbate existing divides in society, and should never blind us from our pledge to leave no one behind.

⁷ D. Robertson, M. Ayazi, *How Women Are Using Technology to Advance Gender Equality and Peace*, United States Institute of Peace, 2019

Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)

Technology as answer to the COVID-19 pandemic

The COVID-19 Pandemic had a negative impact on the process towards the implementation of SDGs, slowing all developmental activities. The current pandemic, whose duration cannot be fully predicted, placed the world in “standby”, and with SDGs being integrated and interdependent, it negatively affected almost each of the 17 Global Goals.⁸

As easily foreseeable, the SDGs that suffered the direct effects of this global crisis were SDG-3 (Health), SDG-4 (Education), and SDG-8 (Decent Work & Economic Development). Indeed, the pandemic put under pressure many national health systems, due to the high numbers of people hospitalized and to many health care workers being affected by the virus. In some developing countries, the access to medical care and medicines became difficult, due to the high testing costs, as well as to the consequences of lockdown on the transportation of essential goods (including medicines) in rural areas. Similarly, billions of students couldn't attend classes in presence, and millions of people lost or are expected to lose their

⁸ O. Gulseven, S. F. Al Harmoodi, M. Al Falasi, I. Alshomali, *How the COVID-19 Pandemic Will Affect the UN Sustainable Development Goals (SDGs)?*, Skyline University College, 2020

**Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**

jobs, in particular professionals working in sectors like tourism, transportation, construction, retail and manufacturing.

Additionally, the World Bank estimated that the ongoing economic crises due to the pandemic will push millions of people into the poverty (SDG-1), since the COVID-19 contributed increasing the social gap, affecting mostly the vulnerable sections of society. Moreover, lock-down, quarantine, and other social-distance measures, contributed increasing violence against women (SDG-5). Statistics show that the number of calls to domestic abuse hotlines multiplied drastically, so happened to the number of femicides, and in some circumstances the loss of income also put women and girls at a greater risk of commercial sexual exploitation.

In an attempt to respond to the urgent need of fighting against COVID-19, in technology, a special attention has been given to the application of Artificial Intelligence to facilitate exchanges of views and information between the scientific community.⁹ AI has primarily been applied for early detection and diagnosis of the infection, but it has been also used to develop drugs and vaccines. Additionally, AI is an upcoming and useful tool to proper screening,

⁹ R. Vaishya, M. Javaid, I. Haleem Khan, A. Haleem, *Artificial Intelligence (AI) applications for COVID-19 pandemic*, Diabetes & Metabolic Syndrome: Clinical Research & Reviews, 2020.

**Technology Innovation for the
United Nations Sustainable Development Goals (SDGs)**

tracking and predicting current and future patients, as well as to detect the cluster of cases and to predict where this virus will affect in future by collecting and analyzing all previous data. In general terms, AI demonstrated to play a vital role during the pandemic, being a decision-making technology able to handle this virus and offer proper suggestions to avoid the spread.

In a global pandemic, technology tools are key weapons for effectively monitoring and controlling the crisis, to ensure the safety of citizens and provide support to people affected. Similarly, they are the needed answer to many COVID-19 side effects, offering solutions to work, study, and communicate during this unexpected hard period.

THE WELFARE STATE'S ROLE IN BRAZIL: NON-RETROGRESSION THEORY AND CHALLENGES IN THE 21ST CENTURY

Cláudia Regina de Azevedo^{1*}

Abstract

This paper intends to analyze if there is, in Brazil, a real welfare state and if its features were included in Brazilian Constitution, also verifying the role that the social system had in the 2020 health crisis. Besides, considering a series of challenges to keep the system alive, we had chosen some aspects, such as the aging population and changes in family structure, that inescapably will interfere in the society sooner, and as a consequence, in the way that States will develop its policies. In the final, we contemplate some theories that intent to assure an untouchable minimum of social rights and

¹ * **Cláudia Regina de Azevedo:**

-Master's degree student in Law at Presbyterian University Mackenzie, São Paulo, Brazil.

-Post-graduated in Constitutional Law by Paulista Law School, São Paulo, Brazil.

-CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4834686025378378> .

-ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-4206-3734>.

-e-mail address: cr_azevedo@outlook.com .

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

could be used as a shield against governments that insist to work destructively. The methodology employed was research on articles, reports, and books, national and international, focused on the subject.

Keywords: Welfare State. Brazil. Challenges. Non-retrogression theory.

Introduction

The idea of a State caring about its people and taking public policies to keep its most basic rights could be considered “new” in the world’s history and happened differently in every country, considering the specific features and necessities of each one.

Besides the common idea that the welfare state was born just after the Second World War, its bases can be found sooner, in the 19th century, after the industrialization period, at places such as France, where the first law which dealt with industrial accidents and health disabilities is from 1898, with a pension is from 1895 and with unemployment is from 1905. In the same context, we can talk about Germany, where laws dealing with industrial accidents were approved in 1871, the first of this model in Europe (Hay, 1978, p. 104). As we can see, years before the beginning of the first world

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

war some countries had already the awareness of the necessity of keeping some basic conditions in favor of their people.

According to James Roy Hay, in the beginning, actions that configured the welfare state could be isolated in three criteria, such as social insurance, the extension of citizenship, and the depauperization of public welfare and growth of social expenditure (1978, p. 103). In 1945 the Second World War was over, and Europe had to deal with the social and economic destruction caused by the conflict. It was at that moment that the welfare state really got strong and broad, embodied the ideas that we know nowadays (Godinho Delgado, 2019, p. 02).

The general idea of this study is to analyze if there is, in Brazil, a real welfare state and if its features were included in Brazilian Constitution, verifying also the role that the social system had in the 2020 health crisis. Besides, considering a series of challenges to keep the system alive, it will be chosen some aspects, such as the aging population and changes in family structure, that inescapably will interfere in the society sooner, and as a consequence, in the way that States will develop its policies. In the final, we will contemplate some theories that intent to assure an untouchable minimum of social rights and could be used as a shield against governments that insist to work destructively.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

In a moment in what the world is living one of the worst crisis, and the State's help appears as one of the last resources to maintain the society in operation, the debate about the welfare state is needed and crucial.

1. Social Rights in Brazilian Constitution: Is There A Welfare State In Brazil?

Comparing the social system in Brazil with other countries and cultures it is easy to realize that are some differences between them, which leads us to question what kind of system we have here. In fact, the Brazilian Constitution of 1988 brought plenty of social rights and structures and since then we are trying to make them effective. After all, what are the features that characterize a welfare state? Are those features present here in Brazil? Those are just some questions that we intend to analyze in this item.

1.1. General Features of the Welfare State

According to Godinho Delgado (2019, p. 10), nine main features characterize the welfare state, such as the presence and institutionalization of a multidimensional democracy (considering the political, social, economic, cultural, and legal aspect), civil and political rights, real freedom and equality and tax policy established

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

on solidarity and efficiency. Wilenski (1975, p. XIII) brings us a definition of the welfare state and, in this concept, we can see the main features of it:

The essence of the Welfare State is a minimum standard - guaranteed by the state - of income, food, health, housing, and education, guaranteed to any citizen as a political right and not as a benefactor.

On the other hand, Esping Andersen (1990, p. 01) said that:

The welfare state has been approached both narrowly and broadly. Those who take the narrower view see it in terms of the traditional terrain of social amelioration: income transfers and social services, with perhaps some token mention of the housing question. The broader view often frames its questions in terms of political economy, its interests focused on the state's larger role in managing and organizing the economy. In the broader view, therefore, issues of employment, wages, and overall macro-economic steering are considered integral components in the welfare state complex.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

As we can note, adopting one or another view, a broader or a narrow one, the core of welfare states (at least the majority of existing models) is mostly corresponding to the “second generation of rights” developed by Karel Vasak (1977, p. 29) theory; in other words, welfare state assumes a positive action from the State and it includes social, economic, and cultural rights (or equality rights), without forgetting about the important first and third generations. It is a “state that is committed to providing basic economic security for its citizens by protecting them from market risks associated with old age, unemployment, accidents, and sickness” (Weir, 2002).

In a nutshell, is the State acting to positively implement social rights, granting their minimum. Considering this basis, it is possible to say that in Brazil there is a welfare state, at least formally.

1.2. The Brazilian Constitution of 1988

In Brazil, the social system has shown its beginning in the opening of the 20th century (Kerstenetzky, 2012, p. 177), although here we did not have the direct effects of any world war and the industry development was completely different than Europe or North America. But as say Medeiros (2001, p. 21), “the theories created to explain the emergence and development of the Welfare State in the industrialized countries of North America and Western

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

Europe are useful instruments for understanding the Brazilian case.”.

The laws here, in the past, were few and specific – sometimes in favor of former civil servants, occasionally in favor of industries workers (Kerstenetzky, 2012, p. 177) – and the social framework just got incredibly strong with the Federal Constitution of 1988, where we can find a whole structure in the Social Order Chapter, starting in the 193rd article, including social security, health system, and social assistance. Besides that, in the same Federal Chart, this time in Chapter II (article 6th), it is possible to see that, in the lawmaker point of view, social rights as education, health, nutrition, work, dwelling, transportation, leisure, security, social security, motherhood and childhood protection were considered as fundamental rights. Formally, they cannot be taken from citizens.

Even though the Constitution plenty horizon, the implementation of the right always depended on political will and money spent, and that is the reason why social rights were not implemented immediately after the Constitution approval, and not everyone was automatically blessed with this system, even after more than thirty years of its birth. As Paulo Bonavides lessons (2004, p. 373):

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

[...] the real problem of the constitutional law of our time is how to juridicize the Social State, how to establish and inaugurate new techniques or procedural institutes to guarantee basic social rights in order to make them effective.

Based on the theory spread in Brazil by José Afonso da Silva (2015, p. 137), dealing with their effectiveness, social rights are regularly postponed or reduced by governors, who believe that these sort of rights are “programmatic”, that should be seen only in the future, as a plan, and because of this feature, they must not become reality straight away. Fighting against this speech, Brazilian Supreme Court started to control the government posture with strength, being labeled as “activist” when, in a series of cases, recognized that this sort of right cannot be “inconsequential constitutional promise”², as the Constitution had no meaning.

In this scenario, even after more than thirty years of the Brazilian Constitution proclamation, there is a silent fight between the branches every single time when they deal with social rights,

² Adopting this view was a famous case from Justice Celso de Mello Supremo, in the Brazilian Supreme Court (STF - **RE n. 271.286 AgR** - j. 12-9-2000). Available in: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Access in 30 oct. 2020, p. 10.

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

creating a hostile public environment where some politicians started to use that atmosphere as an electoral and political game instead of finding a way to make the social system works.

As an example, the Constitution of 1988 brought a public health system (article 196), a pretty brilliant idea, that allow health care for every person who needed it – poor or rich – affording this net with tax resource. Unemployment insurance, disability for work, public education there are other samples of constitutional creations, that in the ideal world could be truly useful for vulnerable Brazilian people, besides the criticisms of some part of society and governments.

But at least in a way the whole crisis that we lived in 2020 with coronavirus shows us that the welfare state and, specifically, the public health system, must be not only held but also improved. The entire world is having this debate currently, and that is why we cannot ignore the key role of the welfare state in this pandemic.

1.3 The Key Role of The Social System in The 2020 Pandemic

At the beginning of 2020, the entire world was covered by a dark shadow of a new disease, a virus that quickly spread and made millions of victims. As nobody knew how to deal with the illness, the

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

solution was to close all the doors and sent people home, with no contact with others. Consequently, the streets become empty, stores stopped working, schools were locked, and everything stopped for a period, and that was the reason why the economy also had a break, forcing people to stop working. But without work, without money. The free market and its “invisible hand” were not able to control the consequences of this pandemic and the States had to be a fortress, helping companies and people. Its presence was mandatory.

At the same time, the whole health system was overwhelmed in a short period. At least in Brazil, with a public one – besides the depreciation, its poor structure and lack of State attention – the Health System (SUS) become a sort of balm in this wound and a way to provide free treatment, to study the virus, to control data and to think about solutions. Everything at the same time, in the same place. A study produced in 2019 by the Brazilian Statistics Institute (IBGE, 2020) indicated that 70% of the Brazilian population rely just on the public health system, without any kind of health care plan.

On a similar side, according to IPEA, 6.5% of households in Brazil (about 4.4 million people) survived only with the income received from emergency aid. In other words, without this aid, the

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

population could be died not just from the virus, but also because of hungry.

In this period of unprecedented crisis, with the whole social structure falling, not only in Brazil but also around the world, the role played by governments showed crucial to help people and companies. Any market could survive alone in this crisis.

2. Challenges and Reasons to Keep (or not) the Welfare State in Brazil

In addition to the lack of political engagement and government willingness to maintain the social system, some other elements must be considered when we think about the challenges to keep or not to keep the welfare state. Factors as the increase of life expectancy, the women's role in current society, and the feasible next crisis and pandemic that we must face in the closer future. If the 2020 crisis was able to show the world something is that we need to be prepared and start to figure out what are the problems and solutions to face this challenge.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century****2.1 Aging Population**

In the last forty years, Brazilian life expectancy grew about fourteen years, according to Brazilian Statistics Institute – IBGE, in a way that a person who had born in 1980 had a life expectancy of 62,5 years old and a person who born in 2018 has a life expectance of 76,3 years old (IBGE, 2019, p. 08). The same trend can be seen all around the world.

That improvement of life expectancy was caused by many reasons, such as medical science evolution, development of new drugs and treatments, vaccines, technology, and so on. The fact is just one: people are living more and, even though we must consider this a positive milestone, at the same time we must consider it as a real challenge for States.

The first cause of this challenge appears when we realize that people will spend more time on their lives being retired than keeping their jobs, working. Consequently, “this leads to a situation where retirees must rely upon those still in the workforce for their sustenance” (Bengtsson and Scott, 2011, p. 160). In a nutshell, if a large number of people is living in retirement, the maintenance of the State and market system has to count on an also large number of people who are still working, mostly if the seniors did not save enough money to live this stage of life and need some help (either

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

from their own families or from the government) to do so. That is the reason why so many governments argue that must be increased the productive years by labor or, in other words, the retirement age is each day farthest. As explained by Razin, Sadka and Swagel (2002, p. 901):

The aging of the population and the consequent increase in the dependency ratio affect the political economy balance in two directions: the greater number of retirees increases the demand for benefits but at the same time reduces the willingness of the working-age population to accede to bigger taxes and transfers, since current workers are net losers from the welfare state.

A second perspective that must be considered – and it is closely related to the first one – is the decline in fertility rates. As we can see in the studies from the Department of Economic and Social Affairs (UN), in all continents the number of children per woman is decreasing, in a way that in Latin America and the Caribbean, between 2005 and 2010, the number was 2.26 children/ woman, but from 2020 through 2025 this rate is 1.96. Not only in Latin America, but on the whole planet we can see this decline (United

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

Nations, 2019). In a particular study about Sweden we can observe an interesting outcome that could be easily shared with other countries (Bengtsson and Scott, 2011, p. 168):

If fertility rates stabilize, as is projected, then we will see a new situation where increasing life expectancy caused by falling mortality at older ages will become the primary factor influencing population aging. The Swedish population pyramid will become increasingly rectangular and possibly even have a shrinking base. This will lead to heightened challenges in terms of financing pensions, social care, and health care, as well as supplying the economy with labor.

It is easy to conclude that over the years population in most of the countries will become older and the working force (young people) will not be sufficient to produce enough wealth to keep the system alive.

A third feature that must be considered about the aging population is the quality of life of elderly people. Although we may rely on sophisticated Medicine, as also true that aging is not an easy process once the human body naturally changes and becoming more vulnerable to diseases. With this overview, the logical

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

consequence is that they will access more frequently the health system and they will also spend more money on drugs and treatments. Pensions and health system are, in this context, expenses that will be hard to avoid.

Those are just some aspects involved in the aging population issue, which is clearly bigger and more complex than this. But as we could see, getting old is a real challenge for welfare state sustainability.

2.2. The Changes in Family Structure

Families structure is changing fast and begun recently, in the 20th century. “The release of Enovid in 1960, the first birth control pill, afforded U.S. women unprecedented freedom to plan childbearing and their careers.” (Bailey, 2006, p. 289). Birth control had a huge impact on women's lives, being added by some social changes, such as freedom to educate, to work, and to plan their own future, getting married or not.

Therefore, families started to become informal and smaller, with a declining number of kids, as we could saw in the report form Department of Economic and Social Affairs (UN, 2019); also, some families are formed only by the mother and the child or, in other cases, the couple just decide to be childless and we can also point

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

out that people who do not want to get married. Besides, according to OECD (2011, p. 24):

The decline in marriage rates is related to the emergence of more non-traditional family forms, including relationships that involve partners keeping their own place of residency, “weekend-relationships”, “living apart together” and civil partnerships.

These new family patterns have to deal with the circumstances already mentioned before, such as the aging population, which lead us to think about who will be able to take care of the elderly and the kids while people are working. Women – who due to cultural manhood is usually responsible for caring about the family – are inserted in the job market and quite often is responsible for affording the household bills, and does not have the time needed to spend all day with their kids or their old parents. Kindergartens and nursing homes revealed their essentiality in current society, where the divorce rates are also increasing.

But not every family has the capital needed to pay someone to do these chores or to put their beloved families in private institutions, that is why they must choose between keep their jobs

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

or take care of their families. Without a State support net on this point, that choice among job and family could be terrifying for the own country and even for the economy which will lose working force.

2.3. Avoiding Future Crisis

The 2020 pandemic shows us some tough facts: that the world is not prepared for this sort of crisis which stops all activities and surely a new crisis will happen as a consequence of our modern way of life. So, how can we prepare for this future and at least try to avoid the largest damages?

Coronavirus hit hardest some people than others. As António Guterres said in the forward of the Sustainable Development Goals Report (United Nations, 2020, p. 02), in “developing countries, the most vulnerable - including those employed in the informal economy, older people, children, persons with disabilities, indigenous people, migrants, and refugees - risk being hit even harder”. Countries with large social system reacted better than others (Albiston and Fisk, 2020, p. 32)

Growing inequality from the pandemic is not inevitable, however. Countries that updated their social welfare policies to address the changing

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

labor economy were better prepared for the effects of the pandemic shutdown, and the current economic crisis multiplies the protective effects of these policies by millions. Similarly, rapid and effective policy responses by some countries have reduced the inequality amplifying the effects of the pandemic downturn.

It is not arduous to conclude that even before the COVID-19 crisis these groups were already struggling to survive, and the health problem just deepened the gap between wealthy and poor people. In this way the same essay wrote by Albiston and Fisk (2020, p. 18):

Although scholars debate the relative importance of contributing factors, most agree that globalization, deregulation, weakening unions, and financialization all fundamentally changed the system of economic stability based on the employment relationship.

As can be seen, the pandemic opened the windows of the capitalist society and showed old scars that need to be healed before the next crisis. In the quotation highlighted above, a few

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

causes of this “social disease” were pointed out, such as deregulations, employment relations, and weakening unions.

In Brazil, the Labor Law (CLT, in Portuguese) had been suffering dramatic changes since 2017 resulting in a decrease of employee's rights and isolating them from the unions. One example can be found in the article 477-A of CLT, which dismisses previous approval from syndicates when the employer fires their workers without reason. That rule clearly reduces workers' protection and the intervention power from the unions.

Another huge social problem can be found in informal jobs, such as deliverers, widespread, and intensified in the quarantine period. Those people who work in these precarious jobs usually are alone, with no guarantees, no limited hours to work, without any kind of relationship or serious contract with the employers, typically large multinational companies. If they lose their motorcycle – in an accident or a robbery, for instance – they simply stop working and, therefore, stop receiving money. The “wage” is pretty modest and, naturally, these workers are powerless and cannot afford social security or health insurance; so, if they become disable or ill, they will search for State help, at public health system or social security.

Closely related to this reality is the worker's “commodification”, well explained by Esping-Andersen (1990, p.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

21). For him, employers are just a mass of people whose labor force is on sale on the market and that is the reason why they become entirely dependent on employers and money. There is a reproduction, on the labor market, of the social layers and hierarchy once people are treated as a “pure commodity”. But, when States start to recognize their status as human beings, with rights, they lose their status of commodities and begin to have rights without relying on the market. That is one of the aims of the ideal welfare state.

Following Thomas Marshall (1964, p. 123), a universal social system is not a solution for all and every problem in our society, but at least can be considered as “a general reduction of risk and insecurity, an equalization between the more and the less fortunate at all levels—between the healthy and sick, the employed and the unemployed, the old and active”.

With this perspective we can conclude that the best way to avoid future crises would be the improvement of the social system, reducing inequalities, and more importantly, ensuring quality jobs for all.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century****3. Social Rights Acquired Theory and Setback Prohibition: Is There an Untouchable Minimum?**

Is there a way to maintain the minimum of social rights, regardless of the government's will? Can we recognize the existence of social rights acquisition? Those are really relevant questions that we must do in times when some governments spread the idea of reducing its interference in the social fabric, mostly with social benefits.

As explains Correia (2016, p. 377), in Brazil and the world, since 2015 there is a "... restraint wave of social rights and a relevant superstition that the public policies should be turned to the market, specifically to the financial one (...) and understanding that social rights are needless to their accumulation strategy".

One example – among a long list of cases – that we can point out is the Spending Ceiling Amendment (EC 95/2016) that can be described as limits on government social spending for the next twenty years. Oxfam Institute believes that "the Spending Ceiling Amendment is one of the worst setbacks seen in Brazil since the new Constitution, and a major leap backward in the guarantee of rights." (Oxfam, 2017, p. 59).

So, besides that we have in the country a Constitution full of social rights and an entire ideal system developed to keep them in

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

practice, their maintenance and effectiveness, unfortunately, rely on governors desires, and that is the reason why scholars started to build a theory about how to keep social rights independently of the governors.

The first idea that comes in the area is the setback prohibition theory (also known as non-retrogression theory), based on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), article 2, with this content:

1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

3. Developing countries, with due regard to human rights and their national economy, may determine to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals.

The General comment n. 3: "The nature of States parties' obligations", produced in the fifth session, in 1990, concluded that:

Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.

As we can see in this comment, social rights must be implemented progressively, step by step, but once achieved, it is not allowed to be abolished; that is the non-retrogression theory which "is a rule that limits the activity of the legislator and the constituent derived from revoking or restricting social rights previously implemented through legislative development"

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

(Breyner, 2019, p. 90). The theory is well explained by Canotilho (2003, p. 338-339):

[...] it is said that social and economic rights (e.g. workers' rights, right to assistance, right to education), once a certain degree of achievement has been obtained, are both an institutional guarantee and a subjective right. The "prohibition of social setback" can do nothing against recessions and economic crises (factual reversibility), but the principle under consideration limits the reversibility of acquired rights (e.g. social security, unemployment benefits, health benefits), in clear violation of the principle of protecting citizens' trust and security in the economic, social and cultural sphere, and the essential core of the minimum existence inherent in respect for the dignity of the human person.

In theory, so, retrogressive measures about social rights should not be so easy to implement, at least based on the Covenant.

Reinforcing this idea, but in a broad view, we can also talk about the social acquired rights theory (Gonçalves Correia, 2004, p.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

50) which deals with an institutional guarantee and a subjective right, both as a civilization achievement that must be preserved. Once the society was able to conquer some progress level, there is no reason to go backward. As occurs on a battlefield, social rights are accomplished slowly, demanding society struggles, in a way that such rights should be considered protected by trenches, an expression used by some scholars when they talk about the entrenchment theory (McCubbins, 2011). A good example is the limitation of working hours per day, which cannot be reversed in a new constitution which intends to recover unlimited journey.

This theory, well developed in Portugal and Germany in its beginning, was clearly adopted in a leading case decided by the Portuguese Supreme Court, which becomes famous precisely because it has adopted this view and declared unconstitutional a law that abolished the health system, once that act could represent an intolerable social regression (decision n. 39/1984, Rapporteur Vital Moreira) (Portuguese Constitutional Court, 1984).

With this outlook we can say that the whole law system after the end of the second world war – internationally and nationally – was built trying to avoid social regression, but not without fighting against governments who, every so often, are equally making effort to reduce it at any cost.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century****Conclusions**

We could see in this short study, mostly in the first item, that the Brazilian Constitution of 1988 is a landmark when we talk about social rights in this country, bringing to the light an entire safety net system that aims to reduce inequalities and benefit vulnerable people. The main features of the welfare state are contained by this Constitution and had shown crucial importance in the 2020 pandemic.

In the second part of this essay we could discuss the challenges of the social system in Brazil and the world, highlighting some specific point that causes concern to keep the structure, such as aging population, the changes in the families structure and the necessity to avoid a future crisis, assuming that hard times like we are living in 2020 will happen again, as a consequence of our modern way of life.

At least, in the third part, we contemplate some theories that intent to assure an untouchable minimum of social rights and could be used as a shield against governments that insist to work destructively.

After this brief analysis, some aspects should be spotlighted. The first one is that the social system was crucial to face the COVID-19 crisis and without it, the problem could be even bigger and

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

worst. The second one is that we must consider the visible challenges to improve this system, learning with different experiences held around the world. And the third one is that we will face new crises and challenges in a future not so far, and to do this it is unavoidable to reduce inequalities and give opportunities for all to keep a strong society, well prepared to take care of its own people. As we can learn from Guasque and Guasque (2020, p. 274) “public health, basic sanitation, and poverty reduction will have to be analyzed from the perspective of public investment and not only as welfare and cost.”.

Taking care of its people is not a cost. It is an investment.

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

References

Albiston, Catherine. Fisk, Catherine L., (2020) Precarious Work and Precarious Welfare: How the Pandemic Reveals Fundamental Flaws of the U.S. Social Safety Net. **Berkeley Journal of Employment and Labor Law**, Vol. 42, No. 2, 2021, - Forthcoming 2021. Available in: <https://ssrn.com/abstract=3690686>. Access in: 22 Nov. 2020.

Bailey, Martha J. (2006). More Power to the Pill: The Impact of Contraceptive Freedom on Women's Life Cycle Labor Supply. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 121, no. 1, 2006, pp. 289–320. *JSTOR*. Available in: <www.jstor.org/stable/25098791>. Access in: 11 Nov. 2020.

Bengtsson, T.; Scott, K. (2011) Population Aging and the Future of the Welfare State: The Example of Sweden. **Population & Development Review**, [s. l.], v. 37, p. 158–170, 2011. Available in: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=57540444&lang=pt-br&site=ehost-live>. Access in: 27 Oct. 2020.

Brazil. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE n. 271.286 AgR** - j. 12-9-2000, 2ª T, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24-11-2000. Available in: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Access in: 30 Oct. 2020.

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

Breyner, Frederico Menezes (2019). Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 83-104, jan./mar. 2019. Available in: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35804>>. Access in: 26 Oct. 2020.

Bonavides, Paulo (2004). **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros.

Canotilho, José Joaquim Gomes (2003). **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) (1990). **General comment n 3: the nature of States parties' obligations** (art. 2, para. 1, of the Covenant). Document E/1991/23. 5th session, 14 December 1990. Available in: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en>. Access in: 26 Oct. 2020.

Correia, Marcus Orione Gonçalves (2016). Direitos sociais em depressão - relato de uma viagem aos dias de hoje. *In Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 322, p. 366-382. Available in <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RST%20322_miolo.pdf>. Access in: 14 Oct. 2020.

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

____ (2004). Direito adquirido social. *In Revista do Advogado* (São Paulo), São Paulo, v. 24, n.80, p. 45-54. Available in: <<https://repositorio.usp.br/item/001427926>>. Access in: 27 Oct. 2020.

Draibe, Sônia M.; Riesco, Manuel (2011). Estados de bem-estar social e estratégias de desenvolvimento na América Latina: um novo desenvolvimentismo em gestação? *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 13, n. 27, p. 220-254. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1517-45222011000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Access in: 22 Oct. 2020.

_____ (1993). Welfare State no Brasil: características e perspectivas. **Caderno NEPP/ ÚNICA MP**, N. 08, 1993 Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=108804&opt=1>. Access in: 22 Oct. 2020.

Encyclopedia Britannica (2020). **The blast of World War II**. Available in <https://www.britannica.com/topic/history-of-Europe/The-blast-of-World-War-II>. Access in: 07 Oct. 2020.

Esping-Andersen, G (2002). **Why We Need a New Welfare State**. Oxford: Oxford University Press, 2002, Chapter 1: Towards a new society, once again? Available in: <<https://www.suz.uzh.ch/dam/jcr:16e4a0c7-1256-49ae-9a65-ee831a4a6b18/17%20Esping-Andersen-chapter-1.pdf>>. Access in: 09 Oct. 2020.

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

_____ (1990). **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. Cambridge: Polity Press and Princeton, NJ, Princeton University Press.

Godinho Delgado, Maurício José. Porto, Lorena Vasconcelos (2019). Introdução ao *welfare state*: construção, pilares estruturais e sentido civilizatório. In **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**. V. 22, n. 43. 29. Available in <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/20212>>. Access in: 29 Sept. 2020.

Guasque, Adriane; Guasque, Bárbara (2020). A pandemia e o necessário e tempestivo retorno aos matizes keynesianos. **Opinión Jurídica**, [s. l.], v. 19, n. 40, p. 259–276. Available in: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&site=eds-live&db=edsdoj&AN=edsdoj.3594e62903644a88e6fdf674ae05e4e&custid=s8280428>. Access in: 11 Nov. 2020.

Hay, James Roy (1978). **Development of the British welfare state - 1880-1975** (documents of modern history). Hodder & Stoughton Ltd..

Instituto Brasileiro de Geografia E Estatística (IBGE) (2019). **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2018**. Rio de Janeiro. Available in: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3097/tcmb_2018.pdf>. Access in: 09 Nov. 2020.

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

_____ (2020). **Pesquisa nacional de saúde: 2019: atenção primária à saúde e informações antropométricas: Brasil** / IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE. Available in: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101758.pdf>. Access in 13 Nov. 2020.

Kerstenetzky, Celia Lessa (2012). **O estado do bem-estar social na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo** – Rio de Janeiro: Elsevier.

Marshall, Thomas Humphrey (1964). **Class, citizenship, and social development**. Garden City, N.Y., Doubleday.

Mccubbins Mathew D., Rodriguez Daniel B. (2011). Superstatutory Entrenchment: A Positive and Normative Interrogatory, 120 **Yale Law Journal** **Online** 387. Available in: <http://yalelawjournal.org/forum/superstatutory-entrenchment-a-positive-and-normative-interrogatory>. Access in: 27 Oct. 2020.

Medeiros, Marcelo (2001). **A Trajetória do Welfare State no Brasil: Papel Redistributivo das Políticas Sociais dos Anos 1930 aos Anos 1990**. – Brasília: Ipea. Available in: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4106. Access in: 25 Oct. 2020.

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

Organisation for Economic Cooperation and Development – OECD (2011). "Families are changing", in **Doing Better for Families**, OECD Publishing, Paris. Available in: <https://doi.org/10.1787/9789264098732-3-en>. Access in: 11 Nov. 2020.

Oxfam (2017). **A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras**. São Paulo. Available in: <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>. Access in: 17 Nov. 2020.

Razin, A.; Sadka, E.; Swagel, P. (2002). The Aging Population and the Size of the Welfare State. **Journal of Political Economy**, [s. l.], v. 110, n. 4, p. 900–918. DOI 10.1086/340780. Available in: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=7174623&lang=pt-br&site=ehost-live>. Access in: 27 Oct. 2020.

Silva, José Afonso da (2015). **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed., 2ª tiragem. São Paulo. Editora Malheiros.

Stiglitz, Joseph E. (2018). **The Welfare State in the Twenty-First Century**. Columbia University Press. Available in: <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/01_Stiglitz%20FINAL%20pdf.pdf>. Access in: 08 Oct. 2020.

Tribunal Constitucional Português (1984). **Acórdãos do Tribunal Constitucional**, vol. 3/95-131, 117-118. Imprensa Nacional, Lisboa.

The Welfare State's Role in Brazil:**Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

Available in: <<https://dre.pt/application/conteudo/384993>>. Access in: 27 Oct. 2020.

Weir, Margaret (2001). **Welfare State**. In International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, Pergamon, pp. 16432-16435. Available in:

<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B0080430767010949>.

Access in: 12 Nov. 2020.

Wilenski, Harold L. (1975). **The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditure**. Berkeley, Univ. of California Press.

United Nations – UN (2017). **World Economic and Social Survey 2017**. Reflecting on seventy years of development policy analysis. P. 26. Available in < https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/WESS_2017-FullReport.pdf>.

Access in: 07 Oct. 2020.

_____ (2019). Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2019). **World Population Prospects 2019**, custom data acquired via website. Available in: < <https://population.un.org/wpp/DataQuery/>>.

Access in: 10 Nov. 2020.

_____ (1966). **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights** (ICESCR). Available in:

The Welfare State's Role in Brazil:

Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century

<<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>.

Access in: 26 Oct. 2020.

_____ (2020). **The Sustainable Development Goals Report 2020**. UN, New York, 2020. Available in: <https://doi.org/10.18356/214e6642-en>. Access in: 22 Nov. 2020.

Vašák, Karel (1977). Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights.

UNESCO Courier, 11:29–32. Available in: <https://en.unesco.org/courier/november-1977>. Access in: 12 Nov. 2020.

**The Welfare State's Role in Brazil:
Non-Retrogression Theory and Challenges in The 21st Century**

Lígia Braghetto - Angélica Cristina Rodrigues - Verônica Scriptorre Freire e Almeida

**A RELEVÂNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE
E ESCLARECIDO FRENTE À ÉTICA MÉDICA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL NA ÁREA DA SAÚDE**

***THE RELEVANCE OF FREE AND CLARIFIED CONSENT TO MEDICAL
ETHICS AND THE CIVIL RESPONSIBILITY IN THE HEALTH AREA***

Lígia Braghetto ^{1*}

Angélica Cristina Rodrigues ^{2**}

Verônica Scriptorre Freire e Almeida ^{3***}

1 * Lígia Braghetto:

-Advogada.

-Graduada em Odontologia pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA.

-Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA.

-Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos – UNISANTOS (2008).

2 ** Angélica Cristina Rodrigues:

-Médica.

-Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas pela Universidade Santa Cecília – UNISANTA.

-Médica Anestesiologista pela Universidade Federal do Espírito Santo.

-Pós-Graduação em Dor pelo Instituto de Ensino e Pesquisa Hospital Sírio Libanês.

-Pós-Graduação em Dor e Cuidados Paliativos pelo Instituto de Ensino e Pesquisa Hospital Israelita Albert Einstein.

-Pós-Graduação em Cuidados Paliativos pelo Instituto Paliar.

Membro do Grupo de Pesquisas de estudos Comparados em Direito da Saúde.

-ORCID 0000-0002-3656-3978 .

3 * Verônica Scriptorre Freire e Almeida:**

-Professor at Santa Cecília University - Master's Program in Health Law - Santos (Brazil).

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

Abstract

The use of the Informed Consent Form to document a horizontal relationship between physician and patient is a reality that is increasingly consolidated in Brazil. Access to information, ordinary consultations with internet and health consultations websites (“Dr. Google”) and especially the awareness that this is a consumer relationship require this type of action by health professionals. Moreover, the omission of the physician's duty to inform the patient about his or her state of health, in itself, characterizes contractual default and moral damage *in re ipsa*, according to current case law.

Keywords: Health Law; Medical Ethics; Civil Responsibility; Consumer Defense; Consent Form; Right to Information.

Resumo

O uso do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para documentar uma relação horizontal entre médico e paciente é realidade que se consolida cada vez mais no Brasil. Vê-se que o

-PhD in Economic Law, Faculty of Law, Coimbra University (Portugal- EU).

-Professor

-International Lawyer.

-e-mail: veronicascriptore@adv.oabsp.org.br .

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

acesso à informação, as consultas corriqueiras a internet e sites de consultas a assuntos de saúde (“Dr. Google”) e principalmente a consciência de que se trata de uma relação de consumo exigem este tipo de providência por parte dos profissionais da saúde. No mais, a omissão no dever do médico em informar ao paciente sobre seu estado de saúde, por si caracteriza inadimplemento contratual e dano moral *in re ipsa*, conforme jurisprudência atual.

Palavras-chave: Direito da Saúde; Ética Médica; Responsabilidade Civil; Defesa do Consumidor; Termo de Consentimento; Direito à Informação.

Introdução

O direito à informação é garantido na Constituição Federal (CF) em seu artigo 5º. XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão; e com a evolução dos cuidados e tecnologias na área da saúde, maior acesso da população ao conhecimento científico antes restrito aos profissionais da área; as legislações pertinentes como o Código de Ética Médica e o Código de Defesa do Consumidor que deixam claro o dever do profissional médico em informar dados pertinentes ao caso do paciente, fizeram com que estes profissionais venham modificando suas abordagens em

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

consultórios, hospitais e pronto atendimentos, compartilhando informações com os pacientes e familiares, dando a eles a liberdade de opinarem em suas terapias e formas de cuidados.

Este artigo tem por objetivo analisar o uso do Termo de Consentimento à luz do Código de Ética Médica e do Código de Defesa do Consumidor.

A metodologia foi baseada em revisão de literatura, banco de dados de sites oficiais do Governo Brasileiro e os respectivos códigos aqui mencionados, com coleta de documentação indireta e com uma abordagem dialética, mas sem a intensão de esgotar o assunto.

1. Breve relato da origem histórica

A consciência corporal do ser humano é um conceito em permanente evolução, mormente no que se refere ao avanço das tecnologias sanitárias. Por volta de 1767 na Inglaterra foi registrado um dos primeiros questionamentos acerca da liberdade de decidir sobre seu corpo frente a tratamentos médicos. No caso *Slater v Baker & Stupleton*, os médicos foram acusados de refraturar um membro do paciente para que pudessem realizar experimento de tração durante o processo de consolidação óssea. Além de tratar-se de um procedimento extremamente doloroso, vez que ainda não

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

se dispunha de anestésicos, *Slater* teve seu corpo e seu estado de saúde completamente violados, sem sequer ter ciência, fatores que asseguraram sua vitória junto à Justiça da época⁴.

Nesse passo, as atrocidades cometidas nos campos de concentração da Alemanha nazista entre 1933 e 1945 fizeram com que o mundo acompanhasse os julgamentos realizados pelo Tribunal de Nuremberg, e cujos avanços foram consolidados no Código de Nuremberg, de 1947 (Anexo 1), reafirmando o consentimento voluntário como elemento essencial nas questões que envolvem o corpo e a saúde humanas.

Outrossim, em paralelo, repercussões jurídicas foram apontando em diversos países e alguns *cases* ocorridos nos Estados Unidos se tornaram referências no surgimento do Termo de Consentimento Voluntário como um expediente necessário na área da saúde. Destaca-se *Schloendorff v. Society of New York Hospitals*⁵, de 1914, caso em que a paciente consentiu ser

4 _

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102616201000020015&lng=en&nrm=iso. Rev. bras. ortop. vol.45 no.2 São Paulo 2010.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-36162010000200015> Consultado em 17/10/2019.

- Brazell, N. E. (1997). *The Significance and Application of Informed Consent*. *AORN Journal*, 65(2), 377–386. doi:10.1016/s0001-2092(06)63341-3

⁵ <https://dash.harvard.edu/handle/1/8852197>. Consultado em 17/10/19.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

examinada sobre possível diagnóstico de tumor fibroide, mas, afirmou o desejo de não ser submetida a cirurgia. Uma vez sedada, o tumor foi removido à sua revelia e, como complicação pós operatória, evoluiu para gangrena do braço esquerdo, exigindo amputação de alguns dedos. Ela, então, ingressou com ação judicial em face do hospital, e por essa escolha do polo passivo, o resultado foi desfavorável. No entanto, o juiz assentou que o caso não era de mera negligência no que se refere ao consentimento, mas sim verdadeira transgressão, vez que todo ser humano com idade adulta e mente sã deve ter autonomia sobre seu corpo.

Em que pese todo esse contexto, não foi antes de 1960 que o governo norte-americano começou a formular políticas sobre a proteção de pacientes envolvidos em pesquisas médico-científicas, o que culminou no *Belmont Report*, de 1974, um guia com princípios éticos e diretrizes quanto às pesquisas envolvendo seres humanos.

Essa marcha gradativa consolidou o termo de consentimento como desfecho de um processo de informação em que os médicos e pesquisadores da saúde explicam ao paciente, em linguagem acessível a sua situação clínica, diagnóstico e prognóstico, inclusive dependendo de autorização expressa no que se refere a procedimentos, invasivos ou não.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

Ao mesmo tempo em que o processo de globalização difundiu tecnologias que permitem maior acesso à informação, a relação médico-paciente foi perdendo seu caráter paternalista, vertical, em que muitas vezes o paciente sequer tinha conhecimento de seu estado clínico, pois poderia questionar e contradizer as condutas médicas.

Além do caráter pedagógico que ações judiciais de responsabilidade civil têm sobre os demais profissionais da área, tempos atuais vêm exigindo que essa relação seja horizontal, à exemplo da consulta prévia aos sites de conteúdo médico (“Dr. Google”) antes mesmo do agendamento da consulta pelo paciente, que passa a ter um papel muito mais instruído frente ao médico ou profissional da saúde, mesmo que este conhecimento não seja através de leitura de artigos científicos ou em dados da medicina baseada em evidências.

2. Termo de consentimento no Brasil

As primeiras normativas envolvendo o Termo de Consentimento no Brasil são da década de 80. O primeiro documento refere-se ao uso de medicamentos e terapias experimentais, qual seja a Portaria 16 de 1981 do Ministério da Saúde – Divisão da Vigilância Sanitária de Medicamentos (Anexo 2),

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

e estabelece termos mínimos a serem informados ao paciente, sob o título de Termo de Conhecimento de Risco. Já o segundo foi criado pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução 1081 de 1982 (Anexo 3), que, embora estabeleça o dever médico de sempre comunicar ao paciente sobre riscos específicos dos procedimentos médicos e cirúrgicos, tem sua redação mais voltada à autorização necessária para a realização de exames de necropsia.

Os próximos passos relevantes podem ser atribuídos também ao Conselho Federal Medicina, que em 2016 editou a Recomendação 01 e conceituou o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido nos seguintes termos:

(...) “consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados.”

Não obstante, o Código de Ética Médica – Resolução 2.217/2018 também trata indiretamente do assunto nos artigos 22, 24, 31 e 34, *in verbis*:

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

“É vedado:

Art. 22 Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24 Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 31 Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

Congregadas estas disposições, é possível concluir que a obtenção do Termo de Consentimento de maneira “livre e esclarecida” representa um processo colaborativo essencial para

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

uma relação médico-paciente baseada em confiança fundamentada. Para isso os profissionais devem se desnudar de superioridade, estando dispostos a admitir, sem mistérios, até onde podem chegar seus esforços (alternativas) e quais os possíveis desfechos, ainda que implique em revelar limitações e desconhecimento.

Ainda assim, algumas minúcias devem ser observadas para que este fim seja devidamente alcançado, quais sejam:

- ✓ A linguagem empregada deve ser acessível ao cidadão comum, evitando termos excessivamente técnicos, caracteres incompreensíveis ou ilegíveis;
- ✓ A idade, capacidade e estado físico e emocional do paciente devem ser considerados, caso em que o representante legal poderá atuar;
- ✓ Em caso de recusa à terapêutica, é ideal que se aguarde um período, se possível, antes da tomada do Termo de Recusa;
- ✓ A questão da religião como limitação de certos procedimentos tem amparo jurídico e ético suficiente para ser respeitado, em se tratando de paciente

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

adulto e capaz, vide, inclusive tema de Repercussão Geral 1069 do Supremo Tribunal Federal⁶.

- ✓ Situação emergencial urge atuação em favor da vida, dispensa interrupção técnica. No entanto, a existência de Termo de Diretivas Antecipadas deve ser observada, haja vista ser redigido especificamente para este tipo de acontecimento. Da mesma maneira procede-se para os casos em que o paciente simplesmente se recuse a ouvir.

Por fim, importante salientar que em todos os aspectos apresentados, as disposições éticas estão em consonância com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), cujas principais diretrizes serão analisadas em seguida.

3. TCLE como instrumento do CDC

O advento do Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/1990 criou um microsistema de proteção aos usuários do mercado e, tendo em vista a relevância constitucional da proteção à saúde, as

⁶ Fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoInformativoGeral/anexo/Edio97.pdf> Consultado em 18/10/19.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

relações entre pacientes e médicos, clínicas, laboratórios e outros ramos foram abarcados por ele.

Nos termos do artigo 2º do CDC, a relação médico-paciente é caracterizada como relação de consumo, isso porque:

- ✓ *Consumidor/Paciente:* Quem adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final;
- ✓ *Fornecedor/Profissional da saúde:* Quem desenvolve serviço ou expõe produto a comércio.

Assim, os pacientes são considerados consumidores de serviços de saúde, assim como são considerados consumidores de outros bens e serviços.

Essa concepção simplista foi construída ao mesmo passo que a medicina foi sofrendo despersonalização. O médico da família, aquele cujo trabalho é *intuitu personae*, fundado em confiança, aos poucos deu lugar ao médico especialista e aos superespecializados, indicado pelo plano de saúde ou escolhidos de forma cuidadosa pela internet, cujo nome está no catálogo. Neste sentido exemplifica Nunes:

[...] e o consumidor usuário de um plano de saúde, que, estando com dores estomacais, pega o livro de nomes, endereços e telefones dos médicos

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

especializados nas várias áreas? Escolhe com base em quê? Depois é atendido e recebe as indicações do médico: exames, diagnóstico, prescrição, com fundamento na confiança? Confiança no quê? No plano de saúde? (...)

Assim, conclui-se esta parte respondendo que o profissional liberal atualmente desenvolve tanto atividades típicas de natureza *intuitu personae* com base na confiança quanto atividades de prestação de serviço profissional que não têm mais essa característica. (NUNES, 2017, p. 405, 406).

É também neste sentido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Responsabilidade civil – Indenização por danos materiais e morais – Improcedência – Demanda ajuizada em face dos médicos que assistiram a paciente. Alegação de erro médico. Relação de consumo caracterizada. Médicos que se enquadram no conceito de fornecedores de serviços (arts. 2º e 3º, § 2º, do CDC). Admissível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (no caso em exame, da apelante). Inteligência do art. 6º, VIII, do Código de Defesa

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

do Consumidor. Hipossuficiência da recorrente caracterizada. Controvérsia que não dispensava a produção de prova pericial médica para estabelecimento do nexo causal e, bem assim, da eventual responsabilidade dos réus. Sentença anulada. Recurso provido” (TJSP – Ap 990.10.139039-6, 10-9-2010 – Rel. Salles Rossi).

“Responsabilidade civil – Erro médico – Indenização por danos morais e materiais. 1 – Agravo retido interposto nos autos em apenso (impugnação ao valor da causa). Não conhecido, posto que não reiterado em segunda instância. 2 – Preliminar de ilegitimidade passiva do Plano de Saúde. Preclusão. A preliminar foi repelida por ocasião do despacho saneador, sem interposição de recurso. 3 – Mérito. Cirurgia ortopédica. Existência de efetivo erro médico comprovado em laudo pericial. Introdução de parafuso no osso do fêmur, prendendo-o à bacia, em posição irregular. Evidências radiológicas que, logo após a cirurgia, permitiam concluir-se que o parafuso havia saído do lugar. Negligência da equipe médica consistente em dar alta para a paciente quatro

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

dias após a primeira intervenção, quando o quadro recomendava a realização de uma nova cirurgia, corretiva da primeira. Autora que só veio a ser operada alguns meses depois, por outra equipe médica, em outro hospital, obtendo sucesso em sua segunda cirurgia. Danos morais patentes. Autora que permaneceu durante meses com o osso quebrado, sentindo fortes dores e com dificuldade de locomoção. Inegável a angústia que tais fatos lhe causaram. Mantido o quantum indenizatório, fixado com razoabilidade pelo d. Juízo, não havendo de ser majorado – Danos materiais. Rejeição. Ausência de pedido certo e determinado por parte da autora na inicial. Responsabilidade solidária dos corréus, médico, hospital e seguradora do Plano de Saúde. A responsabilidade do Hospital decorre do art. 14 do CDC e a do Plano de Saúde, do fato de escolher os médicos credenciados, aos quais o consumidor fica adstrito, não podendo escolher qualquer profissional, sob pena de não obter a cobertura. 4 – Juros de mora e correção monetária. Termo inicial. Data do evento danoso. Súmula 54 do C. STJ e art. 398 do Código Civil. 5 – Recursos dos

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

réus desprovidos, parcialmente provido o apelo da autora para alterar o termo inicial para a incidência dos juros de mora e da correção monetária” (TJSP – Ap 994.09.349355-2, 4-52010 – Rel. José Carlos Ferreira Alves).⁷

Em termos gerais, a regra do CDC é que o fornecedor de produtos ou o prestador de serviços terá responsabilidade objetiva sobre o exercício de sua atividade, e caso seja mais de um, ela será solidária entre eles. Assim, justifica TARTUCE:

“Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços.” (TARTUCE, 2016, p. 118)

É o entendimento adotado frente à teoria do *risco-proveito*, ou seja, aquele que obtém proveitos de determinada atividade, deve

⁷ Venosa, 2017, p.726.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

responsabilizar-se integralmente por ela, sem questionar-se de culpa ou outras condições.

Na prática, importa em inversão do ônus da prova, ou seja, basta que o consumidor apresente dano e ligação com o fornecedor, a quem caberá escusar-se comprovando inexistência o dano ou que este foi causado por outrem, nos termos do artigo 14, § 3º do CDC, *in verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (grifo nosso)

Em que pese a especificidade dos termos, não se trata de rol exaustivo, admitindo-se, por exemplo, conjurar-se de caso fortuito ou força maior, ou mesmo redução do *quantum* indenizatório caso fique manifesta a culpa concorrente da vítima para o evento danoso.

No que se refere a prestação de serviços de saúde, ainda que diante de uma relação de consumo de caráter contratual, quando o fornecedor destes serviços é pessoa física no exercício de profissão liberal, está-se diante de um tipo de atribuição diferente de responsabilidade, qual seja a modalidade subjetiva. É o que dispõe o artigo 14, §4º do CDC, acima aferido.

Assim esclarece Venosa:

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

[...]

Observe que o estatuto do consumidor manteve a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, aquela dependente da apuração de culpa, entre os quais se incluem os médicos e odontólogos (art. 14, § 4º). Os enfermeiros também se incluirão no dispositivo dependendo da relação existente com o paciente no caso concreto. Esse texto legal enfatiza quanto à “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais”. Assim, quando se trata de responsabilidade de pessoas jurídicas ligadas à área médica, não importando o seu porte, o dispositivo não se aplica, embora falar-se de responsabilidade objetiva em obrigações de meio, como é o grande caudal da atividade médica, seja algo complexo e nem sempre aplicável.

A benesse da responsabilidade subjetiva implica, na prática, que sua responsabilidade decorrerá de comprovação de culpa

Dessa forma, pode-se concluir que, em caso de ação judicial, mesmo que o paciente acione o profissional como pessoa física e o hospital ou clínica, a apuração da responsabilidade será

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

individualizada, comportando decisões diferentes para cada réu, conforme exemplifica Nunes:

Se assim não fosse, fácil seria para as empresas prestadoras de serviços e até para os fabricantes de produtos dizer que aquele dano foi causado por um empregado seu, profissional liberal, e, assim, gozar dos privilégios da responsabilidade subjetiva, o que seria uma violação do CDC: a construtora poderia dizer que houve falha no projeto feito pelo arquiteto, ou na execução feita pelo engenheiro; o banco poderia dizer que a cobrança abusiva foi causada por falha do contador; a administradora de cartão de crédito poderia alegar que a negativação indevida de seu cliente se deu por culpa de seu advogado interno, e assim por diante. Enfim, um nonsense. (NUNES, 2017, p. 530).

À face do exposto, tem-se a consequência de que os princípios do Código de Defesa do Consumidor serão integralmente aplicados a essas relações, dentre os quais podemos destacar:

- ✓ Dignidade da pessoa humana;
- ✓ Proteção à vida, saúde e segurança;

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

- ✓ Transparência;
- ✓ Boa-fé – objetiva, como regra de conduta honesta e leal, e boa-fé como princípio de interpretação;
- ✓ Dever de informar.

Especificamente no *dever de informar* podemos pautar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – sem prejuízo dos princípios destacados e dos demais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

É que ele se impõe antes mesmo de consolidado o negócio que caracterizará a relação de consumo. Nele se inserem todos os demais, de modo que uma falha nesta etapa já consagra uma mácula na relação. A jurisprudência nacional é tranquila neste sentido, a exemplo:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO. 1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

4. *O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.*

5. *Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (blanket consent), necessitando ser claramente individualizado.*

6. **O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua**

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes

9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º).

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação. (REsp 1540580/DF Recurso Especial 2015/0155174-9., Relator para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T, julgado em 02/08/18. Grifo nosso).

Desta feita, a informação é um verdadeiro dever dos profissionais da saúde, e seu descumprimento ensejará dano a ser reparado, caso em que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido tem inestimável relevância. Sobre esta reparação, leciona Nunes:

Como decorrência de todas as garantias constitucionais, a iniciar pelo princípio maior da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, garantia da vida sadia, do piso vital mínimo, da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, do direito de ser informado e se informar, de receber produtos e serviços de qualidade, a preços baixos e eficientes, de só receber publicidade verdadeira

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

etc., a Constituição Federal garante ao consumidor atingido o direito à indenização contra as violações praticadas. (NUNES, 2016, p. 479).

Uma vez demonstrado o dano e o nexo causal com o serviço de saúde prestado, fica evidente o dever de reparar, no entanto, a indenização em si dependerá da apuração do “prejuízo” suportado, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Não obstante, a tendência atual é ampliar o teor da súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que se refere à possibilidade de cumular danos morais e materiais, entendimento que resultou na edição da Súmula 387, do mesmo tribunal, *admitindo a cumulação dos danos estéticos com os danos morais e, obviamente, também com os danos materiais (cumulação tripla)* (Tartuce, 2016, p.522).

Por fim, imperioso salientar que o juiz, ao fixar a indenização, deverá atender seu caráter reparatório, além de educativo, no sentido de prevenir novas violações.

4. Tecnologias que envolvem o TCLE

A tomada de decisões no que se refere às condições de saúde raramente é feita de maneira individual, isolada. O avanço das

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

tecnologias em informação permite não só facilidades em questão de comunicação, como também possibilita o acesso a serviços, pesquisas, relatos e notícias sobre temas de saúde, ferramentas que servirão de amparo para escolhas conscientes. Salienta-se que não serão abordados aqui mecanismos eletrônicos de divulgação de resultados de exames ou mesmo consultas virtuais, mas somente o uso da tecnologia como formadora de opinião e aplicada na obtenção de consentimento esclarecido do paciente.

O termo *e-health* tem sido usado pela Organização Mundial de Saúde com o seguinte sentido:

“Uso de tecnologias da informação e comunicação (TIC) para a saúde. A unidade de e-Health trabalha com parceiros em nível global, regional e nacional para promover e fortalecer o uso das TIC no desenvolvimento da saúde, desde aplicações em campo até a governança global. A unidade está sediada no Departamento de Prestação de Serviços e Segurança no Cluster de Sistemas de Saúde e Inovação.”

Trata-se de tema recente, em 1998 a 58ª Assembleia Mundial reconheceu em relatório que a tecnologia na saúde pode ter impacto positivo sobre o fornecimento de saúde pública pelos

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

estados, sobre a expectativa individual quanto à saúde, sobre divulgação e respeito aos direitos humanos, bem como promoção de medicamentos e terapias. Como consequência, insta que os estados membros tomem providências e elaborem estratégias para implementar infraestrutura legal e apropriada à relevância do tema, bem como para permitir acesso igualitário aos seus cidadãos⁸.

Isso implica em muito mais que a mera satisfação de curiosidades na *web*, permite que o interessado busque serviços, faça agendamentos, acompanhe diagnósticos e que seu tratamento seja integrado, além de monitorado no que se refere a questões epidemiológicas. Um verdadeiro sistema de saúde, que demanda cuidados vigorosos não só na sua criação, como também na proteção dos seus dados.

Notadamente em relação ao consentimento do paciente quanto às condutas a serem realizadas, ressalta-se que sua ciência também pode ser tomada de maneira digital. Ferramentas de apoio às decisões têm sido criadas por empresas para uso rotineiro, principalmente no tocante à procedimentos experimentais e ensaios clínicos com seres humanos.

⁸ Fonte: <https://www.who.int/ehealth/about/en/>. Consultado em 30.10.19.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

A adoção de procedimentos-padrão quanto ao consentimento do paciente por hospitais, clínicas e até profissionais liberais coopera para que o processo de informação seja realizado com a magnitude que lhe é intrínseca, pois facilita sua difusão e replicação por outros fornecedores da área.

Conclusão

Frente ao exposto, podemos concluir que é boa prática do profissional da saúde a aplicação do termo de consentimento livre e esclarecido e que se faz necessária a mudança de postura destes profissionais, onde entendam que o termo por eles aplicado não é apenas uma coleta de assinatura, mas sim um dever agregado ao cuidado, que o paciente e, na impossibilidade deste, seu familiar tem o direito de saber sobre procedimentos e riscos inerentes ao tratamento e alternativas que possam ser utilizadas objetivando o melhor resultado e benefício ao paciente.

Referências Bibliográficas

FARIAS, Cristiano Chaves de . **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor / Rizzatto Nunes. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12 ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor : direito material e processual** / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves.– 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil** / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

_____BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

_____BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078/1990.

_____BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei 10.406/2002

_____BRASIL. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019/Conselho Federal de Medicina –
Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019

_____ <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/manuais/qualidade/Nurembg.pdf>

_____ <https://www.ufrgs.br/bioética/por16-81.htm>

_____ http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1982/1081_1982.htm

Anexo 1

EXPERIMENTAÇÃO HUMANA (CÓDIGO DE NUREMBERG – 1947)

- 1- O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial.
- 2- Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem Ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomar uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante que eventualmente possam ocorrer devido à participação no experimento.
- 3- O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

4- O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.

5- O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação com animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento.

6- O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer mentais.

7- Não deve ser conduzido nenhum experimento quando existirem razões para acreditar que possa ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento.

8- O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe resolver.

9- Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.

10. O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.

11. O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.

12. O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes.

Anexo 2

Ministério da Saúde

Termo de Conhecimento de Risco

Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos
Portaria 16/81 -27/11/1981

O Diretor da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos do Ministério da Saúde, no uso de suas atribuições,

Considerando os riscos eventualmente envolvidos em novos procedimentos terapêuticos;

Considerando os deveres éticos por parte de médico-assistente e dos laboratórios produtores de novos medicamentos;

Considerando que medicamentos importados para uso próprio não são submetidos a registro e/ou controle de qualidade pela Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos - DIMED, resolve:

1. Instituir, de forma padronizada, o Termo de Conhecimento de Risco - TCR, a ser utilizado em todos os ensaios com medicamentos não-registrados na Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos - DIMED, ou com indicação(ões) ainda não-aprovado(s) ou em produto(s) importados de outros países e cuja documentação não foi ainda analisada pela DIMED.

2. Determinar o seguinte texto mínimo a ser contido no TCR e que deverá ser lido e/ou informado ao paciente ou seu responsável:

Termo de Conhecimento de Risco (TCR)

(nome) _____ (idade) _____ (sexo) _____

–

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

abaixo assinado ou sob a responsabilidade de seu parente próximo, abaixo identificado, ou nos casos necessários, sob a responsabilidade do médico que assina este documento, declara ter lido ou ouvido o presente termo de responsabilidade que lhe informa estar ciente do seguinte:

- a) Que vai ser submetido à administração de um produto ou a método terapêutico sobre o qual ainda não existe decisão ou recomendação do órgão competente do Governo Brasileiro.
- b) Que não existe certeza de maior eficácia em relação a outros produtos já registrados pelo Ministério da Saúde, nem existe maior segurança quanto à menor incidência de efeitos colaterais, previsíveis ou imprevisíveis.
- c) Que, quando importado para uso próprio, o medicamento não está sujeito à verificação de controle de qualidade.
- d) Que tem ciência do exposto acima, e que realmente deseja utilizar o produto ou método terapêutico recomendado pelo médico que subscreve este documento.
- e) O médico que aplica esta medicação ou novo método é responsável e o laboratório produtor é corresponsável pela medicação, estando a União isenta de responsabilidade por danos que possam ocorrer ao paciente decorrentes do uso do produto ou método terapêutico aplicado.
- f) Na eventualidade de importação para uso próprio, o paciente ou seu responsável e seu médico-assistente assumem total e qualquer responsabilidade por risco ocasionado por efeitos adversos, isentando a União de responsabilidade por todo e qualquer agravo à saúde física ou mental.
- g) O médico se compromete a informar à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, em Brasília, Distrito Federal, CEP 70058, a ocorrência de efeitos adversos ou tóxicos, se ocorrerem.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

Data ___/___/___

Produto ou método terapêutico _____

Apresentação _____

Paciente _____ ou _____ responsável
 _____ (assinatura)

Nome _____ do _____ médico _____ responsável _____ pela
 pesquisa _____ (assinatura do médico)

3. Em se tratando de medicamento estrangeiro prescrito para uso individual, o informe, em caso de estudo clínico, convém ser previamente aprovado pela Comissão de Ética da Instituição onde trabalha o médico.

4. Determinar que o responsável pelo ensaio clínico ou médico que recomendou o medicamento originário de outro País, guarde em seu poder, por 3 (três) anos, cada Termo de Conhecimento de Risco comunicado a seus pacientes.

5. Caberá à DIMED informar aos órgãos competentes dos Ministérios do Trabalho, Justiça, Indústria e Comércio; às Comissões de Ética locais e aos Conselhos Federais de Medicina, Odontologia e de Farmácia, os casos de inobservância da presente Portaria, para as providências cabíveis.

6. Considerar a utilização do Termo de Conhecimento de Risco, por profissionais e por indústrias, como fator relevante nas ponderações para concessão de autorização de funcionamento de empresas, para importação de medicamentos ou drogas para pesquisa.

7. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação - Luiz Gonçalves Paulo, Diretor. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria 16/81 (DOU, 14/12/1981:23745-6).

Anexo 3

RESOLUÇÃO CFM nº 1.081/82

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO que deve caber ao paciente, ou, em certos casos, a seus parentes ou responsáveis, a inteira responsabilidade pelo consentimento de todo e qualquer ato de elucidação diagnóstica ou terapêutica;

CONSIDERANDO que o paciente deve ser informado do diagnóstico, prognóstico e tratamento de seu caso;

CONSIDERANDO que cabe ao Médico estabelecer bom entendimento na relação médico-paciente, em todos os casos;

CONSIDERANDO que o Médico deve sempre comunicar ao paciente o risco específico de todo e qualquer procedimento médico e cirúrgico;

CONSIDERANDO que, especialmente em hospitais de ensino, frequentemente se torna indicado o procedimento de meios de diagnóstico "post mortem";

CONSIDERANDO, o que consta do Processo CFM nº 121/78;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária realizada aos 12 dias do mês de fevereiro de 1982;

RESOLVE:

Art. 1º - O Médico deve solicitar a seu paciente o consentimento para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutica a que este será submetido.

Art. 2º - Quando o paciente não estiver em plenas condições para decidir, o consentimento ou autorização para necropsia poderá ser dada por pessoa de sua família, ou seu responsável, em caso de paciente considerado incapaz.

Art. 3º - Nos hospitais, casas de saúde, maternidades e outros estabelecimentos de saúde que internem pacientes, poderá ser solicitada autorização para necropsia, de preferência no ato do internamento.

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

Art. 4º - A obtenção de autorização para necropsia jamais será condição para efetuar-se o atendimento ou o internamento do paciente.

Art. 5º - Os estabelecimentos de saúde capacitados à realização de necropsia através de seus serviços de patologia, deverão firmar acordos com os organismos oficiais, para que essa necropsia seja realizada de modo condizente com a legislação.

Rio de Janeiro, 12 de março de 1982.

MURILLO BASTOS BELCHIOR

Presidente

JOSÉ LUIZ GUIMARÃES SANTOS

Secretário-Geral

A Relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Frente à Ética Médica e a Responsabilidade Civil na Área da Saúde.

**RIDER, FATTORINI DI UNA NUOVA STAGIONE DEI
DIRITTI. LE RECENTISSIME PRONUNCE DELLA
GIURISPRUDENZA ITALIANA: UN TENTATIVO DI
CONCILIAZIONE CON L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE**

Domenico Vigliaturo^{1*}

La rivoluzione digitale che sta caratterizzando la contemporaneità implica, probabilmente più delle altre rivoluzioni tecnologiche, conseguenze pregiudizievoli sull'uomo e sulla sua sfera d'azione.

Specie quando la macchina, pur animata dall'uomo, corre a una velocità eccessiva, l'uomo – la macchina naturalmente lenta per eccellenza – non sempre riesce ad agganciarla; sottoposto allo stress di un adattamento continuo all'evolversi tecnologico rischia di non possedere sufficienti capacità adattative e di affannarsi in una corsa infruttuosa.

¹ * **Domenico Vigliaturo:**

-Master's Candidate, University of Verona (Italy).

-Contributing Writer, Election Day (Italy).

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

Anche il terreno umanissimo del diritto non è estraneo a tale fenomeno. Anzi, è tra quelli sottoposti al maggiore sforzo. Ormai da tempo, infatti, si trova ad affrontare sfide nuove e (in)aspettate, alle prese con il difficile compito di fornire soluzioni a questioni non ancora disbrogiate e chiarite, il più delle volte sostanzialmente creandole. Azione creativa che si compie tripartitamente nelle forme dell'elaborazione dottrinale, giurisprudenziale e legislativa in senso ampio: numerosi sono i pareri e le raccomandazioni, frequente quindi il ricorso alle forme di *soft law*. La sfida armonizzatrice più importante del terzo millennio per il diritto è certamente quella con l'innovazione tecnologica, l'intelligenza artificiale (IA), la robotica. In questo sforzo conciliativo il diritto del lavoro è tra le aree del diritto una delle maggiormente operose. Questo perché il mondo del lavoro è tra quelli che subiscono direttamente i riverberi delle innovazioni tecnologiche, tanto in termini materiali quanto in termini umani.

È semplicistica la lettura per la quale la spinta tecnologica, l'IA, la robotica produrrebbero quale unico effetto la cancellazione definitiva di posti di lavoro. È plausibile invece credere, e su questa via si è recentemente mosso il Parlamento Europeo che, "come verificatosi nelle precedenti rivoluzioni tecnologiche, alcuni posti di lavoro saranno *sostituiti* ma, al contempo, ne saranno creati di

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale nuovi che trasformeranno gli stili di vita e le pratiche lavorative".²

Già da tempo, tuttavia, vi sono tecnologie che, da mere protesi, possono finanche sostituire la figura del lavoratore, ponendo quindi questioni sul diritto al lavoro, proprio di ogni individuo, e sulla protezione, intaccata, contro la disoccupazione (art. 23.1 DUDU). In tale processo trasformativo è fondamentale elaborare adeguate misure educative e formative. La c.d. alfabetizzazione digitale è necessaria anche perché il numero dei soggetti che saranno interessati da tale fenomeno è ampio e soprattutto eterogeneo.³ Recenti previsioni affermano che il 14% dei posti di lavoro, nei paesi che fanno parte dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), sarebbe già automatizzabile mentre il 32% dovrebbe affrontare cambiamenti sostanziali. L'automazione delle mansioni, specie qualora dovesse riguardare quelle mansioni maggiormente rischiose, comporterebbe anche conseguenze positive, su tutte il "ridurre il rischio di esposizione degli esseri umani a condizioni nocive e

² Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019 su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale (2018/2088(INI)).

³ Sul punto Dinja Mijatović, Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa dal 1 aprile 2018, in *Safeguarding human rights in the era of artificial intelligence* del 3 luglio 2018.

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale pericolose, creare posti di lavoro dignitosi e di qualità nonché migliorare la produttività".⁴

Nell'era del digitale una contemporanea distruzione creatrice⁵, quindi, inevitabilmente distrugge il vecchio e impone il nuovo. E non è assolutamente da escludere che nell'inceneritore del vecchio finiscano anche le stesse figure del lavoratore e del datore di lavoro, rimpiazzate da macchine innovative e con capacità assimilabili a quelle umane. È peraltro da osservare come la sostituzione della figura umana del lavoratore con quella artificiale della macchina, specie per quelle mansioni maggiormente esecutive e ripetitive, sia già nella realtà delle cose. Diverso invece è il discorso relativo alla figura del datore di lavoro: se sia cioè possibile pensare alla configurazione di un nuovo datore di lavoro, non più umano ma artificiale. Se ciò appare ad oggi futurologico, si intravede già la possibilità, per entità digitali, di gestire i lavoratori in maniera automatica e più o meno volontaria. Anche la giurisprudenza ha iniziato ad affrontare la questione: una recente sentenza, di cui ampiamente si dirà, la n. 3570/2020 del

⁴ Vedi nota 1.

⁵ "Con l'espressione 'distruzione creatrice' J. A. Schumpeter indicò il processo evolutivo dell'economia capitalista, nel quale innovazioni tecnologiche e gestionali trasformano il ciclo produttivo, scompaginando l'equilibrio dei mercati ed eliminando le imprese incapaci d'innovare", dall'enciclopedia Treccani.

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

Tribunale di Palermo sez. lav., nell'ambito della qualificazione di un rapporto di lavoro (quindi con una pronuncia sulle concrete modalità di svolgimento del rapporto stesso) intercorrente tra un rider (M. T.) e una multinazionale (la spagnola Glovo, operante in Italia tramite Foodinho s.r.l.), è intervenuta sottolineando come, ad avviso di quel giudicante, "la piattaforma – adoperata dalla società per gestire e dirigere l'intero ciclo produttivo coordinando la rete dei ciclo-fattorini – non è un terzo, dovendosi con essa identificare il datore di lavoro che ne ha la disponibilità e che programma gli algoritmi".

Pur non arrivando al caso limite della sostituzione del lavoratore o del datore di lavoro, è comunque possibile osservare, rispetto al passato e proprio per l'utilizzo delle piattaforme digitali e degli algoritmi, un diverso modo di atteggiarsi delle parti nei rapporti di lavoro subordinati, sebbene anche lo stesso confine, un tempo nettissimo, tra autonomia e subordinazione sia quanto meno venuto assottigliandosi. Le figure tipizzate del lavoratore dipendente (o prestatore di lavoro subordinato) e del datore di lavoro (o imprenditore), per come astrattamente configuratesi tra la seconda metà del XIX sec. e la prima metà del XX sec. dal modello taylorista a quello fordista, e per come cristallizzate nelle codificazioni di metà novecento, su tutte il Codice Civile italiano del

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

1942, sono ormai da decenni in profonda crisi. L'immissione nel rapporto di lavoro di strumentazioni informatiche sta contribuendo ad accelerare questo fenomeno di obsolescenza. In quello che è il terreno fragile dell'economia dei lavoretti (la *gig economy*) queste problematiche si palesano con sempre maggiore insistenza, e nell'età della *bulimia dei consumi*, dove "il consumo, figlio del pensiero rapido, dev'essere rapido per cambiare desiderio altrettanto rapidamente e tornare a comprare"⁶, i casi rider sono la plastica dimostrazione tanto delle difficoltà qualificatorie quanto, ed è ciò che in questa sede maggiormente interessa, dell'incisività delle piattaforme digitali e degli algoritmi nei rapporti di lavoro. Dietro la presunta imparzialità e nell'opacità dei meccanismi delle piattaforme digitali e del funzionamento degli algoritmi possono celarsi rischi per il lavoratore, potenzialmente lesivi di interessi protetti e dei più acclarati diritti ormai riconosciuti ai lavoratori ma più generalmente agli individui in quanto tali. Anche per questo motivo sui casi rider è già più volte intervenuta la giurisprudenza italiana (compresa la Corte di Cassazione) e straniera, e con pronunce talvolta discordanti. Da ultimi sono

⁶ Da Elogio della lentezza, di Lamberto Maffei (Il Mulino, 2014, 146 p.).

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale intervenuti il Tribunale di Palermo, con la già citata sentenza n. 3570/2020, e quello di Bologna.

La sentenza del tribunale palermitano si rivela interessante ai nostri fini proprio perché il giudice di prime cure palermitano ha messo in luce l'occultezza intrinseca (o voluta) della piattaforma digitale e quindi dell'algoritmo, le cui modalità di funzionamento negli aspetti essenziali sono rimaste ignote al rider ricorrente non solo nel corso del rapporto lavorativo ma anche in pendenza della stessa causa.

Il potere datoriale, schermato da piattaforme digitali e algoritmi, può ritornare ad essere ancora incisivo tanto quanto lo era qualche secolo addietro, all'inizio delle rivoluzioni industriali, con notevoli ricadute negative sul lavoratore. A maggior ragione l'incisività è oggi aggravata dall'opacità e dall'indecifrabilità del "funzionamento automatico del sistema della piattaforma" che, argomenta il giudice, "era organizzato in modo da non fornire risposte alle domande del rider ricorrente". Il rider, infatti, impossibilitato a lavorare per la mancata assegnazione di ordini negli slot prenotati e ignaro delle ragioni della disattivazione (formalmente era stato disconnesso a seguito di un ritardo nel versamento dell'incasso) "perdeva la pazienza ed inveiva [...], sentendosi del tutto *impotente* avverso l'ignota modalità di

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

funzionamento della piattaforma medesima, esattamente come un operaio del secolo scorso rispetto alla modalità di funzionamento della catena di montaggio, sulla quale però verosimilmente il capo operaio poteva fornirgli spiegazioni in tempo reale”.

Il ricorso a tali applicativi di gestione da parte delle aziende riconosce formalmente un'ampia libertà al lavoratore, nei fatti però sostanzialmente delimitata dal reale funzionamento di tali meccanismi, per lo più sconosciuti al lavoratore, che permettono l'esercizio dei tipicissimi poteri datoriali. Proprio in virtù di ciò, e di tale incisività, il Tribunale di Palermo, primo in Italia, ha qualificato il rapporto di lavoro intercorrente tra il rider ricorrente e la Foodinho s.r.l. come rapporto di lavoro di natura subordinata. Il Tribunale, rifacendosi anche a importanti pronunce della CGUE (l'ordinanza del C-692/19 sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio), ha chiarito che non può essere considerato lavoratore subordinato il lavoratore che goda di una certa autonomia e discrezionalità anche nel determinare il se e il quando della prestazione, salvo che tale indipendenza e tale autonomia non risultino, in realtà, fittizie. Nel caso di specie, infatti, il rider non aveva realmente la possibilità di incidere sulla determinazione del contenuto della prestazione. Tale

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

determinazione era fortemente ridimensionata dal concreto funzionamento dell'algoritmo, e la subordinazione è rinvenibile "sia ove considerata come doppia alienità sia ove considerata sulla scorta del paradigma della etero-direzione ex art. 2049 c.c.". La prestazione del rider ricorrente è sembrata al giudice completamente organizzata dall'esterno (etero-organizzata) e la presunta libertà di scegliere se e quando lavorare, "su cui si fonda la natura autonoma della prestazione (anche sulla scorta della citata decisione della Corte di Giustizia), non è reale, *ma solo apparente e fittizia*". Per poter realmente prestare la sua attività il rider deve essere infatti loggato, avere il cellulare carico, trovarsi nelle vicinanze del locale presso cui la merce dev'essere ritirata "poiché altrimenti l'algoritmo non lo selezionerà, benché egli avesse prenotato e non disdetto lo slot, con la conseguenza che, in verità, non è lui che sceglie quando lavorare o meno, poiché le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite l'algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse dal lavoratore."

Il Tribunale è andato poi oltre, riconoscendo alla perdurante e tombale disconnessione dalla piattaforma digitale (che gestisce e dirige l'intero ciclo produttivo della società coordinando la rete dei ciclo-fattorini) gli estremi di un licenziamento denunciato come

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale orale, discriminatorio, ritorsivo “in relazione alle richieste di fornitura dei DPI (sul punto durante l'emergenza pandemica vi sono state diverse pronunce) e di applicazione di condizioni di lavoro più trasparenti e favorevoli, minacciando azione giudiziarie”. Applicando la tutela reintegratoria il giudice ha dichiarato inefficace il licenziamento oralmente intimato al rider mediante il perdurante distacco dalla piattaforma e ha conseguentemente condannato la società a reintegrare il rider⁷, addetto alla consegna di merci, cibi e bevande a domicilio, nel posto di lavoro, da inquadrare nel VI livello del C.C.N.L. Terziario Distribuzione e Servizi.⁸

L'erroneamente presunta obiettività del funzionamento delle piattaforme digitali e degli algoritmi può essere quindi schermo di situazioni fortemente pregiudizievoli per la parte contrattualmente debole del rapporto di lavoro. Dove debolezza è anche mancata conoscenza del reale funzionamento delle

⁷ Il Tribunale di Palermo ha inoltre disposto il pagamento in favore del rider reintegrato di un'indennità risarcitoria pari all'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del T.F.R. dal momento del distacco sino all'effettiva reintegrazione, oltre i contributi previdenziali e assistenziali, le differenze retributive, le spese di lite.

⁸ VI livello C.C.N.L. Terziario Distribuzione e Servizi: appartengono al sesto livello i lavoratori che eseguono mansioni per la cui esecuzione sono richieste semplici conoscenze pratiche. Profili esemplificativi: a. usciere; b. custode; c. portiere; d. ascensorista; e. guardiano di deposito; f. fattorino, g. portapacchi con o senza facoltà di esazione; h. imballatore; i. impacchettatore [...].

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale piattaforme digitali e degli algoritmi e del perché delle loro azioni, tutt'altro che inopinabile. Da tale mancata conoscenza ne deriva, lo si è visto, anche una menomazione del diritto di critica del lavoratore e più generalmente della stessa libertà di espressione, laddove risulta difficilmente contestabile un qualcosa di non conosciuto e di apparentemente inspiegabile.

Alla intricata questione ha aggiunto importanti tasselli il Tribunale di Bologna sez. lav. che, con ordinanza del 31/12/2020, pur nella parzialità della decisione, ha focalizzato un punto centrale. Il giudice bolognese ha, primo in Europa, affermativamente riconosciuto il carattere potenzialmente discriminatorio degli algoritmi.

Diverse organizzazioni sindacali (OO. SS.) hanno convenuto in giudizio la società Deliveroo Italia s.r.l., “per accertare e dichiarare il carattere discriminatorio delle condizioni di accesso alle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale (della società) e in particolare dei parametri di elaborazione del ranking c.d. reputazionale che incidono sulla priorità di scelta delle sessioni di lavoro senza considerare la causa che ha dato luogo al mancato rispetto della sessione prenotata.” Le sigle sindacali ricorrenti rimostravano, in particolare, che l'algoritmo utilizzato dalla multinazionale (detto 'Frank') sanzionasse in maniera netta e

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale indiscriminata, con perdita di punteggio e quindi del vantaggio relativo al proprio rating, i riders che non rispettavano le sessioni di lavoro, penalizzando anche le forme legittime di astensione dal lavoro. L'operare cieco dell'algoritmo, insomma, trattava indifferentemente assenze arbitrarie e assenze legittime.

Il giudice bolognese è giunto alla conclusione che proprio in tale "incoscienza" (come definita da Deliveroo) o "cecità" (come definita dalle parti ricorrenti) "del programma di elaborazione delle statistiche di ciascun rider alberga la potenzialità discriminatoria dello stesso", in quanto il valutare in maniera indiscriminata le diverse assenze dal lavoro ha ricadute pregiudizievoli, ad esempio, sul diritto di sciopero, sullo stato di malattia legato a handicap o su varie condizioni familiari, "per la semplice motivazione, espressamente riconosciuta da Deliveroo, che la piattaforma *non conosce e non vuole conoscere* i motivi per cui il rider cancella la sua prenotazione o non partecipa ad una sessione prenotata e non cancellata".

Il giudice bolognese evidenzia, però, una circostanza particolare, che dimostra il potere della società di incidere sul funzionamento dell'algoritmo rendendolo ancora più opaco, ancora più indecifrabile. La società riserva, infatti, "un trattamento "particolare" alle uniche due ipotesi (quella dell'infortunio su turni

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale consecutivi e quella del malfunzionamento del sistema) in cui evidentemente ritiene meritevole di tutela la ragione della mancata partecipazione alla sessione prenotata”, il che “dimostra plasticamente come non solo sia materialmente possibile, ma sia anche concretamente attuato, un intervento correttivo sul programma che elabora le statistiche dei rider, e che la mancata adozione, in tutti gli altri casi, di tale intervento correttivo è il frutto di una scelta consapevole dell’azienda.”

Nonostante la società avesse sostituito l’algoritmo già all’inizio del novembre 2020 comunque il giudice bolognese ha inteso giudicare. L’azione giudiziaria esperita dalle OO. SS. era – infatti – diretta ad ottenere non tanto la condanna della società a modificare il meccanismo di accesso alle sessioni di lavoro (già modificato) quanto, piuttosto, “ad accertare il carattere discriminatorio del meccanismo stesso, nonché a risarcire il danno consequenziale”. Per il giudice bolognese il sistema di accesso alle prenotazioni configura, così conclude, una discriminazione indiretta ai sensi dell’art. 2 del D. Lgs. n. 216/2003. Il giudice ha quindi riconosciuto nel reale funzionamento della piattaforma e dell’algoritmo in particolare quella disposizione, quel criterio o quella prassi apparentemente neutri e in sé legittimi che, però, determinano o hanno determinato (come nel caso di specie) una

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

situazione di particolare svantaggio per un aggregato sociale. Il giudice ha, in virtù di ciò, condannato la società al risarcimento del danno (e alla rifusione delle spese di lite).

In conclusione, possiamo affermare l'assoluta centralità delle questioni riconosciute dalle citate recenti pronunce della giurisprudenza italiana. Gli sviluppi della tecnologia applicati senza filtri al mondo del lavoro possono rilevarsi – e si sono rivelati – potenzialmente lesivi di interessi protetti e dei più acclarati diritti ormai riconosciuti ai lavoratori e più generalmente agl'individui in quanto tali.

Dello stesso diritto al lavoro, incrinato dalla sostituzione – in parte già in atto – delle figure del lavoratore e anche del datore di lavoro. Del diritto di critica e della più generale libertà di espressione, presupponenti entrambi quell'adeguata alfabetizzazione digitale (purtroppo ancora carente in Italia) e minate al fondamento dall'assenza di trasparenza e quindi dall'eccessiva opacità che governa i meccanismi interni e funzionali, ad esempio, delle piattaforme digitali e degli algoritmi. Del diritto alla non discriminazione.

Il maggiore rischio per i lavoratori – ma per gli individui in quanto tali – risiede nel riconoscimento di una mitologica parvenza di oggettività alle piattaforme digitali e agli algoritmi, solo per

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

l'essere artificiali e non umani i meccanismi reconditi del loro funzionamento. È in ciò che risiede la potenziale maggiore incisività delle entità digitali, quando adoperate nei rapporti di lavoro. È quindi sempre più necessario puntare i riflettori verso questo cono d'ombra, talvolta anche legislativo, in uno sforzo conciliativo che porti a un'armonizzazione delle diverse pretese – non necessariamente contrapposte – del lavoratore e della macchina.

Rider, fattorini di una nuova stagione dei diritti. Le recentissime pronunce della giurisprudenza italiana: un tentativo di conciliazione con l'intelligenza artificiale

LAWINTER REVIEW

Law - International Law
International Relations

ISSN 2153-4020

LAWINTER WORLD GROUP

The Lawinter World Group is a pioneering open-access review for the publication of knowledge and commentary on Law, International Law, and International Relations.

It has been online and freely available since 2001 (lawinter.com).

Founded to present an opportunity to students access the pedagogical materials of international law, linking cutting edge international law with “today’s classroom”, Lawinter has become a connection center for scholars around the world in various branches of Law and International Relations.

The global reach of Lawinter is achieved through its online presence, the high caliber of its contributors, authors, and editors.

More recently, Lawinter World Group included the publication of Books from Swiss and United States to the world.

Lawinter Review and Lawinter Editions warmly welcome submissions of high-quality, including articles, Books, essays, case-notes, comments, and reviews, which focus on Law, International Law, and International Relations. Lawinter Review and Lawinter Editions publish in English, French, German, Spanish, Italian or Portuguese.

Send all inquiries to:

review@lawinter.com

LAWINTER REVIEW – LAWINTER EDITIONS

New York - Zürich

